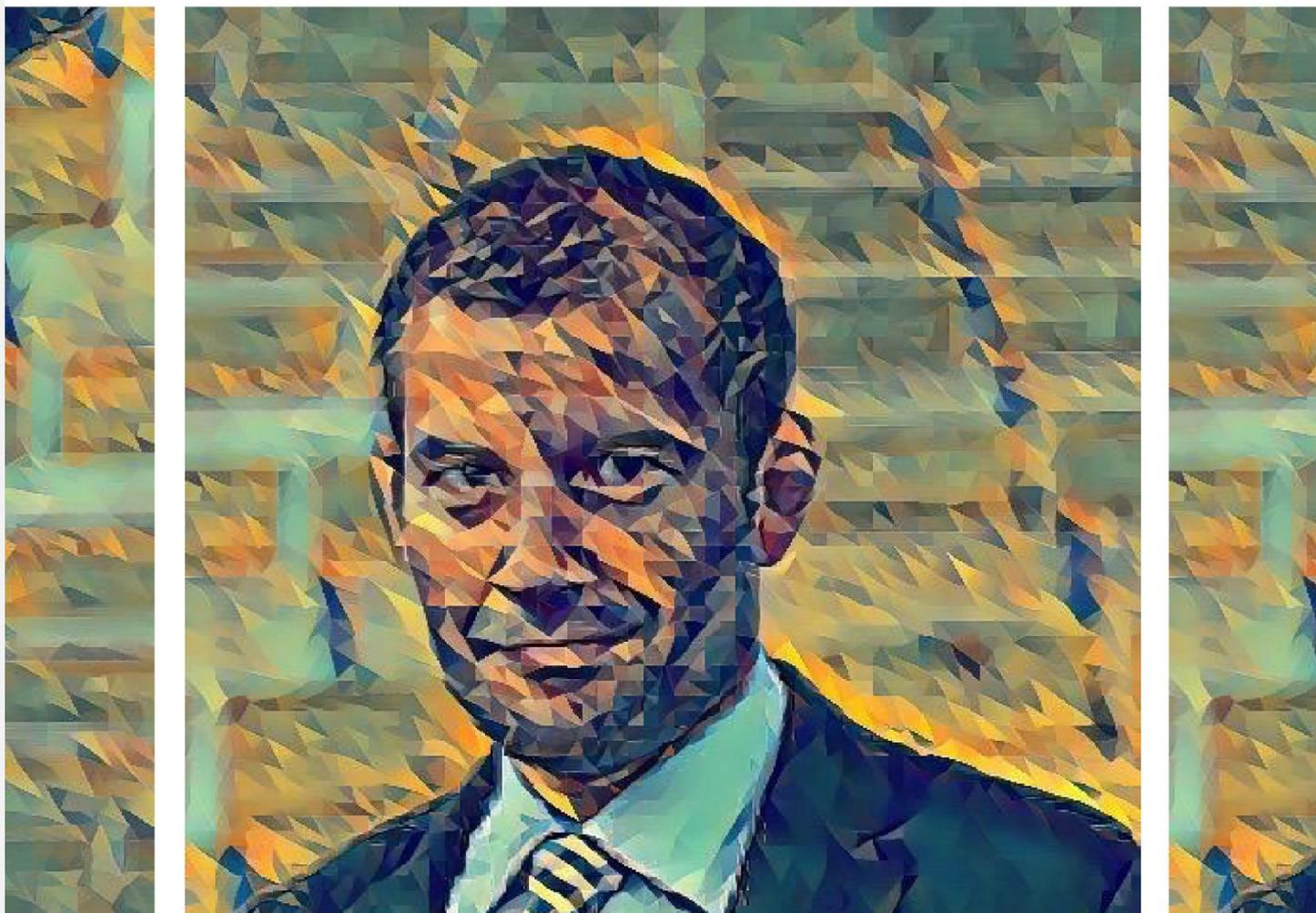




# Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 36, n. 2, 2024

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. -- v. 36, n. 2  
(2024)- . -- Brasília : TRF1, 2024.

v.

De 1989 a 2019, periodicade mensal; a partir de 2019, periodicida-  
de quadrimestral.

e-ISSN 2596-2493

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal Jurisprudência  
– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região 1.)

CDD 340.05

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Elisa Raquel  
Sousa Oliveira - CRB/DF 2523

# Pistolagem no campo: o autor mediato no banco dos réus e sua punibilidade em face da teoria do domínio do fato

## *Pistolage in the field: the mediate perpetrator in the dock and his punishability in the face of the theory of mastery of the fact*

Artigo recebido em 14/07/2023 e aprovado em 01/04/2024.

### Adegmar José Ferreira

Professor doutor do Programa de Pós-graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Pós-doutor pela Universidad Nacional de Córdoba – Centro de Estudos Avanzados – CEA e Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região – AMATRA-2, do Programa Multidisciplinar de Formação Pós-doutoral (2015). Juiz de direito.

### Cristiano de Freitas Souza

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Graduado em direito. Especialista em direito penal e processual penal, perícia criminal e ciências forenses. Professor de direito penal e processual penal. Advogado.

### Resumo

O art. 29 do Código Penal não diferencia autor imediato e mediato de forma objetiva, ficando a cargo dos manuais de direito penal promover essas distinções e demonstrar sua forma de configuração. E isso, no âmbito dos crimes de homicídios perpetrados por meio da ação de um mandante e de um executor, expõe as fragilidades de um sistema criminal direcionado a promover a justiça e a pacificação social. Nesse sentido, teve-se por objetivo analisar a lei penal relacionada a indicar a conduta, no contexto do concurso de pessoas, de autores (diretos e indiretos), partícipes, coautores e, estritamente, compreender se é possível o emprego da teoria do domínio do fato para propiciar a cisão entre autor direto e indireto referente a pistolagem no campo. Desse modo, fez-se uso da metodologia bibliográfica, amparada em livros e no diploma penal repressivo. Constatou-se a existência de várias teorias discutindo a presente abordagem, sem, contudo, resolver a problemática exposta. E, somado a isso, a teoria do domínio do fato não se aplica a todos os casos envolvendo a ação de um mandante e um executor, demonstrando a necessidade de aperfeiçoamento do Código Penal.

**Palavras-chaves:** autoria do crime ; conflito agrário; domínio de fato; homicídio.

### Abstract

*The art. 29 of the Penal Code does not differentiate between immediate and mediate perpetrators in an objective manner, leaving it up to criminal law manuals to promote these distinctions and demonstrate how they are configured. And this, in the context of homicide crimes perpetrated through the actions of a principal and an executor, exposes the weaknesses of a criminal system aimed at promoting justice and social pacification. In this sense, the objective was to analyze the criminal law related to indicating the conduct, in the context of the competition of people, of authors (direct and indirect), participants, co-authors and, strictly, to understand whether it is possible to use the domain theory of the fact to create a split between the direct and indirect author regarding the pistol shooting in the field. In this way, bibliographic methodology was used, supported by books and the repressive criminal law. It was found that there were several theories discussing this approach, without, however, resolving the exposed problem. And, added to this, the theory of dominion of fact does not apply to all cases involving the action of a principal and an executor, demonstrating the need to improve the Penal Code.*

**Keywords:** authorship of the crime; agrarian conflict; de facto control; murder.

## 1 Introdução

Os homicídios no campo estão relacionados a fatores históricos, relativos à má distribuição de terras, expulsão de povos e comunidades tradicionais de suas áreas, de deslegitimação do camponês e, conseqüentemente, da criminalização de ações direcionadas à realização da reforma agrária. Esses elementos aliam-se à aceitação social da violência praticada contra aqueles envolvidos no processo de reorganização fundiária, a exemplo de ações perpetradas pelo Estado em latifúndios ocupados pelos trabalhadores sem-terra.

Aproveitando-se do histórico de exclusão social, cultural e econômica, a elite dominante, para manter-se no poder, opôs-se às leis infraconstitucionais e constitucionais de readequação de terras no Brasil, agindo contra pessoas ou grupos atuantes no meio rural em prol da (re)divisão de propriedades.

Descobriram nos crimes de mando (pistolagem) uma forma de impunidade, porquanto o mandante, seja por questões econômicas ou de prestígio social, tem sido beneficiado com a ineficácia do sistema na persecução penal do autor mediato, em razão da morosidade da atuação estatal ou da ausência de uma norma mais rígida no combate à pistolagem no campo.

Desse modo, a presente abordagem, com o tema “Pistolagem no campo: o autor mediato no banco dos réus [...]”, verificou como problema a ineficácia do sistema penal na punição do mandante de homicídios no meio rural. Como demonstração disso, dentre os anos de 2017 e 2021 foram registrados 61.557 (sessenta e um mil quinhentos e cinquenta e sete) crimes de pistolagem no contexto agrário. Isso revela a relevância do presente trabalho, pois visa abordar os instrumentos legais de punição dessa modalidade delitiva (CPT, 2017; CPT, 2019; CPT, 2020; CPT, 2021; CPT, 2022). Nesse sentido, teve-se por objetivo analisar as normas penais de diferenciação de autores e partícipes quando praticados em concurso de pessoas, especificamente para a análise da punibilidade da pistolagem no âmbito rural e a possibilidade ou não de aplicação da teoria do domínio do fato para o alcance do autor mediato, promovendo-se melhor diferenciação entre autoria e participação.

Nesse contexto, para a ocorrência do delito de pistolagem, presume-se a presença de, no mínimo, dois indivíduos, ou seja, um mandante e um executor. Assim sendo, sobre o concurso de pessoas, o art. 29, do Código Penal, permite sanção para quem concorre para a prática de infrações penais tendo como parâmetro a culpabilidade do agente e, nesse caso, a pena será maior ou menor a depender da participação do delinquente na ação criminosa.

A objetividade do referido artigo não trouxe disposições específicas sobre a forma de punição do mandante de crimes, se sua reprimenda será maior, menor ou igual a do executor. Em razão disso, o julgador deve conjugar a lei às teorias relacionadas ao concurso de agentes, impondo sanções capazes de promover a justiça e contribuir para a pacificação social.

Em conformidade com Nucci (2019a, p. 834), no cenário das nomenclaturas utilizadas para o estudo do delito praticado em concurso de pessoas, elas podem ser denominadas por: coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes e cumplicidade. Já Bitencourt (2018, p. 807) chama *concurso delinquentium*. Prado (2019, p. 493) denomina codelinquência. Diferentemente dos delitos plurissubjetivos (crimes de concurso necessário), os quais já exigem a participação de mais de um indivíduo, nas infrações penais unissubjetivas (crimes de concurso eventual, monossubjetivos), a conduta pode ser perpetrada por uma única pessoa. Entretanto, admite-se a participação de outrem. E, com relação a essas teorias e ao objeto de estudo deste trabalho, discute-se a importância da distinção entre autor mediato e imediato, relativa aos homicídios no campo, observando como o sistema penal discerne ambos e os aspectos atinentes à punibilidade.

No contexto histórico, o Código Penal do Império de 1930 diferenciava autores e cúmplices, compreendendo os primeiros como aqueles que cometessem, constrangessem ou mandasse alguém cometer e, os segundos, seriam os concorrentes para o delito, sendo a punição com a mesma pena da tentativa, reduzindo-a de 1/3. Previa, também, as agravantes no concurso de pessoas, consubstanciadas em “paga ou promessa de recompensa” ou “prévio ajuste”. Essa formatação jurídico-penal foi mantida no Código Penal de 1890. Por sua vez, o Código Penal de 1940, inicialmente, adotava a denominação coautoria, encerrando três artigos, os quais abordavam o conceito extensivo, a comunicabilidade das circunstâncias e a impunidade da participação (Batista, 2005, p. 20-34).

Importante destacar que, tem-se ciência dos fatores históricos relativos à construção da teoria sobre o concurso de agentes e da própria legislação relacionada ao tema. Contudo, não se tem por intenção descrever a história desse instituto, mas, apontar pontos relevantes relacionados ao Código Penal em vigor e suas discussões doutrinárias. Desse modo, sob o enfoque da presente pesquisa, volta-se para a análise da diferenciação da autoria imediata e mediata no âmbito de homicídios na seara rural, quando praticados por meio da ação de um mandante.

Para tanto, a metodologia utilizada para a construção deste artigo foi a bibliográfica, aliada ao método dialético, fazendo-se uso de livros de direito penal no tocante ao concurso de agentes e das normas descritas no Código Penal aplicáveis à teoria do concurso de pessoas.

## 2 Pistolagem no campo: caracterização do crime no ordenamento jurídico brasileiro

Para demonstrar a importância do estudo das normas descritas no Código Penal sobre a diferenciação de autoria e participação e de apontamento da autoria mediata cumpre, inicialmente, demonstrar como esse delito se configura e o porquê da nomenclatura utilizada, qual seja, crimes agrários.

Essa denominação é utilizada para referir-se a modalidades delitivas praticadas em razão de disputas por terras, águas, divisas de propriedade, dentre outras ligadas ao meio rural. Associar o adjetivo “agrário” à expressão crime contribui para chamar atenção para a questão da violência no campo e despertar o interesse por tutelar pessoas envolvidas direta ou indiretamente com assuntos relacionados à posse e à propriedade de áreas.

O Código Penal dispõe sobre algumas infrações penais com ligação íntima com a presente abordagem, quais sejam: alteração de limites (art. 161), usurpação de águas (art. 161, § 1º, I), esbulho possessório (art. 161, § 1º, II) e suspensão ou alteração de marca em animais (art. 162) (Brasil, 1940). Mas, o foco do presente artigo é o crime de homicídio (art. 121) praticado por meio da ação de um mandante (pistolagem), quando perpetrado em razão de disputas por terras ou elementos ligados a ela.

Torna-se relevante destacar que o extermínio de pessoas no campo por meio da “pistolagem” é uma prática decorrente do processo de exclusão do camponês, do homem e da mulher do campo, de quilombolas, indígenas e pobres sem-terra. São indivíduos que foram expulsos de suas propriedades. Passaram por um processo de marginalização (Souza, 2006, p. 44-45) e, com isso, foram tratados como inimigos (Bruno *et al.*, 2009, p. 71-72), desmerecedores de proteção estatal.

Para Ferlini (2010, p. 217-218), no âmbito de análise da formação da propriedade da terra no Brasil, o aumento da concentração fundiária, no século XIX, fomentou a formação de grandes propriedades, entendidas como reserva de capital e de poder. Sendo assim, ele caracterizou o processo de separação do antigo sistema colonial, da adequação ao mercado mundial exigidos pela Revolução Industrial. Nesse período, era perceptível a demanda por terras, considerando-se o aumento das áreas cultivadas e das exportações e os litígios referentes à legitimação da posse, demarcação de sesmarias, dentre outros. Consoante a isso, o latifúndio surge nessa época e se consolida no século XIX, com a exclusão da articulação entre o grande produtor e os pequenos ou inserindo-os como agregados. No processo de independência, verificou-se o predomínio da elite proprietária e escravista e a exclusão de parcela pobre e livre da sociedade, o que culminou na hegemonia da grande propriedade (Ferlini, 2010, p. 212).

Nesse prisma, a questão da posse e da propriedade de terras está inserida no contexto de má distribuição de áreas, desigualdade e uso da violência contra os camponeses, os quais, ao serem compreendidos como invasores de propriedades, foram reprimidos pelo Estado como delinquentes (Andrade, 2003, p. 135-141).

Nos anos de 1990, já era perceptível a existência da utilização do direito penal para reprimir aqueles a favor da reforma agrária e isso enseja em um instrumento de manutenção de grandes proprietários de terras, ocasionando disputas pela posse ou propriedade (Sawaia *et al.*, 2001, p. 19). Além disso, em razão de os conflitos no meio rural terem sido descontextualizados e despolitizados, o que contribui para a aceitação de violência em face de indígenas, quilombolas e pobres sem-terra (Andrade, 2003, p. 126).

No delito de homicídio, em análise dogmática, o sujeito ativo e o passivo podem ser qualquer pessoa. O objeto jurídico é a vida humana. O objeto material é a pessoa vítima da agressão. O elemento objetivo do tipo constitui-se no verbo “matar”. O tipo penal não possui elemento subjetivo do tipo específico, tendo como elemento subjetivo do dolo ou a culpa. Trata-se de um crime comum, material, comissivo, de dano, unissubjetivo e plurissubsistente (Nucci, 2019b, p. 90; Masson, 2018, p. 49).

Com relação à caracterização do delito de pistolagem no campo, esse ilícito possui os mesmos critérios do art. 121 do Código Penal. Contudo, no que tange aos crimes agrários, há uma finalidade específica, não reconhecida no referido artigo, consubstanciada a assuntos ligados à posse ou à propriedade de terras ou ligados à questão rural.

### 3 Teorias sobre o concurso de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro: da punição do mandante de homicídio no campo

No Brasil, a problemática relacionada ao concurso de pessoas despertou diversas discussões sobre as distinções entre autoria e participação desde a edição dos primeiros códigos. Essa diferenciação é relevante, principalmente, quando é debatida a imposição de pena proporcional à conduta do agente. Entretanto, essa tarefa nem sempre é simples, exigindo do operador do direito maior análise na individualização de cada ação praticada pelo sujeito do crime, se de maior ou menor importância, ou até mesmo se irrelevante.

Os delitos plurissubjetivos, os quais exigem mais de uma pessoa na consecução da infração penal, consideram todos os agressores da norma como autores. Por sua vez, os crimes monossubjetivos, por tratar-se de ilícitos perpetrados, em sua essência, por apenas 1 (um) agente, quando realizado por mais de um criminoso, requererem do aplicador da lei a verificação individualizada da conduta de cada delinquentes, se agiram em coautoria ou participação.

A depender da modalidade delitiva, tais como aparatos organizados de poder, organizações criminosas ou os crimes de mando eles demonstram maior complexidade na diferenciação de condutas e na imposição da pena.

O critério legal definido no art. 29 do Código Penal, mesmo após a reforma realizada pela Lei 7.209/1984, não solucionou todos os problemas relacionados ao envolvimento de mais de um indivíduo nos crimes unissubjetivo. Isso pode contribuir para eventual injustiça, seja não punindo autores mediatos ou impondo sanções com menos rigor, quando comparado com a reprimenda imposta ao autor imediato e imputável.

As alterações promovidas na referida norma penal romperam com a teoria extensiva, a qual considerava todos os intervenientes na conduta como sendo autores para uma concepção restritiva, fixando diferença entre autor e partícipe. Na análise da codelinquência é necessário verificar a colaboração objetiva (quem deu causa) e subjetiva (a vontade do agente). Dessa maneira, a atuação em uma modalidade delitiva não se perfaz somente na produção de um resultado, ou seja, a colaboração objetiva. Mas, é preciso verificar a intenção consciente de provocar o resultado pretendido, no que se refere à contribuição subjetiva. Sendo assim, a punibilidade do agente infrator da norma não se fundamenta somente na eficácia causal, bem como na importância causal (Noronha, 2004, p. 211).

Nesse universo, as teorias sobre o concurso de pessoas são: monista (monística, unitária ou igualitária), pluralista (pluralística, cumplicidade-delito distinto ou da autonomia da concorrência) e dualista (dualística). Com relação à autoria, citam-se: conceito extensivo de autor, teoria subjetiva, conceito restritivo de autor, teoria objetivo-formal, teoria objetivo-material e teoria do domínio do fato. Prado (2019, 499) dispõe que essa teoria também pode ser denominada de objetiva-final ou objetiva-subjetiva, a qual possui visão finalista. Capez (2018, p. 511) também observa que o fundamento dessa vertente se conecta ao finalismo, isso porque o delinquentes tem o controle final do fato. E, quanto à participação, apontam-se os estudos sobre a acessoriedade extrema, mínima e limitada.

Segundo Bitencourt (2018, p. 808), as condutas perpetradas posterior à consumação da infração penal pode, eventualmente, ensejar outro crime e, em regra, dissociam-se do concurso eventual.

Essas circunstâncias demonstram a importância do estudo do concurso de pessoas relacionados aos crimes de pistolagem no meio rural, buscando-se demonstrar como o sistema penal poderá diferenciar autoria e participação e, conseqüentemente, no aspecto da punibilidade, qual a pena a ser aplicada.

#### 3.1 Teoria sobre o concurso de pessoas: monista, dualista e pluralista

Como descrito acima, as teorias relacionadas à análise do concurso de agentes são: monista, dualista e pluralista. Para a primeira, há um único delito imputado aos participantes do injusto penal. São considerados autores de uma ação em comum, não existindo nenhuma diferenciação qualitativa entre as condutas dos delinquentes. Segundo Bitencourt (2018, p. 811) e Prado (2019, p. 493), essa noção tem por base a teoria da equivalência das

condições à configuração do resultado e, portanto, reprime de forma igualitária os envolvidos na ação delituosa, partindo-se de uma visão unitária.

O art. 29, *caput*, do Código Penal evidencia a opção, pelo legislador brasileiro, da teoria monista, ao descrever que aquele, seja de qual modo for, concorrer para o delito, enseja nas sanções a ele impostas, proporcional à sua culpabilidade (Nucci, 2019a, p. 834; Bitencourt, 2018, p. 812-813). Todavia, essa opção ocorreu de maneira matizada ou temperada pelo fato de fixar determinados níveis de participação, demonstrando respeito ao princípio da individualização da pena, estampado na expressão “na medida de sua culpabilidade” (Prado, 2019, p. 494).

Consoante a isso, não haveria distinção entre o agente da conduta delitiva com o mandante, sendo ambos considerados autores e punidos de maneira igualitária. Inicialmente, essa proposta parece solucionar a questão da autoria imediata e mediata. Entretanto, adotando-se esse critério de forma rígida, nas hipóteses de desvirtuamento da conduta, um sujeito poderia responder por uma ação por ele não aderida, ensejado numa espécie de responsabilidade penal objetiva; logo, não havendo produção de justiça. O que se pretende é encontrar um equilíbrio, dentro dos padrões de legalidade, para a adequada distinção entre autor imediato e mediato e, após isso, apontar sua punibilidade, se na condição de autor direto ou indireto.

Para não enrijecer a análise do concurso de pessoas, foram introduzidos os §§ 1º e 2º no Código Penal. Sendo assim, quando a participação do infrator da norma for de menor importância, a sanção a ele imposta poderá ser reduzida de um sexto a um terço. E, se um dos consortes na empreitada delitiva teve por intenção participar de delito menos grave, aplicar-se-á a pena deste, podendo a reprimenda ser aumentada até metade, na situação de tiver sido presumível um resultado mais danoso.

Conforme Bitencourt (2018, p. 813), esses parágrafos adotaram um critério diferenciador quanto à valoração das condutas dos delinquentes, diferindo autoria e participação e, com isso, promovendo-se uma melhor aplicação da pena, alinhada à participação e à relevância causal da ação de cada infrator. E, por tal motivo, ele conclui que os dispositivos legais acima citados proporcionaram uma alternância da concepção unitária de autor, para uma noção diferenciadora, porquanto, impõe a punibilidade distinta para a participação.

Por sua vez, a teoria dualista compreende a existência de dois delitos, sendo um direcionado aos autores, ou seja, aos praticantes da conduta principal e um segundo voltado aos partícipes, os quais exercem uma ação secundária, não praticando a ação nuclear descrita no tipo penal (Bitencourt, 2018, p. 810).

Nesse caso, em relação aos delitos de mando, ter-se-ia a incidência de um crime para o executor e outro para o mandante. Ocorre que, como o mandante não exerce diretamente a ação criminosa, podendo, por essa razão, ser punido de forma mais branda, causa desproporcionalidade no sistema punitivo, demonstrando, se fosse aplicada exclusivamente, sua incompatibilidade com a busca por justiça.

E, com relação à teoria pluralista, cada um dos delinquentes possui uma conduta específica, além de um critério psicológico individual, com resultado distintos. Considera-se pluralidade de agentes juntamente com pluralidade de condutas. Essa teoria mostra-se incabível, porquanto, os criminosos, em regra, buscam a consecução de um mesmo delito (Bitencourt, 2018, p. 810).

Essa teoria também não soluciona a questão da pistolagem no campo, uma vez que há um único crime, mas com atuações distintas. Como se observa, nenhuma das três teorias (monista, dualista e pluralista), por si sós, conseguem solucionar a questão da distinção entre autoria imediata e mediata nos delitos de pistolagem no campo, requerendo, desse modo, o complemento por outros estudos, para contribuir com a individualização do mandante e do executor e a adequada imposição de sanção penal a ambos.

### 3.2 Dos requisitos para a configuração do concurso de pessoas

Além de compreender-se as teorias do concurso de agentes, para sua aplicação torna-se relevante entender como elas se realizam. A legislação não descreve quais são os seus elementos, cabendo a doutrina seu estudo e demonstração de sua configuração.

Desse modo, os requisitos para a caracterização do concurso de pessoas são: pluralidade de participantes e de condutas, relevância causal de cada conduta, vínculo subjetivo entre os participantes, e identidade de infração penal

(Bitencourt, 2018, p. 815; Prado, 2019, p. 494). Quanto à pluralidade de agentes, os indivíduos devem ser culpáveis, pois, a presença de inimputável pode descaracterizar o concurso de pessoas e configurar autoria mediata (Masson, 2019, p. 718).

É necessária a presença de mais de um indivíduo, mas, também, exige-se a existência de mais de uma conduta. Essa, por sua vez, deve possuir capacidade de contribuir para a ocorrência de uma infração penal. Além disso, os envolvidos na ação delitiva devem possuir conexão de vontades, direcionadas ao mesmo objetivo, bem como requer-se a prática de um mesmo crime.

No tocante à relevância causal de cada conduta, para que uma ação caracterize participação, deve existir eficácia causal capaz de promover ou facilitar a ocorrência da ação principal. Somado a isso, exige-se a existência de nexo psicológico entre os sujeitos, os quais deverão ter ciência de um objetivo em comum (Bitencourt, 2018, p. 816). Mas, esse vínculo não necessariamente precisa ser antecedente, ou seja, que haja um *pactum sceleris*, devendo haver, tão somente, a adesão de vontade e atuação com o mesmo elemento subjetivo nas infrações dolosas (Jesus; Estefam, 2020, p. 840).

Dessa maneira, em um delito de pistolagem, existindo vínculo subjetivo entre autor imediato e mediato, ambos responderão pelo mesmo delito, mesmo não tendo ajuste prévio, mas, demonstrando-se, tão somente, a conversão de vontade na ação criminosa.

E, no que tange à identidade de infração penal, Jesus & Estefam (2020, p. 543-544) lecionam não referirem-se especificamente a um requisito para a configuração do concurso de pessoas, mas de uma consequência legal em relação aos outros elementos, constituindo uma finalidade unitária (Nucci, 2019a, p. 817).

Os requisitos são cumulativos, devendo os agentes agirem direcionados a uma mesma ação delitiva. Isso significa que, nos crimes de mando no ambiente rural, notadamente há a pluralidade de participantes, pois existe um mandante e um executor. As condutas também são distintas, haja vista a presença de um autor mediato e outro imediato e, somado a isso, denota-se o liame subjetivo ao aderirem à empreita criminosa de promover homicídio contra determinada pessoa ligada à posse ou à propriedade da terra, havendo um mesmo crime.

Mas a questão não se resolve somente com o preenchimento desses requisitos. O art. 29, *caput*, do Código Penal adota, como regra, uma visão unitária (teoria monista), admitindo-se uma matização dessa vertente para uma noção diferenciadora descrita nos §§ 1º e 2º, dividindo autoria e participação. Como se observa, não há na norma penal a cisão entre autoria direta e indireta e essa provável ineficiência do diploma penal repressivo requer o incremento de outras teorias para solucionar a problemática.

Para tanto, é necessário verificar as principais teorias sobre autoria e participação para, posteriormente, compreender se é possível aplicar, por exemplo, a teoria do domínio do fato para corroborar com a norma penal no apontamento da autoria imediata e mediata ou se é preciso a alteração da referida lei para ajustar os comandos legais aos anseios de tutela reclamados por aqueles que lidam com a questão da posse e da propriedade da terra contra a ação de mandantes de homicídios ligados a essa temática.

### 3.3 Da delimitação da autoria no concurso de pessoas

Diante das dificuldades de punir o mandante dos crimes de pistolagem no campo, torna-se necessário apontar os critérios utilizados para verificar o alcance do conceito de autor e, posteriormente, analisar a distinção entre autoria imediata e mediata e como ela é imposta no direito penal, observando-se que se trata de uma construção doutrinária, portanto, que essa diferenciação não está descrita no referido diploma legal.

A análise do conceito de autor pode ser feita por meio de diversas teorias, dentre elas, citam-se: unitária (monista); restritiva (ou objetivo-formal); extensiva, subjetiva e finalista (Prado, 2019, p. 496).

A depender da teoria adotada, a autoria pode atingir todos os agentes participantes da conduta criminosa, tendo uma abrangência mais ampla (critério unitário) ou pautar-se em individualizar a ação dos principais delinquentes, constituindo-se em um sistema mais restrito (critério diferenciador). Esse último, adota o princípio da acessoriedade da participação, exigindo a fixação de regras distintivas de autoria e participação (Bitencourt, 2018, p. 818).

No presente estudo, pretende-se demonstrar a importância de distingui-las, individualizando as condutas, para que, após isso, a aplicação da pena seja equivalente à ação do infrator da norma.

A análise da autoria pautada em um mecanismo diferenciador não se circunscreve somente ao executor da ação delitiva, englobando também quem faz uso de um terceiro como instrumento, no tocante à autoria mediata. Além de conceber a possibilidade de coautoria, hipótese de o delinquente atuar de maneira consciente e voluntária em um injusto penal, realizando atos executórios (Bitencourt, 2018, p. 818).

No universo dessas discussões, o conceito extensivo de autor tem por base a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) e, por esse motivo, não diferencia autoria e participação ao compreender como autor todos os sujeitos que de algum modo colaboraram para a ocorrência do evento danoso, envolvendo nessa classificação o instigador e o cúmplice. Porquanto, não difere a participação causal dos envolvidos no delito. Como forma de separar autoria de participação, aliou-se ao critério extensivo a teoria subjetiva da participação (conceito subjetivo), passando a considerar autor a atuação com cooperação causal à conduta criminosa com ânimo de autor e concebendo o injusto como ato próprio; e partícipe, a ação de agir com intenção de apenas participar, entendendo a ação como alheia (Bitencourt, 2018, p. 818-819; Prado, 2019, p. 495-496). A teoria extensiva, por aceitar a diferenciação de condutas de autoria e participação, pode ser concebida como uma espécie de autoria mitigada (Capez, 2018, p. 507).

Partindo dessas premissas, se fosse adotado, unicamente, o conceito extensivo de autor, no caso dos delitos de pistolagem, considerando a inexistência de cisão das contribuições causais, tanto o mandante como o executor poderiam responder pelo mesmo tipo penal. Porém, uma conduta de somenos importância teria punição igual a ações mais graves, revelando-se incompatível com uma justa imposição da pena.

A junção dessa teoria com o critério subjetivo também não demonstra segurança jurídica, porquanto, o autor mediato pode alegar atuação como partícipe, argumentando não aderência à conduta do executor, tendo uma punibilidade abaixo do autor imediato, mesmo a ordem da empreitada criminosa tendo partido dele.

Esse tipo de situação, conforme recorda Bitencourt (2018, p. 820), ocorreu no julgamento de nazistas, em que executores foram julgados como cúmplices, por terem suas ações interpretadas como sendo de outrem. Dessa forma, para ele, o conceito extensivo de autor conjugado à teoria subjetiva da participação é inadequado, não podendo ser utilizado.

Por outro lado, para o conceito restritivo de autor, na ação delitiva, não se consideram todos os envolvidos como autores, porquanto, para caracterizá-los é necessária a prática da conduta nuclear descrita no injusto penal. Nessa esteira, as formas de participação (instigação ou cumplicidade) precisam de uma norma de extensão para serem punidas, uma vez que essas condutas não fazem parte do delito, podendo ser entendidas como ações impuniáveis. Para tanto, ela pode ser conjugada a teoria da participação, a exemplo das teorias objetivo-formal e objetivo-material (Bitencourt, 2018, p. 820-821).

Para a primeira (teoria objetivo-formal), considera-se autor quem pratica uma conduta prevista no tipo penal e, partícipe, o sujeito que, com sua ação, corrobora para a causação do delito. Entretanto, ela não demonstrou qual requisito material do ilícito penal evidencia a ação do autor em face da colaboração causal caracterizadora da participação. Ademais, não elucidou a subsunção da conduta do autor mediato e de coautores ao tipo penal. Nesse viés, coautores produziram uma parte da conduta criminosa. O autor mediato era entendido como objeto do autor imediato. Isso demonstrou a importância de estabelecerem-se outras diretrizes aptas a evidenciar a autoria, solucionando as questões sobre autoria direta, coautoria e autoria mediata (Bitencourt, 2018, p. 821-822). Por esse ângulo de estudo, o mandante não pode ser compreendido como autor (da mesma forma o autor intelectual é entendido como partícipe) (Capez, 2018, p. 508).

Em princípio, concorda-se com a visão restritiva, pois numa infração penal nem todos são autores, necessitando-se para sua configuração a prática da conduta nuclear disposta no tipo penal e, por esse ângulo de análise, não haveria punição dos partícipes (instigadores ou cúmplices). Então, o critério restritivo não soluciona o problema da pistolagem, inclusive, se o mandante não promover a ação típica contida no injusto penal, poderá ser etiquetado como mero partícipe. E, mesmo com a contribuição da teoria objetivo-formal, não se alterou o quadro de insegurança jurídica.

Por sua vez, a segunda teoria (objetivo-material) teve por intenção corrigir as falhas da primeira, seja apontando a conduta do autor como sendo de maior periculosidade ou atribuindo a ação causal do autor maior importância material ou, ainda, dando maior ênfase objetiva na ação do autor, quando comparada à conduta do partícipe. Todavia, a exclusão do critério subjetivo e a busca por fixar distinções objetivo-materiais com fundamento na causalidade promoveram o desvalor dessa teoria, não sendo utilizada (Bitencourt, 2018, p. 822; Capez, 2018, p. 509).

Para a configuração da autoria mediata, o agente pratica a ação criminosa utilizando (i) um terceiro como instrumento, o qual atua em erro de tipo, em razão de incorreta compreensão da realidade; (ii) coação irresistível, em virtude de ameaça ou de violência exercidas pelo autor mediato; (iii) obediência hierárquica ou, (iv) tratando-se da utilização de inimputáveis (Bitencourt, 2018, p. 826-827; Prado, 2019, p. 500).

Desse modo, de acordo com a doutrina, não é possível a caracterização de autoria mediata quando o autor imediato é imputável, maior e capaz (Prado, 2019, p. 500). Por essa vertente, na hipótese de pistolagem, se o executor for maior e possuir sanidade mental, não poderá ser considerado autor do injusto penal, ou seja, poderá ser entendido como partícipe.

Há também o conceito finalista de autor, compreendendo-o como o agente que possui o domínio finalista da ação. E, na esfera dessa teoria, para restringir a definição de autoria, direta ou indireta, e coautoria, propiciando-se as suas diferenças da participação, utilizou-se a teoria do domínio final do fato (Prado, 2019, p. 496).

A seu turno, a coautoria pode ser interpretada como uma ação conjunta, direcionada à prática de um mesmo delito, sendo necessário apenas a consciência de atuação mútua em prol dos mesmos objetivos, portanto, dispensável o prévio ajuste (Bitencourt, 2018, p. 827). Pode ser interpretada como uma espécie de autoria, mas possui a especificidade de o domínio do fato individual ser comum a vários agentes (Welzel, 1987, p. 129 *apud* Greco, 2017, p. 610).

Na coautoria, diversos agentes atuam por meio de um acordo comum e praticam algum ato redigido no tipo penal e, sendo assim, cada um é compreendido autor. Na codelinquência (concurso de pessoas), existe a concorrência de mais de um sujeito na infração penal, não interessando se autor ou partícipe (Prado, 2019, p. 498).

Como se observa, a depender da forma de agir dos infratores da norma, poderá descaracterizar a autoria mediata e configurar a participação. Isso revela a necessidade de utilização de outras teorias para a caracterização da autoria indireta nos delitos de pistolagem no campo, com vistas a impedir seu enquadramento como mero partícipe quando, na verdade, derem a ordem da ação delituosa, devendo a punibilidade recair sobre eles na condição de autores mediatos.

### 3.4 Da delimitação da participação no concurso de pessoas

Em que pese o foco da pesquisa ser a promoção da diferença entre autoria mediata e imediata, torna-se necessário distingui-las da participação, até para evitarem-se aplicações equivocadas.

O Código Penal não conceitua participação. Entretanto, a doutrina aponta para uma diferenciação no campo normativo e valorativo e, nesse sentido, as ações principais caracterizam a autoria; as secundárias, por sua vez, configuram a participação em sentido estrito (Bitencourt, 2018, p. 829).

Em síntese, a participação divide-se em (i) instigação (também engloba o induzimento), hipótese em que o partícipe age em razão da vontade do autor da infração penal, sofrendo interferência volitiva e intelectual; e (ii) cumplicidade, ou seja, é a participação material, o auxílio para a consecução do delito. Em ambas as possibilidades, os requisitos para sua realização são: eficácia causal, consciência de atuar na conduta de outra pessoa, aderência a infração penal e ao seu resultado (Bitencourt, 2018, p. 831-832).

Veja-se o distanciamento da autoria mediata e participação, pois na ação do mandante ele tem a conduta como própria e age por meio de interposta pessoa; mas na participação o dolo do agente é de participar de maneira secundária.

O fundamento da punibilidade da participação assenta-se no fato de o sujeito ter colaborado para a concretização da infração penal (teoria do favorecimento ou da causação) (Bitencourt, 2018, p. 833).

Nessa senda, não se realiza a conduta nuclear do delito e dois itens a caracterizam, a saber: intenção de colaborar com a descrição típica contida no tipo penal, estando a consolidação do resultado a cargo do autor; e atuação efetiva, por meio de uma conduta acessória aos atos principais (Capez, 2018, p. 514).

Deve-se ficar evidente que a ação do sujeito é de corroborar com o injusto penal, caso contrário, comprovando-se a aderência da ação a elementos contidos no núcleo do tipo, não se trata de participação.

Isso evidencia o princípio da acessoriedade da participação, haja vista que a sua compreensão como conduta típica ocorre em função da norma de extensão descrita na Parte Geral do Código Penal. Ele divide-se em teoria da acessoriedade extrema (máxima), mínima e limitada. Para a vertente extrema, a conduta do autor deve ser típica, antijurídica e culpável, logo, se o agente for inimputável ou ocorre erro de proibição inevitável, o partícipe não seria punido. Por sua vez, na acepção mínima, a conduta basta ser típica, dessa maneira, se um indivíduo age em legítima defesa, a sua conduta não seria ilícita, mas o partícipe teria praticado um delito. E, para a noção limitada, a ação principal deve ser típica e antijurídica, nesse caso, é irrelevante se o autor é culpável ou não (Bitencourt, 2018, p. 834-835).

Além dessas, acrescenta-se mais uma divisão, a hiperacessoriedade, em que se determina a demonstração de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade (Prado, 2019, p. 503).

Considerando a adoção da teoria monista pelo Código Penal, impondo a todos os agressores da norma a mesma infração penal, não distinguindo autor e partícipe, o art. 29, desse diploma repressivo, é dispensável quando se tratar de coautoria, pois o desvalor da conduta advém do artigo ofendido. Diferentemente, para a alcançar o partícipe, o artigo acima descrito é imprescindível, já que o enquadramento típico se fará por meio dessa regra de extensão (Bitencourt, 2018, p. 842).

O diploma penal repressivo aliou-se à acessoriedade limitada. Entretanto, para Capez (2018, p. 519), a teoria extremada seria mais adequada, em razão da possibilidade de autoria mediata. Isso porque, se adotada a teoria limitada, em que o fato principal deve ser típico e ilícito, em casos de autoria indireta, na qual se fez uso de um inculpável, em razão de não exigir a presença do elemento culpabilidade, o autor mediato seria considerado um mero partícipe. De outro lado, alinhando-se a teoria da acessoriedade extrema, em que o fato deve ser típico, ilícito e culpável, o mandante não será enquadrado como partícipe no caso de valer-se de um inimputável, mas será entendido como autor mediato.

Não distanciando dessa abordagem, a utilização da teoria da acessoriedade extrema para alcançar o mandante de delitos de pistolagem que fez uso de um terceiro inimputável é uma alternativa à impunidade. Pois, estar-se-ia, com a acessoriedade limitada, criando uma lacuna no ordenamento jurídico, ao permitir o enquadramento do autor indireto como partícipe.

#### 4 Teoria do domínio do fato e sua contribuição na distinção entre autoria e participação e na punibilidade do mandante de homicídios no meio rural

O art. 29, *caput*, do Código Penal, adotando a teoria monista, alinhada à equivalência das condições, dentro de uma ótica unitária; e o fato de os §§ 1º e 2º, do mesmo diploma normativo, terem promovido a inserção de um critério diferenciador, dessa forma, já sendo possível distinguir autoria e participação, não promoveram a solução para uma adequada separação entre autor imediato e mediato.

Isso também não foi possível com as teorias dualista e pluralista; também não o foi com a adoção de um conceito extensivo de autor (igualmente ligado à teoria da equivalência das condições), o qual buscou na teoria da participação, por meio da teoria subjetiva da participação, adequar as divisões necessárias; bem como o conceito restrito de autor, fazendo uso de uma norma de extensão, ao utilizar da teoria da participação agregadas às teorias objetivo-formal e objetivo-material não elucidaram, sozinhas, a referida problemática. Dessa maneira, tem-se como relevante a análise da teoria do domínio do fato, para verificar se ela contribui ou não para a solução desse questionamento.

Essa teoria foi idealizada em 1939, por Welzel. Para ele, nas infrações penais dolosas, considera-se autor aquele que possua o controle final do fato. Mas, o seu desenvolvimento se deu em 1963, com Roxin. Em seus estudos,

relatou que quem tivesse uma função no âmbito de um aparato organizado de poder e determinasse a prática de um crime deveria ser considerado autor (Bitencourt, 2018, p. 822-823).

Esses estudos acabaram por influenciar a reforma produzida pela Lei 7.209/1984, a qual introduziu no art. 62, I, do Código Penal a agravante no caso de autoria intelectual. A norma penal apesar de adotar a concepção unitária de autor, a existência de critérios descritos no diploma penal repressivo, diferenciando autor e partícipe, aponta para uma mudança do ponto de vista prático, alterando a visão monista para um modelo diferenciador e, com isso, nota-se a possibilidade de emprego de outras teorias relativas à distinção de autoria e participação, como os estudos da teoria do domínio do fato. Essa não é uma corrente contrária às teses formuladas pela teoria formal-objetiva, pois, de acordo com as diretrizes do domínio da ação, o sujeito culpável que pratica a conduta descrita no tipo diretamente é concebido como autor, haja vista possuir o domínio final do resultado. Nesse contexto, o autor, mesmo não praticando a ação principal do delito, tem o controle finalístico da ação. Por sua vez, o partícipe colabora para a infração penal sem possuir esta condição (Souza; Japiassú, 2018, p. 318-318). Importante frisar que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva, tratando-se de um complemento (Capez, 2018, p. 510).

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a teoria do domínio do fato não se aplica para solucionar deficiência probatória ou arrefecer os rigores que caracterizam o dolo, como consignado na Ação Penal 975 (Brasil, 2017). Vale citar, a critério de exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgado da AgRg no REsp 1.874.619/PE, considerou que a teoria do domínio do fato é insuficiente para analisar a existência de nexos de causalidade entre o delito e o criminoso, sendo inadequado apontar a autoria de determinado ilícito penal porque o agente possui o domínio do fato se, diante do caso concreto, não existe nenhum elemento caracterizador do nexos entre a conduta e o resultado danoso. Por essa razão, a ocupação de cargo de gestor, diretor, sócio-administrador não induz a presunção de participação em crime, se não forem demonstradas circunstâncias capazes de conectar o acusado ao crime (Brasil, 2020).

Esse mesmo tribunal, quando da análise do HC 821.162/SP, consignou que autor é quem possui o domínio da conduta, o domínio final da ação ou o agente com capacidade para decidir se a conduta delitiva irá ocorrer ou não, o sujeito que controla a conduta criminosa ou presta auxílio ou incentivo intelectual, mesmo não exercendo a conduta nuclear (Brasil, 2023b).

É preciso compreender a utilidade da teoria do domínio do fato, para serem evitados desvios de finalidade ou seu uso desmedido ou inadequado. Ela tem por objetivo principal diferenciar autor e partícipe. Não se direciona à análise se o delinquente será ou não punido, mas se a reprimenda imposta a ele será como autor ou partícipe. Ela tem no autor o elemento central do fato típico. Sua utilização se dará quando estiver diante de uma infração penal de domínio, crimes comuns, praticados na forma comissiva dolosa (Greco *et al.*, 2014, p. 22-24). O argumento de a teoria do domínio do fato somente poder ser aplicada a crimes dolosos. É que somente nelas pode-se verificar o domínio final do delito (Bitencourt, 2018, p. 825).

Trata-se de uma teoria mista, por valer-se de elementos objetivos e subjetivos e, nesse aspecto, o autor é quem decide o “se” e o “como” da infração penal. Dessa forma, nos delitos de mando, poderá ser compreendido como autores o mandante e o executor e, coautores, aqueles em que o domínio do fato é comum aos delinquentes (Queiroz, 2008, p. 249).

A inserção do mandante e do executor na órbita da autoria (indireta e direta) se faz necessária, para evitar teses argumentativas no sentido de condenar o autor mediato como se fosse um partícipe, nos termos dos §§ 1º e 2º, do art. 29, do Código Penal. No cenário dos delitos de homicídios de mando no campo, essa compreensão é relevante para dirimir os conflitos e evitar a impunidade ou punições precárias, rompendo-se com ideologias que afastem o mandante da autoria (mediata) da infração penal.

A teoria do domínio do fato utiliza em seu início da concepção restritiva de autor, com o objetivo de reduzir os critérios objetivos e subjetivos, sendo assim, consolidando-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Em sua estrutura, o requisito “domínio do fato” indica a existência de um controle final (critério subjetivo). Contudo, não somente este, porquanto requerer uma condição objetiva, capaz de demonstrar, com mais precisão, o domínio do fato. Portanto, considera autor o agente que possua competência para decidir sobre a prática delitiva, quem faz uso de uma terceira pessoa como instrumento para a consecução da empreitada criminosa e o executor do injusto penal. No contexto

dessa teoria, não basta apenas a vontade de ocorrência do delito, devendo-se estar presente, também, a relevância material da ação de cada agente na atividade delitiva (Bitencourt, 2018, p. 824).

Nessa senda, o autor possui o controle final do fato, exercendo domínio sobre a prática da infração penal, possuindo capacidade de decidir se a ação delitiva prossegue ou interrompe-se. Portanto, a análise não está direcionada em se o agente praticou ou não a ação nuclear descrita no tipo penal, mas o exercício do controle da conduta (Capez, 2018, p. 509).

Por meio dessa perspectiva, no campo prático, verifica-se a dificuldade de provar se o mandante, em casos de pistolagem, de fato, tinha o controle finalístico da conduta. O autor mediato é livre para decidir se determina a continuidade da infração penal, se já iniciada, ou a sua cessação. Então, como constatar, do ponto de vista jurídico-penal, a existência de ordem advinda do autor indireto para a não realização da empreitada criminoso e como saber se o executor, de fato, obedecerá a seu comando, são pontos não explicados pela teoria.

Por estar entre a teoria extensiva e o critério formal objetivo, mesclando requisitos objetivos, consubstanciados em uma ação relevante e outro subjetivo, ligado à intenção de permanecer no controle da ação, resta configurado uma teoria objetivo-subjetiva (Jescheck, 1981, p. 898 *apud* Capez, 2018, p. 511).

Dos argumentos acima grafados, a presença de um mandante e um executor, por si sós, não se amolda à presente teoria. Tinha-se uma ideia inicial de que se o autor mediato contratasse um sujeito para executar a empreitada criminoso estaria caracterizado a autoria mediata. Isso reforça a necessidade de alterações da legislação penal, porque mesmo existindo hipóteses de agravantes e qualificadoras no Código Penal, elas não foram e não são suficientes para resolverem a problemática da autoria mediata.

A teoria do domínio do fato pode ser subdividida em: domínio da ação, da vontade, funcional do fato e da organização ou do aparato organizado de poder. No que tange ao domínio da ação, a atuação delitiva, sem a presença de coação ou de algum outro constrangimento, tendo sido praticada, diretamente, conforme disposta na lei penal, o sujeito da infração será o autor (direto). Por sua vez, o domínio da vontade ocorre quando o autor não realiza a conduta típica, contudo, utiliza-se de um instrumento, por meio de coação, erro invencível, uso de inimputáveis e aparelhos organizados de poder. Já o domínio funcional do fato é configurado no contexto da distribuição de atividades criminosas (divisão horizontal), em que os coautores possuem liame subjetivo e vinculação subjetiva por prévio ajuste ou mera ciência de agir em conjunto. E, no plano do domínio da organização, tem-se uma estrutura organiza atuante paralelamente ao Estado de Direito e, nesse esquema, quem exerce a liderança da infração penal e pratica o delito será enquadrado como autor imediato (Souza; Japiassú, 2018, p. 317).

Observa-se que no domínio da vontade, o autor imediato não tem império da própria vontade, haja vista que é determinada pelo autor mediato, o qual controla a sua conduta. E, sobre o domínio funcional do fato, o ilícito penal é praticado em coautoria. O agente exerce uma ação relevante, dentro do plano global, para a concretização do delito, havendo, nessa modalidade, nítida divisão de tarefas (Bitencourt, 2018, p. 824-825).

Para a demonstração do domínio da ação para a autoria imediata não se verificam maiores dificuldades. Exige-se a prática da ação de forma direta, sem a existência de coação. De outro lado, no domínio vontade e, especificamente sobre pistolagem no campo, para o emprego dessa teoria, será necessária a presença de coação, erro invencível ou a presença de inimputável. Então, se o agente não sofreu constrangimento de terceiros para o exercício da ação criminoso, não agiu sobre erro invencível (ou o autor mediato é imputável, não se imporá a referida teoria).

Agregado a isso, no domínio funcional do fato, há a exigência de divisão de tarefas, de tal forma que todos praticam determinada ação com relevância causal, fazendo parte de um plano delitivo maior. Com isso, para sua aplicação nos delitos de homicídio de mando, deverá ser comprovado o conluio ou o conhecimento de estarem agindo para um resultado pretendido por todos. E, mais uma vez, nota-se a inutilidade dessa vertente quando, por exemplo, existem somente um mandante e um executor, desvinculados de hierarquia horizontal ou inexistindo divisão de tarefas.

No aparato organizado de poder, no contexto de sua estrutura verticalizada e atuação as margens do sistema legal, há emissão de uma ordem a executores fungíveis, sujeitos atuantes como se fossem uma espécie de engrenagens de um processo automático. Não se trata apenas de instigação como na mera participação, mas de nítida autoria mediata. Sendo assim, os criminosos imbuídos da direção de governos totalitários, organizações

criminosas e terroristas devem ser enquadradas como autores mediatos. Essa forma de atuação tem os seguintes requisitos: a) ordem proferida pelo detentor do comando da estrutura delitiva na órbita interna de uma organização estruturada verticalmente, b) atuação alheia ao direito e, c) fungibilidade dos sujeitos (Greco *et al.*, 2014, p. 25-27).

Então, para essa teoria, considera-se autor o agente que pratica a conduta descrita no tipo penal (autor imediato); quem se utiliza de um terceiro como instrumento (autor mediato) e, coautor, quem pratica determinada ação dentro do plano global, possuindo o “domínio funcional do fato”, mesmo que a conduta não seja típica, mas constituindo-se componente da empreitada criminosa (Bitencourt, 2018, p. 825).

O domínio funcional do fato alicerça-se na noção de divisão de tarefas, à qual não se vincula à prática da ação descrita no tipo penal ou de parte dela, bem como não é crível sua análise sob o viés de uma divisão matemática, relacionada a um domínio integral do fato, demonstrando a parcela ideal de cada delincente. O domínio é referente à atividade exercida pelo agente (Batista, 2004, p. 77 *apud* Greco, 2017, p. 608-609).

Há, ainda, a autoria intelectual dentro do universo da autoria direta, em que o delincente não pratica diretamente a ação, mas domina a conduta (Prado, 2019, p. 499-500). O autor intelectual é o que planeja o fato delituoso e, mesmo não tendo praticado nenhum ato executório descrito no tipo penal, não o exclui da qualidade de autor (Greco, 2017, p. 616-617; Capez, 2018, p. 510). Como prova disso, o art. 62, I, do Código Penal evidencia a agravante no caso de promover ou organizar a prática de delito ou dirigir as ações dos demais delinquentes. Entretanto, Gonçalves (2018, p. 303) faz a seguinte ressalva: o mentor do delito será um mero partícipe quando os executores tiverem capacidade, pois sua ação concorreu para a infração penal ao delimitá-la e ao induzir os outros delinquentes. Caso sua conduta tivesse se voltado contra um inimputável, estaria configurada a autoria mediata.

Sob o prisma da teoria do domínio do fato, em síntese, a análise se dá em três momentos. Primeiro, verifica-se se o agente praticou a conduta diretamente (autoria imediata); segundo, se o delincente executou a ação criminosa por intermédio de outro indivíduo como instrumento (autoria mediata); terceiro, se o criminoso efetuou uma ação exigida para a configuração do plano delitivo.

Se de um lado o autor é o coordenador da ação, tendo domínio em relação à realização do resultado, para essa teoria, o partícipe é um mero concorrente no injusto penal (Capez, 2018, p. 510).

Observa-se a ampliação do conceito de autor, para alcançar quem realiza a ação nuclear descrita no tipo penal (autor propriamente dito): planeja a ação delitiva (autor intelectual); o agente que se utiliza de inimputável ou de terceiro que age sem dolo ou culpa (autor mediato); a prática da conduta por duas ou mais pessoas (coautores). Além da participação, contudo, nessa modalidade, sua conduta não pode ser a principal do delito, tampouco deter o controle final do fato (Masson, 2019, p. 728).

No espaço dessas discussões, pode-se sintetizar a configuração da autoria mediata no âmbito da teoria do domínio do fato, quando ocorre as seguintes situações: a) coação moral irresistível (art. 22, do CP), situação em que somente responderá pelo crime quem exerce a coação, portanto, a pessoa coagida, porque agiu sob coação moral, não será penalizada, haja vista a exclusão da culpabilidade; b) obediência hierárquica (art. 22 do CP), sendo autor mediato quem proferiu a ordem; c) indução a erro (de tipo ou de proibição); d) uso de inimputável; e) valer-se, como instrumento, de pessoa acobertada por uma causa justificadora; f) utilização de estruturas hierarquizadas de poder ou organizações criminosas (Prado, 2019, p. 500). Inclui-se, também, o erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º, do CP) (Greco, 2017, p. 611).

Há entendimento contrário sobre a autoria mediata quando do uso de inculpável, a exemplo do inimputável, vale dizer, utilizar-se de alguém que atua em erro de proibição invencível ou diante de estado de necessidade exculpante, defendido por Zaffaroni & Pierangeli (2021, p. 797-799), os quais não vislumbram tais hipóteses como caso de autoria mediata em virtude do domínio do fato, porquanto, a ausência de culpabilidade da ação do autor imediato não significa a existência de domínio pelo autor mediato, havendo apenas uma probabilidade do cometimento do delito. Desse modo, configura-se a participação. Para eles, o domínio do fato ocorre em situações de não realização pelo dominado de determinada conduta; do uso de quem age sem dolo, porquanto não domina o fato por não empregar sua ação até o resultado pretendido pelo autor indireto. Porquanto, o domínio do fato é caracterizado diante de uma conduta perpetrada em cumprimento de um dever legal, utilizando-se o agente de quem exerce sua ação sob o manto de uma justificadora.

Ademais, essa teoria não é capaz de demonstrar se o sujeito tem, de fato, o controle final da ação. Em determinadas situações, o indivíduo contratado pode não atuar conforme pactuado com o mandante, descaracterizando o domínio final da ação, logo, não será autor (Gonçalves, 2018, p. 290).

Existem alguns fatores a serem levados em conta para a não aplicação incorreta dessa teoria. Primeiro, nem todo mandante será considerado autor, porquanto, se não estiverem presentes os critérios acima especificados, será partícipe. Destaca-se, há casos, pela disposição do art. 29, *caput*, do Código Penal que seriam tidos por autoria. De outro lado, se fosse adotada a teoria do domínio do fato, haveria participação. Além disso, nem todos os detentores do domínio do fato são autores, isso porque, deve-se analisar se a ação foi cometida diretamente ou não pelo agente (domínio da ação), estando diante de domínio da ação ou se trata de uso de terceiro como instrumento (domínio da vontade) ou se está diante de um plano criminoso com divisão de tarefas com contribuição relevante (domínio funcional do fato) (Greco *et al.*, 2014, p. 36-40).

Outro conceito equivocado é que determinada pessoa será o autor por ocupar a função de “chefe” da empreitada criminosa. Da mesma forma do descrito acima, deve-se verificar os elementos para sua imposição. A teoria do domínio do fato acaba por restringir mais a conotação de autoria quando comparada com o art. 29, *caput*, do Código Penal. Também não se pode afirmar que essa condição (de chefe) determina a existência de domínio do fato (Greco *et al.*, 2014, p. 41-42).

Com base em tais argumentos, a teoria do domínio do fato não se aplica a quaisquer casos de pistolagem no campo, o que requer a adoção de medidas do Poder Legislativo no sentido de promover alterações no Código Penal, para dirimir as dúvidas sobre a autoria mediata e contribuir para a segurança jurídica.

#### 4.1 Da (des)necessidade de aperfeiçoamento do Código Penal

As teorias estudadas demonstram a necessidade e importância de criação de tipos penais voltados a promover uma distinção de autoria imediata e mediata. Não que isso solucionaria todos os questionamentos sobre autoria, coautoria e participação, mas, pelo menos, reduziria o cenário de insegurança jurídica, evitando-se subjetivismos incompatíveis com o sistema de justiça penal.

No que se relaciona ao art. 29, do Código Penal seria crível se o legislador formulasse um artigo que caminhasse no seguinte sentido: “Considera-se autor aquele que determinar a ocorrência de infração penal na condição de mandante, direto ou indireto, seja por qual motivo for, independente de demonstração de domínio da ação, da vontade ou de domínio funcional do fato, seja a título gratuito ou oneroso”.

O art. 62, I e IV, do Código Penal já prevê as agravantes no concurso de pessoas para o delinquente que promove, organiza ou dirige a conduta dos outros infratores da norma ou ao sujeito executor de delito ou seu participante, que comete o delito em razão de pagamento ou de promessa pagamento. O art. 121, § 2º, I, do mesmo diploma legal considera qualificado o homicídio praticado mediante pagamento ou promessa de recompensa.

Todavia, o Código Penal poderia contemplar um dispositivo, isto é, uma qualificadora, voltada à proteção de pessoas envolvidas em conflitos por terras, trazendo um elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, o homicídio praticado no meio rural, em razão de disputas por áreas ou assuntos conectados a elas. Desse modo, a qualificadora transformaria o delito em crime próprio quanto ao sujeito passivo, pois deveria ser alguém inserido na seara rural, tendo sido vítima em virtude de sua terra ou de questões atinentes a ela.

A inserção de uma qualificadora traria duas principais distinções: (i) crime próprio com relação ao sujeito passivo e (ii) finalidade específica com relação à conduta do autor do crime — assim como ocorreu, por exemplo, com a alteração promovida pela Lei 13.142/2015, que introduziu a qualificadora de homicídio praticado contra autoridades ou agentes previstas nos arts. 142 e 144, ambos da Constituição Federal, seja no exercício da função ou por motivos ligados a ela, bem como contra cônjuge, companheiro ou parentes consanguíneos até o terceiro grau, em virtude de atividades desempenhadas.

Diante dessas discussões, no campo jurisprudencial, a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, possuem entendimento distintos sobre a questão da qualificadora relativa ao homicídio praticado em razão de pagamento ou de promessa de pagamento, prevista no art. 121, § 2º, I, do Código Penal. Nessa modalidade delitiva, há a figura do mandante (autor mediato) e de um executor (autor imediato), os quais, a depender da situação fática,

poderão ter penas distintas. E essa discussão é importante para verificar como se dará a aplicação dessa qualificadora nos delitos de pistolagem no campo. Dessa maneira, após a análise de alguns julgados proferidos pelo STJ, foram selecionados os recursos: AgRg no HC 782.307/ES, REsp 1.973.397/MG, AgInt no REsp 1.681.816/GO, REsp 1.201.548/MG, REsp 1.563.169/DF e REsp 1.209.852/PR, além do Informativo de Jurisprudência 748.

No julgamento do AgRg no HC 782.307/ES, julgado em 2023, a Sexta Turma do STJ consignou que, para melhor análise sobre o grau de censura relacionada ao comportamento do réu, deve-se considerar as peculiaridades de cada caso e as condições de caráter pessoal do delincente no contexto da infração penal. Desse modo, quanto à elevação da pena-base, poderá recair maior juízo de censura contra o mandante. Esse colegiado, em 2018, ao analisar o AgInt no REsp 1.681.816/GO, constou que, no “homicídio mercenário”, a qualificadora é elementar do tipo qualificado, sendo assim, comunica-se ao mandante do crime; tendo sido aplicado o mesmo entendimento em 2016, no REsp 1.201.548/MG. Entretanto, no mesmo ano, na análise do REsp 1.209.852/PR, relatou-se que, por se tratar de circunstância accidental do crime, e, por ser condição pessoal, a qualificadora é incomunicável, de forma automática, aos coautores. Entretanto, não há proibição de sua comunicação entre o autor mediato e imediato, quando a razão motivadora do mandante seja torpe, desprezível ou repugnante (Brasil, 2023a; Brasil, 2018; Brasil, 2016a; Brasil, 2015b).

Por sua vez, a Quinta Turma do STJ, em relação ao homicídio qualificado mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe, no REsp 1.973.397/MG, decisão proferida em 2022, dispôs que ela não deve ser imposta aos mandantes de homicídio, ao considerar a questão do pagamento, nem para os autores mediatos (uma ação que os liga ao concurso de pessoas e não aos motivos do delito). Sendo assim, deve ser sancionado com essa qualificadora quem atua motivado pelo pagamento (Brasil, 2022a).

Esse julgado firmou entendimento conforme Informativo de Jurisprudência 748, o qual dispõe ser inaplicável a qualificadora da paga aos mandantes, em razão do princípio da legalidade e que essa circunstância configura concurso de pessoas e não o motivo de delito. Nas informações do inteiro teor, consta que, para essa turma, os motivos do delito de homicídio são de caráter subjetivo, logo, não se comunicam aos coautores. E, sobre o art. 121, § 2º, I, do Código Penal, ela só será imposta ao autor imediato, considerando que a conduta do mandante é a contratação do autor imediato. Destaca, ainda, em alusão aos motivos do autor mediato, poderem eles, a depender do caso, ser nobres ou configurar o privilégio previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal, porquanto, o autor intelectual não tem sua conduta impulsionada pela recompensa, sendo essa ação direcionada ao autor imediato, que age motivado pelo pagamento ou promessa. Nessa esteira, entendem que para o mandante, a qualificadora da paga é a ação do autor mediato que autoriza sua adequação ao delito como coautor, na condição de autoria mediata; de outro lado, para o executor, o pagamento é a razão do concurso de pessoas e a prática da conduta nuclear. Dessa forma, o autor mediato não tem o pagamento como motivo, mas trata-se de sua exteriorização, não se aplicando a qualificadora do art. 121, § 2º, I, do Código Penal ao mandante (Brasil, 2022b, p. 29-30).

Ainda no entendimento da Quinta Turma, em 2016, REsp 1.563.169/DF, ficou consignado que a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, no caso de concurso de pessoas, a pena será agravada para quem promove ou organiza contribuição no delito ou dirige a ação dos demais delinquentes, não é incompatível com a autoria intelectual, ou seja, pode ser imposta ao mandante (Brasil, 2016b). Dessa maneira, com o intuito de proporcionar maior proteção ao campesino contra a prática de pistolagem no meio rural, torna-se relevante a alteração do Código Penal.

## 5 Considerações finais

A pistolagem no campo, assim como qualquer outra modalidade delitativa, exige atuação estatal no sentido de coibir suas ocorrências e promover a proteção da sociedade. A existência de alguns delitos previstos no Código Penal, tais como alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório podem contribuir para a tutela desses bens jurídicos, contudo, não tem promovido a proteção das pessoas e grupos envolvidos em demandas sobre a posse e a propriedade da terra.

Nesse aspecto, os crimes no campo, aqui denominados crimes agrários, tem como espécie o homicídio, praticado em razão de disputas por áreas ou por questões ligadas ao cenário rural, os quais, em vários casos, são perpetrados por meio da ordem de um mandante.

A par disso, o art. 29, *caput* do Código Penal adota, em regra, a teoria monista, tendo por fundamento a teoria da equivalência das condições, não distinguindo autoria e participação. Parece suficiente esse dispositivo legal para a punibilidade de mandantes de homicídios no campo, entretanto, poder-se-ia considerar meras condutas de participação como a de executores da ação nuclear do tipo penal. Com a reforma promovida pela Lei 7.209/1984, introduzindo os §§ 1º e 2º, verifica-se uma mitigação da teoria unitária, ao adotar um sistema diferenciador para valorar as condutas dos delinquentes, diferenciando autores e partícipes.

E, para a configuração do concurso de pessoas deve-se cumprir os seguintes requisitos: pluralidade de participantes de condutas, relevância causal de cada ação, vínculos subjetivos entre os partícipes e identidade de infração penal.

Agregado a isso, para a delimitação do conceito de autoria, destaca-se que as teorias unitária, restritiva, extensiva, subjetiva e finalista, quando adotadas individualmente, não solucionaram a problemática da definição de autoria.

Observa-se que, para a caracterização da autoria mediata, é necessário estar presente uma das seguintes situações: erro de tipo, coação irresistível, obediência hierárquica ou utilização de inimputáveis. Isso evidencia que, não estando presentes essas hipóteses, não se trata de autoria indireta. Logo, se um mandante se vale de um imputável, ele não poderá ser enquadrado como autor mediato.

E, no universo das teorias da participação, a utilização da teoria limitada da participação, ao exigir que o fato principal seja típico e ilícito, o mandante seria concebido como mero partícipe; de outra forma, a teoria da participação extrema, por requer a presença de fato típico, ilícito e culpável, alcançará o mandante na condição de autor mediato.

Já a teoria do domínio do fato se manifesta por meio do (i) domínio da ação, ou seja, o sujeito pratica a ação descrita no tipo penal diretamente e sem coação; (ii) do domínio da vontade, valendo-se o mandante de um terceiro que age em coação, erro invencível ou utiliza-se de um inimputável ou de aparelhos organizados de poder. Além dessas, expressa-se, também, por meio do (iii) domínio funcional do fato, em que há a distribuição de atividades delitivas (divisão horizontal). Os coautores possuem liame subjetivo, prévio ajuste ou conhecimento da atuação em conjunto. Também, por meio do (iv) domínio da organização ou aparato organizado de poder, em que há estrutura ordenada agindo paralelamente ao sistema legal, possuindo uma estrutura verticalizada. Os executores são fungíveis. Quem exerce a liderança é considerado autor imediato.

Contudo, as diversas teorias abordadas não solucionam o problema da autoria mediata nos delitos de pistolagem no campo, o que reclama a necessidade de reformulação do Código Penal, para a introdução de um novo parágrafo no art. 29, do Código Penal, como no exemplo a seguir: "Considera-se autor aquele que determinar a ocorrência de infração penal na condição de mandante, direto ou indireto, seja por qual motivo for, independente de demonstração de domínio da ação, da vontade ou de domínio funcional do fato, seja a título gratuito ou oneroso". Ou a criação de uma qualificadora no delito de homicídio específica para a tutela das pessoas inseridas no contexto rural ou por questões ligadas a terra, como forma de reduzir os problemas relacionados à autoria.

## 6 Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 206 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.

BRASIL. *Código penal*. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Penal 975/AL*. Relator ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381111/false>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1.874.619/PE*, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/11/2020, *DJe* de 2/12/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001141877&dt\\_publicacao=02/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001141877&dt_publicacao=02/12/2020). Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 782.307/ES*, relator ministro Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 28/08/2023a, *DJe* de 30/08/2023. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203502541&dt\\_publicacao=30/08/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203502541&dt_publicacao=30/08/2023). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 821.162/SP*, relator ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/09/2023, *DJe* 15/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.973.397/MG*, relator ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022a, *DJe* de 15/09/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103782424&dt\\_publicacao=15/09/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103782424&dt_publicacao=15/09/2022). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n. 748*, 2022b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=%270748%27.cod.&force=yes>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp n. 1.681.816/GO*, relator ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/05/2018, *DJe* de 15/05/2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701608363&dt\\_publicacao=15/05/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701608363&dt_publicacao=15/05/2018). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.201.548/MG*, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2016a, *DJe* de 7/12/2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201001269808&dt\\_publicacao=07/12/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001269808&dt_publicacao=07/12/2016). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.563.169/DF*, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/3/2016b, *DJe* de 28/3/2016a. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500893470&dt\\_publicacao=28/03/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500893470&dt_publicacao=28/03/2016). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.209.852/PR*, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2015b, *DJe* de 02/02/2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201001692946&dt\\_publicacao=02/02/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001692946&dt_publicacao=02/02/2016). Acesso em: 30 nov. 2023.

BRUNO, Regina *et al.* *Um Brasil ambivalente: agronegócio, ruralismo e relações de poder*. Rio de Janeiro: Mauad X, Seropédica, Rio de Janeiro: EDUR, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v.1.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no campo*: Brasil, 2017. Goiânia: Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. CPT Nacional, 2019. Disponível em: <https://cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14110&catid=0&m=0>. Acesso em: 28 jun. 2023.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no campo*: Brasil, 2018. Goiânia: Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. CPT Nacional, 2019. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14154&catid=0&m=0>. Acesso em: 28 jun. 2023.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no campo*: Brasil, 2019. Goiânia: Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. CPT Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14195&catid=0&m=0>. Acesso em: 28 jun. 2023.

- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no campo*: Brasil, 2020. Goiânia: Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. CPT Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14242&catid=41&m=0>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no campo*: Brasil, 2021. Goiânia: Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. CPT Nacional, 2022. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14271&catid=41&m=0>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- FERLINI, Vera Lucia Amaral. *O mito do latifúndio*. In: FERLINI, Vera Lucia Amaral. *O mito do latifúndio*. Açúcar e colonização. São Paulo: Alameda, 2010. p. 211-231.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.
- GRECO, Luís; ALOR, Leite; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4255759/mod\\_resource/content/1/Leitura%20obrigat%C3%B3ria.%20O%20que%20%C3%A9%20o%20que%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20teoria%20do%20dom%C3%ADnio%20do%20fato.%20Claus%20Roxin.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4255759/mod_resource/content/1/Leitura%20obrigat%C3%B3ria.%20O%20que%20%C3%A9%20o%20que%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20teoria%20do%20dom%C3%ADnio%20do%20fato.%20Claus%20Roxin.pdf). Acesso em: 27 jun. 2023.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. v. 1.
- JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. *Direito penal*: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.
- MASSON, Cleber. *Direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. v. 1.
- MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*: introdução e parte geral. 38. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SAWAIA, Bader *et al.* *As artimanhas da exclusão*: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*. Volume único. São Paulo: Atlas, 2018.
- SOUZA, Dalva Bordes de. *Violência, poder e autoridade em Goiás*. Goiânia: Ed. da UFG, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

# A responsabilidade penal pela suspensão de nutrição e hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo persistente

## *Criminal liability for withdrawal of artificial nutrition and hydration from a patient in a persistent vegetative state*

Artigo recebido em 27/02/2024 e aprovado em 11/03/2024.

### Flávia Siqueira

Doutora em direito penal pela UFMG (2019), com período sanduíche na Universität Augsburg (2016 | SWE/CNPq/DAAD) e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin (2017 e 2018). Tese laureada com o Prêmio UFMG de melhor tese do Programa de Pós-Graduação em Direito e Menção Honrosa do grupo de Ciências Humanas, Sociais Aplicadas, Linguística, Letras e Artes. Durante o doutorado, foi bolsista da CAPES, no Brasil, bem como do CNPq e do DAAD, na Alemanha. Pós-doutorado pela UFMG, com pesquisa financiada pelo programa CAPES Print. Agradada pela Fundação Alexander von Humboldt (AvH), em parceria com a CAPES, com bolsa para realização de pesquisa pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin. Professora de direito e processo penal na FGV Direito SP (2023-atual) e na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP (2017-atual).

### Heloisa Estellita

Professora associada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (SP) onde é coordenadora do Grupo de Pesquisa em direito penal econômico e da Empresa. Foi agraciada com a Humboldt Research Fellowship em parceria com a CAPES para realização de pós-doutorado na Alemanha, na Ludwig-Maximilians-Universität de Munique e na Augsburg Universität. Estadas de pesquisa pós-doutorais na Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, Espanha), financiada pela CAPES Print, e na Universidade Humboldt de Berlin (Alemanha), financiada pela Alexander von Humboldt Stiftung. Doutora em direito penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

### Resumo

A dogmática penal “não cresce do deserto, mas apenas no solo fértil e firme de um intenso e sofisticado debate sobre problemas concretos”, afirmou o homenageado (Greco, 2009, p. 3). Este texto dá testemunho disso ao analisar caso envolvendo dois grandes temas da dogmática da teoria geral do delito: o consentimento (presumido) e a omissão imprópria. Ele analisa caso que envolvia uma investigação por tentativa de homicídio em razão da *suspensão de hidratação e nutrição de paciente em estado vegetativo persistente*, analisando a responsabilidade de cada um dos envolvidos. As autoras concluem que, por tratar-se de comportamento omissivo, a suspensão de nutrição e hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo persistente não caracteriza participação em suicídio tampouco eutanásia ativa, mas hipótese de ortotanásia, que somente poderia ser punível a título de omissão imprópria. O médico que tratava a paciente e seu curador eram garantes de proteção (art. 13, § 2º, “b” do Código Penal), cujo feixe de deveres, porém, não envolvia o dever genérico de prolongar indefinidamente a vida ou o processo de morte de pacientes, devendo sua atuação ser limitada pela vontade da paciente, em respeito à sua autonomia. Por ser paciente inconsciente, a legalidade da intervenção dependia da análise da vontade presumida, fundada no critério do melhor interesse. Não havia, no caso, dever concreto de agir para autorizar a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais, do que decorre a atipicidade da conduta do médico de tratamento e do curador e, em virtude da acessoriedade da participação, também a do médico parecerista e do advogado que aconselhou o curador.

**Palavras-chaves:** crime omissivo impróprio; direito penal; homicídio; medicina; ortotanásia; tentativa.

## Abstract

The doctrine of criminal responsibility “is not born in the desert, but only in the fertile and firm soil of an intense and sophisticated debate on concrete problems”, as the honoree stated (GRECO, 2009, p. 3). This text analyzes a case that involves two significant issues within the doctrine of criminal responsibility: (presumed) consent and improper omission. It examines a case involving an investigation of attempted homicide for withdrawing hydration and nutrition from a patient in a persistent vegetative state. It analyzes the responsibility of each person involved. The authors conclude that withdrawing artificial nutrition and hydration from a patient in a persistent vegetative state is an act of omission. Therefore, it does not constitute participation in suicide or active euthanasia. Instead, it is a case of orthothanasia, which can only be punished as an improper omission. The attending physician and the patient’s legal guardian were guarantors of protection (Article 13, § 2, “b” of the Criminal Code), whose bundle of duties, however, did not include the general duty to prolong the life or dying process of patients indefinitely. Their actions should be restricted by the patient’s will, respecting their autonomy. In cases where the patient is unconscious, the lawfulness of any intervention is dependent on an analysis of his/her presumed will, based on the criteria of the patient’s best interest. In this case, the attending physician and the legal guardian did not commit a criminal offense as there was no concrete duty to authorize the continuation of artificial nutrition and hydration. The consulting physician and attorney advising the guardian also did not commit any offense due to the accessory nature of participation.

**Keywords:** improper omissive crime; criminal law; murder; medicine; orthothanasia; attempt.

## 1 Introdução

Dentre as contribuições inestimáveis já prestadas pelo prof. dr. Luís Greco à ciência jurídica, em especial à dogmática penal e processual penal, escolhemos destacar, nesta homenagem, uma que tem sido objeto de seus esforços especialmente direcionados ao nosso país, com o qual dialoga constantemente por meio de publicações e por meio do contato acadêmico com dezenas, senão centenas, de estudantes e pesquisadores que acolhe em sua cátedra na Universidade Humboldt, de Berlim. Trata-se de seus esforços em tornar acessível e, em alguma medida, mundana a dogmática penal, e, com isso, restaurar sua importância para uma aplicação do direito mais justa, porque racional, explícita, rigorosa e igualitária (Greco, 2009, p. 3-4). Ensinada em nossas faculdades, majoritariamente, como uma ciência das grandes teorias, dos grandes temas, que maneja conceitos altamente abstratos, com pouca ou nenhuma conexão com a realidade ou com o dia a dia dos aplicadores da lei, e que penetra no linguajar dos operadores jurídicos apenas por meio de rótulos, invocados a modo de fórmulas mágicas ou adornos retóricos, a dogmática penal é vista entre nós, majoritariamente, como algo inacessível e inútil, quando não como forma de postular a manutenção do *status quo* ou mesmo como expressão vaidosa de algum acadêmico exibicionista.

O texto que escolhemos para homenageá-lo dá testemunho de que seus esforços para demonstrar que a dogmática penal “não cresce do deserto, mas apenas no solo fértil e firme de um intenso e sofisticado debate sobre problemas concretos” (Greco, 2009, p. 3). Os frutos estão sendo gerados. Ele é produto de parecer elaborado pelas autoras, envolvendo justamente os temas – consentimento e omissão imprópria – que foram objeto de pesquisas desenvolvidas sob a tutela do homenageado em suas cátedras, em Augsburg e em Berlim.

O caso envolvia uma investigação por tentativa de homicídio em razão da *suspensão de hidratação e nutrição de paciente em estado vegetativo persistente*. A paciente havia sofrido um acidente vascular cerebral, tendo sido, posteriormente, diagnosticado o estado vegetativo persistente. Seguindo a orientação jurídica de um *advogado* e parecer técnico de um *médico paliativista*, o *marido e curador* da paciente optou pela determinação da suspensão da hidratação e da nutrição artificiais, que foi realizada após a prescrição do *médico do tratamento*, que cuidava da paciente no hospital. Em razão da interferência de terceiros, a hidratação e a nutrição artificiais foram posteriormente retomadas, de modo que a paciente continuou internada no mesmo estado vegetativo crônico. Diante desses fatos, questionava-se: a supressão de nutrição e hidratação em pacientes em estado vegetativo permanente nos contornos acima narrados subsomem-se à figura típica resultante da combinação dos arts. 121 c/c o 13, § 2º e 14, II, CP?

A resposta a esse questionamento envolveu a análise do caráter omissivo da conduta e dos pressupostos de punibilidade para cada um dos envolvidos, com especial destaque para a determinação do dever concreto de agir em casos de suspensão de nutrição e hidratação e a não punição da participação em fato atípico.

Foi no solo fértil desse dramático caso que pusemos à prova a utilidade da dogmática para uma aplicação do direito mais justa, porque racional, explícita, rigorosa e igualitária, e, assim, homenageamos o nosso querido professor.

## 2 Conceitos fundamentais

Antes de analisarmos as questões dogmáticas relevantes para definir a responsabilidade penal em decorrência da suspensão de nutrição e hidratação artificiais em pacientes em estado vegetativo persistente, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos sobre os conceitos fundamentais inerentes à problemática, elucidando-se em que medida tal comportamento pode ou não se amoldar a tipos penais previstos na legislação penal brasileira.

Segundo a literatura médica, o *estado vegetativo persistente ou crônico*<sup>1</sup> (= EVP) é uma condição neurológica em que o paciente, a despeito de não possuir qualquer consciência de si ou do ambiente, preserva os ciclos sono-vigília e a capacidade de reagir de maneira reflexa ou espontânea a determinados estímulos (Royal College of Physicians, 2020, p. 25).<sup>2</sup> Assim, o paciente mantém suas funções biológicas, mas em um estado de aperceptividade, sem qualquer atividade cognitiva. É possível que permaneça muitos anos nessa condição, mas, para isso, precisa ser submetido, pelo menos, aos tratamentos invasivos de nutrição e hidratação artificiais, já que, em regra, não possui a capacidade de exercer plenamente as funções vitais de deglutição e hidratação (Simões, 2003, p. 72).

Sob a perspectiva médica, no entanto, nem sempre a manutenção da dieta enteral e a hidratação parenteral será indicada para pacientes nessa condição (Simões, 2003, p. 81-82)<sup>3</sup>, sobretudo quando for considerada uma intervenção essencialmente fútil ou desproporcional, isto é, capaz apenas de *prolongar o processo de morte*, mas não de curar ou melhorar a qualidade de vida (Barroso; Martel, 2010, p. 73), além de não ser livre de riscos e poder provocar danos e desconfortos ao paciente.

Assim, a depender do quadro clínico e dos valores do paciente, a suspensão de dieta enteral e/ou de hidratação parenteral em pacientes que se encontram em estado vegetativo persistente pode constituir medida de *cuidados paliativos*, destinada a aliviar o sofrimento inerente a um agravo ameaçador da vida.<sup>4</sup> Ocorre que o desfecho da suspensão da nutrição e da hidratação artificiais nesses pacientes será, inevitavelmente, a sua morte, de modo que a decisão pela retirada ou pela manutenção do suporte artificial de vida acaba tangenciando figuras como a eutanásia, a ortotanásia e a distanásia.

Em sua origem etimológica, a *eutanásia* (vocábulo derivado de *eu* [bom] e *thanatos* [morte], que significa “boa morte”) refere-se à provocação da morte de alguém de forma indolor, sem sofrimento (Carvalho, 2001, p. 17).<sup>5</sup> Em termos gerais, a *eutanásia* pode ser concebida como a “ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana” (Roxin, 2020, p. 129-130).

Para a análise penal, a conduta médica que pode de fato ser considerada *eutanásica* vincula-se à *contribuição ativa* para a morte do paciente, ou seja, às hipóteses em que o médico atua para provocar ou acelerar o processo de morte, tratando-se, assim, de um comportamento comissivo.<sup>6</sup> Além disso, é essencial que o ato mortal seja executado pelo médico em consonância com a vontade do paciente, que pode ter sido manifestada expressamente ou, em

<sup>1</sup> Utilizaremos indistintamente ambas as expressões, mas, em termos técnicos, pode haver uma diferenciação entre as duas condições (cf. Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022).

<sup>2</sup> Importante diferenciar o estado vegetativo persistente ou crônico do coma, que consiste em um estado de inconsciência profunda de si e do ambiente “em que os olhos estão fechados, os ciclos de sono-vigília ausentes e o doente não pode ser despertado” (Simões, 2003, p. 73).

<sup>3</sup> Isso especialmente nas situações em que o estado do paciente é irreversível, sem prognóstico de melhora, de modo que a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais pode ser considerada apenas um prolongamento do processo de morrer.

<sup>4</sup> A Organização Mundial de Saúde (2018, p. 5) define os cuidados paliativos como “prevenção e alívio do sofrimento de pacientes adultos ou pediátricos e suas famílias ao lidar com problemas associados a doenças ameaçadoras da vida” (nossa tradução).

<sup>5</sup> A noção se vincula originalmente ao tratamento de pacientes em estado terminal, embora assuma atualmente, para alguns, contornos mais amplos.

<sup>6</sup> Para Barroso e Martel (2010, p. 72), a noção mais atual da eutanásia se vincula apenas a essa concepção, referindo-se à “forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso.

determinados casos, ser presumida. Nota-se, assim, que há ao menos dois aspectos essenciais que caracterizam a eutanásia: a *provocação ativa da morte* por um terceiro e a sua realização com base na *vontade do paciente*.<sup>7</sup> Além disso, em sua concepção tradicional, a eutanásia em sentido estrito vincula-se à antecipação da morte de pacientes que padecem de enfermidades graves incuráveis ou irreversíveis, principalmente em estágio terminal (Siqueira, 2019, p. 369).

Por sua vez, como a manutenção da vida biológica, em muitos casos, deixa de ser algo eminentemente natural, especialmente em um contexto médico pautado cada vez mais por novas tecnologias, o potencial de prolongamento artificial da vida pode nem sempre ser desejado pelo paciente. De fato, o prolongamento da vida (ou do processo de morrer) obtido por meio de intervenções médicas não garante que o paciente tenha *qualidade de vida* e pode representar, na verdade, um processo de muito *sofrimento*, de modo que deixar de intervir pode tornar-se a melhor opção para o paciente no caso concreto. Afinal, a *morte* não necessariamente representa um *dano* ao bem jurídico do paciente, mas, na maioria das vezes, constitui apenas o momento final e inevitável do ciclo natural da vida.

A *ortotanásia* (vocábulo derivado de *orthos* [correto] e *thanatos* [morte], que significa “morte no tempo correto”) ocorre nas situações em que o tratamento médico é *interrompido ou nem sequer é iniciado, com o objetivo de evitar o sofrimento do paciente*, considerando a impossibilidade de efetivamente alcançar a cura da enfermidade, levando em conta a vontade real ou presumida do paciente (Barroso; Martel, 2010, p. 74; Siqueira, 2019, p. 370).<sup>8</sup> Trata-se, assim, de situações em que o *médico se omite e deixa de realizar medidas extraordinárias e prolongadoras da vida (ou, melhor dizendo, do processo de morte), permitindo “que a morte siga seu curso natural”* (Carvalho, 2011, p. 166).

Em suma, portanto, na *eutanásia* o médico *antecipa* a morte do paciente, ao passo que, na *ortotanásia*, ele *deixa* o paciente morrer naturalmente, sem interferências, no tempo natural. Há, aqui, uma diferença essencial entre *matar*, no caso da eutanásia, e *deixar morrer*, no caso da ortotanásia, que pode possuir reflexos penais.

É também possível, contudo, que o médico atue no sentido oposto ao da ortotanásia, o que constitui *distanásia*. Nessas hipóteses, são empregadas *medidas médicas interventivas desproporcionais ou extraordinárias*, que não são capazes de alcançar a cura ou a melhora do estado de saúde do paciente. A *distanásia* caracteriza-se pelo emprego de *tratamentos fúteis*, que não trazem qualquer benefício ao paciente, e pela *obstinação terapêutica*, que se refere à busca desmedida e a qualquer custo do prolongamento da vida biológica, desconsiderando-se a dor e a angústia causadas ao paciente (Barroso; Martel, 2010, p. 73). Como ressalta Carvalho (2011, p. 165), “o que se prolonga não é, portanto, a vida humana em si mesma, mas sim o processo de morte”. Com efeito, a manutenção de suporte artificial de vida, quando passa a ser considerada *fútil* ao invés de realizada com a finalidade de alcançar a cura da enfermidade ou a melhora da condição clínica do paciente, caracteriza prática de *distanásia*.

Não há, no Brasil, um tipo penal específico que discipline questões relativas à eutanásia, de modo que a análise da punibilidade desses comportamentos gira ao redor do crime de *homicídio*, previsto no art. 121 do CP.<sup>9</sup> De acordo com a doutrina amplamente majoritária, ainda que a vida esteja muito próxima do fim, a execução de qualquer *ato que provoque a diminuição do tempo de vida* poderia caracterizar um homicídio, independentemente do consentimento do paciente ou da finalidade de pôr fim ao seu sofrimento. Diante disso, a prática da *eutanásia ativa* poderia se amoldar à conduta típica de “matar alguém” e o atendimento da vontade do paciente ou a compaixão pelo seu sofrimento constituiria, no máximo, uma causa de diminuição de pena referente ao motivo de relevante valor moral, conforme o § 1º do art. 121 do Código Penal (Bitencourt, 2016, p. 77).

<sup>7</sup> Não há dúvida que o conceito de eutanásia não se confunde com o programa nazista de “eliminação de vidas indignas de viver”, que envolvia a morte *involuntária* de indivíduos inocentes (Roxin, 2020, p. 166-167).

<sup>8</sup> Apesar de não haver pleno consenso na doutrina (penal) sobre as distinções conceituais entre eutanásia passiva e ortotanásia, não há dúvida de que a *recusa de tratamentos médicos* nem sempre constituirá ortotanásia. Na verdade, a recusa pode ser *ampla*, quando feita por pacientes que ainda possuem condições de recuperar a sua saúde, ou *estrita*, nos casos de pacientes que não têm prognóstico de cura ou melhora da condição de saúde. Apenas esta última, também chamada de *limitação consentida de tratamento* ou *suspensão de esforço terapêutico*, da qual fazem parte a retirada de suporte vital, a não-oferta de suporte vital e as ordens de não-ressuscitação ou de não reanimação (ONR), pode ser concebida como ortotanásia.

<sup>9</sup> “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.”.

Em contrapartida, para que seja possível imputar o crime de homicídio ao médico que *deixa de realizar uma intervenção prolongadora da vida biológica* do paciente dependerá do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos da omissão imprópria (art. 13, § 2º do CP<sup>10</sup>). De qualquer forma, há um consenso científico no sentido de que a *ortotanásia* é prática legítima e que não merece ser punida – isso não apenas sob a perspectiva ética, o que é reforçado pelos inúmeros posicionamentos dos Conselhos de Medicina<sup>11</sup> nesse sentido, mas, também, sob a perspectiva jurídico-penal.<sup>12</sup> Analisaremos os fundamentos desta conclusão no momento oportuno. O essencial, por ora, é esclarecer que se, por um lado, a *eutanásia ativa* pode ser considerada como um fato típico de homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, a *ortotanásia*, por outro, não caracteriza fato criminoso.

A prática da *distanásia*, por sua vez, também pode ser considerada punível a título de lesão corporal (art. 129, CP<sup>13</sup>) e/ou de constrangimento ilegal (art. 146, CP<sup>14</sup>), especificamente quando a manutenção de tratamentos fúteis e desproporcionais é realizada em desacordo com a vontade real (ou presumida) do paciente. Trata-se, inegavelmente, de uma invasão ilegítima da esfera corporal e, com isso, da integridade física do paciente, que pode caracterizar, também, uma violação da sua liberdade pessoal, a depender das circunstâncias do caso concreto (Siqueira, 2020, p. 19).<sup>15</sup> Disso decorre, logicamente, que a prática da ortotanásia é não apenas juridicamente legítima, como, na verdade, pode constituir até mesmo um *dever* (de abstenção) do médico (Siqueira, 2019, p. 386), derivado do respeito à autonomia do paciente e da proibição da interferência não consentida na esfera corporal alheia. Em outras palavras: diante da opção de submeter o paciente a tratamentos fúteis e dolorosos em desacordo com a sua vontade, o médico tem o dever de não fazê-lo, sob pena de ser punido pela prática de lesões corporais e/ou constrangimento ilegal.

Esclarecidas as questões conceituais mais relevantes para a solução do caso, a análise dos reflexos penais da *suspensão da nutrição e da hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo crônico* dependerá, em um primeiro momento, da definição da sua natureza omissiva (infra 3); a seguir, da configuração (ou não) da posição de garantidor dos envolvidos (infra 4.1) e, por fim, da determinação do dever concreto de agir, considerando-se que a paciente em questão não possuía capacidade atual de expressar a sua vontade (infra 4.2).

### 3 O caráter omissivo da interrupção da nutrição e hidratação artificiais

A diferenciação entre ação e omissão mostra-se necessária porque os pressupostos de punição nos dois casos são distintos (Estellita, 2020, p. 99), o que corresponde, respectivamente, ao tratamento penal diferenciado conferido à eutanásia ativa e à ortotanásia. À luz do caso concreto, a pergunta é: a interrupção da dieta enteral promovida por uma sonda e da infusão de hidratação parenteral pela via venosa constitui comportamento ativo (*ação*) ou passivo (*omissão*)?

Os casos de interrupção de um tratamento que promove o suporte artificial de vida de um paciente são particularmente controvertidos na doutrina por envolverem a utilização de aparelhos que realizam continuamente, e no lugar do profissional de saúde, a função vital almejada. É o que ocorre nos casos de interrupção da ventilação

<sup>10</sup> “Art. 13, § 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

<sup>11</sup> Cf., por exemplo, a Resolução 1.805/2006 do CFM e a recente Resolução 355/2022 do CREMESP, que abordam a limitação e suspensão de procedimentos e tratamentos prolongadores da vida.

<sup>12</sup> Há diferentes soluções dogmáticas possíveis que conduzem à atipicidade da ortotanásia. Por exemplo, para Reale Jr. (2016, p. 220) a ortotanásia constituiria fato atípico em decorrência da sua adequação social, considerando sobretudo sua permissibilidade ética. Cf. também o posicionamento de Barroso e Martel (2010, p. 77), que entendem haver argumentos penais e constitucionais em favor da legitimidade da Resolução do CFM que autoriza a ortotanásia.

<sup>13</sup> “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano.”

<sup>14</sup> “Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

<sup>15</sup> A respeito do amoldamento das intervenções médicas arbitrárias – isto é, dos tratamentos não consentidos ou realizados contra a vontade do paciente – aos tipos de lesão corporal e de constrangimento ilegal.

mecânica: o médico que desliga o aparelho que promove a respiração artificial do paciente<sup>16</sup> realiza um movimento corpóreo, empregando energia para apertar o botão que desliga o aparato, mas se omite no que se refere a um possível dever de agir para dar continuidade ao tratamento.

Em uma análise inicial, baseada exclusivamente nas teorias mais tradicionais que diferenciam a ação e a omissão (Estellita, 2020a, p. 103)<sup>17</sup> – segundo as quais o *emprego de energia causal* para o resultado caracterizaria a ação e o *não emprego* de energia causal para o resultado caracterizaria a omissão –, a realização de um movimento corpóreo de apertar o botão que desliga o aparelho ventilador poderia indicar que há, aqui, uma *ação*. A essa visão exclusivamente causal-naturalista da distinção entre ação e omissão são tecidas contundentes críticas (Siqueira; Kasecker, 2022, p. 236).

No caso da suspensão de tratamentos médicos, ainda que realizada por meio do desligamento de aparelhos de suporte artificial de vida, considera-se que se trataria em essência de uma *omissão*<sup>18</sup> já que o profissional de saúde, na verdade, deixa de realizar posteriores atividades prolongadoras da vida, o que em tese poderia caracterizar apenas uma violação de um preceito mandamental, de um dever de agir para manter a máquina funcionando e continuar o tratamento.<sup>19</sup>

No presente caso, porém, a situação é diversa: na interrupção da dieta enteral e da hidratação o profissional de saúde *deixa de promover a inserção da dieta na sonda e a infusão da solução com eletrólitos para hidratação no acesso venoso da paciente*. Aqui, como se vê, nutrição e a hidratação *não são renovadas automaticamente* por meio de aparelhos, mas *dependem de uma atuação ativa, manual e repetitiva do profissional de saúde no sentido de prescrever e inserir, diariamente, a nova dieta na sonda ou a nova solução no acesso venoso da paciente*.<sup>20</sup> Há, nesse caso, uma *omissão* por parte do profissional de saúde, que deixa de prescrever e/ou de inserir uma nova dieta na sonda e uma nova solução no acesso venoso. Ele deixa de empregar energia causal e de movimentar-se no sentido de inserir as substâncias no corpo do paciente e, com isso, descumprir um suposto dever de agir e é o descumprimento desse dever de agir, ou seja, a omissão, que constitui o centro de gravidade da conduta. O significado causal e social da suspensão de tratamento no presente caso, portanto, reside na *omissão*.<sup>21</sup> Disso decorre que, para determinar a responsabilidade penal dos investigados por tentativa de homicídio, deve-se analisar o atendimento aos pressupostos de punibilidade da omissão imprópria.

<sup>16</sup> O chamado *caso do respirador (Respirator-Fall)*, inspirado em uma decisão do BGH (tribunal alemão equivalente ao nosso STJ) que, na verdade, tratava justamente da suspensão de nutrição artificial de uma paciente com lesão cerebral irreversível, é paradigmático para este debate na doutrina internacional (cf. BGHSt 40, 257).

<sup>17</sup> Referimo-nos, sobretudo, ao critério do emprego de energia e da causalidade.

<sup>18</sup> Essa é a postura dominante na doutrina, conforme ressalta Roxin (2003, § 31, 115).

<sup>19</sup> Em termos gerais, o aparelho de suporte artificial de vida pode ser considerado a *longa manus* do médico: “não fossem as benesses da tecnologia, o profissional de saúde teria de executar, manual e ativamente, manobras diárias para prolongar a vida do paciente – e, se assim fosse, ninguém contestaria que a suspensão de tratamento configuraria uma omissão.” De fato, compreender o desligamento dos aparelhos que promovem o suporte artificial de vida como uma ação conduziria a uma contradição manifesta e insuperável, já que o médico que sequer inicia o tratamento receberia um tratamento jurídico-penal mais benéfico do que aquele que, tendo iniciado o tratamento e atestado a sua improficuidade, o interrompe (Siqueira; Kasecker, 2014, p. 202). Essa mesma contradição mantém-se quando comparamos o desligamento de aparelhos e a suspensão de outros tipos de tratamento que dependem da atuação ativa do médico, como é o caso da nutrição e da hidratação artificiais. Nas situações de suspensão de tratamentos, a solução do caso concreto exclusivamente com base no critério do emprego causal de energia acabaria sendo injusta, porquanto a caracterização de uma eutanásia ativa punível e de uma ortotanásia impunível seria meramente contingencial (Estellita, 2020, p. 117). Isso tornaria preferível, por exemplo, desenvolver aparelhos que dependessem da reativação periódica por um profissional da saúde exclusivamente para não caracterizar uma ação penalmente relevante. Não há muito sentido, portanto, em pautar a solução da questão em voga apenas por um critério causal.

<sup>20</sup> Ainda que a sonda ou o acesso venoso sejam eventualmente retirados do corpo da paciente, a possível conduta penalmente relevante seria caracterizada, nesse caso, pela *não inserção de dieta na sonda* e pela *não infusão da solução no acesso venoso*, já que o tubo em si não possui o potencial de promover automaticamente a alimentação e a hidratação. A respeito dessa questão, cf. os argumentos utilizados no julgado do caso Tony Bland: “[...] há uma outra razão pela qual a remoção da sonda nasogástrica no presente caso não poderia ser considerada como um ato positivo causador da morte. O tubo em si, sem que o alimento seja fornecido através dele, não faz nada. A remoção do tubo por si só não causa a morte, pois ele por si só não sustenta a vida.” (nossa tradução) (Reino Unido, 1993, p. 881).

<sup>21</sup> Nesse mesmo sentido, o BGH considerou, em uma decisão proferida em 1994, que a interrupção da alimentação de uma paciente em estado vegetativo persistente seria uma conduta *omissiva*. Cf. BGHSt 40, 257.

## 4 Pressupostos de punibilidade da tentativa de homicídio, por omissão imprópria (art. 121 c/c o art. 14, II e art. 13, § 2º, todos do Código Penal)

Conforme se depreende do art. 13 do Código Penal, a omissão é uma das formas de realização do comportamento típico.<sup>22</sup> O crime de homicídio descreve a *ação* de *matar* e somente é possível punir alguém pela prática desse crime a título de *omissão* por força da cláusula geral instituída pelo art. 13, § 2º do Código Penal, que define que a omissão é penalmente relevante quando o agente *devia e podia* agir para evitar o resultado. Àquele que não dispara a arma de fogo no homicídio, que não desfere os socos nas lesões corporais ou que não realiza intervenções médicas possíveis para evitar a morte de um enfermo que chega ao hospital após um acidente, e vem posteriormente a falecer, só se pode atribuir responsabilidade penal por esses resultados se, não tendo-lhes dado causa por ação, tinha, porém, o dever de agir para os evitar.

Nesse sentido, a tipicidade objetiva da omissão imprópria tentada somente pode ser afirmada por meio do preenchimento dos seguintes pressupostos (Estellita, 2017, p. 79): a) pré-análise: ausência de consumação; b) situação de perigo; c) posição de garantidor<sup>23</sup>; d) início da execução (art. 14, II, CP): não realização da ação concreta de salvamento (Campana, 2023).

Quanto ao primeiro pressuposto (a), não há dúvida de que está preenchido, pois a paciente continua viva, assim mantida por meio de suporte artificial de vida. Quanto ao segundo (b), em algum momento temporal ulterior ao início da omissão de lhe administrar dieta enteral e da hidratação<sup>24</sup>, configurou-se uma situação de perigo para sua vida, cuja manutenção dependia dessa intervenção humana continuada. Resta analisar o próximo e central pressuposto (c): a configuração da posição de garantidor, que é o fundamento da existência de um dever de agir para evitar o resultado (art. 13, § 2º do CP), fundada, segundo a legislação brasileira, na lei, na assunção ou na ingerência.<sup>25</sup>

### 4.1 Em relação aos médicos

A despeito de haver certo automatismo ao atribuir-se a *médicos* a posição de garantidor, é imprescindível definir, antes, o *fundamento jurídico* que lhes impõe um dever especial de agir. Não nos parece acertada a visão segundo a qual a posição de garantidor do médico derivaria automaticamente da *profissão médica* (Bittencourt, 2008, p. 239)<sup>26</sup> ou do *contrato* firmado entre o médico e o hospital ou o paciente. Ainda que se admita a validade de tal dever ético-profissional ou contratual, ele nada mais é do que um dever *extrapenal*, que não é suficiente, por si só, para atribuir relevância penal à omissão. Afinal, a posição de garantidor é um vínculo jurídico-penal – e não ético (Silva Sánchez, 2004, p. 65) –, e por isso necessita, no mínimo, de uma determinação feita por *lei penal*, sob pena de violar o princípio da legalidade (Estellita, 2020b, p. 199).

<sup>22</sup> “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

<sup>23</sup> Entendemos que faz muito mais sentido iniciar a apreciação dos pressupostos da omissão imprópria a partir da posição de garante, para evitar análises desnecessárias (cf. Estellita, 2017, p. 78).

<sup>24</sup> Não poderíamos deixar de mencionar a controvérsia doutrinária acerca da punibilidade da tentativa nos *crimes omissivos impróprios*. Para alguns, há, aqui, um problema de cunho prático, que é a determinação do momento do início da tentativa: seria o início da tentativa o momento da criação de um perigo para um bem jurídico? Seria a perda da primeira ou da última possibilidade de atuar? Essa indeterminação tornaria impossível, para parte da doutrina, a punição da tentativa nesses casos. São contrários a essa possibilidade, por exemplo, Busato (2015, p. 669) e Santos (2014, p. 385). Por outro lado, admitem a tentativa nos crimes omissivos impróprios, sem, no entanto, traçar critérios claros e objetivos que possam caracterizar o início da tentativa punível: Bittencourt, 2008, p. 407; Galvão, 2016, p. 892-893 e Zaffaroni; Pierangeli, 1995, p. 115. Alguns argumentam também que o critério trazido pela lei brasileira (no art. 14, II do CP – o *início da execução*) impediria a punibilidade da tentativa, pois nos crimes omissivos não haveria qualquer processo executivo, mas sim uma omissão de ação mandada. Sobre essa discussão, cf., por todos, Campana (2023).

<sup>25</sup> Sobre a inadequação dessa “triade” para fundamentar posições de garantidores, cf. Estellita (2017, p. 79).

<sup>26</sup> Nesse sentido, para Bittencourt (2008, p. 239), o exercício de atividades que “têm implícita a obrigação de cuidado ou vigilância ao bem alheio”, como ocorre com a profissão médica, fundamenta um dever legal de atuar, calcado no art. 13, § 2º, “a” do CP.

Deve-se ressaltar que a profissão médica é livre e privada e seria excessivo impor ao médico um dever especial de proteção de pessoas que ele em nenhum momento se comprometeu a tratar (Silva Sánchez, 2004, p. 65). Além disso, seria incoerente conceber, por exemplo, que a mera nulidade do contrato entre o médico e o paciente ou uma eventual rescisão do contrato entre o médico e o hospital poderiam afastar a posição de garante (Estellita, 2020b, p. 200), o que já explicita mais uma fragilidade dessa concepção.

O fato de que a lei ou o contrato não fundamentam, por si, um dever penal de agir, é algo já suficientemente demonstrado pela doutrina, especialmente, com o exemplo da babá.<sup>27</sup> Imagine-se uma babá que, assumindo os cuidados da criança quando os pais saem para o trabalho, receba, pouco depois, um telefonema do pai da criança rescindindo o contrato imediatamente. A alguém ocorreria dizer que, com o telefonema, cessa seu dever de cuidar da criança e pode deixá-la sozinha à própria sorte? Na via contrária, imaginemos que quem assume a custódia da criança é um vizinho, que o faz para “dar uma mão” para os pais naquele dia atribulado, e que é informado, por seu advogado, de que não tem qualquer dever contratual de cuidar da criança. Novamente, a alguém ocorreria dizer que nunca teve o dever legal de cuidar da criança e pode deixá-la sozinha à própria sorte? Esses exemplos mostram que não é um vínculo formal (lei ou contrato) que estabelece um dever especial de agir para evitar resultados danosos a terceiros, mas a assunção fática do cuidado sobre uma pessoa ou mesmo sobre uma fonte de perigo (um cão bravo, uma arma etc.).

Não se pode afirmar que o médico, apenas por ser médico, torna-se permanentemente garantidor universal dos bens jurídicos de todo e qualquer paciente, independentemente da assunção do tratamento e, com isso, da função de proteção. É imprescindível determinar um fundamento material para a posição de garantidor do médico (Estellita, 2017, p. 83).

Diante disso, podemos afirmar que é a *assunção fática da função de proteção* (Kreuzer, 1971, p. 222; Figueiredo Dias, 2007; p. 941-942; Costa, 2017, p. 162; Estellita, 2020b, p. 202; Martinelli; De Bem, 2021, p. 700; Santos, 2014, p. 207; Siqueira, 2019, p. 386; Souza, 2006, p. 236; Tavares, 2012, 329), baseada na alínea “b” do art. 13, § 2º do Código Penal, que fundamenta a posição de garantidor do médico. O fundamento material desse dever do médico é o seu *domínio sobre o desamparo da vítima* (Schünemann, 1971, p. 372), o qual, no caso, decorre do *ato de confiança* do próprio paciente ou de um garante originário (Schünemann, 1971, p. 352), como o pai com relação aos filhos menores ou o curador com relação ao incapaz. É justamente esse ato de entrega da proteção do paciente ao médico e a sua consequente assunção do tratamento que faz com que o paciente (ou o garantidor originário) deixe de recorrer a outras medidas de proteção, como a busca pelo auxílio de algum outro médico ou por outro atendimento hospitalar (BGHSt 7, p. 212).

A confiança fática do paciente ou do garantidor originário na atuação do médico não apenas *fundamenta*, mas também define, simultaneamente, os *limites* do dever de custódia deste em relação àquele (Kreuzer, 1971, p. 222). O médico somente passa a ocupar a posição de garantidor com o início efetivo do tratamento (Schünemann, 1971, p. 340) e deixa de ocupá-la quando a sua ajuda não é mais esperada pelo paciente (Kreuzer, 1971, p. 223), sobretudo com o fim do tratamento ou com a assunção da função de proteção por outro profissional.

Diante disso, podemos concluir que o médico pessoalmente responsável pelo tratamento e cuidados de saúde da paciente assumiu, de fato, a função de proteção e pode ser considerado garantidor da paciente. O mesmo não ocorre com o médico paliativista, já que ele era apenas um consultor da clínica onde estava internada a paciente e emitiu um parecer sobre o caso. Em nenhum momento, assumiu pessoalmente os cuidados de saúde da paciente, tomando para si a responsabilidade de dar ou não continuidade ao tratamento, mas tão somente opinou sobre a melhor conduta para o caso concreto. Não tinha o dever de dar continuidade ao tratamento, ou seja, de prescrever ou inserir periodicamente a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso. Isso quer dizer que, por ter dado a opinião técnica que embasou o ato médico, ele poderia, no máximo, responder como partícipe (infra 6), mas definitivamente não como autor.

<sup>27</sup> Já Schünemann, 2009, p. 99-100; entre nós, Bierrenbach, 1996, p. 79-80; Munhoz Neto 1982, p. 22; Tavares, 2012, p. 325; Estellita; 2017, p. 86-87.

## 4.2 Em relação ao curador e cônjuge

Não há dúvida de que a paciente não possuía capacidade para tomar decisões médicas por si, eis que não tinha qualquer consciência ou condições de se expressar na época dos fatos. Trata-se de incapacidade permanente e irreversível inerente ao estado vegetativo persistente, que a impede de exercer seu direito à autodeterminação e, com isso, de conceder o consentimento para a realização de intervenções médicas em seu corpo. Diante disso, a concessão do consentimento e a tomada de decisões referentes ao tratamento médico da paciente deverão ser realizadas por um representante (Siqueira, 2019, p. 241)<sup>28</sup>, sempre com base na vontade presumida e nos interesses e valores pessoais da paciente.<sup>29</sup>

Em termos gerais, a representação, no caso de adultos incapazes, é realizada por meio do instituto da *curatela*. O art. 1.767, I do Código Civil estipula que estão sujeitos à curatela “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” e, em seu art. 1.775, deixa claro que o cônjuge é, “de direito”, o curador do outro. A despeito de o novo regime das incapacidades traçado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) limitar o alcance da curatela a atos negociais e patrimoniais, especificamente no que se refere a pessoas que não possuem qualquer capacidade de agir, como no presente caso, é possível que também recaia excepcionalmente sobre os cuidados de saúde (Menezes, 2015, p. 22).<sup>30</sup> Nesses casos, o curador que assume jurídica e factualmente a responsabilidade pela tomada de decisões sobre cuidados em saúde torna-se *receptor originário dos deveres de proteção* do paciente incapaz, possuindo, portanto, o dever de proteger a vida, a saúde e a integridade física do curatelado segundo a vontade presumida deste (Hoffmann, 2010, p. 153).

Por mais que a curatela seja regulamentada por lei, instituindo-se determinados deveres do curador em face do curatelado, sobretudo a sua limitação a atos negociais e patrimoniais não nos permite afirmar, com segurança, que existe, de fato, um *dever legal* de proteção do curador em relação à vida do curatelado.<sup>31</sup> Por sua vez, o fato de que o curador é, também, cônjuge da curatelada até permitiria recorrer aos deveres recíprocos instituídos por

<sup>28</sup> Essa conclusão está em consonância com o disposto na *Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina* do Conselho da Europa de 1997, que estipula, em seu art. 6º, 3, que “sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.”

<sup>29</sup> Importante ressaltar que o corpo e a vida dos incapazes pertencem a eles próprios, assim como a autonomia é personalíssima e não pode ser “transferida” para o representante legal. Por essa razão, o representante somente pode consentir validamente quando decidir em consonância com a necessária proteção dos valores e interesses pessoais do incapaz individualmente considerado. A respeito, *cf.* item 5.

<sup>30</sup> Diante das inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, surgem alguns problemas no que se refere ao tratamento jurídico da curatela em casos de intervenções médicas, os quais decorrem sobretudo de certas incoerências internas da lei. A curatela (art. 1.767 e ss do Código Civil), de acordo com o art. 85 do Estatuto, somente afeta os atos negociais e patrimoniais e não pode alcançar, por exemplo, direitos existenciais do curatelado, como o direito ao próprio corpo. Também o art. 12 da mesma lei estipula que o “consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.”. No entanto, o art. 11, após definir que “a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada”, estipula em seu parágrafo único que “o consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei”. Além disso, o art. 13 prevê que “a pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”. Ou seja, se por um lado a lei parece afastar totalmente a curatela dos atos existenciais, por outro, permite que a pessoa com deficiência em situação de curatela tenha o seu consentimento suprido e seja tratada sem consentimento em casos de risco de morte e emergências em saúde. No presente caso, estamos diante de uma situação em que a paciente não possui *qualquer consciência*, e, portanto, definitivamente não tem condições de compreender e decidir. Contudo, não se trata de decisões exclusivamente emergenciais, mas de cuidados básicos de saúde de uma paciente que está permanentemente em situação de incapacidade. Nesses casos, o curador pode ser o responsável por suprir o consentimento, até porque, se assim não fosse, não faria sentido a lei mencionar especificamente as pessoas em situação de curatela nos dispositivos referentes às intervenções médicas.

<sup>31</sup> O art. 1.781 do Código Civil, que disciplina a curatela, faz remissão aos dispositivos que regulamentam a tutela, os quais vinculam-se mais à administração dos bens e prestação de contas (art. 1.741 a 1.752 do CC). O art. 1.740, por sua vez, não define qualquer dever específico em relação à proteção da vida e da saúde, limitando-se a dizer que o tutor tem o dever de garantir a educação, a defesa, os alimentos e demais deveres que normalmente incumbem aos pais. É difícil dizer, contudo, que esse dispositivo específico se aplica à curatela, pois aborda deveres próprios do poder familiar, que pouco têm a ver com a figura da curatela. O dispositivo que talvez mais se aproxime de um dever legal de proteção da vida, da saúde e integridade física do curatelado é o art. 758 do Código de Processo Civil, que define que “o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito”.

força do casamento (Hilgendorf; Valerius, 2019, p. 338), como o dever de mútua assistência (Tavares, 2012, p. 324), definido pelo art. 1.566 do Código Civil.<sup>32</sup>

De qualquer forma, é importante frisar, mais uma vez, que não basta a existência de um mero vínculo formal, mas exige-se uma relação fática baseada na prestação de assistência ao curatelado/cônjuge (Hilgendorf; Valerius, 2014, p. 338). A existência, de fato, de uma sociedade conjugal faz com que os cônjuges tenham entre si uma relação de confiança e assumam uma função de proteção mútua, de modo que se um deles vier a se acidentar ou ficar doente, caberá ao outro um dever de evitar resultados lesivos indesejados por aquele – como o de buscar um médico para realizar os cuidados devidos ou chamar uma ambulância (Roxin, 2003, § 32, 45). No que se refere a cuidados em saúde, é possível considerar que, na constância da sociedade conjugal, *os cônjuges são garantidores de proteção*, sobretudo diante de um estado de inconsciência do outro, e devem tomar medidas para que sejam salvaguardados bens jurídicos e respeitada a autonomia do cônjuge inconsciente.

Com a curatela, a posição de garantidor torna-se ainda mais evidente. Com efeito, *o curador torna-se garante* a partir do momento em que é nomeado pelo juiz e assume, de fato, essa incumbência. A posição de garantidor deriva, assim, da *assunção fática da função de proteção* (art. 13, § 2º, “b” do Código Penal), a qual é delimitada a partir dos *deveres concretos instituídos no ato de nomeação do curador no processo de curatela* (Seichter, 2019, p. 140).

No presente caso, parece claro que o curador e marido da paciente era, na época dos fatos, juridicamente responsável pela tomada de decisões de saúde e havia, de fato, assumido essa função. Disso decorre que, na verdade, o médico responsável pelos cuidados de saúde da paciente era garantidor *derivado*, que recebeu a função de proteção a partir do consentimento e das decisões exaradas pelo curador/cônjuge, garantidor originário. Destarte, podemos concluir que o curador e cônjuge *também era garantidor de proteção* da paciente.

#### 4.3 Em relação ao advogado

O advogado procurado pelo representante da paciente teria dado parecer verbal no caso, opinando pela permissibilidade jurídica da realização da suspensão da nutrição e da hidratação da paciente. Em tese, se um advogado dá uma opinião jurídica para alguém, que, com base nela, realiza um fato criminoso, poderíamos até investigar se haveria, a depender do caso, uma possível participação punível ou mesmo uma hipótese de autoria mediata ou coautoria (Caruso, 2020, p. 206 e 234). No entanto, a pergunta que aqui se coloca é outra: será que o advogado, simplesmente por ser consultado pelo representante legal da paciente, passa a ter o dever de agir para garantir que a nutrição e a hidratação artificiais sejam mantidas no caso concreto?

Entendemos que não, por duas principais razões. Em primeiro lugar, *o advogado, em nenhum momento, assumiu uma função de proteção em relação à paciente*, ou seja, não havia ali uma relação de entrega e confiança, cliente-advogado, que impusesse a esta quaisquer deveres de proteção. E isso especialmente no que diz respeito à vida e à saúde, bens jurídicos, cuja proteção está, em regra, fora da função que se espera de um advogado. Ademais, é questionável que um parecer emitido por um advogado possa torná-lo garantidor até mesmo dos bens jurídicos do próprio cliente. A nosso ver, isso somente poderia ocorrer em situações muito específicas, como se o advogado tivesse assumido pessoalmente o papel de representante dos cuidados de saúde, o que não ocorreu no caso examinado. Assim, ao emitir um parecer jurídico, o advogado somente poderia ser eventualmente responsabilizado por sua contribuição ativa para uma conduta injusta principal do garantidor de proteção (infra 6).

#### 4.4 Conclusão parcial

Até aqui, a nosso ver, o médico parecerista e o advogado não ocupavam posições de garantidores e, portanto, não se lhes poderia atribuir responsabilidade penal, por omissão imprópria. Resta avançar no tratamento do dever concreto de agir do médico que tratava a paciente e do representante legítimo, que eram, em nosso entendimento, garantidores, para, então, analisar a possibilidade de punição da participação do médico parecerista e do advogado.

<sup>32</sup> Para os defensores da teoria das fontes formais do dever de garantidor, isso seria suficiente para fundamentar um dever de agir derivado da lei com base no art. 13, § 2º, “a” do Código Penal.

## 5 A determinação do dever concreto de agir em casos de suspensão de nutrição e hidratação artificiais de pacientes em estado vegetativo persistente

O art. 13, § 2º do Código Penal não é uma norma incriminadora completa e depende da referência a alguma figura típica para que possamos delimitar os contornos da responsabilidade penal omissiva imprópria (Estellita, 2017, p. 252). No caso, o tipo penal de referência é o art. 121 do Código Penal, de modo que a nossa análise limita-se à identificação de um *dever concreto de ação para prolongar a vida e, com isso, evitar a morte* da paciente.

Afirmar que o médico que tratava a paciente e o curador ocupavam a posição de garantidor não implica, em definitivo, dizer que são automaticamente responsáveis por *qualquer* omissão. Com efeito, a premissa de que o médico e/ou o curador teriam sempre, em qualquer situação, um dever de agir para evitar a morte do paciente/curatelado a qualquer custo é, em si, equivocada. Se assim fosse, seria possível, por exemplo, não apenas legitimar intervenções de *obstinação terapêutica* contrárias à vontade de pacientes terminais, como a submissão não consentida a procedimentos dolorosos e invasivos exclusivamente com o fim de prolongar a vida biológica e o processo de morrer, mas na verdade até mesmo punir a título de homicídio, por omissão imprópria, todos os médicos que deixam de praticar distanásia. O profissional que deixa de reanimar consecutivamente um paciente terminal que sofre há anos de câncer, mesmo que em respeito à sua vontade, seria punível por homicídio; e aquele que realiza incontáveis intervenções contrárias à vontade desse mesmo paciente permaneceria impune. Seria o mesmo que impor ao médico um dever de torturar todos os pacientes moribundos, o que viola incontáveis direitos humanos e fundamentais e o mais mundano senso de respeito e dignidade.

Nesse contexto, é essencial a *concretização do dever de agir do garantidor*, definindo-se quais eram exatamente as *ações determinadas e juridicamente exigidas*. Alega-se, no presente caso, que o curador teria o dever de consentir na realização da nutrição e da hidratação artificiais e que o médico teria, então, o dever de prescrever ou inserir a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso da paciente. No entanto, a questão que se coloca é: será que esses deveres, de fato, existiam?

Nos casos de intervenções médicas, sendo a posição de garantidor de proteção por assunção fundamentada no domínio sobre o desamparo da vítima e na relação de confiança fática entre ela e o garantidor, como vimos, os *limites* do dever de atuação são determinados, entre outros fatores, pela *vontade – real ou presumida – do indivíduo a ser tratado*. Isso porque só há um *ato de entrega* do paciente ao médico ou ao curador, que faz surgir a confiança de que será amparado e receberá a proteção e os cuidados esperados, *se o sujeito a ser tratado de fato deseja (ou desejaria) ser submetido ao tratamento*. Afinal, definitivamente, *não existe um dever do paciente de ser tratado*, tampouco, um *direito do médico de tratá-lo ou do curador de submeter o curatelado a todo e qualquer tratamento*. A submissão do paciente adulto a intervenções médicas em seu benefício dependerá sempre de seu consentimento, real ou presumido.

Esse raciocínio é o ponto de partida para a análise do dever concreto de agir dos garantidores no presente caso. Para explicá-lo, torna-se essencial analisar, ainda que brevemente, os fundamentos de legitimidade das intervenções médicas nos corpos dos pacientes (infra 5.1), mais especificamente em casos de adultos inconscientes, que não possuem capacidade atual de tomar decisões médicas (infra 5.2), para, posteriormente, determinar os contornos do dever de agir do curador e do médico (infra 5.3), levando também em consideração a permissibilidade ética da ortotanásia (infra 5.4).

### 5.1 O paradigma de respeito à autonomia do paciente como ponto arqui-médico para a determinação da legitimidade das intervenções médicas

O que torna legítimas as intervenções médicas nos corpos dos pacientes?

A resposta a essa pergunta é fundamental para determinar em que hipóteses os médicos ou os representantes legítimos *podem ou não* atuar em favor de alguém e interferir em sua esfera corporal. Afinal, se chegamos à conclusão de que a atuação *não é autorizada*, é logicamente impossível afirmar um *dever* de realizar uma intervenção para proteger os bens jurídicos do paciente.

Apesar de ainda hoje não faltarem autores que, numa perspectiva paternalista<sup>33</sup>, defendam um *direito* médico de tratar os pacientes conforme sua convicção, como se estes não tivessem qualquer voz sobre o destino de suas vidas e de seus próprios corpos<sup>34</sup>, o crescente reconhecimento do direito à autodeterminação ensejou, desde o século passado, uma importante mudança de paradigma na bioética (Rosenau, 2016, p. 266).<sup>35</sup> O *respeito à autonomia* e, com isso, à *vontade do paciente* passou a adquirir cada vez mais relevância para determinar a legitimidade das intervenções médicas e, portanto, para responder à questão colocada. Os fundamentos desse “novo” paradigma fundado no respeito à *autonomia* do paciente podem ser extraídos, em última instância, da Constituição Federal e dos documentos internacionais de direitos humanos.

Em sua origem etimológica, *autonomia* significa *determinação das próprias regras* (Feinberg, 1986, p. 27). No plano jurídico, respeitá-la implica reconhecer que cada indivíduo possui o direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa (Greco; Siqueira, 2020, p. 649; Greco, 2011, p. 278-279) e que, com isso, há uma esfera nuclear da vida privada dentro da qual somente ele poderá tomar decisões, sem a interferência de terceiros. A autonomia – ou, juridicamente, o direito à autodeterminação – é um elemento indissociável da *dignidade humana* (art. 1º, III, CF)<sup>36</sup>, do direito à *liberdade* (art. 5º, *caput*, CF)<sup>37</sup> e do direito à *vida privada* (art. 5º, X, CF).<sup>38</sup> Mais especificamente no contexto médico, a autonomia confere aos indivíduos o domínio soberano sobre o território do seu próprio corpo (o *direito ao próprio corpo*, cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016, p. 44) e, por conseguinte, o seu direito de tomar suas próprias decisões médicas (Siqueira, 2019, p. 71). O direito do paciente à autodeterminação abrange, assim, o direito de não ser submetido a tratamentos contra a sua vontade ou sem o seu consentimento, bem como o de recusar intervenções médicas.

Esses direitos adquirem peculiar relevância nas situações de fim de vida. Afinal, no contexto da medicina atual, pautada pelo surgimento consecutivo e constante de novas tecnologias, torna-se cada vez mais possível o prolongamento quase que indefinido da vida (ou do processo de morrer), por meio de suporte artificial. Contudo, as medidas de suporte artificial de vida implicam, não raras vezes, mais sofrimento do que “a possibilidade de viver com um mínimo de dignidade” (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 12), tendo o paciente o direito de escolher até que ponto deseja ser submetido a elas. Assim, o direito de recusar tratamentos vincula-se, também,

<sup>33</sup> O paternalista rígido é aquele que, ignorando a vontade do sujeito afetado, limita a sua liberdade com o objetivo de promover o seu próprio bem. As proibições paternalistas no direito penal são altamente questionáveis justamente por ignorarem a autonomia do titular do bem jurídico (Feinberg, 1986, p. 12; Estellita, 2007, p. 333-341; Siqueira, 2019, p. 93).

<sup>34</sup> De acordo com essa concepção, as intervenções médicas seriam justificadas por um exercício regular de direito. Essa tese, defendida por autores brasileiros tradicionais como Aníbal Bruno (1967, p. 11), acabou sendo endossada, sem muita reflexão, por autores contemporâneos. Para críticas a essa concepção, considerada ultrapassada e incompatível com os direitos humanos e fundamentais cf. Siqueira, 2019, p. 131.

<sup>35</sup> Especialmente o *Código de Nuremberg*, de 1947, e a *Declaração de Helsinque sobre a investigação médica*, de 1964, editada pela Associação Médica Mundial, representaram o rompimento com a ética tradicional paternalista e a ascendência de um novo paradigma no contexto pós-guerra, fundado especialmente na exigência do consentimento para realização de pesquisas em seres humanos. Em 1981, foi consagrado em nível internacional o reconhecimento da autonomia do paciente referente a todo e qualquer tratamento médico, por meio da *Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente*, o que foi corroborado posteriormente pela *Convenção de Direitos Humanos sobre Biomedicina* do Conselho da Europa de 1997 e pela *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO* de 2005 (Siqueira, 2019, p. 54).

<sup>36</sup> A dignidade humana é também consagrada em diferentes documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; em especial no que se refere à bioética, é prevista na *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO* de 2005, cujo art. 3º estabelece que, na prática da Medicina, a “dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados”. Compreender a *dignidade como autonomia* significa reconhecer a individualidade das pessoas – concebidas como seres únicos, dotados de livre arbítrio e de capacidade para fazer suas próprias escolhas – e, com isso, a existência de um núcleo intangível da vida privada. Isso, por um lado, garante à pessoa o direito de autodeterminar-se e de eleger seus próprios projetos de vida, e, por outro, também impede que o Estado ou a maioria imponha um modo de vida baseado em valores que lhe são externos. Se a *dignidade* é da *pessoa humana*, e não da sociedade ou de terceiros, a *autonomia* se torna um pressuposto do seu verdadeiro reconhecimento.

<sup>37</sup> Além disso, adotando-se uma interpretação ampliada, é possível extrair o direito à liberdade do art. 7º da *Convenção Americana de Direitos Humanos* da OEA de 1969 (cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016, p. 46).

<sup>38</sup> O *direito à privacidade ou à vida privada*, também consagrado no *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* da ONU de 1966 e na *Convenção Americana de Direitos Humanos* da OEA de 1969, garante o direito individual de viver a vida livremente conforme suas próprias concepções e, assim, o direito de recusar tratamentos médicos, inclusive aqueles necessários ao prolongamento da vida. De acordo com essa visão, segundo Albuquerque (2016, p. 121) “o paciente tem o direito de conduzir sua própria vida sem interferência em seu corpo e em suas escolhas pessoais, salvo em situações excepcionais legalmente cobertas”. Essa perspectiva é amplamente difundida na jurisprudência internacional das cortes de direitos humanos (Wicks, 2001, p. 26). Vide também a decisão do paradigmático caso Terry Schiavo (cf. Estados Unidos, 2004, p. 6).

à proibição constitucional de submeter indivíduos a tratamentos desumanos ou degradantes, consagrada no inciso III do art. 5º da CF (Albuquerque, 2016, p. 107).

Não há qualquer conflito entre o direito à autodeterminação, na perspectiva aqui colocada, e o direito à vida, até porque, mais uma vez, esse *direito* não impõe aos indivíduos um *dever de ter a sua vida ou o processo de morte prolongado a qualquer custo* (Engländer, 2011, p. 513 e 514)<sup>39</sup>, como se a morte fosse um mal a ser combatido. Na verdade, a proteção da vida possui, *prima facie*, apenas uma dimensão inequívoca, qual seja, a que “impõe ao Estado o dever de proteção da vida humana frente às suas próprias agressões e às agressões de terceiros” (Carvalho, 2011, p. 167). Com efeito, o direito à vida só pode ser efetivamente protegido se estiver em consonância com a autonomia e a dignidade do paciente, a quem incumbe a definição do destino da sua *vida biográfica*, que não se exaure na mera existência de *vida biológica*.<sup>40</sup> Definir o significado da vida – e em que situações o indivíduo está disposto a sacrificar sua integridade física e seu bem-estar para prolongá-la – não depende apenas de constatações fisiológicas, *v.g.*, a pulsação do sangue, a respiração ou o funcionamento dos órgãos vitais, mas sobretudo dos valores pessoais do paciente concreto (Siqueira; Kasecker, 2022, p. 230).

Partindo dos direitos instituídos na Constituição, portanto, não há dúvida de que *existe um direito fundamental de recusar intervenções médicas*. A princípio, o médico somente possui autorização para intervir quando obtém o *consentimento livre e esclarecido do paciente*, que afastará o injusto dos crimes de lesão corporal (art. 129, CP) e de constrangimento ilegal (art. 146, CP). O médico não possui, em definitivo, um direito originário (Greco; Siqueira, 2020, p. 652) ou um dever, decorrente unicamente da sua condição de médico, de tratar ou de prolongar indefinidamente a vida das pessoas.

É claro que nem sempre será possível obter previamente o consentimento válido do paciente concreto, mas isso não quer dizer que a sua autonomia não deva ser respeitada, na maior medida possível. Em casos pediátricos, é possível recorrer à figura do *consentimento por representação*.<sup>41</sup> Por sua vez, em casos como o presente, em que a paciente adulta está inconsciente e não possui condições atuais de expressar a sua vontade, é o *consentimento presumido* que poderá legitimar a atuação médica (Costa Andrade, 2004, p. 117-148). Essa causa de justificação, situada dogmaticamente entre o consentimento e o estado de necessidade, baseia-se na *vontade presumida* do indivíduo afetado pela intervenção para legitimá-la. Ou seja, deve-se realizar um juízo hipotético sobre qual seria a decisão que ele tomaria para si, a partir de suas preferências subjetivas, caso estivesse em condições de consentir. A ponderação subjetiva de interesses inerente ao consentimento presumido permite que seja feito um esforço no sentido de respeitar a autonomia do sujeito concreto, razão pela qual se fundamenta, também, no seu direito à autodeterminação.

Conclui-se, assim, que é o *consentimento* que atribui legitimidade às intervenções médicas, ou, excepcionalmente, o *consentimento por representação* e o *consentimento presumido*. Se a intervenção médica – ou sua continuidade – não for autorizada por uma dessas figuras, será considerada ilegítima e, portanto, *prima facie*, punível. Diante disso, os contornos do dever de agir dos médicos e dos curadores encontrarão seus limites justamente no âmbito de extensão do consentimento. Isso quer dizer que, *em casos de pacientes adultos inconscientes, se a intervenção não representar a sua vontade presumida, não terá o médico um dever de atuação*. Com outras palavras: só há dever de agir nos limites do consentimento, tudo além disso pode ser captado pelo direito penal (como crime de lesões corporais, constrangimento ilegal etc.). Resta determinar, portanto, quais são os critérios para levantar a vontade presumida da paciente no caso concreto.

<sup>39</sup> Nesse sentido, também a Corte Europeia de Direitos Humanos já reconheceu que o direito à vida não impõe um dever de viver (*cf.* Wicks, 2001, p. 20-21).

<sup>40</sup> Podemos mencionar, aqui, o tão citado trecho de José Afonso da Silva (2003, p. 196) a “vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu aspecto biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”.

<sup>41</sup> A respeito das figuras dogmáticas do consentimento e do consentimento por representação (*cf.* Siqueira, 2019, p. 169 e 240).

## 5.2 A vontade presumida dos pacientes em estado vegetativo persistente

A tomada de uma decisão médica em casos de pacientes adultos inconscientes deve, sempre que possível, ser orientada pelas manifestações de vontade já expressadas por eles, bem como por suas convicções éticas e religiosas e seus valores pessoais. O paciente deve ser sempre tratado como sujeito – e não objeto – da intervenção, não havendo dúvida de que as incapacidades momentâneas ou permanentes não podem servir como pretexto para a imposição de decisões fundadas em valores que lhe são externos (Roxin, 1974, p. 451).

Em termos gerais, para identificar a vontade presumida de um paciente, deve-se recorrer, em primeira instância, a circunstâncias concretas que indiquem suas eventuais preferências pessoais, baseando-se em *parâmetros subjetivos*. A forma mais segura de aferir a vontade de um paciente inconsciente se dá, certamente, por meio de consulta ao *testamento vital*<sup>42</sup> eventualmente elaborado por ele, no qual define, de modo prévio, as intervenções a que deseja ou não se submeter. No entanto, diante da inexistência de uma manifestação de vontade escrita, é possível também que o representante legítimo ou o médico, de forma subsidiária, oriente-se pela vontade verbalmente expressada pelo paciente (BGHSt 40, p. 263) ou até mesmo consulte outros familiares e pessoas próximas para procurar conhecer melhor suas preferências pessoais. Excepcionalmente, caso não haja qualquer vontade previamente manifestada, resta ao curador ou ao médico tomar decisões orientadas por *parâmetros objetivos*, já que, na maior parte das vezes, os pacientes desejam ser submetidos ao tratamento medicamente indicado (Siqueira, 2019, p. 325).<sup>43</sup>

Os casos de suspensão de tratamentos em pacientes em estado vegetativo persistente, contudo, são especialmente difíceis: a uma, pois envolvem indivíduos totalmente incapazes de consentir que, muitas das vezes, não expressaram previamente suas vontades de maneira clara por testamento vital; a duas porque se trata de uma decisão existencial<sup>44</sup> que possui como consequência irreversível o fim da vida biológica do paciente, fator que, por si só, exige indícios particularmente fortes para presumir-se uma recusa de uma intervenção médica.

A despeito dessas dificuldades, a solução desses casos com base na *vontade (presumida)* do paciente – legitimando-se a suspensão do suporte artificial de vida quando condizente com a decisão que o paciente tomaria para si caso pudesse decidir – é perfeitamente possível e amplamente difundida na jurisprudência internacional.

Na Alemanha, a legitimidade da interrupção da nutrição artificial de paciente com lesão cerebral irreversível, fundada na vontade presumida de recusa da intervenção, foi reconhecida em um julgado proferido pelo BGH (tribunal alemão equivalente ao nosso STJ) em 1994. Na decisão de natureza penal, estabeleceu-se que os efeitos de uma vontade presumida de não ser tratado são tão vinculativos quanto uma recusa de tratamento expressamente

<sup>42</sup> O testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada de vontade regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução 1.995/2012. Nessa normativa, as diretivas antecipadas de vontade são definidas como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (art. 1º). No art. 2º, *caput*, da Resolução, estabelece-se que “o médico levará em consideração [as] diretivas antecipadas de vontade” quando o paciente não puder se comunicar e, no § 3º, estipula-se que as diretivas “prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”.

<sup>43</sup> Sob o ponto de vista ético, e tendo por base os padrões desenvolvidos por *Beauchamp* e *Childress*, o consentimento presumido pode se referir a *standards de julgamento substituto*, de *autonomia pura* ou de *melhor interesse*. De acordo com o modelo de julgamento substituto, os valores e preferências do paciente devem ser respeitados ainda que ele não tenha capacidade de exercer esse direito e, assim, aquele que delibera em substituição ao paciente deve decidir assim como este teria decidido, caso detivesse competência. Esse, contudo, é um *standard* fraco de autonomia. Um *standard* forte somente pode derivar da *autonomia pura*, decorrente da decisão tomada pelo próprio paciente quando ele ainda estava em condições de consentir. Por fim, o modelo do *melhor interesse* é aplicável aos casos em que as preferências do paciente autônomo são desconhecidas, devendo a decisão substituta basear-se naquilo que é mais provavelmente benéfico ao paciente (Beauchamp; Childress, 2013, p. 226-229).

<sup>44</sup> Para *Roxin* (1974, p. 468), esse seria um grupo de casos específico de consentimento presumido, ao qual se aplicam regras diferenciadas em razão de uma peculiaridade: trata-se de questões sobre vida ou morte.

manifestada; frisou-se, contudo, que em casos de perda irreversível da consciência, a vontade presumida deveria ser aferida sob pressupostos rigorosos.<sup>45</sup>

Os fundamentos dessa decisão acabaram servindo de inspiração para ulteriores decisões<sup>46</sup> sobre a temática e para a alteração do Código Civil (§§ 1901a, 1901b e 1904 BGB) promovida pela terceira lei para modificação das regras referentes à assistência de incapazes de 2009<sup>47</sup>, que colocou declaradamente a vontade dos pacientes incapazes no centro da determinação da legitimidade das intervenções médicas a que são submetidos.

Pouco depois da promulgação dessa lei, foi proferida pelo BGH outra decisão paradigmática referente justamente à interrupção da nutrição artificial de uma paciente em estado vegetativo persistente.<sup>48</sup> A paciente, após ter sido questionada por sua filha na ocasião em que o pai desta havia sofrido uma hemorragia cerebral, manifestou claramente o seu desejo de não ser submetida a medidas de prolongamento da vida como nutrição ou respiração artificiais. No caso, reconheceu-se a legitimidade da interrupção da nutrição artificial fundada na vontade da paciente e na existência de uma doença ameaçadora da vida<sup>49</sup>, de modo que a vontade verbalmente expressada foi considerada suficiente para fundamentar a limitação de esforço terapêutico. O acusado, advogado da representante da paciente, que, na condição de especialista em direito da medicina, recomendou a medida, foi devidamente absolvido da acusação de tentativa de homicídio.<sup>50</sup>

Também nos Estados Unidos há diferentes julgados que consagram a prevalência da vontade do paciente, ainda que incapaz, para determinar a legitimidade das intervenções médicas, autorizando a limitação de esforço terapêutico. Nesse sentido, a relevância da vontade (presumida) de pacientes em estado vegetativo persistente para recusar tratamentos extraordinários, em respeito ao direito à privacidade e à autodeterminação dos sujeitos incapazes para consentir, foi corretamente reconhecida, entre outros, nos emblemáticos casos de Nancy Cruzan

<sup>45</sup> BGHSt 40, 257. Segundo consta na decisão, a paciente de 70 anos havia sofrido, em setembro de 1990, uma parada cardíaca seguida de reanimação que a deixou com danos cerebrais graves e irreversíveis. Ela passou a ser submetida, desde então, à nutrição artificial por sonda. A paciente não respondia mais desde o final de 1990. Em março de 1993, a interrupção da alimentação por sonda foi prescrita pelo médico, com a anuência do representante legal da paciente. No entanto, o chefe do serviço de enfermagem, que desconfiava da legalidade da medida, acionou o Poder Judiciário. Na ocasião, o tribunal não autorizou a interrupção da intervenção e a paciente acabou falecendo em dezembro de 1993 em decorrência de um edema pulmonar. Na decisão, que julgava o médico e o filho da paciente pela tentativa de homicídio, o tribunal considerou que a vontade presumida de recusa não estava clara, devendo-se, para o BGH, presumir o consentimento da paciente na manutenção da nutrição artificial. O caso foi posteriormente devolvido à instância inferior. O LG de *Kempton* acabou concluindo, enfim, pela absolvição, por identificar outras circunstâncias fáticas capazes de fundamentar a vontade presumida da paciente no sentido da limitação do esforço terapêutico. A respeito do caso (cf. Roxin, 2020, p. 145).

<sup>46</sup> Cf. OLG Frankfurt NJW 1998, 2749; LG München NJW 1999, 1788; BGHZ 154, 205; 163, 195.

<sup>47</sup> Regime mantido posteriormente pela lei para reforma do direito de assistência de incapazes de 4 de maio de 2021. Disponível em: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-reform-des-vormundschafts-und-betreuungsrechts/267744>. Acesso em: 25 abr. 2023.

<sup>48</sup> BGHSt 55, 191. Esse caso julgado pelo BGH é muito similar ao objeto deste artigo: “uma paciente que estava em estado vegetativo persistente devido a uma hemorragia cerebral ocorrida cinco anos antes, e cujo estado de saúde não tinha mais expectativa de melhora, era alimentada artificialmente em uma clínica de repouso por meio da chamada sonda PEG. Um mês antes da hemorragia cerebral, ela havia dito à sua filha que recusava medidas de prolongamento da vida na forma de nutrição e ventilação artificial. A filha, que havia sido designada como representante legal, concordou com o médico responsável que a alimentação artificial deveria ser interrompida; a administração da clínica de repouso se opôs a isso, tendo ameaçado, entre outras coisas, com uma proibição de acesso. Por recomendação do seu advogado, que posteriormente foi acusado de homicídio, a filha cortou a sonda PEG. Os profissionais de enfermagem ainda conseguiram reconectar a paciente à sonda, evitando a morte” (Roxin; Greco, 2020, § 18, 25 e ss).

<sup>49</sup> BGHSt 55, 191 (p. 192).

<sup>50</sup> BGHSt 55, 191 (p. 206).

(Greif; Merz, 2007, p. 259; Estados Unidos, 1990)<sup>51</sup> e de Theresa Schiavo (Greif; Merz, 2007, p. 357-358)<sup>52</sup>, as quais, ainda que após extensos litígios judiciais, tiveram garantido o direito à morte digna.

Na Itália, podemos mencionar um caso muito similar em que o pai de Eluana Englaro, paciente em estado vegetativo persistente, teve reconhecido, pela Suprema Corte Italiana, o direito de interromper a nutrição e a hidratação artificiais. Na decisão, admitiu-se a legitimidade da suspensão do suporte artificial de vida em casos de pacientes em estado vegetativo persistente, contanto que a condição médica seja irreversível e que fique demonstrado que prolongar artificialmente a vida seria inconsistente com os desejos expressos ou perspectiva de vida do paciente (Bifulco; Servillo, 2009, p. 1129-1131). Mais uma vez, a vontade (presumida) da paciente é colocada em primeiro plano para solucionar a questão.

Em contrapartida, na jurisprudência do Reino Unido, dá-se prevalência ao critério da *futilidade objetiva do tratamento*. No caso de Anthony Bland, que também se encontrava em estado vegetativo permanente, foi autorizada a interrupção da nutrição e hidratação artificiais porque, considerando que o paciente estava inconsciente e não havia qualquer prognóstico de melhora do seu estado clínico, a continuidade do tratamento seria, sob a perspectiva médica, considerada *fútil* e, portanto, a retirada do tubo que o alimentava representaria o seu *melhor interesse* (Reino Unido, 1993, p. 881 e ss).<sup>53</sup> Apesar de ser frisada a relevância dos direitos à autodeterminação e de recusar tratamentos médicos, o critério do melhor interesse foi invocado tendo em vista se tratar de paciente com deficiência mental, que não possui condições de consentir (Reino Unido, 1993, p. 882). Ao analisar a possível responsabilidade penal por homicídio, considerou-se que a interrupção de tratamento caracterizaria uma omissão, não havendo, no caso, um dever de agir em razão da futilidade do tratamento médico.<sup>54</sup>

Conforme entendemos, ambos os critérios não são excludentes, de modo que tanto as manifestações prévias de vontade quanto a futilidade objetiva do tratamento podem servir de parâmetro para a determinação da legitimidade da suspensão da nutrição e hidratação artificiais em casos como o presente.

Na casuística objeto deste artigo, a paciente não havia elaborado um testamento vital, de modo que não é possível aferir com total segurança a sua vontade presumida. Isso, no entanto, não implica dizer que não deve ser feito o maior esforço possível no sentido de respeitar a sua autonomia. Na ausência de um documento escrito,

<sup>51</sup> Sobre o caso: “Em *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, a Suprema Corte Americana decidiu em 1990 que o Estado de Missouri poderia exigir evidências ‘claras e convincentes’ sobre as preferências do paciente sobre a suspensão do tratamento antes de permitir a retirada de um tubo de alimentação. A decisão também reafirmou o direito de recusar tratamento médico. No caso, os pais de Nancy Cruzan solicitaram autorização para retirar nutrição e hidratação para permitir a morte da sua filha, que estava em estado vegetativo persistente. O estado negou o pedido porque a Sra. Cruzan não havia deixado claro seu desejo. O Estado de Missouri também impediu que os pais transportassem a Sra. Cruzan para uma unidade de saúde em outro Estado. Após a decisão da Suprema Corte, seus pais obtiveram informações adicionais para apoiar o seu pedido e a Sra. Cruzan foi autorizada a morrer.” (nossa tradução). A Lei de Autodeterminação do Paciente (*Patient Self-Determination Act, PSDA*), de 1990, foi promulgada após o caso Cruzan, garantindo aos pacientes o direito de elaborar diretivas antecipadas sobre cuidados em saúde.

<sup>52</sup> Cf. uma das decisões do caso, tomada pelo *Sixth U.S. Circuit Court* da Flórida (Estados Unidos, 2004, p. 6 e ss). O caso, que envolveu grande polêmica na mídia e a edição de uma lei específica que determinava a recolocação da sonda na paciente, após ter sido retirada com autorização judicial, teve como desfecho, após um longo litígio judicial pautado pela divergência de opiniões entre o marido da paciente e a sua família, o fim do processo de morte de Theresa Schiavo no dia 31 de março de 2005, treze dias após a interrupção da nutrição e da hidratação artificiais. Conforme frisam os autores, no contexto do direito norte-americano, “o direito de recusar tratamento médico está bem estabelecido no Direito e na Medicina, e os médicos têm que obter consentimento antes de realizar procedimentos médicos” (nossa tradução) (p. 358), e o mesmo raciocínio se aplica também a casos de pacientes que não têm capacidade atual para decidir, os quais devem ter sua autonomia igualmente respeitada.

<sup>53</sup> Cf. sobretudo o voto de Lord Goff, p. 862 e ss (866). (Cf. Reino Unido, 1989).

<sup>54</sup> Cf. trecho do voto do Lord Browne-Wilkinson: “Anthony Bland sofreu uma lesão cerebral irreversível: a mais distinta opinião médica é unânime de que não há nenhuma perspectiva de que a condição mude para melhor. Ele não tem consciência de nada. Se a alimentação artificial continuar, ele não sentirá nada; se a alimentação artificial for interrompida e ele morrer, não sentirá nada. Quer ele viva ou morra, ele não sentirá dor ou angústia. Todas as considerações puramente físicas indicam que é inútil continuar com o suporte de vida. Somente se os médicos responsáveis por seus cuidados tivessem a opinião de que, embora ele não tenha consciência de nada, há algum benefício, para ele, em permanecer vivo, haveria algo que indicasse que é para seu benefício continuar os cuidados médicos invasivos. No caso de Anthony Bland, os médicos não têm essa opinião. A interrupção do suporte vital estaria de acordo com as propostas contidas no documento de Tratamento de Pacientes em Estado Vegetativo Persistente, publicado em setembro de 1992 pelo Comitê de Ética Médica da Associação Médica Britânica (British Medical Association). Portanto, o requisito de Bolam é satisfeito. Nessas circunstâncias, é perfeitamente razoável que os médicos responsáveis concluam que não há benefício afirmativo para Anthony Bland em continuar os procedimentos médicos invasivos necessários para sustentar sua vida. Tendo assim concluído, eles não têm direito nem dever de continuar tais cuidados médicos. Portanto, eles não serão culpados de homicídio se interromperem tais cuidados.” (nossa tradução) (p. 883-884).

podemos recorrer a manifestações verbais previamente expressadas por ela, conforme nos ensinam as histórias acima mencionadas – em nenhum deles, havia um testamento vital disponível para avaliar a vontade presumida, mas isso não impediu que ela fosse respeitada.

Devemos reconhecer, contudo, que um único comentário realizado há muito tempo e apenas uma vez na vida, no sentido de que não gostaria de viver dessa forma, não é, via de regra, suficiente para se presumir a recusa de tratamento em casos de decisões existenciais de pacientes adultos inconscientes, conforme foi reconhecido no precedente alemão.<sup>55</sup> Portanto, é importante aferir se há, de fato, evidências concretas que demonstrem que a paciente, quando consciente, manifestou claramente o seu desejo de não ser submetida a medidas de manutenção artificial de vida caso se encontrasse nessa situação.<sup>56</sup> Se assim for, haverá uma recusa presumida de tratamento com base em um *standard of julgamento substituto*<sup>57</sup>, que impede que o médico e o curador deem continuidade a uma intervenção presumidamente não desejada pela paciente.

De qualquer forma, ainda que haja dúvida sobre a manifestação de vontade da paciente, o critério derradeiro a ser utilizado, diante da inexistência de evidências seguras sobre as preferências subjetivas, é justamente a *indicação médica e o melhor interesse do paciente*. Por tratar-se de uma decisão existencial, a dúvida sobre a vontade do paciente incapaz faz presumir que, caso pudesse decidir, optaria pela intervenção medicamente recomendada. Afinal, a maioria das pessoas costuma fazer a opção por aquilo que é objetivamente mais benéfico e cientificamente indicado.

Sob a perspectiva da medicina, tudo indica que, nos casos de pacientes que comprovadamente se encontram em EVP irreversível, a limitação de esforço terapêutico, mais especificamente, a interrupção da nutrição e hidratação artificiais, pode ser cientificamente recomendada, tendo como objetivo aliviar o sofrimento do paciente e deixar de prolongar o processo de morte. O contrário caracterizaria obstinação terapêutica, porquanto tratar-se-ia de uma intervenção *fútil*, incapaz de curar ou melhorar a qualidade de vida do paciente e que traria mais danos do que benefícios. É claro que essa análise deve ser individualizada e depende das circunstâncias do caso concreto, de modo que a indicação médica somente pode ser identificada de maneira inequívoca por um profissional de saúde especialista que teve contato com a paciente e conhece as peculiaridades do caso.

De qualquer forma, parece haver algumas constatações importantes na literatura médica a respeito das questões aqui envolvidas. Em primeiro lugar, o estado vegetativo persistente é considerado *incurável e irreversível* em danos cerebrais não traumáticos, como o presente, após decorridos 3 meses do seu início, não havendo prognóstico de recuperação da consciência (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 11). Em segundo lugar, a interrupção desse tipo de tratamento *não significa deixar que o paciente vivencie um processo de morte com sofrimento*, passando fome e sede, pois ele não possui qualquer percepção da dor (Reino Unido, 1993, p. 849).

Por fim, a dieta enteral e a hidratação parenteral são, de fato, considerados tratamentos médicos, o que torna possível a análise sobre a existência ou não de indicação médica da intervenção, a partir da avaliação clínica (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 14; Reino Unido, 1993, p. 844; Estados Unidos, 1990). Ou seja, é possível determinar objetivamente se o procedimento é ou não benéfico para o paciente no caso concreto, não se tratando de cuidados básicos, que não poderiam ser interrompidos. Não faltam vozes na literatura médica que constatarem que a nutrição e hidratação artificiais em pacientes em estado vegetativo permanente, com quadro irreversível, é um tratamento *fútil* e, portanto, não indicado (Schneiderman; Jecker, 2011, p. 17).<sup>58</sup>

<sup>55</sup> BGHSt 40, 257. No caso, o BGH frisou expressamente que um comentário esparso realizado pela paciente quando assistia a um programa televisivo não seria suficiente para presumir a recusa de tratamento (cf. Roxin; Greco, Strafrecht AT1, § 18, 25).

<sup>56</sup> Esse é, em termos gerais, o parâmetro utilizado nos casos aqui mencionados. Nesse sentido, a exigência de evidências claras para determinar a vontade presumida de recusar tratamentos também foi ressaltada, por exemplo, pela Suprema Corte Americana, no caso Nancy Cruzan.

<sup>57</sup> Cf. nota 43.

<sup>58</sup> Nesse sentido, conforme esclarecem *Scheiderman e Jecker*, “o tratamento de uma paciente como Nancy Cruzan em estado vegetativo permanente é, por definição, *fútil*, porque ela é incapaz de vivenciar, muito menos apreciar, qualquer coisa que esteja sendo feita com ela.” (nossa tradução). No processo do caso de Anthony Bland, foi ouvido como *expert* o renomado prof. Bryan Jennett, o qual cunhou originalmente o termo “estado vegetativo persistente”. Ele atestou que a retirada do tubo que alimenta um paciente nessa condição constitui boa prática médica quando não há qualquer perspectiva de retomada da função cognitiva, já que a manutenção do tratamento não traz qualquer benefício para o paciente. (Reino Unido, 1993, p. 827).

A possibilidade de indicação da suspensão da hidratação e da nutrição artificiais em casos como o aqui debatido já foi reconhecida por diferentes Associações Médicas, no Brasil e no exterior. Recentemente, a *Academia Nacional de Cuidados Paliativos* (ANCP) (2022, p. 18) posicionou-se expressamente sobre os casos de não implementação ou retirada de dieta em paciente em estado vegetativo crônico, chegando à seguinte conclusão:

É ético e legal a renúncia à dieta artificial (não instalação ou retirada), diante de situação de estado vegetativo crônico onde haja clareza, após o devido processo de avaliação diagnóstica e prognóstica por equipe interdisciplinar experiente no manejo de pacientes com distúrbios prolongados de consciência, de que as possibilidades de recuperação da consciência e/ou da funcionalidade são mínimos e haja evidências obtidas através de diretivas antecipadas de vontade ou de relatos de familiares e entes queridos do paciente de que, para o mesmo, em função de seus valores pessoais, ser mantido indefinidamente em tais condições representaria algo pior do que a própria morte. Nestes casos, a retirada/não introdução da nutrição e hidratação por via artificial não correspondem nem a eutanásia nem ao suicídio.

Também a *Associação Médica Britânica* (*British Medical Association* [BMA]) editou em 2020 as diretrizes para tratamento de distúrbios prolongados de consciência após lesão cerebral, nas quais constata-se que descontinuar a nutrição como parte de um programa de cuidados paliativos é prática comum, recomendada a depender as circunstâncias do caso e após conversa com a família (Royal College of Physicians, 2018, p. 51).

No presente caso, o médico parecerista reafirmou o diagnóstico de estado vegetativo persistente e o fato de que, na situação concreta, trata-se de condição irreversível e incurável. Esses dois fatores – o diagnóstico de EVP e a irreversibilidade – são os parâmetros objetivos que legitimam a suspensão de nutrição e hidratação, diante da possível ausência de evidências fortes sobre a vontade presumida da paciente.

### 5.3 A permissibilidade ética da ortotanásia

Em sendo a interrupção de nutrição e de hidratação artificiais uma *conduta omissiva*, conforme concluímos acima, e levando em conta que o estado vegetativo persistente pode ser considerado, após transcorrido o tempo mínimo estipulado pela literatura médica, uma enfermidade grave, incurável e terminal<sup>59</sup>, deixar de promover a inserção da dieta na sonda e a infusão da solução para hidratação no acesso da paciente caracteriza hipótese de *ortotanásia*. Há, sob a perspectiva ético-profissional, pleno consenso de que a ortotanásia é comportamento não apenas permitido, mas recomendado, sobretudo quando o tratamento pode causar mais danos do que benefícios.

Nesse sentido, a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina estipula, em seu art. 1º, que na *fase terminal de enfermidades graves e incuráveis* é permitido ao médico *limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente*, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Também no Código de Ética Médica (Resolução CFM 2.217/2018), o princípio fundamental XXII define que *nas situações clínicas irreversíveis e terminais*, o médico *evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários* e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Sob a perspectiva ética, portanto, não há dúvida que a não implementação ou suspensão de tratamentos extraordinários ou fúteis é medicamente adequada (Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2022, p. 18) Ainda que isso não seja *determinante* para a análise da responsabilidade penal dos envolvidos, constitui, pelo menos, um

<sup>59</sup> Em termos gerais, uma pessoa é considerada em estado “terminal” quando “se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna ‘irrecuperável’ e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar.”. Apesar da controvérsia acerca do conceito, numa perspectiva que enxerga o paciente em sua individualidade, ele será considerado “terminal” “em um contexto particular de possibilidades reais e de posições pessoais, sejam de seu médico, sua família e próprias.” Ou seja, é possível pensar em uma definição de terminalidade “situada além da biologia, inserida em um processo cultural e subjetivo, ou seja, humano.” (Gutierrez, 2001, p. 92).

indício de que tais comportamentos não devem ser considerados puníveis sob a perspectiva do direito penal.<sup>60</sup> É imprescindível, contudo, determinar os exatos fundamentos dogmáticos para concluir pela atipicidade da ortotanásia, os quais residem precisamente na delimitação dos contornos do dever concreto de agir dos garantidores.

#### 5.4 Contornos do dever concreto de agir do médico e do curador

Sob a perspectiva jurídico-penal, os fundamentos acima delineados evidenciam que, ainda que se admita a doutrina da santidade da vida – que, em essência, é um dos principais alicerces da proibição da eutanásia e da participação em suicídio no ordenamento jurídico brasileiro –, *o que se proíbe é a provocação da morte de indivíduos inocentes*, não se impondo aos médicos ou ao curador um dever de “esgotar, em todas as circunstâncias, os meios para prolongar a existência” (Simões, 2003, p. 80).

Dogmaticamente, a ausência de consentimento real ou presumido *impede* a caracterização do dever de agir ou o *afasta*, caso tenha sido previamente constituído (Hirsch, 1987, p. 600). Ainda que o médico e o curador sejam, de fato, garantidores, a *recusa total* de tratamento afasta por completo o dever de agir, ao passo que a *recusa parcial*, que tem por objeto intervenções específicas, limita esse vínculo protetivo aos tratamentos que foram devidamente consentidos. *Tanto a recusa quanto o consentimento, sejam reais ou presumidos, definem os contornos da atuação médica legítima, seja fundamentando-a ou limitando-a* (Siqueira, 2019, p. 389). De acordo com esse raciocínio, portanto, a ortotanásia caracteriza fato atípico por não preencher os pressupostos de punição da omissão imprópria, contanto que realizada em consonância com a vontade real ou presumida do paciente.

Mais concretamente, nos casos de suspensão de nutrição e hidratação artificiais em paciente em estado vegetativo persistente, *não haverá dever concreto de agir para evitar a morte do enfermo* quando o tratamento não corresponder à sua *vontade presumida*, conforme os critérios definidos acima (tópico 5.2), já que se trata de indivíduo que não possui capacidade atual de tomar suas próprias decisões médicas. O que existe, na verdade, é um *dever de se abster e de respeitar a vontade (presumida) do paciente* (Weißbauer; Opderbecke, 1973, p. 104), que decorre da proibição de interferência não consentida na esfera corporal alheia.

De todo o exposto, podemos concluir que, em termos gerais, a suspensão do suporte vital de pacientes em estado vegetativo, em casos como o presente, constitui ortotanásia e é penalmente *atípica*, a não ser na remota e improvável hipótese de a paciente ter manifestado anteriormente sua vontade no sentido de permanecer indefinidamente ligada a aparelhos para manutenção da sua vida biológica. Se não existirem dúvidas acerca da irreversibilidade do quadro da paciente, sendo adequadamente constatado que se encontra em estado vegetativo persistente, a indicação médica no caso concreto permite que seja *presumida a recusa de tratamento* com base no critério do melhor interesse, *tornando ilegítima a continuidade da intervenção*.

Nosso entendimento é, pois, o de que o representante legítimo não tinha o dever de autorizar a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais, tanto quanto o médico não tinha o dever de prescrever ou inserir a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso da paciente. Trata-se de *fato objetivamente atípico* em relação ao art. 121 do Código Penal: nenhum dever de agir foi descumprido por inexistir dever de emitir tal autorização ou fazer tal intervenção no corpo da paciente.

## 6 A impunibilidade da participação em fato atípico

Considerando que a omissão do médico e do representante legítimo constitui fato objetivamente atípico, e dada a *acessoriedade da participação* no concurso de pessoas, segundo a qual “a possibilidade de punição do

<sup>60</sup> Há quem afirme que, em razão da permissibilidade ética da ortotanásia, consagrada pelas normativas do CFM, o médico que pratica tal comportamento atuaria justificado pelo exercício regular de um direito, previsto no art. 23, III do CP. Discordamos de tal concepção por duas razões. A uma, pois, antes mesmo da análise da antijuridicidade, podemos chegar à conclusão de que se trata de fato atípico, conforme esclareceremos na sequência. A duas, porque o recurso a essa causa de justificação requer, a nosso ver, a existência de uma lei em sentido estrito que fundamente e defina, simultaneamente, os limites do exercício do direito. Diante disso, a resolução de um órgão de classe não possui o condão de, por si só, afastar o injusto de um fato típico.

partícipe é derivada da conduta atribuída ao autor do crime” (Camargo, 2020, p. 194)<sup>61</sup>, são impuníveis as possíveis contribuições morais do médico parecerista e do advogado. Apesar de ser até possível questionar a dimensão qualitativa da acessoriedade – isto é, quais pressupostos devem ser preenchidos pela conduta do autor para que a do partícipe passe a ser punível –, não há qualquer controvérsia sobre a necessidade de que *o comportamento praticado pelo autor seja, pelo menos, típico*, para que possamos começar a investigar a punição da participação. É a letra do art. 29, *caput*, do CP, que determina a punição de todos que concorram “para o crime”.

A ninguém ocorreria, por exemplo, punir o amigo que aconselha alguém a se submeter a uma cirurgia estética validamente consentida, já que a realização da intervenção pelo médico nesse caso evidentemente não constitui injusto penal. Da mesma forma, o instrumentador cirúrgico que auxilia esse mesmo médico não pode ser punido a título de participação pela sua contribuição material para o fato, já que, mais uma vez, o comportamento do médico é atípico (ou, pelo menos, lícito). Tanto é que o legislador brasileiro optou por editar o art. 122 do CP, pois, de outra forma, não seria possível punir aquele que contribui para o suicídio alheio, uma vez que o suicídio, em si, constitui fato evidentemente atípico.

A inequívoca dependência da participação em relação à autoria pode ser depreendida dos arts. 30 e 31 do CP (Camargo, 2000, p. 194), segundo os quais “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”; e “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Dessa forma, considerando a atipicidade da conduta dos únicos possíveis autores (garantes) do fato principal, os comportamentos da advogada e do médico que emitiram pareceres no caso não são, igualmente, puníveis.

## 7 Considerações finais

Diante do exposto, concluímos que:

1. Por tratar-se de comportamento omissivo, a suspensão de nutrição e hidratação artificiais de paciente em estado vegetativo persistente não caracteriza participação em suicídio, tampouco eutanásia ativa, mas hipótese de ortotanásia, que somente poderia ser punível a título de omissão imprópria.
2. O médico que cuidava da paciente e o curador eram garantes por assunção fática da função de proteção (art. 13, § 2º, “b” do Código Penal).
3. Inexiste dever genérico de médicos e curadores de prolongar indefinidamente a vida ou o processo de morte de pacientes. Considerando que a posição de garantidor de proteção por assunção fundamenta-se no domínio sobre o desamparo da vítima e na relação de confiança fática entre ela e o garantidor, os limites do dever de atuação são determinados pela vontade da paciente, em respeito à sua autonomia (art. 1º, III; art. 5º, *caput*, III, X, todos da Constituição da República). Toda atuação fora dos limites dessa vontade pode ser passível de sanção penal.
4. Tendo em vista um paciente inconsciente, a legalidade da intervenção – e, conseqüentemente, a imposição de um dever de agir – dependerá da análise da vontade presumida. Diante da inexistência de evidências concretas sobre a decisão que a paciente tomaria caso pudesse decidir, a ausência de indicação médica para continuar a intervenção, considerando o diagnóstico de estado vegetativo permanente e a irreversibilidade do quadro, é suficiente para determinar a recusa presumida, fundada no critério do melhor interesse. Não havia, no caso, dever concreto de agir para autorizar a continuidade da nutrição e da hidratação artificiais, no que se refere ao curador, e de prescrever ou inserir a dieta na sonda e a solução de hidratação no acesso venoso da paciente, no caso do médico.
5. O médico parecerista e o advogado não assumiram pessoalmente os cuidados em saúde da paciente e, assim, não ocupavam a posição de garantidores, razão pela qual não tinham dever especial de agir para dar continuidade à intervenção médica. Eles somente poderiam ser eventualmente punidos em razão da contribuição ativa para o fato, consubstanciada na ação de emitir um parecer técnico ou jurídico.

<sup>61</sup> No Brasil, a doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias adotam a *teoria da acessoriedade limitada*, segundo a qual a punição da participação depende de um fato principal antijurídico – ou seja, o comportamento do autor deve ser, pelo menos, típico e ilícito, mas não necessariamente culpável.

6. Tendo em vista a atipicidade objetiva do comportamento principal – do representante legítimo e do médico –, não é possível punir a contribuição (sempre acessória) dos partícipes (arts. 30 e 31 do Código Penal).

## 8 Referências

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. *Posicionamento ANCP: não implementação ou retirada de dieta em paciente em estado vegetativo crônico*. Disponível em: <https://paliativo.org.br/ancp/posicionamento-da-ancp>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, v. 19, p. 69-104, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial: crimes contra a pessoa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II.

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

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson. *Código penal comentado*. São Paulo: RT, 2020.

CAMPANA, Felipe L. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

CARUSO, Tiago. *Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos ou jurídicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Autonomia do paciente e decisões ao final da vida. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá (org.). *Direito biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. p. 161-183.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso I.V. vs. Bolívia*, nov. 2016.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 14, p. 117-148, 2004.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ENGLÄNDER, Armin. Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch. *JZ*, p. 513-520, 2011.

ESTADOS UNIDOS. *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261, 279, 1990.

ESTADOS UNIDOS. *Schiavo v. Bush*. Case n. 03-008212-CI-20, U.S Circuit Court, 2004.

- ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. LVI, n. 227, p. 333-341, 2007.
- ESTELLITA, Heloísa. A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes: uma notícia sobre a discussão e as soluções propostas. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Coleção 80 anos do Código Penal*: parte geral. São Paulo: RT, 2020a. p. 99. v. 1.
- ESTELLITA, Heloísa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloísa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020b. p. 195-218.
- ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- FEINBERG, Joel. Harm to Self. *The moral limits of criminal law*. New York: Oxford University Press, 1986. p. 12. v. 3.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. I.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- GRECO, Luís. Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal. *Boletim IBDPE*, v. 1, n. 1, p. 3-4, 2009.
- GRECO, Luís. Strafbare Pornografie im liberalem Staat – Grundund Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, v. 2, n. 1, p. 278-279, 2011.
- GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico, *Studia Juridica*, v. 108, p. 649, 2017.
- GREIF, Karen F.; MERZ, Jon F. *Current controversies in the biological sciences*. Cambridge: MIT Press, 2007.
- GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal? *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 47, p. 92, 2001.
- HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal*: parte geral. Tradução Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- HIRSCH, Hans Joachim. Behandlungsabbruch und Sterbehilfe. In: KÜPER, Wilfried; PUPPE, Ingeborg; TENCKHOFF, Jörg (org.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 597-620.
- HOFFMANN, Birgit. *Strafrechtliche Verantwortung für das Unterlassen des Schutzes einwilligungs(un-)fähiger Erwachsener*. *Betreuungsrechtliche Praxis*, 2010. p. 151-156. v. 4.
- KREUZER, Arthur. Ärztliche Hilfeleistungspflicht in der Sicht des Strafrechts. In: MERGEN, Armand (org.). *Die juristische Problematik in der Medizin: Ärztliche Aufklärungs- und Schweigepflicht*. München: Wilhelm Goldmann, 1971. p. 217-254. v. 2.
- MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal, lições fundamentais*: parte geral. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, jan./jun. 2015.
- MORATTI, Sofia. The Englaro case: withdrawal of treatment from a patient in a permanent vegetative state in Italy. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 19, p. 372-380, 2010.

- MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, 1982.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Integrating palliative care and symptom relief into primary health care: a WHO guide for planners, implementers and managers*. Geneva: World Health Organization, 2018.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento, ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, p. 220, 2016.
- REINO UNIDO. Airedale NHS Trust v Bland, AC 789, 1993, p. 881 e ss. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1993-Airedale-NHS-Trust-v-Bland.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- REINO UNIDO. F v. West Berkshire Health Authority, 2 All E. R. 545, House of Lords, 1989.
- ROSENAU, Henning. Informed consent: illusion oder Realität im Medizinrecht? In: *JAHRBUCH für Recht und Ethik: Neue Entwicklungen in Medizinrecht und -ethik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p. 266.
- ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução Luís Greco e Flávia Siqueira. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 129-167.
- ROXIN, Claus. Die Mitwirkung beim Suizid – ein Tötungsdelikt? In: JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans (org.). *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag* 29. Berlin: Walter de Gruyter, 1977. p. 331-355.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Beck, 2003. band II.
- ROXIN, Claus. Über die mutmaßliche Einwilligung. In: STRATENWERTH, Günter KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd; et al. (org.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1974, p. 447-475.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2020. band I.
- ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS. *Clinically-assisted nutrition and hydration (CANH) and adults who lack the capacity to consent: guidance for decision-making in England and Wales*. Londres, 2018. 51 p.
- ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS. *Prolonged disorders of consciousness following sudden onset brain injury: National clinical guidelines*. London: RCP, 2020.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.
- SCHNEIDER, Christian. *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- SCHNEIDERMAN, Lawrence J.; JECKER, Nancy S. *Wrong medicine: doctors, patients, and futile treatment*. 2. ed. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2011. 17 p.
- SCHÖCH, Heinz. Unterlassene Hilfeleistung. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 3. ed. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2007. p. 109-126.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1971.
- SEICHTER, Jürgen. *Einführung in das Betreuungsrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004.

SIMÕES, José Augusto Rodrigues. A paragem da alimentação artificial nos doentes em estado vegetativo persistente. *Acção médica*, p. 69-86, 2003.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 19.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Cuidados paliativos: aspectos jurídicos*. Indaiatuba: Foco, 2022.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. *Revista Bioética*, v. 14, n. 2, p. 236, 2006.

STRIANO, Pasquale; BIFULCO, Francesca; SERVILLO, Giuseppe. The saga of Eluana Englaro: another tragedy feeding the media. *Intensive Care Med*, 35, p. 1129-1131, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WEIßAUER, Walther; OPDERBECKE, Hans. Tod, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, BÄ, 1973, p. 104.

WICKS, Elizabeth. The right to refuse medical treatment under the european convention on human rights. *Medical Law Review*, n. 9, p. 26, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

# O direito ao sossego: uma alternativa ao falso bem jurídico "sentimento"

## *The right to quietness: an alternative to the false legal good "sentiment"*

Artigo recebido em 29/02/2024 e aprovado em 28/03/2024.

### Túlio Vianna

Professor de direito penal na Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Realizou pesquisa pós-doutoral na Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Advogado criminalista.

### Lucas Miranda

Professor de direito penal na Faminas. Doutorando e mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Realizou estância de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Advogado criminalista.

## Resumo

No presente artigo procuramos fundamentar o reconhecimento do sossego como bem jurídico passível de tutela penal em um Estado liberal. A partir da ideia de que sentimentos não podem ser considerados bens jurídicos, desenvolvemos uma alternativa para a criminalização de condutas como a ameaça (art. 147 do CPB), a partir da capacidade que esses atos têm de impedir a decisão da vítima quanto à alocação de sua atenção. Defendemos que o argumento de que a ameaça é criminalizada por ocasionar uma restrição à liberdade é excessivamente empírico e não engloba situações como da ameaça simples. Desse modo, o referencial do sossego nos parece mais adequado para justificar a tipificação. Por fim, demonstramos que a verificação da lesividade a esse bem jurídico está condicionada ao binômio *expectativa de sossego e intensidade da agressão*. Condutas que atingem as vítimas em determinados locais e horários em que há maior expectativa de sossego apresentam grau de lesividade mais alto que aquelas que os atingem em locais em que se espera a interrupção da atenção. De igual maneira, condutas repetitivas ou prolongadas atingem a capacidade de alocação da atenção de forma mais intensa que meras importunações pontuais.

**Palavras-chaves:** ameaça; bem jurídico; perturbação do sossego alheio; sentimento coletivo; sentimento pessoal.

## Abstract

*In this article we seek to substantiate the recognition of quietness as a legal good that can be criminally protected in a liberal state. Based on the idea that feelings cannot be considered legal goods, we develop an alternative for the criminalization of conduct such as threats (art. 147 of the Brazilian Criminal Code), based on the ability of these acts to prevent the victim from deciding how to allocate their attention. We argue that the argument that threats are criminalized because they cause a restriction on freedom is excessively empirical and does not encompass situations such as simple threats. In this way, we feel that the reference of quietness is more appropriate to justify criminalization. Finally, we have shown that the verification of harm to this legal asset is conditioned by the binomial expectation of quietness and the intensity of the aggression. Behaviors that affect victims in certain places and at times when there is a greater expectation of quietness have a higher degree of harmfulness than those that affect them in places where attention is expected to be interrupted. Similarly, repetitive or prolonged behaviors affects the ability to allocate attention more intensely than mere occasional harassment.*

**Keywords:** threat; legal good; disturbance; collective feeling; personal feeling.

## 1 Introdução

O professor Luís Greco, homenageado nessa obra, é coautor e responsável pela atualização de um dos mais importantes livros de direito penal da nossa geração. A partir de 2020, o reconhecido livro de capa verde de Claus Roxin passou não só a contar com o nome de um brasileiro em sua capa, também com as reflexões do novo autor – que, arriscamos dizer, o direcionaram a uma linha de pensamento mais liberal. A partir das contribuições de Greco, algumas ideias desenvolvidas por Roxin foram modificadas e novos caminhos para a investigação dogmática foram abertos. Um desses caminhos é a ideia de que *o sentimento não pode ser considerado um bem jurídico para o direito penal*.

No presente trabalho, procuraremos concretizar essa ideia, buscando modificar os referenciais de criminalização do tipo penal de ameaça. Para isso, desenvolveremos o argumento de que algumas condutas são passíveis de punição não em razão do sentimento de medo que ocasionam em suas vítimas, mas em razão da ofensa a um bem jurídico até então pouco explorado pela doutrina: o *sossego*. Indicaremos que o sossego é um bem jurídico individual passível de tutela penal em uma sociedade democrática – e que sua lesão pode ser percebida a partir do binômio *expectativa de sossego e intensidade da agressão*.

## 2 Sentimentos como bens jurídicos tutelados pelo direito penal

No Brasil, a ideia de proteção a sentimentos por meio do direito penal não costuma ser questionada pela doutrina majoritária. O Código Penal Brasileiro (adiante, CPB) prevê até mesmo um título para os crimes contra o sentimento religioso – e a maior parte da doutrina indica o sentimento dos fiéis como justificativa para a criminalização das condutas ali descritas (cf. Hungria, 1981, p. 53; Jesus, 2020, p. 102; Bitencourt, 2012, p. 1112; Prado, 2019, p. 834).<sup>1</sup> O ato de vilipendiar em público uma imagem considerada sagrada por determinada religião, por exemplo, é considerado passível de pena sob o fundamento de que ocasiona um sentimento de revolta nos adeptos da religião.<sup>2</sup>

Na tradição jurídica anglo-saxã, a concepção de que sentimentos podem ser utilizados como referências de criminalizações encontra-se amparada no princípio da ofensa. No segundo volume da obra *The Moral Limits of Criminal Law*, Joel Feinberg procura elaborar um critério para criminalização de condutas capazes de causar sentimentos como medo, ansiedade, aversão, repulsa, vergonha, humilhação e nojo (Feinberg, 1985, p. 1). Utilizando o conhecido exemplo da viagem de ônibus, o autor norte-americano coloca seu leitor perante diversas situações desagradáveis – como viajar ao lado de outros passageiros ouvindo música em altíssimo volume, realizando atos sexuais em público, ostentando símbolos nazistas etc. – e pergunta se não seria necessário que o ordenamento jurídico utilizasse normas penais para evitar que se presenciasse tais eventos (Feinberg, 1985, p. 10).

De acordo com o Feinberg (1985, p. 25), apesar dos sentimentos decorrentes de tais condutas não configurarem um dano nos termos da teoria do *harm principle*<sup>3</sup>, eles configurariam uma ofensa capaz de constituir um referencial para a criminalização. Especialmente interessante é a defesa de que o motivo pelo qual tais sentimentos surgem não é relevante para sua definição como uma ofensa – assim como os motivos pelos quais um ataque cardíaco ocorre não são relevantes para sua configuração como um dano (Feinberg, 1985, p. 36). De acordo com o autor, a criminalização estaria sujeita a um balanceamento entre a gravidade da ofensa e a razoabilidade da conduta, mas não à análise do motivo pelo qual os cidadãos se sentem ofendidos<sup>4</sup> (Feinberg, 1985, p. 35).

<sup>1</sup> Na doutrina espanhola (cf. Santacana, 2019, p. 298). No que diz respeito ao sentimento de pudor (Zaffaroni; Pierangeli, 2015, p. 418).

<sup>2</sup> Quanto à interpretação desses crimes sem o referencial do sentimento (cf. Vianna; Miranda, 2020, p. 205 e ss).

<sup>3</sup> Sobre a teoria do *harm principle* (cf. Mill, 2017; Feinberg, 1984).

<sup>4</sup> Uma crítica à orientação psicológica da teoria da ofensa de Feinberg (*apud* Hörnle, 2001, p. 261; Hirsch, 2000, p. 83; Hirsch; Simester, 2006, p. 119; Badaró, 2023, p. 259).

A doutrina penal alemã também não costuma apresentar grandes dificuldades quanto ao reconhecimento do sentimento como fundamento para uma criminalização.<sup>5</sup> Na célebre segunda edição de seu Manual de Direito Penal<sup>6</sup>, Claus Roxin (1997, p. 57) afirma que alguns sentimentos devem ser considerados bens jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal. De acordo com o autor, quem desonra publicamente a confissão religiosa de alguém, subtrai restos cadavéricos ou realiza ações sexuais em público poderia sofrer uma sanção penal em razão da “indignação que esses atos provocam no afetado ou na comunidade” (Roxin, 1997, p. 57, tradução nossa). Desse modo, essas criminalizações seriam legítimas pelo sentimento de revolta, indignação ou repulsa que causariam nos cidadãos.

Os problemas decorrentes do reconhecimento de sentimentos como critérios de criminalização foram apresentados pelo professor homenageado em um estudo que já pode ser considerado um clássico da doutrina penal brasileira. Ao analisar o delito de maus-tratos aos animais (entre nós, previsto no art. 32 da Lei 9.605/1998), Luís Greco apresenta o caso de um indivíduo que apanha seu próprio cão, submete-o a sessões de agressão severa e, depois, o deixa agonizando até a sua morte. Partindo da concepção de que bens jurídicos são “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem democrática”, Greco (2004, p. 107-108) defende que teoria do bem jurídico não conseguiria justificar a criminalização dessa conduta. De forma clara, argumenta que “causar horríveis sofrimentos a um cão não afeta de modo algum qualquer esfera individual. E tampouco se pode dizer que esse comportamento fira bens jurídicos da coletividade”.

Nesse ponto, Luís Greco (2004, p. 108) indica que poderíamos pensar que a revolta que sentimos diante de tal comportamento seria suficiente para a constituição de um bem jurídico – que poderia ser definido como o *sentimento de solidariedade* para com certos animais superiores. No entanto, esse entendimento causaria um problema ainda maior que aquele que procura solucionar. A partir do momento em que sentimento de revolta pela prática de dado comportamento serve de base para legitimar a sua punição, seria possível criminalizar qualquer conduta considerada imoral pela maioria da população.<sup>7</sup> Até mesmo a homossexualidade poderia ser considerada crime, uma vez que muitas pessoas manifestam repulsa diante da demonstração de afeto entre pessoas do mesmo sexo (Greco, 2004, p. 108).

Portanto, o reconhecimento de sentimentos como referenciais de criminalização diluiria os esforços da teoria do bem jurídico para colocar-se como filtro ao legislador. Se buscamos um conceito político-criminal de bem jurídico – que tenha como função limitar o poder de criminalização e não apenas identificar o interesse protegido pela norma<sup>8</sup> – então, os sentimentos dos cidadãos não podem ser considerados referenciais idôneos para justificar uma criminalização. Doutro modo, qualquer argumento quanto à ilegitimidade de um tipo penal poderia ser respondido com referência ao sentimento de aversão ou repulsa que a prática da conduta causa em determinado grupo de pessoas. Isso, sem dúvida, converteria o direito penal em instrumento de imposição da moral dominante.<sup>9</sup>

Em trabalho mais recente sobre o tema, Roxin (2018, p. 22) parece ter modificado seu entendimento, indicando que somente sentimentos de *ameaça* poderiam ser considerados bens jurídicos. Desse modo, afirma que quando o legislador sanciona com pena a discriminação ou os atos exibicionistas, fundamenta-se no fato de que tais comportamentos podem ocasionar receio da ocorrência de futuros danos ou lesões. Por esse motivo, tais atos poderiam ser criminalizados com a finalidade de assegurar que os cidadãos possam viver suas vidas livres do

<sup>5</sup> Parte da doutrina alemã não reconhece a possibilidade de que sentimentos configurem bens jurídicos, mas admite a existência de *delitos de comportamento*. Esses seriam crimes que não lesionam bens jurídicos, mas seriam legítimos por desrespeitarem tabus culturais arraigados na sociedade. (cf. Hefendehl, 2002, p. 12; Stratenwerth, 2016a, p. 360; Stratenwerth, 2016b, p. 147). Sobre a relação do princípio da ofensa com os delitos de comportamento (cf. Wohlers, 2016, p. 393 e ss; Wohlers, 2014, p. 297 e ss).

<sup>6</sup> A obra é especialmente difundida no Brasil por ser a única edição com tradução para o espanhol. A quinta edição, primeira em coautoria com o professor homenageado, encontra-se em processo de tradução para o português e deve ser lançada ainda no ano de 2024.

<sup>7</sup> Em sentido um pouco diverso, mas, também, defendendo a impossibilidade de utilização de sentimentos como critérios de criminalização (cf. Amelung, 2016, p. 243).

<sup>8</sup> Quanto à diferença entre o conceito dogmático e o conceito político-criminal de bem jurídico (cf. Greco, 2004, p. 92 e ss; Greco, 2007, p. 252 e ss).

<sup>9</sup> Quanto as diferenças entre direito e moral (cf. Mill, 2017; Hart, 1958; Rawls, 1977). Especificamente no direito penal (cf. Greco, 2015, p. 96 e ss; Ferrajoli, 2014, p. 204 e ss). No que diz respeito à impossibilidade de reconhecimento de imoralidades como bens jurídicos (cf. Greco, 2011, p. 443).

sentimento de medo. Qualquer proposta de criminalização que vá além desse sentimento seria ilegítima, uma vez que nas sociedades multiculturais a tolerância frente a concepções de mundo contrárias à de um determinado cidadão é também uma condição de existência da sociedade.

Apesar da modificação de posicionamento, ainda há no pensamento de Roxin um sentimento capaz de legitimar criminalizações. Desse modo, as críticas de Greco, quanto aos sentimentos enfraquecerem a teoria do bem jurídico, continuam vivas. Um leitor poderia suscitar a questão quanto à existência de um critério que diferencie o sentimento de medo – considerado legítimo para a criminalização – daqueles de aversão, revolta ou repulsa – considerados ilegítimos. Se o referencial para a criminalização é psicológico-pessoal, então qual seria o motivo para classificar o sentimento de medo como mais relevante que o sentimento de aversão? Na realidade, a depender do indivíduo e da situação, este último se manifesta de forma mais intensa que o primeiro. Talvez um indivíduo prefira andar em um transporte público com medo de ter sua carteira furtada que se deparar com atos que julgue excessivamente aversivos.

Diante disso, na quinta edição do Manual de Direito Penal de Roxin (Greco, 2020, p. 37), agora em coautoria com o professor homenageado, esse ponto foi modificado novamente. Os autores apresentam o problema e apontam que nas edições anteriores do livro defendeu-se a possibilidade de o sentimento de medo ser considerado um bem jurídico. A justificativa para esse reconhecimento, como visto acima, é que algumas condutas ocasionam receio da ocorrência de atos lesivos futuros – e a coexistência pacífica em sociedade pressupõe que os cidadãos vivam sem receios de ser lesionados ou discriminados. Nessa edição, no entanto, os autores indicam que o fundamento é correto, mas “não é o sentimento que constitui a principal razão para a punição, e sim o prejuízo associado à coexistência pacífica e livre” (Roxin; Greco, 2020, p. 37, tradução nossa).

De acordo com os autores, “uma diminuição do sentimento de segurança anda regularmente de mãos dadas com, pelo menos, uma diminuição da liberdade de formação e de exercício da vontade: quem tem de se preocupar com a sua segurança abstém-se de uma série de atividades que poderia realizar sem preocupações” (Roxin; Greco, 2020, p. 37, tradução nossa). Desse modo, passa a ser possível a criminalização de condutas que causam medo sem referência ao sentimento.<sup>10</sup> O fundamento da criminalização não estaria no fato de que elas ocasionam o medo em si, mas no fato de que, ao se depararem com determinadas condutas, os cidadãos teriam a sua liberdade restringida. Desse modo, por exemplo, ao analisar os crimes de atos exibicionistas (§ 183 do Código Penal alemão, adiante StGB), os autores indicam que o fundamento da criminalização não estaria no sentimento de pudor da sociedade ou na proteção de determinados *tabus* socialmente arraigados, mas no fato de que esses atos podem suscitar receio de agressão sexual nas pessoas que os presenciam (Roxin; Greco, 2020, p. 38). Desse modo, os atos exibicionistas restringiriam a liberdade dos cidadãos que passariam a deixar de frequentar determinados locais pelo risco de se tornarem vítimas de crimes sexuais.<sup>11</sup>

Portanto, os autores procuram resolver o problema dos sentimentos como bens jurídicos a partir da referência à uma restrição na *liberdade individual*. A despeito de não ser mencionada diretamente, a ideia de referência à liberdade individual como alternativa aos sentimentos também se aplica a outros tipos penais. Nesse ponto, Tatjana Hörnle (2016, p. 384), por exemplo, indica que no crime de ameaça de cometimento de crime (§ 126 do StGB), não há necessidade de referência a um sentimento de medo, uma vez que esse delito configura uma efetiva restrição

<sup>10</sup> De acordo com os autores, “a invocação de sentimentos, incluindo o sentimento de segurança, pode, por si só, ser omitida, pois é óbvio que ninguém deve ser preso pelo simples facto de ter ferido os sentimentos de outrem” (Roxin; Greco, 2020, p. 37, tradução nossa).

<sup>11</sup> Além do aspecto da liberdade de frequentar determinados locais, os autores também indicam restrições à liberdade de determinação da vontade. No crime de causar incômodo público por meio da realização de atos sexuais (§ 183a do StGB), por exemplo, os autores indicam que o aspeto decisivo da criminalização não tem a ver com a proteção dos sentimentos, mas com a ideia de *proteção contra o confronto*. Segundo eles, “a pessoa a quem se impõem atos sexuais é prejudicada na sua liberdade de não ser confrontada involuntariamente com estímulos que se situam no plano acional do físico ou libidinal (a chamada proteção contra o confronto)”. Nesse sentido, Luís Greco (2023, p. 197) indica que o direito à autodeterminação sexual deve respeitar a decisão do indivíduo em favor da castidade ou da abstinência sexual. Partindo da premissa de que a sexualidade possui um caráter instintivo e, por isso, em grande parte incontrolável, o autor defende que a confrontação com atos sexuais obriga o cidadão a encarar suas próprias pulsões. Desse modo, a autodeterminação sexual compreenderia o direito do indivíduo de escolher se quer colocar-se em tal posição de confrontação com seus instintos (Greco, 2023, p. 209).

à liberdade individual dos cidadãos.<sup>12</sup> Segundo ela, perante uma ameaça, os cidadãos sensatos irão levar a sério o perigo e deixar de utilizar determinados meios de transportes ou frequentar determinados lugares (Hörnle, 2016, p. 384). Desse modo, ainda que a ameaça não apresente um perigo real, ela tem a capacidade de limitar a liberdade dos indivíduos ameaçados de decidirem como levarão sua vida (Hörnle, 2016, p. 384).

Desse modo, a despeito da correta premissa de que sentimentos não podem, em nenhuma hipótese, serem utilizados como referenciais de criminalização, parece-nos que a solução de que determinadas condutas podem ser criminalizadas pela restrição da liberdade das vítimas merece uma análise mais detida. Não há qualquer objeção quanto ao fato de a liberdade ser um bem jurídico merecedor de tutela penal. Ocorre que a referência à restrição da liberdade, em alguns casos, parece depender de uma análise excessivamente empírica – e que passa pela esfera de autodeterminação da vítima. A título de exemplo, analisemos o caso da ameaça de cometimento de crimes indicada por Hörnle. Tomaremos a liberdade de deixar sem resposta a questão dos atos exibicionistas, pois achamos que, nesse caso, existe um argumento adicional para a criminalização – que, pelo restrito espaço que dispomos, não poderá ser objeto de análise.<sup>13</sup>

No que diz respeito à ameaça de prática de crimes, no entanto, pensemos no exemplo de uma mulher que costuma realizar atividades físicas na praça de seu bairro todos os dias e, em razão de uma ameaça de morte cometida por um ex-namorado, deixa de praticá-las, por medo. Não há dúvida que o ato do ex-namorado restringiu a liberdade de exercício da vontade da mulher. No entanto, essa mesma mulher poderia deixar de frequentar a praça por lá encontrar frequentemente um grupo de ativistas que lhe interrompem o exercício físico para apresentar projetos sociais e pedir doações. Nesse caso, o ato dos ativistas também seria capaz de restringir a liberdade da mulher – apesar de ninguém sustentar a criminalização da conduta dos ativistas.

Por outro lado, ameaças simples que não tenham relação com violência física provavelmente não restringiriam a liberdade de formação ou o exercício da vontade de uma vítima.<sup>14</sup> Pensemos no mesmo caso da mulher, mas, dessa vez, o ex-namorado ameaça divulgar na *internet* vídeos dos dois em momentos íntimos. Ao que tudo indica, essa conduta não a faria deixar de praticar esportes na praça ou frequentar qualquer local – ao menos antes da divulgação. O fato de a vítima sair ou permanecer em casa não tem qualquer relação com o cumprimento da ameaça. Especialmente se se tratar de uma ameaça simples – em que o ex-namorado não faça qualquer pedido para não cometer o crime –, não parece haver qualquer restrição na liberdade de locomoção ou de formação e exercício da vontade da vítima. A despeito disso, nos parece que essa conduta precisaria continuar sendo objeto de reprimenda penal.

Portanto, o problema que vemos na solução apresentada pelos autores recai no fato de a lesão à liberdade depender excessivamente da situação fática. Desse modo, acreditamos que não é exatamente o fato de que uma determinada pessoa deixe de frequentar um local que justifica a criminalização. Uma proposta de justificação desses crimes, a nosso sentir, necessita do reconhecimento de um bem jurídico mais concreto, cuja lesão possa ser determinada de maneira independente das circunstâncias do caso concreto.

### 3 O sossego como bem jurídico

Acreditamos encontrar uma justificativa para algumas criminalizações que comumente fazem referência ao sentimento das vítimas no reconhecimento de um bem jurídico pouco explorado na doutrina penal: o *sossego*. Seguramente, o reconhecimento desse bem jurídico não será capaz de solucionar todos os problemas relativos aos crimes que fazem referência a sentimentos. De todo modo, acreditamos que os crimes contra o sentimento

<sup>12</sup> No mesmo sentido, entre nós (cf. Bitencourt, 2015, p. 422; Souza, 2019, item 22.2).

<sup>13</sup> A questão dos atos exibicionistas, a nosso sentir, apresenta um argumento adicional para a criminalização: o fato de que atos sexuais praticados em público poderem ser vistos por crianças. Para uma justificação liberal para a restrição do contato de crianças com atos sexuais de terceiros (cf. Greco, 2023, p. 202 e ss).

<sup>14</sup> Nesse sentido, Helena Regina Lobo da Costa (2020, p. 548) indica que “se o agente apenas diz à vítima: ‘vou matar seu filho’ não há dúvida de que se trata de uma ameaça grave (tomando como pressuposta, no exemplo, a idoneidade), mas não necessariamente a vítima terá a sua liberdade de resolução atingida”.

religioso, os crimes de discriminação e os maus-tratos aos animais já foram analisados em outros trabalhos, para os quais remetemos o leitor.<sup>15</sup> Nesta pesquisa, procuraremos analisar somente um caso em que comumente se indica o sentimento de *medo* como fundamento da criminalização: o crime de ameaça (art. 147 do CPB).

Partimos da ideia de que a criminalização desses atos não se fundamenta no sentimento que eles podem ocasionar na vítima – nem na eventual restrição da liberdade – mas na capacidade que têm de atormentar psicologicamente a vítima. Pesquisas na área de psicologia desenvolveram o conceito de *economia da atenção*.<sup>16</sup> Esse conceito se baseia na ideia de que os seres humanos têm recursos cognitivos limitados. Quando esses recursos são utilizados para a realização de uma determinada tarefa, eles deixam de poder ser utilizados em outra. Desse modo, a atenção passa a ser pensada como um recurso finito<sup>17</sup>, necessário para realização de tarefas cotidianas. Como todo recurso limitado, o direito de usufruir da atenção passa necessariamente pela sua capacidade de alocação – ou seja, se o recurso não pode ser utilizado indistintamente, sua utilização depende da *decisão* quanto à sua destinação. Portanto, sendo a atenção um recurso fundamental para o desenvolver da vida, mas escasso, torna-se importante reconhecer o *direito individual de autodeterminação da atenção*. Esse direito pode ser definido como a capacidade de escolher em quais tarefas o indivíduo irá despender a sua atenção – e em quais não irá.<sup>18</sup>

A partir dessa ideia, reconhecemos no *sossego* um pressuposto para a realização da autodeterminação da atenção. *O sossego como bem jurídico deve ser entendido como a condição necessária para que uma pessoa possa definir e manter sua atenção em uma determinada tarefa por ela escolhida*. Desse modo, o sossego não é entendido aqui como mera inexistência de importunação, mas como uma condição necessária para a definição da alocação da atenção. Somente quando o indivíduo não é confrontado com ações excessivamente tormentosas ele tem a capacidade de ser senhor da sua própria atenção – determinando em qual tarefa irá alocá-la.

A ideia de um direito ao sossego parece ser reconhecida no ordenamento jurídico-penal. Atualmente, consideramos a perturbação ao sossego uma contravenção penal (art. 42 da Lei 3.688/1941). De acordo com ela, aquele que perturba o sossego alheio por meio de gritaria ou algazarra; exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; ou provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda, está sujeito à pena de prisão simples. A doutrina penal também parece reconhecer uma ideia próxima ao direito ao sossego quando trabalha questões ligadas à intimidade/privacidade. Nesse sentido, por exemplo, Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 13) ao descrever o direito à intimidade o indica como o “direito de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e ouvidos ávidos”.

Desse modo, não nos parece uma novidade o reconhecimento do sossego como bem jurídico. Se os bens jurídicos são aqueles dados necessários para o desenvolvimento individual, e sendo o sossego um pressuposto necessário para a alocação da atenção, pode-se reconhecer nele um objeto de tutela penal em um Estado liberal. Condutas que sejam excessivamente tormentosas, capazes de impedir que um indivíduo deposite a sua atenção nas tarefas cotidianas que pretende realizar, são passíveis de criminalização, a partir da lesão ao bem jurídico *sossego*.

O reconhecimento desse bem jurídico é um primeiro passo para a criminalização de uma conduta. No entanto, como lembra o professor homenageado, ao tratarmos da questão do bem jurídico estamos diante da pergunta: *o que proteger?* Essa questão precisa ser complementada com uma segunda indagação, relacionada com a estrutura do delito, qual seja: *como proteger?* (Greco, 2004, p. 118). Nesse ponto, entendemos importante mencionar que não são todas as condutas que lesionam o sossego que podem ser criminalizadas. O direito penal está sempre condicionado ao princípio da intervenção mínima, que se relaciona com sua *fragmentariedade* e *subsidiariedade* (Batista, 2004, p.

<sup>15</sup> No que diz respeito aos crimes contra o sentimento religioso (cf. Vianna; Miranda, 2020). Quanto aos crimes de discriminação, em especial a discriminação religiosa (cf. Miranda, 2022). Os crimes contra maus-tratos de animais foram trabalhados pelo professor homenageado nas obras citadas e, em especial, em Greco (2010). A esse respeito, também: Paula (2013, p. 128).

<sup>16</sup> Acerca do conceito de economia da atenção (cf. Simon, 1971, p. 40; Crawford, 2015, p. 11; Caliman, 2012, p. 4; Frank, 1998; Beck; Davenport, 2001).

<sup>17</sup> Interessante destacar que como recurso limitado a atenção passa a ser, inclusive, passível avaliação financeira. Isso ocorre especialmente na venda de espaços de publicidade em redes sociais ou sites de busca na *internet*.

<sup>18</sup> Quanto ao problema da alocação de atenção (cf. Simon, 1971, p. 40).

85). A primeira indica que o direito penal não tem a pretensão de completude, mas protege somente alguns bens contra algumas formas de agressão. A subsidiariedade, por sua vez, pressupõe a fragmentariedade e indica que o remédio administrado pelo direito penal – ou seja, a pena – somente pode ser utilizado quando os outros ramos do direito mostram-se ineficazes.<sup>19</sup>

A título de exemplo, podemos analisar o bem jurídico *integridade física*. Ninguém inadmitte que tal bem jurídico merece proteção do direito penal. No entanto, não são todas as condutas que lesionam ou colocam em perigo a integridade física que são proibidas por esse ramo do direito. Pensemos na conduta de venda de cigarros.<sup>20</sup> É extensamente sabido o fato de que o ato de fumar ocasiona lesões à integridade física, no entanto, sua venda não é proibida pelo direito penal. Nesse ponto, o leitor poderia questionar se a permissão não decorre do fato de que aquele que fuma realiza uma autolesão. No entanto, o direito penal também não proíbe a conduta de fumar próximo a outras pessoas que não consentem com a prática do ato. Pensemos em uma mãe que fume dois maços de cigarros por dia dentro de casa com seus filhos por perto. Não parece haver dúvida que sua conduta lesiona a integridade física das crianças e, ainda assim, o direito penal não a considera suficientemente grave para a criminalização.

Desse modo, possíveis criminalizações de lesões ao sossego também devem ser avaliadas de acordo com sua gravidade. Nesse ponto, entendemos que a avaliação do grau de lesão a esse bem jurídico deve sempre levar em consideração o binômio: *expectativa de sossego* e *intensidade da agressão*. A expectativa de sossego está relacionada a circunstâncias de tempo e lugar que devem ser levadas em consideração para a verificação da lesão. Uma pessoa tem um grau de expectativa maior de manter-se senhor de sua atenção, por exemplo, em sua casa, no seu trabalho, em uma sala de aula ou em uma biblioteca. De outro modo, ao sair à rua ou, especialmente, ir a uma festa, um bar, um *show* ou a uma partida de futebol, a expectativa de sossego é diminuída. As pessoas sabem que em tais locais encontrarão outras pessoas, barulhos altos e demais fatores que terão impacto em sua atenção.

Da mesma forma, pode-se pensar no horário. Durante o dia, existe uma menor expectativa de sossego do que durante a madrugada. Normalmente, no período noturno, as pessoas repousam e, portanto, espera-se menos ações que interrompam a atenção. No entanto, datas festivas podem alterar essa expectativa. Durante o *réveillon*, não há expectativa de sossego à noite. Tradicionalmente, nessa data, as pessoas comemoram a mudança do ano, disparando fogos de artifício. Sem dúvida, a utilização desses artefatos tem a capacidade de lesionar o sossego, mas, nesse dia específico, como há uma baixíssima expectativa de sossego, tais condutas não configuram lesão. De igual maneira podemos pensar em eventos musicais ou esportivos que ocorram com autorização das autoridades administrativas. A autorização de um evento em uma região diminui a expectativa de sossego por um período determinado. Em suma, uma ação é tanto mais grave quanto maior a expectativa de sossego. No entanto, importante mencionar que essa expectativa não deve ser analisada numa perspectiva pessoal, mas de forma objetiva, de acordo com as características gerais de tempo e local.

Além da expectativa de sossego, deve-se levar em consideração também a intensidade da agressão. A partir desse elemento é possível considerar pouco ou nada lesivas as ações que causam importunação, mas por um período curto. Imaginemos, por exemplo, um vendedor que interrompe a conversa de grupo de pessoas em um restaurante para oferecer seus produtos. Sem dúvida, a sua conduta tem a capacidade de afetar a alocação da atenção dos comensais. No entanto, além da pequena expectativa de sossego em um local público, a interrupção da atenção ocorre por um curtíssimo período. Assim que ele deixa o local, as pessoas ali presentes podem voltar a alocar sua atenção na tarefa que estavam realizando. O mesmo pode-se dizer de pessoas que pedem dinheiro na rua, de ligações de telefone não solicitadas ou de quaisquer outros atos que interrompam a atenção por curto período.

Situação diversa ocorre quando a ação se prolonga no tempo, atingindo a capacidade da vítima de alocar sua atenção em tarefas cotidianas de forma intensa e prolongada. Imaginemos, por exemplo, o caso dos torcedores de um time de futebol que soltem fogos de artifício durante toda a noite ao lado de um hotel em que se hospeda o time rival ao seu – com a finalidade de atrapalhar o sono dos jogadores e, conseqüentemente, seu desempenho esportivo. O lançamento de um único foguete ou de alguns em um curto período pode ser considerado uma

<sup>19</sup> No mesmo sentido (cf. Mir Puig, 2006, p. 117).

<sup>20</sup> O exemplo é do próprio homenageado (cf. Greco, 2016, p. 6).

interrupção curta da atenção. Mas, uma campanha coordenada de fogos de artifício com a finalidade de impedir o sono de determinadas pessoas é, sem dúvida, uma agressão intensa ao sossego, passível de ser criminalizada. De igual maneira, pode-se pensar em cobranças telefônicas abusivas. Uma chamada de *telemarketing* interrompe a atenção por um curto período e não pode ser considerada uma lesão intensa ao sossego, mas se uma empresa utiliza de dezenas de chamadas telefônicas ao longo de um dia para realizar uma cobrança, causará um dano intenso ao sossego do devedor.

Portanto, as condutas que interrompem a atenção, para serem consideradas passíveis de reprimenda penal devem ser realizadas em um local ou período em que a vítima tenha uma alta expectativa de sossego e com intensidade suficiente para serem consideradas graves. Esse entendimento, a nosso sentir, é o que melhor soluciona a questão das ameaças simples. Relembremos o caso da ameaça de divulgação de vídeos de conteúdo íntimo. Uma ameaça de mal grave – como requer o tipo penal – mesmo que pontual, tem a capacidade de comprometer a alocação da atenção do indivíduo por longo período, a despeito da sua vontade. Se uma pessoa fica excessivamente preocupada com a possibilidade de ter vídeos íntimos divulgados sem autorização, não conseguirá realizar com tranquilidade as tarefas do seu dia.

Desse modo, o delito de ameaça nos parece tutelar de forma mais direta o sossego dos indivíduos do que sua liberdade. Mesmo as ações que não impedem ou restringem a liberdade das vítimas – como ocorre nos casos em que o agente realiza uma ameaça, sem condicionar o ato lesivo a alguma atitude do ofendido – têm a capacidade de atormentá-las psicologicamente, impedindo que elas consigam alocar sua atenção nas tarefas diárias que pretendem realizar. É exatamente esse efeito de restrição ao sossego que deve ser considerado como fundamento da criminalização. Assim, torna-se desnecessária a referência a algum sentimento ou à restrição da liberdade individual – a conduta é criminalizada por apresentar idoneidade para afetar o sossego.<sup>21</sup>

Além da ameaça simples, o crime de perseguição (art. 147-A do CPB) também pode ser interpretado a partir da lesão que causa ao bem jurídico *sossego*. Não desconhecemos que algumas condutas de *stalking* têm a capacidade de ocasionar efetivos danos psicológicos às vítimas – como, por exemplo, depressão, síndrome do pânico etc. No entanto, acreditamos que esse efeito seja dispensável para a criminalização. Imaginemos uma pessoa que sofra perseguição pela *internet*, recebendo centenas de comentários, mensagens e *e-mails*, inclusive em canais profissionais, com conteúdo intimidatório. Ainda que essas condutas não sejam suficientes para desenvolver um transtorno mental, elas parecem poder ser criminalizadas, a partir da capacidade que apresentam de lesionar o sossego. Condutas reiteradas que atingem a vítima em ambientes em que se tem alta expectativa de sossego – como em sua casa ou no trabalho – têm potencial lesivo suficiente para serem consideradas crime.

Ademais, mesmo que as condutas não sejam capazes de afetar a liberdade da vítima, elas ainda parecem ser merecedoras de reprimenda penal. Nesse sentido, pensemos que a vítima do exemplo acima, que sofre perseguição pela *internet*, reside em um país diverso do seu perseguidor. Por conta disso, ela não deixará de sair de casa ou utilizar o transporte público em razão da perseguição. No entanto, as condutas têm a capacidade de atormentar seu sossego – mesmo que à distância – pelo receio do que pode o agente fazer no ambiente virtual.<sup>22</sup> A vítima poderá ficar preocupada não com um ataque físico, mas talvez com o que o agressor possa publicar em páginas da *internet*. Desse modo, entendemos que o sossego também possa ser apontado como um dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal de perseguição, em algumas das modalidades previstas no art. 147-A do Código Penal Brasileiro.

<sup>21</sup> Essa ideia parece ter sido reconhecida, sob o nome de *tranquilidade*, por Miguel Reale Jr. Em seus comentários ao tipo penal de ameaça, Reale (2023, p. 493) indica que “o que se pretende proteger por via da incriminação da ameaça é o direito à tranquilidade, a viver sem ser atemorizado com prenúncios do sofrimento de males que conturbam. Em suma, há um direito à paz de espírito, de forma a constituir crime a grave perturbação oriunda da promessa de infligir ao destinatário da mensagem ou à pessoa, a qual se liga por laços de afeto, um malefício, dando causa à sensação de insegurança, criando medo. Dessa forma, para a caracterização do crime de ameaça, é preciso que haja ofensa contundente à tranquilidade, convulsionando a *psiqué* da vítima. Para tanto, o tipo penal exige que o prenúncio seja o de um mal injusto e grave”.

<sup>22</sup> No que diz respeito à *internet* como instrumento para a prática de crimes (cf. Vianna, 2003, p. 15).

## 4 Considerações finais

O reconhecimento do *sossego* como bem jurídico traz significativas vantagens dogmáticas para o direito penal – especialmente para a interpretação de tipos penais como a ameaça e a perseguição. Ao contrário da referência a sentimentos – que são sempre subjetivos –, o *sossego* pode ser objetivamente compreendido como a condição necessária para que uma pessoa possa alocar e manter sua atenção em uma tarefa por ela escolhida.

Se é certo que o crime de ameaça muitas vezes restringe a liberdade individual, isso não pode ser generalizado. Há hipóteses em que a ameaça em nada impacta na liberdade individual da vítima, mas ainda assim tem um efeito significativo na sua capacidade de alocação da atenção. Desse modo, a limitação à liberdade individual, em muitos casos, será um efeito secundário destes crimes, mas não a sua essência.

Em um mundo em que segundos de atenção são disputados nas redes sociais por seu valor econômico intrínseco, nada mais natural que se reconhecer o *sossego* como um bem jurídico-penal. O corolário de uma economia da atenção é o direito ao *sossego*.

## 5 Referências

AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” em lateiría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

BADARÓ, Tatiana. *Teoria da criminalização: fundamentos e limites da criminalização legítima em um estado liberal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECK, John C.; DAVENPORT, Thomas H. *The attention economy: understanding the new currency of business*. Boston: Harvard Business School Press, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 2.

CALIMAN, Luciana. Os regimes da atenção na subjetividade contemporânea. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 64, n. 1, p. 2-17, 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Comentários ao art. 147 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de (org.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CRAWFORD, Matthew B. *The world beyond your head: on becoming an individual in an age of distraction*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2015.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Offense to others*. New York: Oxford University Press, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCK, Georg. *Ökonomie der Aufmerksamkeit*. München: Carl Hanser Verlag, 1998.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 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. 19, n. 92, p. 431-457, set./out. 2011.

- GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: uma contribuição al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GRECO, Luís. Pornografia punível no Estado liberal: fundamentos e limites dos §§ 184, 184A-D do Código Penal Alemão (StGB). In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; RENZIKOWSKI, Joachim (org.). *Questões fundamentais do direito penal sexual*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004.
- GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, v. 3, p. 47-59, 2010.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.
- HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 14, n. 4, p. 1-13, 2002.
- HIRSCH, Andrew von. The offense principle in criminal law: affront to sensibility or wrongdoing? *Kings College Law Journal*, [S.l.], v. 11, p. 78-89, 2000.
- HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. Penalising the offense principle: constitutive and mediating principles. In: SIMESTER, A. P.; HIRSH, Andrew von. *Incivilities: regulating offense behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos em el StGB. In: HEFENDEHL; HIRSCH; WOHLERS (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.
- HÖRNLE, Tatjana. Offensive behavior and German penal law. *Buffalo Criminal Law Review*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 255-278, 2001.
- HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JESUS, Damásio. *Direito penal. Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3. E-book.
- MILL, Stuart. *Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: BdeF, 2006.
- MIRANDA, Lucas. *O delito de discriminação religiosa: limites entre a crítica legítima à religião e o discurso discriminatório*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.
- PAULA, Francine Machado de. *Animais não humanos como sujeitos de direito despersonalizados: crítica à legitimação jurídica do especismo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. 240 p.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro. Parte especial: artigos 121 a 249 do código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. E-book.
- RAWS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1977.

REALE JÚNIOR, Miguel. Comentários ao art. 147 do Código Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução André Luís Callegari e Nereu Gomes Giacomolli (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 1997. t. I.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeine Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2020. band I.

SANTACANA, Joaquim Bages. *La Protección penal de los sentimientos religiosos: especial referencia a la ponderación de bienes jurídico-penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SIMON, Herbert. Designing organizations for an Information-Rich-World. In: GREENBERGER, Martin (ed.). *Computers, communications, and the public interest*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1971.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 154-A do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016a.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.

VIANNA, Túlio. *Fundamentos de direito penal informático*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Túlio; MIRANDA, Lucas. Crimes contra o sentimento religioso: uma interpretação conforme a Constituição da República de 1988. In: REALE JR, Miguel; ASSIS MOURA, Maria Thereza (coord.). *Coleção 80 anos do código penal: volume IV*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WOHLERS, Wolfgang. Criminal liability for offensive behaviour in Public Spaces. In: SIMESTER, Ap; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid (ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.

WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# Acordo de não persecução penal em crime de *insider trading* no curso do processo administrativo sancionatório da CVM: novas perspectivas a partir do princípio da independência entre as instâncias penal e administrativa

## *Non-prosecution agreement in insider trading during the CVM's sanctioning administrative process: new perspectives from the principle of independence between criminal and administrative instances*

Artigo recebido em 07/03/2024 e aprovado em 22/03/2024.

### Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em direito constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e graduado em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor dos PPG's em direito (mestrado/doutorado) do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/DF). Colaborador da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Procurador do Município de Belo Horizonte com atuação no STJ e no STF. Advogado.

### Resumo

Este artigo apresenta um estudo acerca do modo como o princípio da independência entre as instâncias penal e administrativa opera nos casos de oferecimento de acordo de não persecução penal para investigados pelo crime de *insider trading* antes da conclusão do processo administrativo sancionador perante a CVM. A ideia central defendida, com base no princípio da proporcionalidade, é a de que o oferecimento do acordo de não persecução penal antes da conclusão do processo administrativo sancionador somente será válido se (i) estiver vocacionado à realização de interesse constitucionalmente legítimo, (ii) realizando o meio menos gravoso para atingi-lo e (iii) produzindo resultados juridicamente mais relevantes do que as restrições aos direitos fundamentais impostas ao investigado. O artigo está baseado em duas perspectivas teóricas extensamente desenvolvidas pelo professor Luís Greco, homenageado neste periódico: (i) a compreensão das modalidades de acessoriedade administrativa e da sua relação com a definição do âmbito de proibição da norma penal e (ii) a utilização escrupulosa do parâmetro da proporcionalidade na identificação da legitimidade da imposição de restrições aos direitos fundamentais dos investigados e réus no campo penal, desde que previamente autorizadas pelo legislador.

**Palavras-chaves:** acordo; direito penal; *insider trading*; instância; negócio jurídico; princípio da proporcionalidade.

### Abstract

*This article presents a study on how the principle of independence between the criminal and administrative instances operates in cases involving the offer of a non-prosecution agreement to individuals investigated for insider trading before the conclusion of the sanctioning administrative process before the CVM (Brazilian Securities and Exchange Commission). The central idea, based on the methodology of the principle of proportionality, is that the offer of the non-prosecution agreement before the conclusion of the administrative sanctioning process will only be valid if it is aimed at achieving a constitutionally legitimate interest, constitutes the least burdensome means to achieve it, and produces legally more relevant results than the restrictions on the fundamental rights imposed on the investigated party. The article is grounded in two theoretical perspectives extensively developed by Professor Luís Greco, who is honored in this journal: (i) the understanding of the modalities of administrative accessory and their relationship with defining the scope of the prohibition of the criminal norm, and (ii) the scrupulous use of the proportionality parameter in identifying the legitimacy of imposing, previously authorized by the legislator, restrictions on the fundamental rights of the investigated and accused in the criminal field.*

**Keywords:** agreement; criminal law; *insider trading*; instance; contracts; principle of proportionality.

## 1 Introdução

A criminalização do *insider trading* no Brasil é marcada por sua intensa relação com a disciplina administrativa acerca da divulgação de informações sobre ato ou fato relevante, da negociação de valores mobiliários na pendência de ato ou fato relevante não divulgado e da divulgação de informações sobre a negociação de valores mobiliários. A delimitação do conteúdo do injusto penal depende, em alguma medida, não apenas dos atos normativos da CVM que definem o ato ou fato relevante e determinam aqueles que possuem a obrigação de sigilo em face das informações concernentes ao ato ou fato relevante, mas também do modo como tais previsões normativas são por ela concretamente aplicadas no campo do direito administrativo sancionador. As múltiplas projeções da ideia de acessoriedade administrativa, no campo do *insider trading*, têm sido documentadas pela dogmática especializada desde o seu surgimento, há pouco mais de duas décadas.

Mais recentemente, contudo, a demanda, por parte da doutrina, de um tratamento coerente e integrado entre as esferas penal e administrativa sancionadora no âmbito do *insider trading* recebeu importante reforço a partir da criação do instituto do acordo de não persecução penal. Isso porque, como se sabe, nos casos de *insider trading*, quase sempre será possível o oferecimento de acordo de não persecução penal, tendo-se em conta a pena mínima cominada abstratamente ao delito (1 ano), salvo se ausentes outros dos demais requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. Naturalmente, o investigado tem incentivos para aceitar a proposta de acordo, pois, nesse caso, ver-se-á livre do processo e receberá uma pena menor da que eventualmente lhe seria aplicada, caso optasse por ir a julgamento. Não se pode perder de vista, porém, que acatar a proposta de acordo implica confessar a prática criminosa. Nos termos do art. 28-A do CPP, a confissão é requisito objetivo para a celebração do ANPP, de tal modo que aceitá-lo significa renunciar aos direitos à ampla defesa e ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, no âmbito criminal. Nesse caso, correrá o risco de que a sua confissão impacte negativamente em sua defesa no processo administrativo, pois, quando menos, as chances de lá ser sancionado se elevam consideravelmente –, não obstante a insuficiência da confissão para, isoladamente, superar o estado de inocência do imputado. Nesse contexto, questiona-se sobre se o oferecimento de ANPP na pendência de processo administrativo perante a CVM poderia produzir restrições ilegítimas aos direitos fundamentais dos investigados por *insider trading*.

A fim de responder ao problema acima delimitado, é preciso averiguar se, nos crimes contra o mercado de capitais, notadamente nos casos de *insider trading*, o término do processo administrativo sancionador da CVM é pressuposto para o início da persecução penal. Em torno do tema, formaram-se, tradicionalmente, duas principais correntes doutrinárias.

A primeira delas defende que a decisão final da CVM sobre a configuração do ilícito administrativo é condição para a responsabilização penal do autor do fato. Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, por exemplo, “a CVM ao se manifestar em relação a determinada situação irregular, confere uma condição de procedibilidade para que o juízo criminal venha, ao depois, traçar sua avaliação” (2019). Sob essa ótica, o término do processo administrativo sancionador da CVM constitui exigência semelhante àquela necessária à persecução penal do crime de sonegação fiscal: o lançamento definitivo do tributo, tido ora como condição objetiva de punibilidade, ora como elemento normativo do tipo, mas de qualquer modo imprescindível à instauração de inquérito policial ou de ação penal.<sup>1</sup>

A segunda corrente, por outro lado, nega a interdependência da instância penal em relação à administrativa, tendo em vista a falta de previsão legal nesse sentido. Mesmo os adeptos dessa orientação doutrinária mais flexível, entretanto, entendem ser prudente aguardar a decisão final da CVM para a formação da *opinio delicti*. Segundo eles, essa atitude de prudência torna-se regra em casos mais complexos, considerando a expertise da CVM para

<sup>1</sup> Tal como pacificado na jurisprudência do STF, a configuração típica do delito de sonegação fiscal depende da constituição definitiva do crédito tributário. Segundo a orientação jurisprudencial firmada pela Suprema Corte, a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento tributário é *elemento normativo* do tipo penal de sonegação fiscal: *cf.*, exemplificativamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 84.262, Segunda Turma, relator: Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 29 abr. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 81.611, Tribunal Pleno, relator: Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, 13 mai. 2005. Não se desconhecem as críticas, parcialmente procedentes, à diretriz jurisprudencial cristalizada na Súmula Vinculante 24 no que diz respeito à afirmação de que o lançamento definitivo constitui elemento do próprio tipo penal (*cf.* Taffarello, 2011, p. 323-325). Porém, isso não autoriza que se deixe de aplicar o teor literal da própria Súmula Vinculante. É possível cogitar da conveniência da sua parcial revisão, mas nunca da tese de que se deve ignorar sua força normativa.

decidir sobre as questões técnicas de mercado que integram o conteúdo do ilícito. Para esses autores, apenas excepcionalmente, em casos que reúnem evidências robustas sobre a ilicitude da conduta do agente de mercado, é que se admite a formação da *opinio delicti* antes da conclusão do processo administrativo sancionador. Afinal, “considerados os aspectos técnicos envolvidos na comprovação do delito, a ausência de um parecer especializado da CVM tornará difícil a conclusão, ainda que provisória, sobre a demonstração da materialidade da infração penal”, conforme explica Marcelo Cavali (2022, p. 352-353). Nesse caso, a ausência de desfecho do processo administrativo poderá obstar a caracterização da justa causa necessária para o oferecimento de denúncia (art. 395, III do CPC) ou de proposta de ANPP (art. 28-A do CPP).

Na perspectiva adotada neste trabalho, a resposta adequada ao questionamento que ora se coloca perpassa pela necessidade de ponderar, de maneira rigorosa, os princípios constitucionais colidentes: o princípio da independência das instâncias, de um lado, e o princípio do devido processo legal e seus consectários, como o direito à não autoincriminação, de outro, tendo em conta os reflexos que o oferecimento do acordo de não persecução penal antes da decisão final da CVM podem ter no respectivo processo administrativo sancionador. Sem essa consideração, o exercício de concordância prática dos princípios constitucionais em jogo não estará completo e a posição jurídica dos investigados restará intensamente fragilizada, com o grave comprometimento da noção de processo justo a que fazem *jus* também na seara do direito administrativo sancionador.<sup>2</sup>

A fim de encontrar a resposta à questão central deste artigo, é preciso, antes de tudo, explorar a relação de interdependência entre o direito administrativo e o direito penal, no campo das infrações ao mercado de capitais, notadamente a acessoriedade administrativa, que marca os delitos dessa natureza, a fim de explicitar a aproximação dos regimes jurídicos sancionatórios – administrativo e penal – das infrações ao mercado de capitais e a necessidade da adoção de uma política sancionadora integrada (Tópico 2). Para isso, o trabalho de Luís Greco, homenageado por esta pesquisa, será fundamental em pelo menos duas dimensões: ao promover as conceituações relevantes para compreender o fenômeno da acessoriedade administrativa no direito penal e ao estabelecer alguns parâmetros para compreender o modo como a produção normativa e sancionadora da Administração Pública podem impactar a aplicação do direito penal. Esse é apenas mais um dos terrenos em que a intensa e incomparável produção científica de Luís Greco permitiu o engajamento de juristas brasileiros em uma empreitada de construção de uma ciência penal internacional dotada de maior grau de racionalidade. Na sequência, demonstrar-se-á, à luz dessas premissas, a necessidade de tratar a independência das instâncias como princípio sujeito à ponderação em conformidade às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (Tópico 3). No tópico seguinte, apresentar-se-ão os parâmetros com base nos quais se deve ponderar, nos casos concretos, a colisão de princípios manifestada pelo oferecimento de ANPP antes da conclusão do processo administrativo (tópico 4). Ao final, serão apresentadas as conclusões (tópico 5).

## 2 A aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador e a necessidade de se adotar uma política sancionadora integrada

Nas últimas décadas, o direito penal tem-se expandido sobre diferentes atividades econômicas, a fim de tutelar bens jurídicos supraindividuais, de natureza indivisível e titularidade indeterminada. Ocorre que tais atividades, agora inseridas dentro do escopo do direito penal, já estavam submetidas a intensa regulação estatal e, portanto, a constantes influxos do direito administrativo. Essa característica das relações econômicas – especialmente daquelas sujeitas a maior regulação estatal – faz com que elas sejam marcadas por uma sobreposição de normas, procedimentos e sanções (Costa, 2014, p. 109-117). Em razão da interação de normas jurídicas de diversas naturezas, a mesma conduta poderá ser processada e sancionada por instâncias persecutórias distintas.

<sup>2</sup> Nesse sentido, o direito a um processo justo conduz à “a proibição da indefesa que consiste na privação ou limitação do direito de defesa do particular perante os órgãos judiciais, junto dos quais se discutem questões que lhes dizem respeito. A violação do direito à tutela judicial efetiva, sob o ponto de vista da limitação do direito de defesa, verificar-se-á sobretudo quando a não observância de normas processuais ou de princípios gerais de processo acarreta a impossibilidade de o particular exercer o seu direito de alegar, daí resultando prejuízos efetivos para os seus interesses” (cf. Canotilho; Moreira, 1993, p. 163-164; 1991, p. 82-83).

Assim, no campo do direito penal econômico, é o direito administrativo que, no mais das vezes, dita se o comportamento é ou não proibido à luz do ordenamento jurídico, de tal modo que a precisa delimitação da norma penal depende, em maior ou menor medida, do regime jurídico de direito administrativo aplicável à espécie. Dito de outro modo, no processo de criminalização primária realizado no âmbito do direito penal econômico, o legislador faz uso de regras administrativas na composição de normas penais, mediante diferentes técnicas de reenvio normativo. Fala-se, portanto, em um déficit de densidade normativa das normas de direito penal econômico, as quais carecem de remissão a conceitos ou atos administrativos para serem compreendidas e aplicadas (Falavigno, 2020; Silveira, 2019).

É conhecida a lição segundo a qual a existência do injusto penal depende necessariamente do nexo entre o desvalor de ação e o desvalor de resultado. Desde a superação das doutrinas causalistas e finalistas, a imputação de responsabilidade criminal é orientada pela teoria da imputação objetiva (Greco, 2014), acolhida pela jurisprudência brasileira.<sup>3</sup> Tal teoria condiciona a atribuição de responsabilidade penal, em um primeiro momento, à prática de conduta ensejadora de risco juridicamente proibido (desvalor de ação) que, em um segundo momento, se realiza na lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico (desvalor de resultado), desde que o autor tenha vontade de realizar o resultado típico proibido (dolo).<sup>4</sup> A busca por critérios de valoração da criação de risco proibido ou permitido no âmbito do direito penal de tutela da economia é marcada por intensa valorização dos parâmetros criados e aplicados na seara administrativa. Dito de outro modo, no campo do direito penal econômico, as normas administrativas assumem papel fundamental na determinação do desvalor de ação.

Por constituir expressão do direito penal econômico, a tutela jurídica do mercado de capitais e do sistema financeiro nacional é orientada pelo primado do direito administrativo, que define com maior clareza, precisão e especificidade as hipóteses – e os respectivos limites – em que as negociações de valores mobiliários e a administração das instituições financeiras são compatíveis com os princípios básicos do mercado. Com enorme frequência, é o direito administrativo regulatório que fornece os parâmetros normativos que permitem avaliar se determinada conduta criou ou não risco juridicamente proibido. Essa profícua dependência do direito penal em relação ao direito administrativo na tutela do mercado de capitais e do sistema financeiro é denominada pela doutrina de acessoriedade administrativa (Falavigno, 2011, p. 22-27).<sup>5</sup>

Luís Greco (2006, p. 159) identifica, com base na dogmática alemã, três formas distintas de acessoriedade administrativa: (i) a acessoriedade administrativa conceitual do direito penal em relação ao direito administrativo; (ii) a acessoriedade administrativa do direito penal em relação ao direito administrativo em geral; e (iii) a acessoriedade administrativa do direito penal em relação ao ato administrativo individual. Apesar de citar essas três formas de acessoriedade administrativa com origem alemã, Luís Greco (2006, p. 161) propõe, com o objetivo de afastar confusões desnecessárias, classificação dual entre acessoriedade ao ato administrativa geral e acessoriedade ao ato administrativo individual. A primeira está presente quando a norma penal emprega conceitos previstos na legislação administrativa sobre o tema, como o art. 27-D da Lei 6.385/1976, ao referir-se à “informação relevante”, termo definido pela Resolução 44 de 2021 da CVM. É o que Chiavelli Fazenda Falavigno (2020, p. 238) chama de remissão implícita da lei penal ao direito administrativo, na medida em que o conceito de “informação relevante” deve ser compreendido, a partir dos critérios definidos pela CVM. A segunda ocorre quando a configuração do crime depende da violação a ato normativo administrativo de caráter geral, a exemplo do art. 11 da Lei 7.492/1986, que define como crime contra o sistema financeiro nacional manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade “exigida pela legislação” contábil. A terceira corresponde à dependência da proibição a ato administrativo de caráter concreto, assim como ocorre com o art. 7º da Lei 7.492/1986, ao definir como crime contra o sistema financeiro nacional emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários “sem

<sup>3</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 68.871/PR*, Sexta Turma, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, Redator para acórdão: Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 5 out. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 46.525/MT*, Quinta Turma, relator: Arnaldo Esteves Lima. Diário de Justiça, Brasília, 10 abr. 2006.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 822.517/RS*, Quinta Turma, relator: Gilson Dipp. Diário de Justiça, Brasília, 29 jun. 2007.

<sup>5</sup> A propósito, a doutrina admite as duas grafias da palavra: acessoriedade ou acessoriedade administrativa, preferindo alguns autores a segunda, por enfatizar a relação de interdependência entre as normas penais e administrativas, e não a submissão de umas às outras.

autorização prévia da autoridade competente”, quando legalmente exigida (inciso IV). Igualmente, o art. 27-E da Lei 6.385/1976 criminaliza aquele que exerce, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, a atividade de administrador de carteira, de assessor de investimento, de auditor independente, de analista de valores mobiliários, de agente fiduciário ou qualquer outro cargo, profissão, atividade ou função, “sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado na autoridade administrativa competente”, quando exigido por lei ou regulamento.

Em todas as espécies de acessoriedade administrativa, o direito penal vincula, em maior ou menor grau, o conteúdo do injusto à violação de parâmetros de conduta definidos pela administração pública. A diferença é que, na acessoriedade ao ato administrativo individual, a tipicidade objetiva está ligada não a parâmetros gerais contidos em regulamentos administrativos, mas sim à violação da exigência de atos concretos autorizadores da realização de certas atividades potencialmente danosas ao mercado de capitais e ao sistema financeiro nacional. Já na acessoriedade ao ato administrativo geral, esse fenômeno ocorre de forma implícita e mais moderada. Há, portanto, diferentes graus de vinculação do direito penal ao direito administrativo, alguns mais brandos e outros mais fortes, a depender da técnica empregada pelo legislador penal ordinário.

Em qualquer caso, como enfatizou Luís Greco (2006, p. 169), a diferença entre as hipóteses que assinalam acessoriedade administrativa, com remissão expressa ao direito administrativo, e aquelas que não o fazem expressamente, para fins penais, reside na circunstância de que nas primeiras “a contrariedade ao direito administrativo infralegal é um dos critérios de determinação do risco permitido”, enquanto nas últimas, “quando a norma penal em seu próprio enunciado exige a contrariedade à norma administrativa infralegal ou a ato administrativo concreto, declara ela que este critério será o decisivo, tornando-se vedado recorrer a outros critérios para fixar o alcance da proibição”.

No crime de uso indevido de informação privilegiada, estão presentes as duas expressões da acessoriedade administrativa ao ato administrativo geral. Conceitual, porque o tipo penal se reporta a conceitos próprios do direito administrativo que regula o mercado de capitais, e ao direito administrativo geral, na medida em que é a Resolução CVM 44/2021 que dispõe sobre as políticas de divulgação de informações sobre ato ou fato relevante, de negociação de valores mobiliários na pendência de ato ou fato relevante não divulgado e de divulgação de informações sobre a negociação de valores mobiliários. Em última análise, o conteúdo da proibição penal contida no art. 27-D da Lei 6.385/1976 depende sobremaneira das normas de direito administrativo aplicáveis à espécie. Na pior das hipóteses, “normas e atos administrativos relevam para o direito penal e restringem o âmbito do proibido na medida em que eles forem usados como parâmetro de orientação por pessoas consideradas prudentes” (Greco, 2006, p. 192). O ponto é que a acessoriedade administrativa que caracteriza os crimes contra o mercado de capitais, notadamente o delito de abuso de informação privilegiada, assinala a interdependência, no plano material, entre o direito penal e o direito administrativo.<sup>6</sup>

Mais do que isso, no que diz respeito ao *insider trading*, há identidade material entre as condutas ilícitas sob os dois ramos do direito, tendo em vista a equivalência entre os elementos típicos das infrações administrativa e penal.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Na síntese de Alamiro Velludo Salvador Netto, Juliana Villa Mello e José Rodolfo Juliano Pertilino (2022), “[a] nova Resolução CVM 44, de 23 de agosto de 2021, tem o potencial de impactar a compreensão e respectivo conteúdo dos elementos normativo-jurídicos do tipo incriminador de *insider trading*. O diploma administrativo pode auxiliar na melhor elaboração dos conceitos de fato/ato relevante em matéria criminal, bem como na delimitação dos sujeitos especiais sobre os quais recai o dever de sigilo em face de informações confidenciais”.

<sup>7</sup> A Lei 6.385/1976 define o crime de uso indevido de informação privilegiada no seu art. 27-D: “Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. § 1º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor. § 2º A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no *caput* deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo”. Por outro lado, a Resolução CVM 44/2021 estabelece a infração administrativa no seu art. 13: “É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, mediante negociação de valores mobiliários”.

Essa forte semelhança alcança também as sanções aplicáveis a um e a outro.<sup>8</sup> Embora o ilícito penal possa sujeitar o infrator a uma pena mais grave – a pena privativa de liberdade –, isso quase nunca acontece. Na prática, o Ministério Público propõe suspensão condicional do processo ao oferecer denúncia, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995. E, quando a denúncia é processada e resulta em condenação, essa é convertida na aplicação de penas alternativas, tendo em vista a autorização legal para substituição da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos por penas restritivas de direitos (art. 44, I do CP). Assim, dificilmente, o infrator é preso por crime de *insider trading* (isoladamente considerado).<sup>9</sup>

A identidade entre os tipos administrativo e penal de uso indevido de informação privilegiada foi intensificada a partir da instituição do acordo de não persecução penal, introduzido na legislação processual penal por meio da Lei 13.964/2019. Desde então, não sendo caso de arquivamento do inquérito, isto é, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade do crime de abuso de informação privilegiada, o Ministério Público poderá propor ANPP, instrumento por meio do qual a acusação renuncia ao direito de prosseguir com o processo penal, em troca de o acusado se submeter à aplicação imediata de pena em patamar inferior àquela que receberia caso o processo prosseguisse e houvesse condenação. Quase toda denúncia que verse exclusivamente sobre crime de *insider trading* e seja provida de justa causa importará no oferecimento de acordo de não persecução penal, tendo em vista a pena mínima de 1 (um) ano abstratamente cominada ao delito. E, invariavelmente, eventual aceitação do acordo pelo acusado não implicará pena de prisão, uma vez que esse tipo de sanção não se inclui no rol taxativo do art. 28-A do CPP. Ou seja, o cabimento de ANPP, recentemente introduzido no ordenamento jurídico, quase que elimina a possibilidade de que o infrator seja preso.

Não é só a semelhança material entre os ilícitos administrativo e penal que se estreita a partir da instituição do ANPP. O próprio regime sancionatório sofreu considerável aproximação, tendo em vista que a aceitação do acordo importa a supressão do processo penal tradicional. Dessa forma, além de não se sujeitar a uma sanção tipicamente penal, como a pena privativa de liberdade, o acusado sequer será submetido ao processo criminal. Nesse caso, o processo administrativo poderá ser mais rigoroso e estigmatizante que o próprio procedimento penal, assim como mais graves poderão ser as sanções aplicadas pelo órgão regulador (como a inabilitação temporária por até 20 anos).

Por um lado, a identidade material entre os ilícitos é evidenciada quando se tem em conta que não há diferenciação ontológica entre os ilícitos administrativo e penal. Ademais, as sanções administrativa e penal a eles cominadas, apesar de possuírem formalmente naturezas jurídicas distintas, são dotadas das mesmas funções. Toda sanção, seja penal, seja administrativa, objetiva a prevenção e a retribuição do ilícito. Por outro lado, realça-se a semelhança entre os regimes sancionatórios administrativo e penal do *insider trading*, quando se considera que o processo administrativo sancionador é dotado das mesmas garantias inerentes ao processo penal, ainda que em menor grau (Costa, 2014, p. 109-117).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem decidido, no âmbito de casos envolvendo crimes contra o mercado de capitais oriundos da Justiça italiana, que a instauração de ação penal após o prévio

<sup>8</sup> Nos termos do art. 11 da Lei 6.385/1976, constatado o ilícito administrativo, a CVM poderá impor ao infrator as seguintes penalidades: advertência; multa; inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; e proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários. Ademais, comina ao delito previsto no art. 27-D pena reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime, pena essa que será aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.569.171/SP*, Quinta Turma, relator: Gurgel de Faria. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 25 fev. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.705.659/RS*, relator: Ribeiro Dantas. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 17 out. 2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal 5067096-18.2012.4.04.7100*, Sétima Turma, relatora: Claudia Cristina Cristofani, julgado em 17 dez. 2019.

sancionamento do infrator na instância administrativa, e vice-versa, viola o princípio do *ne bis in idem* previsto no art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, segundo o qual “ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”. Isso quando a sanção aplicada ao ilícito administrativo se assemelha sobremaneira à sanção penal a ponto de ser considerada materialmente penal, apesar de ser formalmente administrativa (Teixeira; Estellita; Cavali, 2018).

É verdade que não há sinais, no cenário nacional, de que o princípio do *ne bis in idem* seja interpretado, na esteira do direito europeu, como interdição para a duplicidade de processos ou sanções administrativas e penais.<sup>10</sup> De qualquer forma, é inegável que, no caso do *insider trading*, a ausência de regras específicas de prejudicialidade entre essas instâncias, permite que uma pessoa seja submetida a um processo penal e a um processo administrativo sancionador de modo totalmente paralelo por uma infração que é substancialmente a mesma. O modelo não só não evita como mesmo encoraja a duplicação de julgamentos, sem realizar um singelo esforço no sentido de conciliá-los, concentrando-os ou mitigando, de algum outro modo, os esforços processuais exigidos do indivíduo visado.

Todas essas complexidades envolvendo os crimes contra o mercado de capitais não desaparecem com mera referência ao princípio da independência das instâncias. Tratar esse preceito como um dogma pode resultar em um regime punitivo irracional, que “gera perplexidades, decisões desproporcionais e contraditórias” (Araujo, 2022, p. 634). A sobreposição de processos e sanções engendrados por uma multiplicidade de órgãos de controle dotados de competência semelhante não se coaduna com a ideia de unicidade do ordenamento jurídico, de modo que pode gerar resultados insatisfatórios em termos de coerência e lógica jurídicas. Pode, inclusive, ocasionar violações a direitos fundamentais e a princípios constitucionais como da proporcionalidade e da boa-fé, além de fomentar a insegurança jurídica. Sem falar, ainda, no desperdício de recursos públicos desnecessariamente despendidos com uma atuação descoordenada de diferentes instâncias de controle.

Nesse sentido, a doutrina tem apontado para a necessidade da formulação de uma política sancionatória integrada, a fim de conferir maior racionalidade ao sistema jurídico, e evitar o dispêndio de recursos públicos com procedimentos sobrepostos, o risco de decisões contraditórias, bem como a imposição desproporcional de sanções. Segundo Helena Regina Lobo da Costa (2014, p. 116), “não é apenas a atividade legislativa que deve se balizar pela consideração do direito penal e do direito administrativo sancionador como integrantes de um só sistema sancionador”. Ainda segundo a autora, “também a aplicação do direito deve ser pautada por essa ideia, o que terá consequências relevantes sobre a interpretação de ambos os ramos do direito”.

### 3 A independência das instâncias como princípio sujeito à ponderação

Encontra-se na jurisprudência referência ao princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal. A ideia de autonomia das instâncias tem sido empregada para chancelar o múltiplo sancionamento do imputado pelo mesmo fato quando este constitui ilícito sob diferentes ramos do direito. Considerado princípio constitucional implícito extraído das disposições constitucionais que admitem o Estado a sancionar atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º da CF) e atos lesivos ao meio ambiente (art. 225, § 3º da CF) tanto na seara administrativa quanto na seara penal, tem sido utilizado para autorizar o prosseguimento do processo penal na pendência do procedimento administrativo sancionador pelos mesmos fatos, e vice-versa. Nesse sentido, defende-se, ainda, a desvinculação das decisões das instituições responsáveis por apurar e punir as infrações decorrentes da mesma conduta, de modo que a decisão condenatória ou absolutória na instância administrativa não vincula a

<sup>10</sup> No direito europeu, em primeira análise, a aplicação da garantia do *ne bis in idem* parece pressupor que o processo ou a sanção administrativa tenham *conotação* ou *caráter penal* (TEDH, *Zolotukhin, cit.*, § 52 ss, e TJUE, *Åkerberg Fransson, C-617/10*, de 26 de fevereiro de 2013, § 32 ss, respetivamente). Contudo, verifica-se que um dos critérios definidos pelo TEDH (desde *Engel e outros c. Países Baixos*, de 8 de junho de 1976) para determinar se um processo ou sanção têm essa *conotação* ou *caráter* é a natureza da infração. Isso significa que os ordenamentos jurídicos, como o nosso, onde o elemento “*idem*” é compreendido, não em sentido naturalístico, mas em sentido essencialmente normativo, ao preenchimento do elemento “*idem*” é inerente o preenchimento do elemento “*bis*”. Ou seja, que, quando um ilícito administrativo constituir substancialmente a mesma infração que um crime, então o processo e a sanção respectivos, ainda que formalmente administrativos, devem ter-se como materialmente penais para esses efeitos.

instância penal, salvo quando, na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa.

Em linha com o princípio da independência das instâncias, a jurisprudência nacional, diferentemente do que ocorre em outros países, não enxerga violação ao princípio do *ne bis in idem* quando a pessoa é processada ou condenada simultaneamente em duas instâncias distintas. Entende-se, em regra, que a proibição de dupla punição e sua conseqüente vertente processual têm aplicação restrita ao âmbito do direito penal, de modo que não podem ser suscitadas em relação a infrações ou processos de naturezas diferentes.

Não raras vezes, todavia, vê-se a independência das instâncias aplicada na base do tudo ou nada, como se regra fosse. Adriano Teixeira, Heloisa Estellita e Marcelo Cavali (2018, p. 8) lembram que é tradição em nosso país utilizar a independência das instâncias como “fórmula mágica” no intuito de “varrer para debaixo do tapete problemas de sensível complexidade”. É aí que começam as contrariedades.

Não se pode perder de vista, conforme adverte Valter Shuenquener de Araújo (2022, p. 636), que a independência das instâncias “não deve ser concebida como uma regra, cuja aplicação se dá de forma mecânica e automática a determinados contextos”, e que, na verdade, ela “tem natureza de princípio, que se aplica em maior ou menor grau de acordo com os interesses colidentes no caso concreto”.

De acordo com a dogmática oriunda da Alemanha e importada ao Brasil, a diferenciação entre regras e princípios tem repercussões estruturais no modo de aplicação dessas normas. As regras – “determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível” (Alexy, 2008, p. 91) – devem ser aplicadas de forma estrita, segundo a lógica do tudo ou nada, ou por mera subsunção. Já os princípios – “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (Alexy, 2008, p. 90) – podem ser aplicados em graus variados, por meio da técnica da ponderação. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 45), “o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem”. Para ele, “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou se impõem deveres) *prima facie*”. Essa incidência *prima facie* implica que a aplicação definitiva dos princípios está condicionada à consideração de todas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em cada caso concreto.

A distinção qualitativa entre regras e princípios supõe uma forma de aplicação e de solução de conflitos normativos típica para cada um desses tipos de normas: regras são aplicadas por subsunção e princípios por sopesamento. As regras não admitem aplicação gradual, de modo que se duas regras estabelecerem conseqüências jurídicas antagônicas, uma delas deverá ser tida como inválida. A não aplicação de uma regra depende da demonstração de que ela é inválida ou de que a situação fática não enseja a sua aplicação. Na colisão de princípios, ainda que um deles seja definitivamente aplicado, o outro não será declarado inválido. A validade do princípio não fica comprometida pela sua não realização definitiva, que está sempre condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas. Um princípio tem precedência condicionada – apenas em determinadas condições fáticas e jurídicas – sobre o outro, de acordo com um raciocínio (sopesamento) destinado a verificar qual deles tem maior peso no caso concreto (Alexy, 2008, p. 92 e ss).

Essa relação de precedência condicionada de um princípio em detrimento do outro é encontrada a partir de dois parâmetros enunciados por Alexy: (i) “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2008, p. 167); e (ii) “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio que tem precedência” (Alexy, 2008, p. 99). O primeiro enunciado é conhecido como lei do sopesamento, que exige que a não realização de um princípio deva ser justificada pela realização de um outro princípio que tenha maior relevância diante das circunstâncias (fáticas e jurídicas) do caso concreto. O segundo enunciado é chamado de lei da colisão e estabelece que a aplicação definitiva de um princípio resulta sempre na criação de uma regra segundo a qual, sempre que se fizerem presentes as mesmas condições, o mesmo princípio terá precedência condicionada sobre o outro (Alexy, 2008, p. 100).

A maior parte da doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade resulta, necessariamente, do conceito de princípio como mandado de otimização.<sup>11</sup> O princípio da proporcionalidade seria, desse modo, uma decorrência lógica da necessidade de realização graduada dos princípios na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Como afirmou Jane Reis Gonçalves Pereira (2011, p. 173), “ao entender-se as normas de direito fundamental como princípios – ou seja, como normas que podem ser cumpridas em diferentes graus –, torna-se imperativo adotar um critério que se preste a mensurar em que escala a Constituição exige o seu cumprimento em cada caso”. Essa é a justificativa para conceber o princípio da proporcionalidade como “um comando que deve ser realizado na melhor medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. Segundo essa visão, os direitos fundamentais e outras normas constitucionais, em razão da sua estrutura e natureza principiológica, demandariam o uso da proporcionalidade para serem aplicados.

Assim, “uma vez concebida como princípio, a independência das instâncias terá aplicação elástica, comportando deferências no caso concreto e podendo ser submetida à constante ponderação”, conforme adverte Valter Shuenquener de Araujo (2022, p. 636). A necessidade de flexibilização da incomunicabilidade entre as instâncias punitivas do Estado levou a doutrina a formular versões atenuadas do preceito, como, por exemplo, os princípios da independência mitigada das instâncias (Mendes; Bounicore; De-Lorenzi, 2022, p. 75-112) ou da interdependência das instâncias (Araujo, 2022, p. 629-653). Contudo, a preocupação com as perplexidades que a rigidez na aplicação do princípio da independência entre as instâncias sancionatórias pode ocasionar não é exclusiva da doutrina.

A previsão legal no sentido de facultar ao juiz criminal suspender o curso do processo penal, a fim de aguardar a solução de questão prejudicial discutida em processo de outra natureza<sup>12</sup> é o reconhecimento, pelo próprio legislador ordinário, de que a incomunicabilidade das instâncias tem natureza de princípio, e não de regra. A propósito do tema, a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores firmou-se no sentido de que “a suspensão do processo em virtude de questão prejudicial prevista no art. 93 do Código de Processo Penal – CPP é facultativa, dependendo da discricionariedade do juízo diante das particularidades do caso concreto”.<sup>13</sup> A discricionariedade referida pela jurisprudência significa, rigorosamente, uma autorização legal para o exercício de raciocínio ponderativo por parte do juiz competente no momento de decidir sobre a necessidade ou não de suspender o curso do processo penal, a fim de aguardar a resolução de questão prejudicial debatida em processo de natureza diversa.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores registra julgados nos quais o juiz criminal, com fundamento no art. 93 do CPP, determinou a paralisação do processo penal até a conclusão do respectivo processo administrativo ou cível, com base em critérios de conveniência e oportunidade, e em atenção às peculiaridades do caso concreto.

No julgamento do RHC 139.563/CE, em que se buscava a suspensão de inquérito policial que apurava a suposta ocorrência de crime contra a ordem tributária, embora reconhecesse o princípio da independência das esferas, o STJ determinou a suspensão da investigação policial até o julgamento definitivo de ação anulatória, em razão do reconhecimento de questão prejudicial na esfera cível, consistente na discussão sobre a exigibilidade do crédito tributário objeto material da suposta sonegação fiscal.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Virgílio Afonso da Silva resume essa relação de mútua implicação entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade: “Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy (2002, p. 43-44), [...] admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação”.

<sup>12</sup> Segundo o art. 93 do CPP, “se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente”.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus 88.672/GO*, Quinta Turma, relator: Joel Ilan Paciornik. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 28 nov. 2018.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus 139.563/CE*, Quinta Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 27 set. 2021. *Cf.*, no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.291.190/SC*, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 3 dez. 2019.

Igualmente, no julgamento do RHC 113.294/MG, o STJ determinou a suspensão de procedimento investigativo, sob o fundamento de que “[v]erificada dúvida razoável sobre a própria materialidade do delito, é prudente suspender o trâmite no juízo penal para aguardar a solução no juízo cível, nos termos do art. 93 do CPP”.<sup>15</sup> No âmbito desse julgamento, o STJ reconheceu prejudicialidade externa no juízo cível, decorrente da discussão sobre o lançamento de tributo objeto de crime contra a ordem tributária em ação anulatória, no âmbito da qual fora deferida a tutela de urgência para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Reconheceu-se, pois, a existência de dúvida razoável sobre a própria materialidade do delito.

Na mesma linha, no julgamento do EDcl no AgRg no RHC 162.840/GO, o STJ concedeu ordem de *habeas corpus* de ofício para suspender o trâmite de ação penal até decisão definitiva sobre questão prejudicial na seara cível, consubstanciada na discussão sobre a exigibilidade do crédito tributário, diante do oferecimento de garantia pelo réu no juízo cível.<sup>16</sup>

Embora sem referência aos requisitos da proporcionalidade, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem reconhecido que a autonomia das instâncias punitivas pode ceder para fazer frente a direitos e garantias constitucionais do acusado, notadamente para afastar a ideia de desvinculação das decisões tomadas pelas diferentes instâncias punitivas a propósito do mesmo fato que caracteriza múltiplos ilícitos sob diferentes ramos do direito. Evidente, contudo, que essa ponderação deve dar-se conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

A propósito, no campo dos ilícitos tributários, o STF firmou o entendimento de que a instauração de ação penal somente é possível após a decisão definitiva no processo administrativo tributário acerca da exigibilidade da obrigação tributária. Com efeito, no julgamento do HC 81.611/PR, a Suprema Corte assentou que, por tratar-se de crime material, não há justa causa para a instauração de ação penal relativamente ao crime de sonegação fiscal enquanto não haja o lançamento definitivo do crédito tributário objeto material da sonegação.<sup>17</sup> Foi esse entendimento, inclusive, que inspirou a edição da Súmula Vinculante 24 do STF.

Por sua vez, no julgamento do HC 92.438/PR, o STF assentou que condutas reputadas lícitas na seara administrativa não podem ser objeto de persecução penal, tendo em vista que “uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal”. Na referida hipótese, o STF considerou que a própria Fazenda Nacional previa um piso no valor do débito para o ajuizamento de execuções fiscais, de modo que, em sendo o suposto montante sonegado inferior ao limite estabelecido administrativamente, não haveria justa causa para a instauração da respectiva ação penal.<sup>18</sup>

A jurisprudência do STJ é repleta de exemplos de ponderação entre o princípio da independência entre as instâncias e outros princípios constitucionais. No julgamento do HC 12.192/RJ, em que havia sido instaurada ação penal em decorrência de comunicação do Banco Central, o STJ determinou o trancamento de ação penal, em razão da ausência de justa causa, após a própria Autarquia reputar lícita a conduta dos agentes.<sup>19</sup> Por sua vez, no julgamento do HC 77.228/RS, o STJ entendeu que, se o órgão administrativo competente, após regular procedimento administrativo, concluir pela absolvição do imputado na seara administrativa pelo mesmo fato natural, torna-se necessário o reconhecimento da atipicidade da conduta na seara criminal, com o respectivo trancamento da ação

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus 113.294/MG*, Quinta Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 30 ago. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 162.840/GO*, Quinta Turma, relator: Messod Azulay Neto. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 16 jun. 2023.

<sup>17</sup> Segundo o STF, “falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 81.611*, Tribunal Pleno, relator: Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, 13 mai. 2005).

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 92.438*, Segunda Turma, relator: Joaquim Barbosa. Diário de Justiça, Brasília, 19 ago. 2008.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus 12.192/RJ*, Sexta Turma, relator: Hamilton Carvalhido. Diário de Justiça, Brasília, 10 mar. 2003.

penal.<sup>20</sup> No voto condutor do acórdão, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho advertiu que a autonomia entre as instâncias “não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador da lei, afastando-o da verdade real almejada, porquanto não são poucas as situações em que os fatos permeiam todos os ramos do direito”. Nessa perspectiva, assentou que “o devido (justo) processo legal impõe a temperança do princípio da independência das esferas administrativa e penal”.<sup>21</sup>

O TRF da 1ª Região, por seu turno, tem ressaltado a necessidade de atuação integrada e sistemática das esferas administrativa, cível e penal na apuração dos mesmos fatos, assentando que “[a]inda que exista independência entre as instâncias administrativa, penal e civil, os fatos ali apurados são os mesmos que embasaram a ação penal, e já se concluiu pela inexistência de qualquer falta cometida pelo servidor no exercício de seu trabalho, não podendo o direito penal, considerada a noção de sistema, ser mais exemplar do que as demais searas, lidando (repita-se) com os mesmos fatos”.<sup>22</sup>

Embora tais julgados não façam menção expressa ao princípio da proporcionalidade, o seu acionamento, para a solução da colisão entre os princípios constitucionais em jogo, é decorrência indeclinável da natureza principiológica das normas colidentes. Na síntese de Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 626), “a distinção entre regras e princípios [...] tem como uma de suas principais características exatamente a exigibilidade de sopesamento de princípios como forma de aplicá-los”. Isso significa que, “para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes” (Silva, 2003, p. 611).

#### 4 Parâmetros para o exame da proporcionalidade nos casos concretos: a restrição aos direitos fundamentais do investigado resultante do oferecimento de ANPP na pendência da conclusão do processo administrativo da CVM deve passar pelos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

A noção de que os atos dos poderes públicos devem ser proporcionais é até intuitiva. A ideia foi capturada por Walter Jellinek (*apud* Silva, 1995, p. 7) em expressiva metáfora, segundo a qual “não se deve usar canhões para matar pardais”. A proporcionalidade originou-se no século XIX, no direito administrativo alemão, sendo inicialmente empregada para o controle do exercício do poder de polícia (Pulido, 2007, p. 44-57). Após a II Grande Guerra, o princípio veio a ser transplantado para o campo constitucional, sobretudo para o controle de atos que importem em restrições a direitos fundamentais (Grimm, 2007, p. 383). Com o tempo, a jurisprudência constitucional definiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade com base em três diferentes subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais subprincípios – que serão melhor analisados adiante – foram paulatinamente incorporados à jurisprudência constitucional de inúmeros países e órgãos internacionais (Barak, 2012).<sup>23</sup>

É indubitosa a consagração do princípio da proporcionalidade em nossa ordem constitucional. Embora ele não tenha previsão expressa na Lei Maior, pode ser inferido de diversas cláusulas, como o devido processo legal, em sua dimensão substantiva (art. 5º, XXXIV, CF), e da própria ideia de Estado de Direito (Toledo, 1996, p. 87-94). Tal princípio vem sendo amplamente utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro, inclusive pelo STF, notadamente em discussões a propósito da validade de medidas restritivas de direitos fundamentais (Mendes, 1998; Pereira, 2011,

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 77.228/RS, Quinta Turma, relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça, Brasília, 7 fev. 2008.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* 1011435-56.2018.4.01.0000, Quarta Turma, relator: Olindo Menezes, julgado em 14 jul. 2020.

<sup>23</sup> Para um amplo estudo do princípio da proporcionalidade no direito comparado.

p. 167-206). Ele está, ademais, expressamente consagrado na Lei 9.784/1999, que rege o processo administrativo federal (art. 2º).

Conforme já adiantado, um ato estatal é considerado compatível com a proporcionalidade caso seja capaz de satisfazer, simultaneamente, aos três subprincípios acima referidos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação prescreve que a medida estatal deve ser apta para atingir – ou pelo menos favorecer o atingimento – (d) os fins legítimos que a inspiram. Dito de outra forma, o critério requer que os fins perseguidos sejam legítimos e que a medida adotada seja idônea para a sua promoção. Caso contrário, o ato será reputado inconstitucional e deverá ser invalidado.

A necessidade, ao seu turno, é o subprincípio que impõe ao poder público que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir o objetivo que se persegue. Se há várias formas de se obter o resultado pretendido, o Estado tem o dever de optar por aquela que afete com menor intensidade os direitos dos particulares atingidos. A ideia foi reproduzida com fidelidade pelo legislador, quando vedou à Administração Pública “a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, VI, Lei 9.784/1999).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, envolve a análise da relação entre o custo e o benefício do ato estatal, sob a perspectiva dos valores constitucionais envolvidos. Isso quer dizer que os ônus impostos pela medida analisada devem ser inferiores aos benefícios engendrados pelo mesmo ato, sob pena de sua invalidade. Em outras palavras, o grau de afetação a um direito ou interesse deve ser compensado pela promoção do interesse contraposto, sob o ângulo constitucional. Trata-se, em suma, de uma análise comparativa que se pauta pelo sistema constitucional de princípios e valores que deve orientar a ação estatal.

Nessa equação, leva-se em conta não apenas o peso abstrato dos bens jurídicos colidentes – isto é, a sua importância na ordem constitucional –, como também a intensidade com que cada um deles é afetado no caso concreto. A ideia foi sintetizada na famosa fórmula da ponderação, de Robert Alexy (2007, p. 156): “quanto maior o grau de não cumprimento ou de prejuízo a um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Assim, restrições extremas a um bem jurídico menos importante podem ser inconstitucionais, mesmo se visarem à promoção de outro que seja protegido mais intensamente pela Constituição.<sup>24</sup>

Outro fator relevante no princípio da proporcionalidade em sentido estrito liga-se à margem de confiabilidade das premissas empíricas em que se baseia o ato estatal. Se há incerteza quanto à realização concreta dos objetivos que justificam uma determinada medida estatal, deve haver parcimônia ainda maior em sua adoção. Nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 617), “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais esta intervenção se baseia”.

Com fundamento nessas premissas teóricas, podem ser desenvolvidos os parâmetros sobre os quais deve-se investigar se a restrição aos direitos fundamentais do investigado determinada pelo oferecimento de ANPP, na pendência de decisão da CVM no processo administrativo sancionador, se coaduna ou não com as exigências do princípio da proporcionalidade. Senão, vejamos.

Como dito no tópico anterior, nos casos de *insider trading*, quase sempre será possível o oferecimento de acordo de não persecução penal, tendo-se em conta a pena mínima cominada abstratamente ao delito (1 ano), salvo se ausentes outros dos demais requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. Naturalmente, o investigado tem incentivos para aceitar a proposta de acordo, pois, nesse caso, se verá livre do processo e receberá uma pena menor da que eventualmente lhe seria aplicada caso optasse por ir a julgamento.<sup>25</sup> Não se pode perder de vista, porém,

<sup>24</sup> O constitucionalista e jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 593-611), em lição frequentemente reproduzida no Brasil, propõe que se estabeleça uma gradação da intensidade com que as medidas restritivas afetam os direitos e interesses juridicamente protegidos, de acordo com uma escala de três níveis: restrições leves, moderadas e graves. Assim, uma restrição grave a um direito menos importante pode ser inválida, mesmo se promover, com intensidade leve, um interesse dotado de peso abstrato mais elevado.

<sup>25</sup> Na lição de Vinícius Gomes Vasconcelos (2022, p. 93-120), “Trata-se de instituto que pode ser caracterizado no cenário mais amplo de expansão da justiça criminal negocial, definindo-se como um acordo entre o imputado, assistido por defesa técnica, e a acusação, almejando-se obter a conformidade (a não resistência) à pretensão acusatória com a confissão do autor do fato e a sua submissão às condições pactuadas em uma situação idealmente mais benéfica do que aquela eventualmente imposta ao fim do processo em uma sentença condenatória. Ou seja, suprime-se o processo, a produção da prova e o contraditório em troca de um sancionamento mais célere e consentido pela defesa”.

que acatar a proposta de acordo implica confessar a prática criminosa. Nos termos do art. 28-A do CPP, a confissão é requisito objetivo para a celebração do ANPP<sup>26</sup>, de tal modo que aceitá-lo significa renunciar aos direitos à ampla defesa e ao princípio de *nemo tenetur se detegere* no âmbito criminal.<sup>27</sup>

Caso aceite o acordo, o investigado será impelido a confessar a prática criminosa. Nesse caso, correrá o risco de ter sua confissão transposta ao processo administrativo e ser automaticamente sancionado pela CVM – ou, pelo menos, as chances de lá ser sancionado se elevam consideravelmente –, não obstante a insuficiência da confissão para, isoladamente, superar o estado de inocência do imputado.<sup>28</sup> Isso porque, como se sabe, suas declarações poderão ser somadas a quaisquer outros elementos já constantes dos autos para justificar sua condenação.<sup>29</sup> Isso é ainda mais verdade quando se considera a tradicional – embora muito criticada – preferência das autoridades públicas pelo meio de prova confessional – resquício do tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas –, especialmente diante das dificuldades probatórias inerentes a esse tipo de crime.<sup>30</sup>

Por essa perspectiva, o oferecimento de proposta de ANPP antes da conclusão do processo administrativo sancionador da CVM pode colocar o investigado em um dilema com importantes repercussões jurídicas: por um lado, ele tem incentivos para aceitar a proposta de acordo, pois, nesse caso, se verá livre do processo e receberá uma pena menor da que eventualmente lhe seria aplicada caso optasse por ir a julgamento; por outro lado, a aceitação da proposta de acordo coloca em xeque o devido processo legal na instância administrativa, o que, muito provavelmente, levará à sua condenação no procedimento administrativo sancionador. É evidente, nesse quadro, o conflito entre o princípio da independência das instâncias e o princípio do devido processo legal, especialmente sob a ótica do corolário da não autoincriminação, do contraditório e da ampla defesa, bem como do princípio da eficiência – conducente à adoção de postura deferente à especialização da atividade administrativa e da sua importante contribuição para a futura verificação dos elementos típicos da conduta.

O devido processo legal é atributo que qualifica processos judiciais e administrativos, impondo garantias mínimas de justiça e equidade em qualquer procedimento estatal de tomada de decisão com aptidão para afetar

<sup>26</sup> Segundo a jurisprudência do STJ, “O acordo de não persecução penal é negócio jurídico extraprocessual que possibilita a celebração de acordo entre acusação e acusado para o cumprimento de condições não privativas de liberdade em troca do não prosseguimento do processo penal, afastando, assim, efeitos deletérios da sentença condenatória. Para tanto, é requisito essencial do ato que o acusado confesse de maneira formal e circunstanciada a prática do delito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 636.279/SP*, Quinta Turma, relator: Joel Ilan Paciornik. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 23 mar. 2021). Ainda, “A confissão, formal e circunstanciada, do fato criminoso é um dos requisitos exigidos pelo art. 28-A do Código de Processo Penal para a celebração do acordo de não persecução penal (ANPP)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 701.443/MS*, Sexta Turma, relatora: Laurita Vaz. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 10 out. 2022). Conforme se extrai desse último julgado, a jurisprudência brasileira não admite os acordos com negativa de autoria, os quais, nos Estados Unidos, se denominam de *Alford Pleas*.

<sup>27</sup> Assinala-se, por oportuno, a jurisprudência do STJ sobre o tema: “[...] O acordo de não persecução penal é negócio jurídico extraprocessual que possibilita a celebração de acordo entre acusação e acusado para o cumprimento de condições não privativas de liberdade em troca do não prosseguimento do processo penal, afastando, assim, efeitos deletérios da sentença condenatória. Para tanto, é requisito essencial do ato que o acusado confesse de maneira formal e circunstanciada a prática do delito. 3. No caso em análise, a despeito de confessar a infração penal perante o Juízo, o paciente afirmou que o fazia apenas para ter acesso ao acordo de não persecução penal, mas que não era o autor da infração penal. Tal afirmação do paciente não preenche os requisitos do art. 28-A, do CPP, e afasta a possibilidade de homologação do acordo de não persecução penal.[...]” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 636.279/SP*, Quinta Turma, relator: Joel Ilan Paciornik. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 23 mar. 2021).

<sup>28</sup> Não se desconhece a existência de importante corrente doutrinária que procura confinar os efeitos da confissão à finalidade exclusiva da celebração do acordo. Daí falar-se em “confissão circunstancial” para referir-se à impossibilidade da sua utilização em hipótese de revogação do acordo. Em julgamento ainda não finalizado, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que “É a partir da expressa declaração de qual será o conteúdo da imputação a ser formulada pelo legitimado ativo que o legitimado passivo [com defesa técnica], deve ser chamado a negociar os termos e condições do ANPP, avaliando-se a pertinência, a adequação e a relação de custo-benefício da “confissão circunstancial”, associada à decisão de litigar ou não litigar. A confissão circunstancial [*ad-hoc*], ademais, refere-se à concordância para fins exclusivamente negociais, momento em que se estimam os cenários [atual e futuro], os custos, os benefícios e os riscos associados à realização ou não o acordo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 185.913*, Plenário, relator: Gilmar Mendes, julgamento iniciado em 15 set. 2023).

<sup>29</sup> Vinícius Gomes de Vasconcellos (2022, p. 83) argumenta que a confissão feita pelo imputado em ANPP não pode ser utilizada em outros processos administrativos sancionadores sem prévia adesão das autoridades administrativas aos termos do acordo, mas esse entendimento não correspondente à prática que tem se adotado no meio forense.

<sup>30</sup> A rigor, concorda-se com a visão do ministro Gilmar Mendes segundo a qual “é inválida da exigência de prévia confissão na Etapa da Investigação Criminal ou de Confissão nos moldes equivalentes ao regramento do CPP [art. 197-200]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 185.913*, Plenário, relator: Gilmar Mendes, julgamento iniciado em 15 set. 2023).

direitos individuais. A Constituição Federal estabelece, em primeiro lugar, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV da CF) e, depois, para não deixar dúvida de que a cláusula do devido processo legal alcança também os procedimentos administrativos, dispõe que “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” (art. 5º, LV da CF). Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal enuncia que o âmbito de proteção conferido pela cláusula do devido processo legal “contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo”, de modo que “os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos”.<sup>31</sup>

Da cláusula do devido processo legal, decorre o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação. Constitui o princípio verdadeira prerrogativa que engloba, como seus corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova. Em resumo, é garantia de liberdade do investigado ou acusado sobre as provas que pode produzir, especialmente sobre suas próprias declarações.<sup>32</sup> Afirma Manoel da Costa Andrade (2022, p. 126) que “o que está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor de sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade”. Ainda segundo o autor, “na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido como autêntico sujeito processual”, dado que, citando Eser, “[...] só pode falar-se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força da sua liberdade e responsabilidade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se”. Esse direito restará violado sempre que as provas utilizadas contra o investigado ou acusado tiverem sido obtidas com a utilização de métodos de coação ou opressão contrários à vontade do imputado.<sup>33</sup>

Não há dúvida de que o princípio tem aplicação em todos os processos sancionatórios, e não só no processo penal. Conforme expressamente já reconheceu o Tribunal Constitucional de Portugal, “[o] direito à não autoincriminação, nomeadamente na vertente de direito ao silêncio, tendo o seu campo de eleição no âmbito do direito criminal, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público” (Acórdão 461/2011). Apesar de as sanções administrativas não resultarem em restrições à liberdade corporal, é indiscutível que podem atingir bens e direitos extremamente relevantes. Nesse sentido, a imposição de punições estatais deve estar sujeita a princípios e normas que assegurem o irrestrito respeito aos direitos fundamentais dos apenados. Tais garantias estão, em sua maioria, expressamente positivadas em normas constitucionais voltadas para o direito penal e processual penal. Nada obstante, entende-se que a maior parte delas se estende também às sanções de índole administrativa, incidindo sobre o *jus puniendi* estatal em toda a sua extensão. Nas palavras de Marçal Justen Filho (2014, p. 603 *cf.* Binenbojm, 2016, p. 105; Neto Garcia, 2012; Nobre Junior, 2000), “as sanções administrativas apresentam configuração similar

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.268*, Tribunal Pleno, relatora: Ellen Gracie, relator para o acórdão: Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 17 set. 2004.

<sup>32</sup> Confira-se, nesse sentido, a seguinte manifestação do Tribunal Constitucional de Portugal: “O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objeto da atividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente. Daí que para proteção da autodeterminação do arguido, este deva ter a possibilidade de decidir, no exercício de uma plena liberdade de vontade, qual a posição a tomar perante a matéria que constitui objeto do processo. Esse princípio, além de abranger o direito ao silêncio propriamente dito, desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que estejam em causa a prestação de informações ou a entrega de documentos autoincriminatórios, no âmbito de um processo penal. Tal princípio intervém no processo penal sob duas formas distintas: preventivamente, impedindo soluções que façam recair sobre o arguido a obrigatoriedade de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua condenação e repressivamente, obrigando à desconsideração de meios de prova recolhidos com aproveitamento numa colaboração imposta ao arguido” (Portugal. Tribunal Constitucional de Portugal. *Acórdão 340/2013*, 2ª Secção, relator: João Cura Mariano. Lisboa, 17 jun. 2013).

<sup>33</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem considerado que “[e]mbora não especificamente mencionado no art. 6º da Convenção, o direito ao silêncio e a proibição da autoincriminação são normas internacionais geralmente reconhecidas e que estão no âmago da noção de procedimento justo previsto no art. 6º, § 1. O direito à não incriminação pressupõe, em particular, que as autoridades procurem provar o seu caso sem recorrer a provas obtidas através de métodos de coação ou opressão que vão contra a vontade do ‘acusado’” (União Europeia. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Caso J.B. c. Suíça, *Queixa 31.827/96*, ECHR 2001).

às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante”. Nesse sentido, aliás, caminha a jurisprudência pacífica tanto do STJ quanto do STF.<sup>34</sup>

A proibição da autoinculpação levanta uma série de questões delicadas quando o imputado tem intervenção (anterior, simultânea ou posterior) em processos de diversas naturezas, dado que, nos processos ou procedimentos não criminais, não poderá, muitas vezes, invocar essa proibição, mas poderá ocorrer que os elementos obtidos nesses processos sejam depois utilizados para produzir prova contra o imputado num processo criminal. A existência de processos “concorrentes” pode servir para contornar, de forma inaceitável e inconstitucional, essa proibição, permitindo “entrar pela janela” (por efeito da obrigação de prestação de declarações ou de junção de documentos nesses outros processos) o que nunca poderia “entrar pela porta” num processo criminal (recorrendo-se à junção de elementos probatórios relativos a esses processos para obviar ao silêncio do imputado ou à impossibilidade de lhe impor que junte esses documentos). Conforme reconheceu o Tribunal Constitucional de Portugal no Acórdão 298/2019, “o arguido há de poder decidir em cada momento, de forma incondicionada e informada, se participa ou não pessoalmente na atividade probatória do processo (*ibidem*, p. 38) e quais os termos dessa participação”.<sup>35</sup> Assim, considerou como desproporcional a restrição do direito à não inculpação nos casos em que a inspeção tributária se inicia já no decurso de um processo criminal:

A pendência de um inquérito instaurado na sequência da notícia de crime tributário significa, no mínimo, a existência de indícios de que foi cometida tal infração. A subsequente realização de uma inspeção tributária, necessariamente dirigida a contribuintes determinados, já não é dissociável de tal suspeita e, por conseguinte, não pode deixar de ser vista também como uma diligência de investigação criminal que afeta pessoalmente o contribuinte-suspeito. Daí que a colaboração legalmente devida com a inspeção tributária redunde inevitavelmente numa colaboração forçada com a investigação criminal levada a cabo pela mesma Administração, no seu papel de órgão de polícia criminal. E esta última colaboração, a ser admissível, representaria pura e simplesmente um dever de autoincriminação e, como tal, o oposto do direito à não autoincriminação constitucionalmente garantido. No limite, a Administração fiscal, sob a veste de inspeção, poderia forçar o contribuinte a entregar-lhe toda a prova documental necessária para que a mesma Administração, agora sob a veste de autoridade e órgão de polícia criminal, pudesse levar ao inquérito e justificar materialmente a dedução pelo Ministério Público de uma acusação criminal contra o contribuinte.<sup>36</sup>

Tendo em vista essa conformação do princípio do *nemo tenetur*, o oferecimento de acordo pela acusação antes da conclusão do processo administrativo tem boas chances de fulminar os direitos e garantias processuais a que tem direito o investigado no âmbito do processo administrativo sancionatório a que responde perante a CVM, apesar de a aceitação do ANPP depender de sua escolha. Nesse caso, a liberdade de declaração não está sendo assegurada autonomamente em todos os procedimentos e a escolha do imputado não poderá ser considerada inteiramente livre por ser obrigado a renunciar garantias fundamentais asseguradas pelo ordenamento jurídico caso opte por exercer seu direito ao acordo, mesmo que a renúncia a essas garantias não seja condição legal para sua celebração. Convém destacar, em linha com a advertência de Adriano Teixeira Guimarães (p. 2012, p. 81-82), que a finalidade repressiva comum aos procedimentos administrativo e penal constitui elemento que reforça a aplicação do princípio do *nemo tenetur* ao procedimento extrapenal:

É pertinente a diferenciação entre deveres de escopo repressivo e deveres que servem a finalidades não repressivas. Os últimos, como os existentes em leis falimentares e no direito tributário, perseguem – a princípio – objetivos alheios à da perseguição penal. Por conseguinte, eles obtêm uma justificação independente – *prima facie*, ao menos. Quando,

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.975*, Tribunal Pleno, relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 4 fev. 2021: “[...] a doutrina destaca a extensão dessa e das demais garantias da pena às sanções administrativas, reconhecendo o vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal. Ao tratar das semelhanças entre os ilícitos penais e administrativos, Nélson Hungria destacava que ‘a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico’ (Nélson Hungria. *Ilícito administrativo e ilícito penal*, p. 24). Para o autor, ‘não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal’. *Cf.*, no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.559/PR*, Quinta Turma, relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 1 fev. 2010.

<sup>35</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. *Processo 1043/17, Acórdão 298/2019*, 2ª Secção, relator: Conselheiro Pedro Machete, 15 mai. 2019.

<sup>36</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. *Processo 1043/17, Acórdão 298/2019*, 2ª Secção, relator: Conselheiro Pedro Machete, 15 mai. 2019.

diversamente, a imposição de deveres de cooperação tem como finalidade imediata obter informações, evidências, indícios para o sancionamento do indivíduo obrigado, esses deveres em princípio carecem de legitimidade à luz do princípio do *nemo tenetur*. Isso porque o cumprimento do dever de cooperação, mesmo que não se dirija diretamente à autoridade penal, importa em contribuição intencional e direta para formação e concretização de uma suspeita. Ademais, nessas hipóteses, a ausência de cooperação não implicaria prejuízo direto a interesses e direitos de terceiros (por exemplo, de credores) ou do bem comum, do Estado (ex: arrecadação tributária). A consequência disso não deveria ser, pois, uma tardia proibição de prova relativa a informações obrigatoriamente prestadas, mas sim já a postulação de um direito de se negar a prover determinadas informações (Auskunftsverweigerungsrecht), ou – de maneira ainda mais ampla – um direito a se negar de todo a declarar (Aussageverweigerungsrecht).

É verdade que o oferecimento do acordo de não persecução criminal ao investigado no curso do processo administrativo sancionatório não afeta direta e intensamente o princípio do *nemo tenetur* por duas razões principais: (i) o dever de cooperação resultante da confissão não se revela coercível e tampouco surge de modo involuntário – ao contrário, depende, no caso, da sua vontade e do consentimento do investigado; e (ii) a confissão represente, na linguagem de Adriano Teixeira Guimarães (p. 2012, p. 77-78), um mero “perigo indireto de autoincriminação” pois seria possível argumentar que a autoridade administrativa estaria de algum modo proibida de valorar a prova decorrente da confissão. Não se pode desprezar, contudo, que não há, no Brasil, desenvolvimento jurisprudencial suficiente da formulação teórica da “proibição de valoração da prova”, de modo que tal solução dificilmente funcionaria como remédio adequado para impedir que a pressão para a celebração antecipada do acordo no âmbito penal produza efeitos negativos sobre o processo administrativo sancionador.<sup>37</sup>

Na hipótese de processos administrativo e penal simultâneos, portanto, deve-se presumir a necessidade de aguardar a conclusão do processo administrativo sancionador para a formação da *opinio delicti*, seja mediante o oferecimento de denúncia, seja mediante o oferecimento de ANPP. Essa presunção somente poderá ser afastada diante do caso concreto e se a restrição ao direito fundamental ao devido processo legal no âmbito administrativo sancionador – resultante não só do efeito indireto incriminador que a confissão pode produzir no âmbito do processo administrativo como também pelo fato de impedir a manifestação prévia de grande relevância para a própria constituição do conteúdo do eventual injusto penal – puder ser justificada à luz do princípio da proporcionalidade em todas as suas dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Em primeiro lugar, para passar pelo crivo do subprincípio da adequação, é preciso garantir que a ANPP não seja utilizada como uma alternativa ao arquivamento do inquérito.<sup>38</sup> Nos termos do art. 28-A do CPP, o MPF somente pode oferecer ANPP “se não for caso de arquivamento”. Isso significa que a realização do acordo carece da mesma base fática necessária à abertura do processo – justa causa. Conforme o Enunciado 102, III do MPDFT, “[...] o acordo de não persecução penal destina-se aos casos em que já existam nos autos da investigação elementos de autoria e materialidade suficientes para a promoção da ação penal”. Por isso, a doutrina tem afirmado que “os acordos penais não são opções para sancionamento do imputado em ‘casos fracos’, quando não haveria provas a autorizar a denúncia e a condenação” (Vasconcellos, 2022, p. 83). Como advertiu o ministro Gilmar Mendes, “a sequência do enunciado descrito no art. 28-A do CPP condiciona a negociação à prévia rejeição da hipótese de arquivamento, motivo pelo qual se os elementos não autorizarem o exercício, em tese, da ação penal, será inviável a abertura da etapa negocial na qual a confissão circunstancial é requisito”.<sup>39</sup>

Ainda no âmbito da verificação da adequação, é preciso identificar se o oferecimento do ANPP promove algum incremento seja da eficiência punitiva seja da tutela do bem jurídico protegido. Como regra, a formulação de proposta de ANPP – ou mesmo de denúncia – antes da conclusão do processo administrativo sancionador produz um quadro de desprestígio à alta especialização do órgão técnico (CVM) e da sua elevada *expertise* para identificar os

<sup>37</sup> Não há, até o momento, estudos empíricos que comprovem o vínculo causal entre a confissão no âmbito do acordo de não persecução criminal e o resultado desfavorável de processos administrativos sancionadores simultâneos.

<sup>38</sup> Afinal, como reconhece a jurisprudência nacional, “o acordo de não persecução penal deve ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 762.049/PR*, Sexta Turma, relatora: Laurita Vaz. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 17 dez. 2021).

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 185.913*, Tribunal Pleno, relator: Gilmar Mendes, julgamento iniciado em 15 set. 2023.

elementos comuns aos ilícitos administrativo e penal. Em verdade, o princípio constitucional substantivo subjacente ao princípio instrumental da independência entre as instâncias – *i.e.* a eficiência do poder público – fica comprometido pela atuação prematura do Ministério Público antes mesmo da conclusão do processo administrativo sancionador por parte da CVM. Nesse sentido, vale conferir a lição doutrinária de Luís Roberto Barroso (2001, p. 539-592):

O princípio da eficiência, positivado agora no *caput* do art. 37 da Constituição, vincula toda a Administração Pública, o que inclui o próprio Ministério Público; segundo a doutrina predominante, o *parquet* integra a estrutura do Executivo, embora com ampla autonomia, pois sua função é tipicamente administrativa. De qualquer forma, mesmo que se queira discordar dessa posição, não há dúvida de que a eficiência deve informar a atuação estatal como um todo. O dever de eficiência tornou-se, na verdade, um pressuposto de todo ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, mesmo porque, como registrou em artigo doutrinário o ministro Edson Vidigal, ‘não agir com eficácia é desperdiçar tempo no serviço público. E como quem paga a conta é sempre o contribuinte, não agir eficazmente é desperdiçar dinheiro público.’

Tendo em conta esse princípio, seria por certo um desperdício que duas investigações estivessem concomitantemente em curso – na esfera administrativa e no Ministério Público. Isso é ainda mais verdadeiro se se considerar que a investigação de supostos ilícitos fiscais ou financeiros envolve aspectos técnicos que apenas as próprias estruturas administrativas competentes têm condições de elucidar. Assim, o próprio Ministério Público, muito provavelmente, teria necessidade de recorrer ao Banco Central, à Receita Federal ou à CVM, conforme o caso, no curso de suas investigações. Ora, qual a eficiência que preside essa múltipla superposição de investigações? Muito pouca. O mais eficiente, não há dúvida, é aguardar o fim do processo administrativo para então comunicar ao Ministério Público, que terá, aliás, muito melhores condições de trabalho nessas circunstâncias, incrementando a consistência dos elementos de prova de que poderá dispor.

Em segundo lugar, para passar pelo teste imposto pelo subprincípio da necessidade, deve ser demonstrado que o oferecimento antecipado do ANPP, na pendência da decisão administrativa do órgão regulador, era imprescindível para imprimir maior eficiência ao processo penal, entendida no sentido de assegurar resultado útil ao processo no caso de condenação criminal. A propósito, deve-se considerar que não se pode afirmar que a mera aceleração da resposta penal seja um fator determinante para a validade da solução propugnada pelo MPF. É que, como se sabe, “o princípio da celeridade processual não é um valor absoluto, pelo que, em cada caso, não poderá deixar de ser confrontado, segundo critérios de concordância prática, com outros bens ou valores constitucionalmente protegidos” (Acórdão 350/2012, do Tribunal Constitucional de Portugal).<sup>40</sup> Por isso mesmo, a antecipação da proposta de ANPP quando ainda pende de decisão de mérito o processo administrativo sancionador na agência especializada em razão do mesmo ilícito só se mostraria legítima, sob a ótica da necessidade, caso se apresentasse como única medida apta a garantir a eficácia da tutela penal.

Convém destacar, ainda, que a aceitação de ANPP determina relevante restrição de múltiplos direitos fundamentais do investigado: não apenas em razão do natural ônus associado ao cumprimento das condições previstas no acordo, mas principalmente da alta carga estigmatizadora que resulta de qualquer forma de repressão criminal. Mesmo a resposta penal que não conta com a cominação da pena de prisão carrega grande carga simbólica e possui conotação estigmatizante diferente daquela incorporada por sanções de outros ramos do direito. A aplicação de qualquer sanção criminal – e as condições do ANPP possuem natureza penal em sentido amplo – carrega um juízo de reprovação ética que se traduz em inegável afetação da honra da pessoa que a recebe (Mesa, 2006, p. 266-267). Desse modo, o oferecimento de ANPP só poderá ocorrer na presença de elementos probatórios consistentes que demonstrem sua necessidade.<sup>41</sup> E parece igualmente plausível a conclusão de que apenas após

<sup>40</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. *Processo 571/2011, Acórdão 350/2012*, 3ª Secção, relator: conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, Lisboa, 5 jul. 2012. No mesmo sentido, a seguinte passagem de outra decisão do mesmo Tribunal: “[...] as exigências de celeridade processual não podem, por conseguinte, deixar de ser articuladas com as garantias de defesa, sendo que a Constituição, por força do mencionado n. 2 do art. 32º, valora especialmente a proteção das garantias de defesa em detrimento da rapidez processual. O que permite definir a forma ideal de processo como o resultado de uma tensão dialética entre esses dois fins constitucionalmente garantidos (Pinheiro Matta, 1995; Portugal, Tribunal Constitucional de Portugal. *Processo 403/2013, Acórdão 428/2013*, 3ª Secção, relator: conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, Lisboa, 15 jul. 2013).

<sup>41</sup> Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes afirmou que, “afastado o arquivamento, porque presentes elementos mínimos ao exercício da ação penal, se preenchidos os requisitos objetivos, a convocação do investigado e defensor é condição para o exercício da ação penal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 227.026*, decisão monocrática, relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 26 abr. 2023).

o fim do processo administrativo se poderá dispor de elementos que justifiquem a gravíssima conclusão de que o delito de *insider trading* foi efetivamente praticado e, portanto, poderia ser objeto de confissão formal para fins de celebração do acordo com o investigado.

Nesse sentido, a conclusão do processo administrativo funciona como mecanismo de controle da necessidade da própria intervenção do direito penal, o qual, por seu caráter subsidiário, exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do direito não mais se mostrarem eficazes na defesa dos bens jurídicos (Tavares, 2003). A decisão condenatória no âmbito da CVM consubstancia, assim, uma importante garantia da existência de uma base empírica segura apta a sustentar eventual proposta de ANPP ou, em último caso, até mesmo o oferecimento de denúncia criminal. Além de assegurar, em perspectiva mais ampla, a operacionalidade do princípio da subsidiariedade da tutela penal, a exigência de conclusão do processo administrativo sancionador da CVM constitui uma garantia específica da existência de indícios fortes o suficiente para sugerir a necessidade do acionamento da justiça penal.

Em tal contexto, se houver medida alternativa menos restritiva dos direitos fundamentais do investigado – e.g. a suspensão do inquérito ou mesmo da proposta de ANPP até que se ultime o processo administrativo sancionador – que realize em igual medida o objetivo de garantir a higidez da eventual tutela penal da normalidade do mercado de capitais, não será *necessária* a antecipação da proposta de ANPP quando ainda pende de decisão de mérito o processo administrativo sancionador no âmbito da CVM.

Ademais, o oferecimento antecipado de ANPP na pendência do processo administrativo perante a CVM deve ultrapassar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, a restrição aos direitos fundamentais do investigado não pode ser excessiva em comparação com os possíveis ganhos que essa medida pode trazer. Trata-se de garantir uma articulação racional suficiente entre os custos ou desvantagens a serem suportados pelo titular do direito – o contribuinte, suspeito ou arguido – e os benefícios ou vantagens que a restrição permite alcançar para o interesse público (Acórdão 298/2019, do Tribunal Constitucional de Portugal).

Nesse terreno, deve-se considerar que o direito à não autoincriminação e o direito à ampla defesa possuem elevadíssima importância axiológica, pois consubstanciam aspectos centrais da justiça processual e garantem, em última análise, que o acusado não seja tratado como mero objeto da ação estatal. Essa é a exigência da dimensão da dignidade da pessoa humana ligada ao valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas (Sarmiento, 2015, p. 86). Do outro lado da balança estão o princípio da independência das instâncias punitivas e o princípio da eficiência do poder público, os quais não possuem o mesmo peso abstrato das garantias processuais fundamentais do investigado/administrado no âmbito dos processos sancionatórios penal e administrativo.

O importante é que as restrições aos direitos fundamentais do investigado sejam compensadas pela realização do princípio contraposto – eficiência da tutela penal do bem jurídico protegido –, sob pena de não se cumprirem as exigências decorrentes do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Na hipótese de não mostrar-se proporcional a restrição aos direitos fundamentais do investigado determinada pelo oferecimento antecipado do ANPP, surge, como medida alternativa, a solução propugnada pelo art. 93 do CPP, que autoriza a suspensão do processo criminal sempre que se estiver diante de relação de prejudicialidade externa do reconhecimento da infração penal em relação a matéria de natureza não penal. Muito embora a jurisprudência repete a suspensão do processo, com fundamento no art. 93 do CPP, uma faculdade do magistrado, que pode aplicá-la de acordo com as particularidades do caso concreto, com base em juízo discricionário<sup>42</sup>, o STJ

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 429.531/PE*, Quinta Turma, relator: Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 1 mar. 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus 88.672/GO*, Quinta Turma, relator: Joel Ilan Paciornik. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 28 nov. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.534.438/PE*, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 20 set. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 552.151/SP*, Quinta Turma, relator: Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP). Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 19 dez. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 43.724/MT*, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 19 dez. 2014.

tem determinado a suspensão do trâmite de ações penais e inquéritos policiais nas hipóteses em que a decisão nas esferas administrativa e cível repercutir diretamente na tipicidade ou na materialidade dos delitos na esfera penal.<sup>43</sup>

## 5 Considerações finais

A partir da discussão do tema realizada nas seções anteriores, apresentam-se, de modo sintético, as seguintes proposições conclusivas: i) a independência das instâncias não é regra, mas princípio, de tal modo que sua aplicação no caso concreto está submetida ao princípio da proporcionalidade quando em confronto com outros direitos e garantias fundamentais do investigado. Daí porque o oferecimento de ANPP antes da conclusão do processo em curso na CVM nos casos de *insider trading* deve passar pelo filtro da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: i.a) a medida deve ser *adequada*, isto é, apta a promover algum incremento seja da eficiência punitiva seja da tutela do bem jurídico protegido; i.b) a medida deve ser *necessária*, ou seja, deve ser demonstrado que o oferecimento antecipado do ANPP, na pendência da decisão administrativa do órgão regulador, era imprescindível para imprimir maior eficiência ao processo penal, entendida no sentido de assegurar resultado útil ao processo no caso de condenação criminal; i.c) a medida deve ser *proporcional em sentido estrito*, o que significa garantir que as restrições aos direitos fundamentais do investigado sejam compensadas pela realização do princípio contraposto – eficiência da tutela penal do bem jurídico protegido. Caso o oferecimento do ANPP na pendência do processo administrativo perante a CVM não se mostre proporcional e haja identidade entre o objeto das atividades sancionatórias administrativa e criminal, deve-se acionar a cláusula geral de prejudicialidade externa (art. 93, CPP) e suspender o inquérito até a decisão final da CVM, para garantir a coerência e integridade dos atos estatais.

## 6 Referências

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2022.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias e seus reflexos no direito administrativo sancionador. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 23, n. 131, out. 2021/jan. 2022.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Banco Central e Receita Federal: comunicação ao Ministério Público para fins penais: obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações jurídico-políticas, econômicas e institucionais no direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Conselho de Valores Mobiliários. Resolução nº 44/2021. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*. Brasília, 24 ago. 2021.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus 113.294/MG*, Quinta Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 30 ago. 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.291.190/SC*, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 3 dez. 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 162.840/GO*, Quinta Turma, relator: Messod Azulay Neto. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 16 jun. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus 139.563/CE*, Quinta Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 27 set. 2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 536.022/PE*, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 13 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 07 dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União*. Brasília, 9 dez. 1976.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 552.151/SP, Quinta Turma, relator: Walter de Almeida Guilherme. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 429.531/PE, Quinta Turma, relator: Jorge Mussi. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 1 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 536.022/PE, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 13 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 701.443/MS, Sexta Turma, relatora: Laurita Vaz. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 10 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 762.049/PR, Sexta Turma, relatora: Laurita Vaz. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 17 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.534.438/PE, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 20 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* 162.840/GO, Quinta Turma, relator: Messod Azulay Neto, *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.291.190/SC, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 3 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 43.724/MT, Sexta Turma, relator: Nefi Cordeiro. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 46.525/MT, Quinta Turma, relator: Arnaldo Esteves Lima. *Diário de Justiça*, Brasília, 10 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 636.279/SP, Quinta Turma, relator: Joel Ilan Paciornik. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 23 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 68.871/PR, Sexta Turma, relatora: Maria Thereza de Assis Moura, redator para o acórdão: Og Fernandes. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 5 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 77.228/RS, Quinta Turma, relator: Napoleão Nunes Maia Filho. *Diário de Justiça*, Brasília, 7 fev. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 113.294/MG, Quinta Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 30 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 12.192/RJ, Sexta Turma, relator: Hamilton Carvalhido. *Diário de Justiça*, Brasília, 10 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 139.563/CE, Quinta Turma, relator: Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 27 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 88.672/GO, Quinta Turma, relator: Joel Ilan Paciornik. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 28 nov. 2018.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.569.171/SP, Quinta Turma, relator: Gurgel de Faria. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 25 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.705.659/RS, relator: Ribeiro Dantas. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 17 out. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 822.517/RS, Quinta Turma, relator: Gilson Dipp. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 jun. 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.559/PR, Quinta Turma, relator: Napoleão Nunes Maia Filho. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 1 fev. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.975, Tribunal Pleno, relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 4 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 185.913, Plenário, relator: Gilmar Mendes, julgamento iniciado em 15 set. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 227.026, decisão monocrática, relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 26 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 81.611, Tribunal Pleno, relator: Sepúlveda Pertence, *Diário de Justiça*, Brasília, 13 mai. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 84.262, Segunda Turma, relator: Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 set. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 92.438, Segunda Turma, relator: Joaquim Barbosa. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 dez. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.268, Tribunal Pleno, relatora: Ellen Gracie, relator para o acórdão: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça*, Brasília, 17 set. 2004.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* 1011435-56.2018.4.01.0000, Quarta Turma, relator: Olindo Menezes, julgado em 14 jul. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5067096-18.2012.4.04.7100, Sétima Turma, relatora: Claudia Cristina Cristofani, julgado em 17 dez. 2019.
- CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Fundamentos da constituição*. Coimbra, 1991.
- CAVALI, Marcelo Costernaro. *Insider trading: repressão administrativa e penal do uso indevido de informação privilegiada*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2022.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZEEK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte. (coord.). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 109 a 117.
- DIAS, Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra, 2012. 338 p.
- FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal. Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Notas sobre a assessoriedade administrativa no direito penal econômico. *Revista da CGU*, v. 13, n. 23, p. 22-27, jan./jun. 2021.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís, A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, p. 159 e ss, 2006.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRIMM, Dieter. Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*. n. 57, 2007.

GUIMARÃES, Adriano Teixeira. Princípio do *nemo tenetur* e deveres extrapenais de cooperação com o Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 33, p. 53-99, 2023.

MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do STF. In: *DIREITOS fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar; BOUNICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 192, p. 75-112, set./out. de 2022.

MESA, Gloria Patricia Lopera. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 28, 2012.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINHEIRO, Alexandre de Sousa; MATTA, Paulo Saragoça da. Algumas notas sobre o processo penal na forma sumária. *Revista do Ministério Público*, ano 16, n. 63, jul./set. 1995.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 298/2019, 2ª Secção, relator: Pedro Machete. Lisboa, 15 maio 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 340/2013, 2ª Secção, relator: João Cura Mariano. Lisboa, 17 jun. 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 350/2012, 3ª Secção, relator: Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 5 jul. 2012.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 428/2013, 3ª Secção, relator: Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 15 jul. 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão 461/2011, 2ª Secção, relatora: Catarina Sarmento e Castro. Lisboa, 11 out. 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; MELLO, Juliana Villa; PERTILINO, José Rodolfo Juliano. O crime de *insider trading* e a nova resolução CVM 44/2021. *Boletim do IBCCRIM*, v. 354, 2022. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/772/8858>. Acesso em: 29 jan. 2024.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- SILVA, Almiro do Couto e. Prefácio. In: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, ano 1, 2003.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. Capítulo 6: Crimes Contra o Mercado de Capitais. In: SOUZA, Luciano; ARAÚJO, Marina. *Direito penal econômico: leis penais especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-economico-leis-penais-especiais/1198088855>. Acesso em: 4 ago. 2023. *E-book*.
- TAFFARELLO, Rogério Fernando. Impropriedades da súmula vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e a insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: FRANCO, Alberto Silva e SOUZA, Lira Rafael de. *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: um 'Estado Hidra de Lerna'? *Jota*, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Acesso em: 4 set. 2023.
- TOLEDO, Suzana de Barros. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Åkerberg Fransson, C-617/10, de 26 de fevereiro de 2013, § 32 ss.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Caso J. B. c. Suíça, Queixa 31.827/1996, ECHR 2001.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Engel e outros c. Países Baixos, de 8 junho de 1976.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Zolotukhin c. Rússia, *cit.*, § 52 ss, 2009.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. O Acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 191, 2022.

# Adiar a morte do direito penal liberal: pena, crime e processo na obra de Luís Greco

## *Postponing the death of liberal criminal law: penalty, crime and procedure in the work of Luís Greco*

Artigo recebido em 15/03/2024 e aprovado em 09/04/2024.

### Alaor Leite

Doutor e mestre (LL. M), pela Ludwig-Maximilians-Universität München (Munique, Alemanha). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

### Adriano Teixeira

Doutor e mestre (LL. M), pela Ludwig-Maximilians-Universität München (Munique, Alemanha). Professor da FGV – Direito, São Paulo.

### Resumo

O presente texto propõe-se a descrever (e a defender) o incumprido projeto de um direito penal liberal, à luz de sua tentativa contemporânea mais ambiciosa, impressionante e bem-acabada: a obra (ainda em incessante e vigoroso movimento) de Luís Greco. Para cumprir esse propósito, visitam-se as reflexões do autor homenageado sobre os três males carentes de legitimação em um Estado liberal: o mal da pena, o mal do crime e o mal do processo.

**Palavras-chaves:** direito penal; filosofia; liberalismo; pena; delito.

### Abstract

*This text aims to describe (and defend) the unfulfilled project of a liberal Criminal Law, in the light of its most ambitious, impressive and well-finished contemporary attempt: the work (still in incessant and vigorous movement) of Luís Greco. To fulfill this purpose, we visit the honored author's reflections on the three evils that lack justification in a liberal State: the evil of punishment, the evil of crime and the evil of the criminal procedure.*

**Keywords:** criminal law; philosophy; liberalism; punishment; crime.

## 1 Introdução

Era ousado o projeto do liberalismo jurídico-penal: proteger, contra potenciais agressões, as condições externas de convivência – expressadas nos mais altaneiros bens, valores ou direitos –, sem manifestar, contudo, qualquer pretensão de corrigir moralmente indivíduos dotados de autonomia, de uma dignidade. Proibir, punir e perseguir por meio de um processo, sem instrumentalizar o cidadão. A definição do *crime*, a ameaça e a imposição de uma *pena* e a realização de um *processo penal* seriam, segundo a cosmovisão liberal, não obviedades de um Estado que impõe unilateral e autoritativamente a sua vontade, mas *males a serem justificados* tanto em face do indivíduo (sobre quem recai o agir estatal) quanto da sociedade (que custeia o sistema de justiça criminal e deseja obter maior proteção). O direito penal liberal presta contas.

Como todo projeto ousado, o direito penal liberal experimentou movimentos pendulares que lhe embargaram o passo, ao mesmo tempo em que enfrentou e enfrenta todos os desafios do seu tempo. A rigor, não será exagero anotar que as convicções liberais últimas se encontram sob intenso ataque. O presente, como se sabe, reserva insondáveis recaídas a essas convicções, que cedem espaço para renovadas apostas na moralização do direito penal, vindas de vários setores, que apostam em uso desmesurado de proibições penais e na flexibilização das garantias

processuais como meios de imposições de suas multifacetadas e nem sempre partilháveis pautas.<sup>1</sup> O direito penal liberal requer atenção de florista, se quiser sobreviver.

Neste breve estudo panorâmico em *homenagem a Luís Greco* – nosso professor, humanista incorrigível –, tencionamos dar nota dessa que julgamos ser a mais ambiciosa e bem-acabada tentativa de *adiar a morte do direito penal liberal*. A obra do homenageado – inacabada (também por sua juveníssima idade, que esconde anciã maturidade intelectual), tal como o projeto liberal – é expressão contemporânea máxima do aprofundamento de convicções liberais sedimentadas no século XX, se bem que anteriores a ele. Nosso propósito será demarcar um *ponto de situação* da obra do autor.

Convém revisitar a obra do homenageado, sem qualquer ambição de completude ou mesmo de diálogo crítico, com vista a descrever como tais convicções traduzem-se dogmaticamente e conformam um todo orgânico. Nossa proposta será a de verificar as reflexões do homenageado sobre o que acima designou-se como *os males carentes de legitimação*: o mal da pena (que “atinge a pessoa como pessoa”, tópico 3), o mal do crime (que demarca as condições externas de convivência; tópico 4) e o mal do processo (que confirma ou não uma suspeita de violação da norma; tópico 5). Esses males compõem como que o *tripé das preocupações liberais*. A construção conceitual do autor obedece, como não poderia de ser, um método (tópico 2), que deve ser inicialmente exposto, além de indicar a necessidade de que os esforços de legitimação insistam e prossigam – é vivo desejo do homenageado, que reúne dezenas de penalistas em sua cátedra, que os floristas liberais avultem. Tomaremos como referências principais os dois grandes estudos monográficos do autor – sua tese de doutorado, de 2009 e sua tese de livre-docência, de 2015 –, que documentam de forma robusta o seu edifício teórico. O leitor de língua portuguesa encontrará, muito em breve, no Tratado de Direito Penal que Luís Greco co-assina com Claus Roxin, a expressão organizada do quanto irá aqui muito modestamente dito.

## 2 Método

De saída, avultam três aspectos metodológicos da obra de Luís Greco, os quais, de certa maneira, estão inter-relacionados e iluminam todo o labor dogmático do autor: a ideia de ciência penal universal, algumas firmes premissas de filosofia moral, do direito e política e a constatação da incontornável singularidade da pena, que lhe confere (metodologicamente) primazia sobre o crime.

### 2.1 Ciência penal universal

Claus Roxin e Bernd Schünemann, seus professores, defendiam o que o segundo denominou de “dogmática internacional do direito penal”. Eles pretendem ir além do tradicional direito comparado, desenvolvendo e discutindo parâmetros dogmáticos universalmente válidos para a resolução de casos concretos que podem apresentar-se em qualquer ordem jurídica (Schünemann, 2001, p. 1; Roxin, 2009, p. 565).<sup>2</sup> Greco não apenas professa, como pratica em cada linha o que prefere chamar de *ciência jurídica universal*.

Em sua tese de doutorado, publicada em 2009, dedicada à teoria da pena e, sobretudo, em sua tese de livre-docência, publicada em 2015, dedicada à coisa julgada material no processo penal, Greco (2009, p. 30 e ss, 2015, p. 41 e ss) fundamenta a universalidade da ciência jurídica, especialmente a das ciências criminais, na *distinção entre direito e poder*. O que constitui o núcleo essencial do direito não é a autoridade que o estabelece, mas sim as *razões* que o sustentam. Essas, por sua vez, possuem pretensão de universalidade e se situam em estrato mais profundo. Assim, não há motivos para que a discussão acerca dos pressupostos de legitimidade e de aplicação do direito (penal) confine-se aos limites de cada ordem jurídica nacional, cujas especificidades, como é óbvio, podem e devem ser levadas em consideração (Greco, 2015, p. 46 e ss, 55 e ss). O modelo de ciência jurídico-penal universal, baseada na universalidade das razões, não se diferencia apenas do tradicional direito (penal) comparado – estimulado e

<sup>1</sup> Tradicionalmente, os perigos do moralismo que ameaçam entranhar e contaminar o direito penal manifestavam-se nos delitos “contra os costumes” e nos delitos religiosos (Greco, 2009, p. 111). É de se indagar – e imaginar ou esperar a resposta do homenageado – se existiria na atualidade a ameaça de um *novo moralismo*, “justificado” por pretensões “progressistas”, a inflar o direito penal da atualidade.

<sup>2</sup> Em sentido próximo, falando em “ciência penal transnacional”, (Hörnle, 2016, p. 289 e ss).

promovido, por exemplo, ao longo de décadas por Jescheck no Instituto Max Planck em Freiburg<sup>3</sup> –, mas, também, de concepções alternativas de matriz filosófica, como a da investigação de estruturas lógico-reais empreendida pelo finalismo, especialmente pelas mãos de Welzel, Armin Kaufmann e Hirsch (Greco, 2015, p. 86 e ss; Leite, 2021).

A universalidade das razões que constituem a *estrutura profunda do direito* (Greco, 2018, p. 683) – e, no caso específico do direito penal, das razões que informam o fundamento e os limites do poder de punir estatal –, não importa, convém repisar, em abandono ao direito positivo. No entanto, sugere que os problemas e institutos do direito penal e do direito processual penal sejam abordados desde uma perspectiva “pré-positiva” (Greco, 2015, p. 32). Uma tal abordagem exige, naturalmente, pontos de referência, um arcabouço teórico que servirá de orientação para o desenvolvimento das soluções concretas. Na obra de Greco, esse norte é encontrado na filosofia do direito, na filosofia moral e na filosofia política, de que trataremos, com muita brevidade, a seguir.

## 2.2 Filosofia moral e filosofia política, que deságuam em uma filosofia do direito penal

As reflexões sobre filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política foram desenvolvidas pelo autor ao longo de vários de seus artigos mais antigos, mas encontraram expressão inconsútil na premiada<sup>4</sup> monografia sobre a teoria da pena de Feuerbach, de 2009. As premissas filosóficas fixadas nesse trabalho espriam-se por toda sua obra e revelam uma atitude científica rígida: filosofia não é adorno, autoridade – “guarda-costas” –, é argumento. A filosofia do direito penal não se traduz em mosaico de citações opulentas de Kant, mas em construções mais concretas que revelam a seriedade das premissas liberais anunciadas. O autor pratica uma filosofia do direito penal em ação (Leite, 2021, p. 278 e ss). Também por isso a obra de Greco, embora filosoficamente fundada, não se traduz em obscurantismo ou esoterismo.

O primeiro pilar consiste na escrupulosa *separação entre direito e moral*<sup>5</sup> (Greco, 2009, p. 109 e ss), concretizada na seguinte fórmula: a liberdade do cidadão não pode ser limitada (pela autoridade estatal) com base em considerações morais; o poder do Estado, porém, deve ser exercitado de acordo com razões morais (Greco, 2009, p. 123). O direito é o domínio da legalidade, não da moralidade, nos termos do conhecido par conceitual kantiano (Kant, 1797). O outro alicerce jusfilosófico encontra-se na releitura do postulado kantiano, segundo o qual o *ser humano deve ser tratado como fim em si mesmo*, nunca como meio para a persecução de interesses de terceiros (Greco, 2009, p. 160 e ss), que orienta uma série de considerações do autor. O primeiro subscritor tentou, em sua tese doutoral, levar adiante algumas dessas considerações (Leite, 2019, p. 58 e ss).

Diferente, porém, de Kant – e, aqui, tal como Feuerbach –, Greco não nega a possibilidade de que a pena (e também a legitimação da incriminação) fundamente-se em razões teleológicas, de utilidade ou conveniência. O Estado, por outro lado, não é livre para perseguir os interesses do bem comum, especialmente por meio da pena, quando se depara com inultrapassáveis barreiras deontológicas, fundadas na ideia de respeito e autonomia do indivíduo. Essa distinção, ou melhor, a oposição entre *conveniência e respeito*, entre *razões consequencialistas e deontológicas – ou ainda, entre o hipotético e o categórico* –, constitui traço metodológico fundamental na obra de Greco (2010a, p. 1 e ss), que informa não só seus trabalhos sobre os fundamentos do direito penal e do direito processual, mas, também, suas teses dogmáticas mais concretas, por exemplo, sobre a teoria da imputação objetiva. O categórico não deve ingressar nos búzios insondáveis da ponderação; o que não significará que, mantido incólume o núcleo de autonomia, a ponderação e os cálculos consequencialistas estejam proscritos.

<sup>3</sup> Com referências e criticamente (Greco, 2015, p. 97).

<sup>4</sup> Prêmio Max Weber, da Academia Bávara de Ciências (*Bayerischen Akademie der Wissenschaften*), recebido em 2011. Greco viria, dez anos depois, a ser agraciado com outra distinção, nomeadamente com o Prêmio da Academia de Ciências de Berlim-Brandenburgo (seu discurso de agradecimento pode ser acessado aqui: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas-acervo/penal-em-foco/direito-penal-para-robos-05112021>).

<sup>5</sup> Proposições fundadas em razões não consequencialistas deontológicas ou de ética das virtudes, Greco, 2009, p. 120.

## 2.3 A singularidade da pena: a primazia da pena sobre o crime

Uma premissa do pensamento liberal, compartilhada e desenvolvida por Greco no âmbito da ciência penal, é a de que o exercício do poder do Estado sempre carece de legitimação – diferente das ações dos cidadãos que, em princípio, não demandam razões que as justifiquem, desde que não ingressem na esfera jurídica alheia. A demanda por razões de legitimação torna-se tanto mais urgente quanto a ação estatal mais intensamente intervir na esfera de liberdade do indivíduo. A pena, portanto, como intervenção estatal mais grave que um cidadão pode vir a sofrer, reclama urgente e cuidadosa justificação.<sup>6</sup> Por isso, Greco inverte o foco das tradicionais reflexões jurídico-penais, que se esforçam por apreender a essência do direito penal, por meio da investigação do conceito material de *crime*: em vez deste, deve-se priorizar a *pena* – por exemplo, quando se discute o critério de diferenciação entre direito penal e outros ramos do direito, sobretudo o direito administrativo sancionador ou direito contraordenacional. Não *mala in se, mas poena in se* (Greco, 2018b, p. 182, 186 e ss, 190 e ss).

Não é coincidência, portanto, que Greco se dedique, em suas duas monografias fundamentais (tese doutoral e livre-docência), a responder o que constitui exatamente e o que justifica a pena, questões atinentes, respectivamente, ao conceito de pena e à teoria da (finalidade da) pena. A pena é o começo e o fim do labor jurídico-penal. A teoria do crime é gramática que conduz à pena. O mal do processo, da mesma forma, tornar-se-á mais nítido com essa inversão de prioridade: a suspeita que se dirige ao cidadão implica em lançar em seu horizonte (seu plano de vida) a latência da pena. Resta saber, então, qual é o mal da pena, o mal por excelência.

## 3 O mal da pena

### 3.1 Conceito de pena

A primazia da pena sobre crime não decorre, obviamente, de um fascínio ou de um fetiche pela pena criminal. Pelo contrário, o foco na sanção criminal decorre justamente da consciência a respeito do seu aspecto intrinsecamente negativo, prejudicial ao cidadão; quem banaliza o mal da pena, não vê razão para limitar a sua incidência indistinta. A pena, esse mal por excelência, não equivale a qualquer intervenção em direito fundamental, como, conforme denuncia Greco (2018b, p. 196), quer crer o moderno constitucionalismo positivista alemão; nem, tampouco, confunde-se com o que legislador *denomina* como “pena”, como, em certa medida, faz crer a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).<sup>7</sup> Em outras palavras, tal qual o homenageado expressou em recente e magnífico artigo, a pena ostenta uma significativa *singularidade* que a arrasta necessariamente para o centro de gravidade do sistema e das reflexões dogmáticas (Greco, 2023, p. 428, *passim*).<sup>8</sup>

Em sua tese de doutorado, Greco (2009, p. 275 e ss, p. 287) empenhou-se por desenvolver um conceito de pena depurado de elementos de justificação ou teleológicos, evitando, assim, a prática (infelizmente proverbial na doutrina) da burla de etiquetas; uma pena ilegítima ou uma pena que não previne não deixa de ser uma pena. Essa exigência de neutralidade coaduna-se ou explica-se pelo que o autor chama de *pessimismo metodológico*: entre duas descrições verdadeiras de realidade (ou que pareçam verdadeiras), deve-se ter em vista a mais incômoda, a que aponta para os aspectos negativos dessa realidade; o que é problemático tem que ser problematizado e o que é questionável deve ser questionado. Trata-se de evitar “jogar a sujeira por debaixo do tapete” (Greco, 2009, p. 287). Em outras palavras, a pena deve ser encarada como ela é e não como deveria ser. Essa realidade da pena seria, segundo o “jovem Greco” (2009, p. 297-303) da tese doutoral o seguinte: “[...] um mal especialmente grave, de natureza corporal ou comunicativa, aplicado pelo Estado como reação a algo percebido como crime”.

No entanto, é apenas 6 anos depois, em sua tese de livre-docência, que seu conceito de pena se aperfeiçoa (e, parcial e sensivelmente, até mesmo se modifica). A base metodológica – distinção entre conceito, finalidade e

<sup>6</sup> “A primeira preocupação do pensamento liberal é a domesticação do poder estatal” (Greco, 2009, p. 191).

<sup>7</sup> Fundamental: *Engel and others v. The Netherlands* (Application n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72).

<sup>8</sup> “Toda declaração a favor da pena é, portanto, uma declaração a favor do envio de um ser humano para a prisão” (*Jede Stellungnahme für die Strafe ist also Stellungnahme dafür, einen Menschen ins Gefängnis zu verweisen*).

pressupostos de legitimidade da pena; pena como reação – permanece, é verdade, a mesma. O avanço ocorre, para além do abandono da componente comunicativa (Greco, 2015, p. 646 e ss), sobretudo na definição do que vem ser o mal (*Übel*, em alemão) da pena, a *qualidade* que a distingue, por exemplo, das demais intervenções em direitos fundamentais submetidas somente ao filtro do princípio (constitucional) da proporcionalidade; a sua singularidade, enfim.<sup>9</sup> Em um impressionante resgate histórico da tradição jusnaturalista dos séculos XVII, XVIII e XIX, Greco (2015, p. 659) define a pena como “a *supressão de um direito inato* como reação a uma transgressão”, que atinge a “pessoa como pessoa”, por suprimir-lhe direitos que antecedem à própria formação do Estado. Assim, como pena devem ser entendidas somente medidas estatais que atinjam a vida, a integridade corporal ou liberdade de locomoção (Greco, 2015, p. 654 ss). Depois de tudo dito, parece óbvio: os penalistas do século XX, ainda que animados por firmes convicções liberais, partiam para o debate apaixonado sobre as finalidades da pena e seus reflexos na teoria do delito, sem dedicar-se à pergunta prejudicial sobre o *conceito de pena*.

## 3.2 Teoria da pena

A pena, como supressão de um direito inato, não é um fim em si mesmo. Cumpre à teoria da pena buscar responder à pergunta acerca da finalidade e da razão de legitimação da sanção criminal. Greco (2009, p. 303 e ss) distingue, a esta altura, entre finalidade da pena de primeira ordem, que diz respeito à teoria da criminalização (o que e por que proibir, o chamado conceito material de crime) e finalidade da pena de segunda ordem, que diz o porquê de punir. Interessa-nos, neste momento, precipuamente, a finalidade da pena de segunda de ordem, ou seja, a razão que justifica a supressão de um direito inato de um indivíduo em face de uma transgressão a ele atribuída. A finalidade da pena de primeira ordem, que diz respeito à teoria da criminalização, será tratada em outro tópico (4).

### 3.2.1 Distinções analíticas fundamentais

Para construir e fundamentar sua teoria da pena, Greco introduz algumas distinções que constituem não apenas ferramentas analíticas, de valor didático ou heurístico, mas que decorrem de exigências consolidadas na filosofia moral e política.

a) A primeira é a carência de *dupla legitimação* da pena, como em um diálogo no qual razões são oferecidas a determinados destinatários: *à sociedade como um todo e ao indivíduo* (Greco; Roxin, 2020, § 3 nm. 1b). A instituição “pena” é extremamente custosa para o Estado e para a sociedade, de modo que sua existência se justifica apenas se, com ela, são esperados ganhos, vantagens para a coletividade. Todavia, somente isso é insuficiente. Para evitar a violação da já mencionada proibição de instrumentalização do ser humano, é necessário aduzir razões que justifiquem a pena em face do indivíduo que a ela se submete (Greco, 2009, p. 484 ss).

b) O que chamamos genericamente de “pena” envolve, na verdade, dois *momentos*. A pena é, primeiro, cominada, *ameaçada* por meio da lei penal; em seguida, com a transgressão desta no caso concreto, a pena é imposta, *infligida*. Os dois “momentos” da pena são, portanto: a *ameaça da pena* e a *infligência da pena* (Schünemann, 1998, p. 144; Altenhain, 2002, p. 326; Greco, 2009, p. 228; Hörnle, 2012, p. 4-5; Frisch, 2014, p. 55). Ambos os momentos carecem de legitimação diversa.

Assentadas essas premissas metodológicas, Greco (2009, p. 207 e ss) realiza uma análise crítica minuciosa – talvez sem par na literatura jurídico-penal moderna – das diferentes teorias da pena: retributivismo e teorias da prevenção geral e da prevenção especial; até mesmo o desafio abolicionista é levado a sério. Não nos cabe aqui reproduzir, tampouco adentrar nas objeções levantadas contra cada uma delas, mas apenas a elas fazer breve referência, especialmente no que se refere à matriz liberal da crítica.

### 3.2.2 Crítica ao retributivismo

Diferentemente da literatura científica tradicional, especialmente da alemã, que declarava as teorias retributivistas (referidas majoritariamente como “teoria absoluta da pena”) como ultrapassadas, acientíficas,

<sup>9</sup> Aqui está embutida uma crítica ao constitucionalismo positivista do Tribunal Constitucional Federal, da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), cf. Greco, 2018b, p. 196; cf. também Greco, 2013, p. 13 e ss.

primitivas etc. (Roxin, 2006, § 3 nm. 7; Stratenwerth; Kuhlen, 2011, § 1 nm. 14), Greco as leva a sério e procede a uma crítica nuançada. Diferencia e analisa o “velho” retributivismo kantiano e hegeliano (Roxin; Greco, 2020, § 3 n. 3), o “novo” ou “renascente” retributivismo da Escola de Leipzig, capitaneada por E. A. Wolff, Kahlo, Zaczyk, Kleszczewski (Roxin; Greco, 2020, § 3 n. 6a), bem como as multifacetadas teorias do retributivismo do moderno pensamento anglo-saxão, especialmente Michael Moore (Greco, 2012, p. 263 e ss. cf. Teixeira, 2019, p. 36 e ss).

Destacamos duas objeções centrais ao retributivismo:

a) A assimetria entre a força normativa da proibição da punição do inocente e o comando de punição do culpado – a primeira não é só mais forte, mas qualitativamente diferente, de natureza de todo diversa da segunda. O comando de punição do culpado não retém força normativa suficiente para justificar a existência da pena, do sistema criminal, com todos seus custos e inconvenientes (Greco, 2012, p. 275).

b) O retributivismo tende ao moralismo jurídico. O moralismo pretende punir toda ação imoral ou injusta, mesmo que essa ação não produza consequências externas negativas. Como a razão de ser do retributivismo, de maneira geral, é punir por razões de justiça – e não de utilidade –, seguir esse plano conduziria a uma teoria da criminalização antiliberal, essencialmente moralista (Greco, 2012, p. 278).

### 3.2.3 Crítica às teorias da prevenção especial e da prevenção geral positiva

A crítica às teorias da prevenção especial e da prevenção geral positiva foca, grosso modo, nos seus respectivos aspectos antiliberais:

a) Em relação à prevenção especial positiva, que vê como razão da pena a necessidade de melhoramento, de ressocialização do sujeito, Greco (2009, p. 446 e ss) obtempera que o Estado (liberal) não é legitimado a educar, melhorar ou corrigir o indivíduo pela força. Garantir condições humanas à execução da pena, que permitam o condenado a retornar em segurança para a sociedade, é desiderato que deve, como é óbvio, ser buscado pelo Estado, mas não constitui a razão central a *justificar* a cominação e aplicação da sanção criminal. Por sua vez, a finalidade de proteger a sociedade do criminoso (perigoso), subjacente à prevenção especial negativa, é incompatível com um direito penal do fato. Constitui, em verdade, tarefa do direito das medidas de segurança, que encerra uma outra sorte de razões justificadoras e de requisitos de aplicação (Greco, 2009, p. 449 e ss).

b) Segundo a teoria da prevenção geral positiva, a que goza de maior prestígio na literatura jurídico-penal, ao menos na discussão alemã, no que toca à cominação da pena, a função da norma de sanção ameaçadora é sublinhar o valor da norma de comportamento para a sociedade, transmitir à coletividade o valor do bem jurídico protegido pela norma penal. No que diz respeito à finalidade da infligência da pena, esta, conforme Roxin, cumpriria basicamente três funções: a) função socio-pedagógica de aprendizagem: por meio do funcionamento da justiça penal “pratica-se a fidelidade ao direito” junto à população; b) função de confiança: os cidadãos podem ver que o direito se impõe; c) função de “satisfação” ou “alívio” (Befriedigung): a consciência jurídica geral tranquiliza-se e o conflito com o infrator é visto como resolvido (Roxin, 2006, § 3, nm. 27). Alguns códigos, como é o caso do português (art. 40, n. 1) parecem até mesmo acolher no plano da lei essa finalidade.

Percebe-se que a prevenção geral positiva, diferente da teoria da prevenção negativa que se dirige a infratores potenciais, tem como destinatário precípua o cidadão fiel ao direito, a coletividade dos cidadãos respeitadores da lei. É justamente contra isso, contra uma “pedagogia” geral por meio da pena, que se volta a crítica de Greco. O que pretende a teoria da prevenção geral positiva é algo inaceitável na tradição do liberalismo, em face da necessária separação entre os terrenos do direito e da moral: coagir cidadãos dotados de autonomia a enxergarem ou introjetarem determinados valores éticos. O infrator, quando se lhe impõe a pena, figuraria como mero instrumento desse projeto pedagógico (Greco, 2009, p. 396 e ss, 457 e ss). Para o liberalismo jurídico-penal, a norma proibitiva delimita esferas jurídicas de liberdade, mas não se põe a contorcer moralmente cidadãos desajustados ao padrão.

### 3.2.4 Fundamentação da prevenção geral negativa: releitura da teoria da coação psicológica de Feuerbach

A proposta de Greco consiste em uma reabilitação da teoria da prevenção geral negativa, por meio de uma releitura da teoria da coação psicológica de Feuerbach, formulada ainda no final do século XVIII. A teoria da prevenção geral intimidadora, em sua feição moderna, tal como delineada por Greco, afasta-se do psicologismo feuerbachiano

para ganhar um caráter essencialmente normativo. Não se trata mais de transmitir o temor da sanção, mas apenas de oferecer ao cidadão uma *razão prudencial* adicional para que ele observe a norma de comportamento.

Em geral, o cidadão possui distintos motivos para respeitar a lei penal. Ele pode observá-la, por exemplo, por apreço aos valores protegidos por ela e/ou por simples respeito à autoridade do direito. No entanto, apesar de que se possa crer que essa seja a realidade da maioria das pessoas, nem todas são guiadas por esses tipos de razões “simpáticas” aos valores dominantes na sociedade ou à ordem jurídica. E, como dito acima, em uma ordem liberal, o Estado não pode coagir os cidadãos a se motivarem dessa maneira. Todavia, o que o Estado pode, ou melhor, é obrigado a fazer, já que tem o dever de proteger os cidadãos de eventuais ataques de seus concidadãos, é oferecer uma razão meramente instrumental, uma razão de prudência, para motivar o indivíduo a ater-se dentro dos limites impostos pela ordem jurídica. Esta razão é justamente a de *evitar a própria punição*. Ao final, o cidadão permanece livre para “escolher” o motivo de sua fidelidade à lei penal: por zelo aos valores e bens protegidos, por respeito à autoridade do direito ou por puro egoísmo, senso de autopreservação, prudência etc. (Greco, 2009, p. 357). O Estado não escrutinará essas razões, desde que elas não se materializem no ilícito realizado.

À propalada crítica que se faz à teoria da prevenção geral negativa, nomeadamente a de que ela levaria a um sistema de penas draconianas, Greco (2009, p. 281 e ss) tem uma resposta natural, decorrente da estrutura dualista de sua filosofia do direito penal. A “intimidação racional” é apenas uma razão consequencialista para a cominação da pena. Outras razões não consequencialistas, como a proporcionalidade e a humanidade das penas, constituem antes barreiras (deontológicas) que devem limitar e modular a persecução do fim legítimo de prevenção geral por meio da ameaça de pena. Essa estrutura argumentativa também explica a crítica à fundamentação consequencialista do princípio da legalidade em Feuerbach – pai da conhecida expressão *nulla poena, nullum crimen sine lege* –, que conduz à construção de uma legalidade como “valor intrínseco”, e não derivado, que expressa imprescindível parte integrante do processo de “civilização e domesticação do exercício de poder” (Greco, 2009, p. 266 e ss). Uma vez mais, vê-se a imponderabilidade entre o categórico e o hipotético.

Em relação à *finalidade da inflição da pena*, Greco basicamente segue a tese de Feuerbach, segundo a qual a imposição da pena concreta serve para confirmar a seriedade da ameaça da pena. Uma ameaça que nunca se realiza não há de ser levada a sério, é uma ameaça vazia, uma promessa vã (Feuerbach, 1808, p. 50, 57; Altenhain, 2002, p. 327; Greco, 2009, p. 420-421). Seria como o pai que promete pôr o filho de castigo por cada travessura e nunca o faz: para o filho, o castigo não é uma realidade e, por isso, ele não se deixa intimidar por ele. Dessa forma, a justificação da inflição da sanção permanece intimamente relacionada com o fim justificante da ameaça da pena. Para a teoria da prevenção geral intimidadora, o mecanismo de proteção do direito penal dá-se primordialmente por meio da ameaça da pena, sua inflição é reclamada apenas quando a ameaça fracassa. O resultado de um direito penal exitoso é não ter que aplicar concretamente nenhuma sanção (Altenhain, 2002, p. 328).

A resposta, que se espera de uma teoria dualista da pena, para a questão acerca da razão deontológica que justifica a pena *perante o indivíduo*, é de matiz eminentemente liberal. A legitimação da punição em face do infrator – ou seja, a resposta à pergunta por que o infrator pode ser usado legitimamente em prol dos objetivos preventivos do direito penal – ancora-se fundamentalmente no princípio da culpabilidade. O sujeito que infringiu a norma de comportamento sabia que a sua conduta acarretaria a punição prevista na lei penal. Ele, portanto, podia evitar a pena e, de certa forma, nela “consentiu”.<sup>10</sup> A justificação da punição frente ao condenado repousa, portanto, na ideia de autonomia, de responsabilidade pelos próprios atos. (Greco, 2009, p. 491 e ss)<sup>11</sup> Como será exposto logo à frente, dessa tese desdobram consequências concretas para o conceito material de culpabilidade e para a resolução de questões dogmáticas pertinentes.

<sup>10</sup> O consentimento (*Einwilligung*) é a figura empregada por Feuerbach, Anti-Hobbes, p. 223, para fornecer a razão jurídica (*Rechtsgrund*) da inflição do mal da pena. Embora o conceito de consentimento não possa ser empregado com exatidão no contexto da pena, porque em última análise a punição ocorre forçosamente, mesmo contra a vontade do infrator, ele pode ser entendido de maneira mais geral ou figurada e, portanto, no sentido proposto no texto. Sobre isso, com mais detalhes (cf. Greco, 2009, p. 487). Ver também (Nino, 1980, p. 197 e ss; *idem*, 1983, p. 289 e ss).

<sup>11</sup> Nesse sentido também (Pérez Barberá, 2014, p. 32 e ss).

### 3.3 Consequências dogmáticas

As reflexões sobre o mal da pena e suas possibilidades de justificação, como deve ser uma ciência do direito penal (liberal) que mereça ser levada a sério, não podem permanecer no plano abstrato da discussão filosófica, mas sim devem “descer” e impactar ao nível das questões dogmáticas concretas. Nada mais do que o célebre programa metodológico de Roxin exposto em seu livro (traduzido para o português pelo homenageado há mais de 20 anos) “Política criminal e sistema jurídico penal” já prenunciava. Luís Greco “executa” esse programa exemplarmente, ao seu próprio estilo. Cumpre-nos, neste mofino espaço, apenas mencionar algumas poucas (mas, relevantes) consequências de ordem dogmáticas decorrentes de sua teoria (dualista) da pena.

A ideia de culpabilidade como consentimento na pena implica uma redefinição do *objeto da consciência da ilicitude*, questão relevante para o erro de proibição. Consciência da ilicitude não é, como defende a doutrina dominante (incluindo Roxin), consciência da mera antijuridicidade do comportamento, mas sim *consciência da punição* (Greco, 2009, p. 487 e ss).

O conceito de pena, fundado na ideia de intervenção em direitos inatos, tem impacto direto na dogmática das causas de justificação. A resposta de Greco (2018a, p. 678 e ss) à controvertida questão, sobre se no direito à *legítima defesa* a (des)proporcionalidade entre os bens em jogo guarda alguma relevância, baseia-se em uma sensível diferenciação: em princípio, o exercício do direito à legítima defesa não exige observância da proporcionalidade dos bens jurídicos; ataques a direitos subjetivos inatos – vida, integridade corporal, liberdade de locomoção – conferem ao agredido um direito de defesa irrestrito (por exemplo, posso matar, desde que isso represente meio necessário, para evitar ser mantido em cárcere privado); agressões a direitos adquiridos, não inatos (ex.: propriedade) exigem a observância de certa proporcionalidade entre os bens jurídicos em jogo para o exercício da legítima defesa.

Com base na mesma premissa, ligada à sua teoria da pena, Greco (2022, p. 11 e ss) propõe uma nova teoria do *estado de necessidade justificante*, até então dominado pela teoria do “interesse preponderante” de estrutura conspicuamente consequencialista. A principal tese de Greco (2022, p. 55 e ss), ancorada no seu (novo) conceito de pena, reza: direitos inatos não podem ser objeto de sacrifício no estado de necessidade (agressivo). Não estranha que – como o primeiro subscritor deste artigo pôde sublinhar em sua tese doutoral (Leite, 2019, p. 182 e ss) – os direitos em jogo no chamado *estado de necessidade exculpante* (ou desculpante) no § 35, StGB, sejam precisamente os direitos inatos suprimidos pela pena; nessa situação-limite, o cidadão já está prestes a perder o que pena pode lhe retirar, e essa consideração, derivada do conceito de pena do homenageado, é capaz de enriquecer sobremaneira a dogmática do estado de necessidade.

Outra sensível consequência da teoria da pena desenvolvida por Greco manifesta-se na discussão sobre a *responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Além de secundar a já conhecida crítica que denuncia a contradição entre a punição da pessoa jurídica e o princípio da culpabilidade (Greco, 2019, p. 59; Roxin; Greco, 2020, § 8, nm. 63b), Greco demonstra que os embaraços relativos à responsabilidade penal da pessoa jurídica se reconduzem a uma questão anterior, mais fundamental: a (im)possibilidade de impor uma pena *strico sensu* à pessoa jurídica (Roxin; Greco, 2020, § 8, nm. 63c). Pessoas jurídicas não possuem direitos inatos, elas são realidades institucionais, cujos direitos e deveres são construídos pela ordem jurídica (Greco, 2015, p. 671). Segundo, as tradicionais sanções contra pessoas jurídicas não são penas, segundo o conceito adotado, nem mesmo se fossem dirigidas a pessoas naturais – multas (não conversíveis em prisão), proibição de contratar com o poder público etc. (Greco, 2015, p. 672). Logo, a aplicação de uma “pena” a uma pessoa jurídica, que importa em imputação de culpa a terceiro, não é, da perspectiva dos direitos da própria pessoa jurídica, um problema. No entanto, como Greco (2019, p. 77) afirma, falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui um “precedente enganoso de reconhecimento de pena sem culpabilidade”. A punição, em sentido criminal, da pessoa jurídica ameaça, portanto, prejudicar o direito penal individual, abalando sua base ético-jurídica, construída ao longo de séculos; não é coincidência que nos países que praticamente inauguraram a tendência político-criminal de responsabilização de pessoa jurídica conhecem-se figuras próximas à responsabilidade objetiva (pena sem dolo ou culpa), como a *vicarious liability* (Roxin; Greco, 2020, § 8, nm. 63c).

## 4 O mal do crime

A questão acerca do que pode constituir um crime conecta-se, naturalmente, com a teoria da pena. Um crime, distintamente de um ilícito administrativo ou contraordenacional, é um comportamento de tal qualidade e gravidade que justifica privar, pelas mãos do Estado, o ser humano de sua liberdade (Greco, 2018b, p. 206). A criação de um crime autoriza o Estado a suprimir um direito inato, anterior à própria formação do Estado.

Naturalmente, tal consideração genérica não responde à questão sobre quais predicados deve ter um comportamento que o permitam qualificá-lo como crime. Seria natural pensar que Greco, como aluno direto de Roxin e Schünemann, dois dos mais célebres defensores da teoria do bem jurídico, aderisse integral e pacificamente a essa teoria. Não é o caso, porém.

Em sua tese de doutorado, Greco (2009, p. 304 e ss) dedica-se a investigar minuciosamente qual teoria da criminalização – a que determina o “quê” ou o mal do crime – melhor atende às exigências do liberalismo jurídico-penal – teoria do dano social, *harm principle*, teoria da lesão de direitos subjetivos ou teoria do bem jurídico. Além de, de certa maneira, relativizar a importância da discussão, apontando para a relevância de outras – como a da distinção entre bem jurídico e estrutura do delito (Greco, 2009, p. 341), Greco (2009, p. 353) acaba por aderir à teoria do bem jurídico por razões “pragmáticas”, nomeadamente por ser a teoria que melhor propicia reconstruir, interpretar e aplicar concretamente os tipos penais.

O que se afigura interessante e, para o nosso propósito, mais relevante é a crítica comum que Greco dirige a todas essas teorias, incluindo a teoria do bem jurídico: elas são insuficientes porque se limitam a apontar para razões consequencialistas, de utilidade, que justificariam a criminalização de determinado comportamento. É preciso, todavia, que essas razões sejam contrapostas ou expostas a um filtro deontológico, a “side constraints” (Nozick, 1974, p. 28 e ss). Há comportamentos que, por mais que possam ser indesejados ou até mesmo danosos, pertencem de tal modo à esfera nuclear de liberdade e privacidade do indivíduo que não podem ser proibidos pelo Estado sob ameaça de pena (Greco, 2009, p. 351). O exemplo clássico é a prática de atos homossexuais em público, que antes constituía crime em determinadas ordens jurídicas: ela não pode ser proibida não porque não lesiona nenhum bem jurídico (e de fato não o faz), mas sim porque pertence à esfera inviolável de liberdade e privacidade do indivíduo. Essa ideia fundamental foi testada e aplicada em vários casos, de questionáveis incriminações, como o *autodoping* (Greco, 2011a, p. 48 e ss), manutenção de casa de prostituição (Greco, 2011b, p. 431 e ss), incesto entre adultos (Greco, 2010c, p. 165 e ss), posse de droga para consumo próprio (Greco, 2010b, p. 84 e ss). Essa consideração fundamental, vê-se bem, tem o condão de interromper a promoção de agendas ocasionais e setoriais por meio do direito penal.

A ideia de proteção, frente ao anseio criminalizador e punitivo do Estado, de um núcleo de liberdade e autorresponsabilidade do indivíduo haveria também, como de se esperar, de impactar na teoria do delito. O melhor exemplo é a teoria da imputação objetiva, a qual Greco (2009, p. 350)<sup>12</sup> procura fornecer adicionais razões de fundamentação e uma nova organização.

## 5 O mal do processo (penal)

Era natural que as convicções liberais tocassem o processo penal, como percurso estatal obrigatório para a aplicação da pena ao cidadão culpado. Aqui, contudo, a pergunta fundamental é outra. Trata-se de uma pergunta prévia: como justificar o processo diante de um inocente? A indagação justifica-se porque, como indicado, também o processo, munido de arsenal bastante intrusivo, consubstancia um mal carente de justificação em face do indivíduo (inocente) e da sociedade (que espera uma explicação oficial quanto à suspeita surgida). Conforme Greco, esse mal é constituído por uma ameaça latente (da pena) e por uma suspeita qualificada que se ergue contra o suspeito ou acusado (Greco, 2015, p. 131). Dessa tese irradiam, naturalmente, diversas implicações, como, por exemplo, para o princípio *nemo tenetur*<sup>13</sup>, para o conceito de coisa julgada material, para a revisão criminal e para várias outras

<sup>12</sup> (*Id.*, 2014a, p. 33 e ss, p. 53 e ss).

<sup>13</sup> Desenvolvendo e fornecendo uma nova fundamentação para a tese (apenas esboçada) de Greco (2015, p. 257, nota de rodapé 948), segundo a qual o princípio do *nemo tenetur se detegere* serve para proteger o inocente, ver a contribuição do segundo subscritor (Teixeira, 2023, p. 73).

questões tratadas na monumental monografia processual do homenageado e em inúmeros artigos científicos. Não nos é possível revisitar cada uma delas, basta-nos citar algumas contribuições que nos parecem centrais e que manifestam as convicções liberais de nosso professor.

Instigante e, à primeira vista<sup>14</sup>, estranha ao léxico liberal, é a investigação sobre “virtudes” ou “ética das virtudes” no processo penal (Greco, 2013b, p. 61 e ss). Em Feuerbach, Greco já afirmara a obrigação do Estado de agir moralmente, ao contrário do cidadão ao qual o Estado não pode (legitimamente) impor nenhum tipo de moralidade. A pergunta posteriormente colocada é se, no âmbito específico e singular do processo penal, não se deve cobrar do Estado não apenas um agir moralmente correto, mas, também, virtuoso, que demonstre certas qualidades como honestidade, probidade etc. A indagação, como sói ser, não é genérica tampouco pedante, senão tem como escopo investigar a essência normativa de certos institutos que se deixam explicar possivelmente apenas com referência a certas características que o Estado deve apresentar na condução do processo penal. Exemplo privilegiado e que constitui verdadeiro *programa de investigação futura* é o pantanoso campo das proibições de prova (Greco, 2018d, p. 485 e ss).

A crítica visceral ao modelo alemão de justiça negociada, plasmada na figura do acordo sobre a sentença (a *Absprache* do § 257c, StPO), decorre também das convicções liberais do autor: um processo desatrelado da ideia de verdade – que deve ser, aqui, bem compreendida –, desvincula-se de certa forma também da ideia de culpa como requisito da pena (Greco, 2016, p. 1 e ss; 2015, p. 168 e ss). A crítica a que o autor submete a ideia de consenso no processo penal é mais profunda e atinge a própria estrutura do processo alemão reformado – que transformou a fase de julgamento em um simulacro, em “jogo de cartas marcadas”. Não teremos espaço para expô-la aqui.

## 6 Síntese

É preciso interromper este passeio. A obra do homenageado – já vasta, ainda que em pleno curso –, é animada por nobre missão: *adiar a morte do direito penal liberal*. As convicções liberais do autor atravessam sua obra, com impressionante coerência, desde as premissas de filosofia moral e do direito até as mais concretas consecuições dogmáticas. Os ventos sopram, é verdade, noutro sentido. A serpente do relativismo produziu banalização dos três males que atormentam o penalista liberal: o *crime*, afinal, será o que o empoderado legislador democraticamente legitimado disser; a *pena* é apenas uma sanção qualquer, ainda que mais intensa, como quer o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; o *processo penal*, por sua vez, não precisa comprometer-se medularmente com a verdade sobre a culpa do acusado. Não é necessária longa digressão para constatar que da banalização dos males a serem justificados resulta uma flexibilização dos *standards* de legitimação; quem não vê um mal, não se apressa em justificá-lo. O direito penal, conspurcado pelo relativismo, perde a sua nota distintiva, sua *singularidade* – para usar a expressão do homenageado. A ideia de que pode haver pena sem culpa, um escândalo para o penalismo liberal, passa a ser cogitável e, mais do que isso, defensável sem enrubescer seu defensor.

Contra esse estado de coisas é que Luís Greco edifica a sua obra – internacionalmente festejada –, o que faz do autor o maior estandarte liberal dessa geração. De fato, abandonadas as convicções liberais últimas, sobrarão muito pouco ao incumprido projeto humanista e o labor especificamente jurídico-penal perderá, em parte, seu sentido. Quando os penalistas do futuro, já quem sabe morto o direito penal liberal, folhearem as pulsantes páginas da obra do homenageado, será como se as páginas gritassem: “Nós tentamos”.

## 7 Referências

ALTENHAIN, Karsten. *Das Anschlußdelikt - Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Anti-Hobbes*. Darmstadt, 1967.

<sup>14</sup> Não há incompatibilidade entre virtude e liberalismo, como apressadamente poder-se-ia supor. O liberal vê apenas problema quando se usam virtudes como argumento para *ampliar* o poder estatal em detrimento do indivíduo (Greco, 2013b, p. 65, n. 23).

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Gießen, 1808.

FRISCH, Wolfgang. Zum Zweck der Strafdrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positive Generalprävention. In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luís (org.). *Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. n. 1*. Berlin: De Gruyter, 2014. p. 55-68.

GRECO, Luís. Fortgeleiteter Schmerz - Überlegungen zum Verhältnis von Prozessabsprache, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur. *Goldammer's Archiv*, p. 1-15, 2016.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO; Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 263-279.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 92, p. 431-457, 2011.

GRECO, Luís. Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del derecho penal. *Indret* 4, p. 1-35, 2010.

GRECO, Luís. Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen. Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 11, p. 475-483, 2018.

GRECO, Luís. Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands. *ZStW*, v. 134, p. 1-96, 2022.

GRECO, Luís. Direito penal para robôs? *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas-acervo/penal-em-foco/direito-penal-para-robos-05112021>.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

GRECO, Luís. Notwehr und Proportionalität. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 665-683, 2018a.

GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal. Quatro estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 53-83.

GRECO, Luís. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia. Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 87, p. 84-102, 2010a.

GRECO, Luís. Sobre a legitimidade da punição do autodoping nos esportes profissionais. Tradução Alaor Leite. In: ROXIN, Claus; LEITE, Alaor; GRECO, Luís. *Doping e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48-85.

GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. Tradução Alaor Leite e Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 82, p.165-185, 2010b.

GRECO, Luís. *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del derecho penal*. Tradução Eduardo Righi e Eugenio Sarabayrouse. Buenos Aires: Hammurabi, 2014.

- GRECO, Luís. Tugend im Strafverfahren. In: ZÖLLER, Mark; HILGER, Hans; KÜPER, Wilfried; ROXIN, Claus (org.). *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension Festschrift für Jürgen Wolter zum 70.* Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 61-85.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER, Beatrice et al. (ed.), *Strafrecht und Verfassung*. Nomos: Baden-Baden, 2013a. p. 13-36.
- GRECO, Luís. Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der „alten“ Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht. In: KRETSCHMER, Bernhard; ZABEL, Benno (org.). *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*. Nomos: Baden-Baden, 2018. p. 175-214.
- GRECO, Luís. Warum gerade Beweisverbot. In: Wolter et al. (org.). *Festschrift für Klaus Rogall*. Berlin: Duncker & Humblot, 2018c. p. 485-515.
- GRECO, Luís. Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung. *ZStW*, v. 135, p. 378-432, 2023.
- HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft. In: TIEDEMANN, Klaus; SIEBER, Ulrich; SATZGER, Helmut; BURCHARD, Christoph; BRODOWSKI, Dominik (org.). *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Baden-Baden, p. 289-306, 2016.
- KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Wiesbaden: Suhrkamp, 1968.
- LEITE, Alaor. *Notstand und Strafe*. Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.
- LEITE, Alaor. Die strafrechtliche Begriffsbildung zwischen Legalität und Moralität. Entmoralisierung des Strafrechts als permanente Aufgabe. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, p. 278-282, 2021.
- NINO, Carlos Santiago. A consensual theory of punishment. *Philosophy & Public Affairs*, v. 12, n. 4, p. 289-306, 1983.
- NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal – una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena: una justificación deontológica de la pena como institución. *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, p. 1-43, 2014.
- ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, p. 565-568, 2009.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Munique: C.H. Beck, 2006. bd. I.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2020. bd. I.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOTTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim (org.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Berlin: De Gruyter, 2001. p. 1-32.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie. In: SCHÜNEMANN, Bernd; VON HIRSCH, Andrew; JAREBORG, Nils (org.). *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996*. Heidelberg: 1998. p. 109-123.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vor § 25. In: *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*. 13. ed. Berlin: De Gruyter, 2020. bd. 2.

TEIXEIRA, Adriano. Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano. *En Letra: Derecho Penal*, Ano IV, n. 7, p. 35-77, 2019.

TEIXEIRA, Adriano. Princípio do *nemo tenetur* e deveres extrapenais de cooperação com o Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 33, n. 1, p. 53-99, 2023.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma teoria da determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

# Fundamentos da culpabilidade e o debate biologicista sobre o livre-arbítrio: o direito penal posto à prova, ou um falso problema interdisciplinar?

## *Fundamentals of culpability and the biologist debate on free will: is Criminal Law being tested, or is it an interdisciplinary false problem?*

Artigo recebido em 14/02/2024 e aprovado em 27/02/2024.

### Frederico Horta

Doutor em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor adjunto de direito penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado criminalista.

### Paulo Romero

Doutorando e mestre em direito penal contemporâneo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

### Resumo

Cientistas como Robert Sapolsky têm questionado os fundamentos do direito penal, vislumbrando sua superação, diante da hipótese de que os atos humanos seriam predeterminados biologicamente. Procura-se responder a tais pretensões, a partir dos fundamentos da culpabilidade e das razões da pena, analisando o sentido ou a dimensão do livre-arbítrio que releva para o direito de punir. Rememoram-se as dicotomias culpabilidade e pena; periculosidade e medida de segurança, na evolução das ideias penais, assim como a importância da autodeterminação para a teoria do delito, notadamente no desenvolvimento do conceito de culpabilidade. São sintetizados os obstáculos que Sapolsky opõe ao livre-arbítrio e as suas propostas para um novo sistema de justiça criminal. Suas ideias são confrontadas com outras perspectivas, no campo das neurociências, sobre o papel da consciência na determinação dos atos e sobre a eficácia da pena como instrumento de controle social. Então, considerando que para a responsabilização dos imputáveis importam mais as condições externas dos seus atos, e que a consciência sobre as consequências desses atos, inclusive sobre a pena, influi na determinação (ainda que biológica) da vontade, demonstra-se a diminuta importância do debate sobre o livre-arbítrio para o direito penal, concluindo-se que tal questão não abala os seus fundamentos.

**Palavras-chaves:** autonomia; culpabilidade; direito penal; livre-arbítrio; neurociência.

### Abstract

*Scientists like Robert Sapolsky have questioned the foundations of criminal law, envisioning its overcoming in light of the hypothesis that human acts are biologically predetermined. This seeks to respond to such claims based on the principles of culpability and the reasons for punishment, analyzing the meaning or dimension of free will relevant to the right to punish. The dichotomies of culpability and punishment; dangerousness and security measures, in the evolution of penal ideas, as well as the importance of self-determination for the theory of crime, notably in the development of the concept of culpability, are recalled. The obstacles that Sapolsky poses to free will and his proposals for a new criminal justice system are synthesized. His ideas are confronted with other perspectives, in the field of neuroscience, on the role of consciousness in determining acts and the effectiveness of punishment as a tool for social control. Therefore, considering that for the reproach of the responsible individuals, the external conditions of their acts matter more, and that awareness of the consequences of these acts, including the punishment, influences the determination (even if biological) of the will, it is demonstrated the minimal importance of the debate on free will for criminal law, concluding that such a question does not shake its foundations.*

**Keywords:** autonomy; culpability; criminal law; free will; neuroscience.

## 1 Introdução

A antiga polêmica sobre a existência ou não do livre-arbítrio ganhou significativo fôlego a partir da década de 1980<sup>1</sup>, (Libet; Gleason; Wrigt; Pearl, 1983, p. 623-642) vindo a notabilizar-se ainda mais, logo em seguida – na chamada década do cérebro (Kaplan; Sadock; Grebb, 1997) –, em razão dos contornos radicalmente novos que lhe foram infundidos pelo progresso das neurociências. Embora o livre-arbítrio varie de dogma a ilusão, entre os filósofos e cientistas, essa expressão geralmente denota uma soberania do indivíduo, exercida por meio da sua consciência, ou a influência determinante desta para a formação da vontade e deliberação sobre o comportamento individual. Quando se questiona a existência do livre-arbítrio, portanto, quer-se saber se as decisões humanas conscientes são mesmo determinadas pela consciência individual, ou se são impostas a ela pelas circunstâncias ou condições biológicas, socioculturais, econômicas, políticas, astrológicas etc. do sujeito. Em outras palavras: somos fadados a determinadas decisões, em determinadas circunstâncias, ou somos livres para mudar de ideia? Pretende-se neste texto avaliar se os recentes achados anunciados pelas neurociências, particularmente aqueles que consideram a inexistência do livre-arbítrio, teriam potencial de abalar os fundamentos da culpabilidade e da pena, ou se justificariam uma superação do direito penal, tal como o conhecemos. Tal avaliação se dará por uma análise crítica da tese elaborada pelo professor de biologia e neurologia da Universidade de Stanford, Robert M. Sapolsky, que questiona a existência do livre-arbítrio e considera que, na falta dele, todo o sistema de justiça criminal haveria de ser repensado.

A análise envolverá três partes. A primeira recapitula a importância e o sentido da ideia de livre-arbítrio, para o direito penal em geral e para a categoria da culpabilidade, em particular, ao longo do tempo (infra 2). A segunda apresenta uma síntese dos argumentos de Sapolsky para negar o livre-arbítrio, bem como das suas propostas de superação do sistema de justiça criminal fundado no binômio culpabilidade x pena (infra 3). Essas ideias são confrontadas com outras teses e propostas de neurocientistas, a fim de traçar um breve panorama do debate sobre o livre-arbítrio e o direito penal, nas contemporâneas perspectivas biologicistas (infra 4). Tem lugar então uma crítica às conclusões de Sapolsky, quanto à relevância para o direito penal das teses sobre a predeterminação biológica das nossas decisões. Demonstra-se que esse debate é irrelevante para a culpabilidade, por seu conceito e fundamentos (infra 5), assim como para as justificativas da pena baseadas na prevenção geral, mas pode trazer subsídios para a função de prevenção especial, observados os limites da pena, da autodeterminação e da autonomia dos indivíduos sobre o próprio corpo (infra 6).

Ao final, conclui-se que a tese apresentada por Robert M. Sapolsky (2021, p. 562-592) – um cientista de invulgar notoriedade na atualidade<sup>2</sup>, cuja produção literária, acessível à grande massa de leitores leigos, também contempla importantes tópicos sobre as relações entre a neurociência e o sistema jurídico-penal – não detém nem a consistência nem o impacto necessários à revolução sistêmica que pretende.

Em termos sintéticos, a atenção dedicada à verificação do livre-arbítrio pelas neurociências ignora que para o direito penal muito mais interessa a capacidade de autodeterminação do sujeito em relação aos estímulos externos do que a sua resistência racional às propensões internas, independentemente de elas virem do cérebro, do estômago ou do pé. Pelo injusto autodeterminado, em regra, o indivíduo é responsável e punível, a bem dos direitos e da autodeterminação dos demais. Afinal, a noção social de responsabilização (d’onde deriva a ideia elementar de

<sup>1</sup> Foi na década de 1980 que os emblemáticos experimentos de Benjamin Libet questionaram, sob perceptível metodologia científica, a existência da liberdade humana; nesse sentido, bem como cf.: LIBET, Benjamin W. “Do we have free will?” *Journal of Consciousness Studies*, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, 1999. Disponível em: <http://pacherie.free.fr/COURS/MSCLibet-JCS1999.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021. No escrito coletivo, Libet descreve pormenorizadamente o experimento; no segundo, o autor elabora importantes revisões a respeito, inclusive destacando o chamado “poder de veto”, ou seja, a atuação consciente sobre o impulso inconsciente detectável de forma antecipada ao movimento corpóreo, no contexto do estado de prontidão. Vide, ainda: LIBET, Benjamin W. *Mind time: the temporal factor in consciousness*. London: Harvard University Press, 2004.

<sup>2</sup> Ilustrativa do impacto de suas teses, inclusive no Brasil, é reportagem de Felipe Espinosa Wang, recente publicada em Tilt (Ciências), do Portal UOL, em parceria com a Deutsche welle (WANG, Felipe Espinosa. Máquinas Biológicas: porque neurologista diz que livre-arbítrio não existe mais. *Tilt/Uol*. 12 nov. 2023. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/ultimas-noticias/deutschewelle/2023/11/12/maquinas-biologicas-por-que-neurologista-diz-que-livre-arbitrio-nao-existe-mais.htm>. Acesso em: 19 jan. 2024).

culpabilidade) nada mais é que contraface da liberdade: portanto, trata-se de um dado “relacional”, cuja sede não está neste ou naquele órgão da pessoa, mas situado “entre” eles.

Por essas reflexões, homenageamos o professor dr. Luís Greco, que com notável êxito tem contribuído para o desenvolvimento de uma ciência internacional do direito penal, comprometida com a autonomia individual, como seu fundamento e finalidade, e consequentemente orientada pelo princípio da culpabilidade e a função de prevenção geral da pena.

## 2 Livre-arbítrio, responsabilidade e pena: das escolas penais à teoria do delito

A culpabilidade é o juízo de reprovabilidade ou responsabilidade do agente por sua conduta típica e antijurídica. Apesar do seu contínuo prestígio formal, ao menos desde o iluminismo, o axioma do *nullum crimen sine culpa* nem sempre angariou uma perfeita uniformidade de âmago, uma vez que a compreensão de seu conteúdo conceitual variou na mesma razão em que se sucederam as diversas correntes teóricas, marcos do pensamento jurídico-penal.

A chamada Escola Clássica italiana, que tinha em Francesco Carrara o seu mais eminente luminar, movida pela racionalidade do método lógico-abstrato (formal e dedutivo), enunciava como seus postulados basilares (*i.e.*, apriorísticos), em primeiro lugar, a compreensão do delito como ente jurídico e, em seguida, o reconhecimento do livre-arbítrio – compreendido como a capacidade de autodeterminação que superiormente distingue o ser humano – como categórico fundamento da pena (entendida como devida retribuição ao ato culpável e moralmente reprovável) (Garcia-Pablos de Molina, 2000, p. 429-4320, cap. VIII). A liberdade humana, compreendida num sentido quase metafísico, como soberania da consciência individual, fulgurava no epicentro do problema criminal, a ser enfrentado pela aplicação da pena, orientada para reprimir e prevenir os fatos violadores do contrato social.

As teorias evolucionistas de Darwin, porém, colocaram em questão o arcabouço jusfilosófico do classicismo jurídico-penal. Também na península itálica, a doutrina dos clássicos foi contestada por argumentos introduzidos pela “Escola Positiva”, denominação coerente com sua arquitetura epistêmica, fundamentalmente edificada a partir da antropologia criminal proposta por Cesare Lombroso, da sociologia criminal formulada por Enrico Ferri e da criminologia concebida por Raffaele Garofalo. O método da nova *scuola* penal passou a ser o empírico-indutivo: o exame dos dados da natureza tomou o lugar dos construtos puramente cerebrinos, razão pela qual o crime passou a ser investigado desde as suas causas.

A ordem social deveria então ser protegida deste e daquele homem concreto, deterministicamente portador de instintos atávicos (predisposição biológica) ou, se não assim, predisposto a insurgir-se gravemente ante aos fatores comunitários que assimilassem como adversos (direção sociológica). As penas deveriam então ceder lugar às medidas de segurança: os mecanismos de defesa social haveriam de recair não sobre o “fato do agente”, mas sobre o “agente do fato”. O delito, pois, passou a ser compreendido tanto como um ente natural quanto como um sintoma da periculosidade do seu autor que, predeterminado por sua natureza ou por seu meio, e nesse sentido desprovido de livre-arbítrio, inexoravelmente praticaria desvios insuportáveis à convivência (Garcia-Pablos de Molina, 2000, p. 438-444, cap. VIII).

As polêmicas resultantes do choque de ideias entre os clássicos e positivistas ensejou o surgimento de tendências ecléticas, destacando-se nesse cenário a *Terza Scuola* italiana, cujos expoentes foram Alimena, Carnevale e Impallomeni. Em lugar de um determinismo puro ou de um livre-arbítrio absoluto, eles propunham um modelo penal dualista, conciliador do uso das “penas” – fundamentadas na ideia de “responsabilidade” – e das “medidas de segurança” – estribadas na noção de “periculosidade”.

A Escola francesa de Lyon, fundada por Lacassagne e representada ainda por Edmond Locard e Gabriel Tarde, embora defensora do livre-arbítrio, condicionava a pena à adequada integração do delincente ao seu grupo social, sem a qual lhe seria aplicável outra medida. Entre as vias ecléticas, destacam-se a jovem Escola Alemã de Política Criminal, ou “Escola de Marburgo”, capitaneada por Franz von Liszt, assim como a Escola de Defesa Social (Garcia-Pablos de Molina, 2000, p. 449-467, cap. VIII).

A Escola da Defesa Social notabilizou-se pelo pensamento radical de Filippo Gramatica, que inadmitia o direito de punir do Estado: “o que se impõe não é sancionar, mas sim ‘socializar’ o delincente; não aplicar ‘pena’ em função do delito cometido, senão aplicar ‘medidas’ de defesa social, preventivas, educativas e curativas de acordo com

a ‘personalidade’ do criminoso”. Essa escola tomou mais tarde a feição de movimento político-criminal, por Marc Ancel, partidário da proteção da sociedade, sobretudo por meio de estratégias extrapenais, “que partem de um conhecimento científico da personalidade do agente e que neutralizam sua periculosidade de forma individualizada e humanitária” (Garcia-Pablos de Molina, 2000, p. 465-467, cap. VIII; Lins e Silva, 2017).

Seja como for, para compreender se há um lugar de destaque ao livre-arbítrio na doutrina penal contemporânea, e em que sentido ele é importante, há que se passar em revista a evolução teórica da categoria jurídico-penal da culpabilidade. Releva distinguir, primeiramente, o pensamento causal-naturalista de Liszt e Beling, “desenvolvido no final do século XIX que, por influência positivista, buscou aproximar os conceitos jurídicos aos dados empíricos” (Galvão, 2018, p. 474). Entre as suas mais marcantes elaborações está a “concepção psicológica da culpabilidade” (Lobato; Greco, 2008, p. 302-303)<sup>3</sup>, que a concebia, desde a perspectiva das ciências naturais, como mero vínculo cognitivo e volitivo entre o agente e o resultado lesivo por ele causado. A culpabilidade limitava-se a uma atribuição psicológica, que vinculava mais (ao nível do dolo) ou menos (ao nível da culpa) o sujeito ao ilícito por ele praticado, de modo que a autodeterminação da vontade não se colocava como questão relevante, mas como uma qualidade pressuposta dos indivíduos imputáveis.

A superação epistêmica do modelo estritamente psicológico de culpabilidade foi fruto dos esforços neokantistas, que ainda no início do século XX<sup>4</sup> estabeleceram uma concepção psicológica-normativa da culpabilidade, assentada sob as bases do positivismo legal. A dogmática penal assume a dimensão jurídica como aquela verdadeiramente apta à fundamentação de seus conceitos, notabilizados por suas substantivas cargas valorativas. A partir de 1907, Reinhard Frank<sup>5</sup> definiu a culpabilidade como um juízo de reprovação eminentemente normativo, emitido pela ordem jurídica em desfavor do agente, por não ter cumprido, em face da normalidade das circunstâncias, com seu dever de atuar em conformidade com o direito.<sup>6</sup> (Galvão, 2018, p. 477).

Ainda na primeira metade do século XX, especialmente no período do pós-guerra, Hans Welzel desenvolveu um sistema teórico de delito fundado numa concepção finalista de ação. Segundo esse modelo, o dolo e a culpa não seriam elementos da culpabilidade, mas sim do próprio injusto típico, pois toda conduta consiste no exercício de uma atividade finalística, dirigida a um objetivo, de modo que a definição legal da conduta proibida incorpora essa sua estrutura ontológica. A consciência da ilicitude é desvinculada do dolo (entendido como vontade dirigida

<sup>3</sup> A teoria psicológica da culpabilidade é sobretudo caracterizada por considerar a referida categoria juspenal como sendo o vínculo psíquico que, exteriorizado sob a forma de dolo ou de culpa em sentido estrito – e sempre desprovido de qualquer conteúdo valorativo –, conecta o sujeito e o resultado por ele produzido. Nesse modelo teórico, do ponto de vista analítico, o esquema conceitual de crime conta com duas partes: uma objetiva, integrada pela tipicidade e pela antijuridicidade, além de outra subjetiva, que acomodava a culpabilidade, cujos elementos eram o dolo ou a culpa, e ainda a imputabilidade. Nesse sentido, cf.: LOBATO, José Danilo Tavares. “Da evolução dogmática da culpabilidade”.

<sup>4</sup> Sobre as fases de elaboração do sistema de direito penal, pode-se dizer, segundo a sintética observação de Bernd Schünemann [“Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal”. In: SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Prólogo 2012, introducción, traducción y notas de Jesús-Maria Silva Sánchez. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2012, p. 20] “que el naturalismo domina hasta el año 1900; el neokantismo, hasta 1930; el irracionalismo, hasta 1945; el finalismo, hasta 1960, y el funcionalismo, que ahora está a punto de lograr un desarrollo impetuoso, quizá en 1990.”.

<sup>5</sup> “Neste modelo teórico, a falta de normalidade das circunstâncias impede a configuração da culpabilidade. Vale lembrar que como Frank não retira o dolo e a culpa de dentro da culpabilidade, a teoria foi chamada de psicológico-normativa. Para Frank, o dolo é avalorado, ou seja, não guarda dentro de si a necessidade da consciência da ilicitude. Em resumo, a culpabilidade de Frank era constituída por: imputabilidade, dolo, culpa e normalidade das circunstâncias”, aduz José Danilo Tavares Lobato (“Da evolução dogmática da culpabilidade”..., p. 304).

<sup>6</sup> A teoria ora referida, de acordo com Fernando Galvão, “também foi enriquecida com as contribuições de James Goldshmidt, o qual, em 1913, estabeleceu distinção entre a norma jurídica, que é de caráter genérico e relaciona-se ao injusto e a norma de dever, que, sendo de caráter subjetivo e individual, diz respeito à culpabilidade. Outra importante contribuição foi prestada por Bertholt Freudenthal, que, em 1922, percebeu a vinculação existente entre a reprovação e a exigibilidade de conduta diversa. Também Eb. Schmidt, em 1967, ofereceu a contribuição para a concepção normativa da culpabilidade, ressaltando que a construção dogmática da culpabilidade não pode olvidar a missão do direito penal, de modo que a exigibilidade de conduta diversa identifica a conduta socialmente danosa que legitima a punição.”. E José Danilo Tavares Lobato (“Da evolução dogmática da culpabilidade”..., p. 305-306) ainda completa: “Mezger, igualmente defensor da linha psicológico-normativa, vê a culpabilidade como um juízo de reprovação da conduta. Contudo a defesa de Mezger de que a conduta é a expressão da personalidade do autor, ou seja, a incorporação de uma consideração caracteriológica à culpabilidade, parece ser não a defesa de uma culpabilidade como juízo de reprovação da conduta, mas sim do autor, não obstante suas afirmativas em sentido contrário. Nesse modelo, a culpabilidade é formada pela imputabilidade, dolo, culpa e a exigibilidade de conduta diversa. O ponto mais interessante nessa teoria psicológico-normativa refere-se ao problema do dolo, que é concebido como *dolus malus*, isso porque a consciência da ilicitude integra o dolo.”.

à realização do fato típico), mas permanece relevante para a culpabilidade, como requisito para a reprovação do injusto dolosamente praticado. E como condição da reprovabilidade, a consciência da ilicitude já não é efetiva ou atual, mas meramente potencial. O sujeito culpável não é apenas o que efetivamente conhecia a norma infringida, mas o que a poderia conhecer.

Entendida então como juízo de reprovação pessoal pelo injusto, a culpabilidade – agora em sua “concepção normativa pura” – passa a ser composta pela imputabilidade (*i.e.*, capacidade de entendimento e de autodeterminação do agente), além da potencial consciência da ilicitude do fato e da exigibilidade de outra conduta em face das circunstâncias do caso concreto.

Para Welzel, o problema do livre-arbítrio comportava tríplice estratificação: 1) o estrato antropológico, correspondente à convicção de que o homem é responsável por seus atos, a partir do reconhecimento da liberdade de decisão racional sobre as suas próprias condutas e ordenação do seu destino; 2) a caracteriológica, na qual se encontra o centro de controle da personalidade e que comanda e planifica o objetivo a ser alcançado com a conduta; por fim, 3) o estrato categorial, fundado na possibilidade de a pessoa dirigir sua vontade finalisticamente (Welzel, 1970, p. 202-210). Significa dizer que o pensamento welzeniano revela a penetração de valorações ético-morais na dogmática penal, sobretudo no âmbito da culpabilidade, pois o juízo de reprovação pessoal que a identifica assume, como bem sintetiza Danilo Lobato, “que o Homem está, enquanto um ser determinado existencialmente para a autorresponsabilidade, em condições de super modelar finalisticamente a dependência causal de seus instintos” (Lobato, 2008, p. 311).

Todavia, e como ressalta Davi de Paiva Costa Tangerino (2014, p. 94-95), o livre-arbítrio como base ontológica da culpabilidade será o alvo principal das críticas posteriores ao finalismo, considerado seu calcanhar de Aquiles, na medida em que o livre-arbítrio não poderia ser provado nem de maneira geral, tampouco com relação a um caso concreto. De fato, as estruturas lógico-reais, vinculadas à ontologia e tal como manejadas por Welzel, já não servem ao direito penal contemporâneo, agora manifestamente ancorado em concepções normativistas.

No caleidoscópio da dogmática penal hodierna, malgrado não sejam as únicas tendências superadoras do finalismo, as concepções funcionalistas de Claus Roxin (voltada às funções preventivas da pena, aos bens jurídicos) e de Günther Jakobs (voltado à manutenção das expectativas sociais de comportamento segundo a norma), de reconhecido protagonismo, interessam à presente análise pela abrangência das suas ideias-chave, que serão retomadas no tópico derradeiro do presente artigo.

No modelo teórico de delito desenvolvido por Roxin (2003, § 19, I, 3-4, p. 792-793), a responsabilidade que fundamenta a pena não se completa com a culpabilidade (entendida como a acessibilidade do sujeito à norma por ele infringida), devendo a ela somar-se à necessidade de punir o injusto, segundo as funções preventivas da pena; razão que estará ausente em casos como os de estado de necessidade exculpante e excesso escusável em legítima defesa.

A disputa sobre o determinismo e a liberdade de decisão do ser humano, segundo Roxin (2003, § 3, 5, “c”, § 49, p. 101-102), não é decisiva para o direito penal. Isso porque para o direito a liberdade de ação é pressuposta como uma regra de tratamento, que não demanda demonstração.<sup>7</sup> Afinal, aos homens e mulheres, em especial aos maduros e psiquicamente saudáveis, é atribuída a liberdade, tal como a igualdade, como premissa e razão de ser

<sup>7</sup> Como explica Victor Gabriel Rodrigues: “O professor de Munique se confessa um agnóstico desconhecedor da existência ou não do livre-arbítrio, mas como, de fato, e pode existir essa acessibilidade normativa [...], o sujeito deve ser tratado como livre. [...]. A suposição de liberdade funciona como imperativo social, [...], tal qual ocorre com a igualdade: [...], assim consegue definir essa suposição de liberdade como uma afirmação normativa que independe de dados empíricos, porém imperativa. [...] E isso, claro, seria a própria tese de Roxin, que vê a suposição de livre-arbítrio como “uma regra do jogo” [...]. Nesse prisma filosófico-jurídico, a realidade deve ser apreendida pelo valor da norma, portanto a liberdade de decisão do ser humano, ontologicamente pensando, pouco interessa. O que importa é que, normativamente, se entende que o ser humano é livre, porque o Estado precisa dessa suposição de liberdade, [...]. As vantagens da presunção seriam, a princípio, estabelecer a visão do homem livre, que sem dúvida assume relevo nas democracias e permite fixar uma série de premissas inclusive para indicar a culpabilidade ou os aspectos preventivos da pena; depois, mais evidente, dispensar a prova empírica da liberdade, que estamos em consenso que é difícil de fazer. [...] Ou seja, no complexo teórico de Roxin não se comprova um ser humano livre, apenas se supõe, porém se confia fielmente que exista uma forma empírica de demonstrar que o indivíduo é capaz de exercer autocontrole, de compreender a norma jurídica e de motivar-se diante dela. A reprovação, para o professor de Munique, é um dado que tem confessadamente algo de empírico, [...]” (*Livre-arbítrio e Direito Penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 222-223).

do próprio direito. A responsabilidade funda-se no reconhecimento de que em condições normais, pessoas normais podem cumprir a norma e, portanto, agir sem intervenção arbitrária sobre os direitos e liberdades dos outros. Essa liberdade atribuída, como condição de responsabilidade, é também condição de eficácia das liberdades igualmente devidas a todos, segundo o direito.

Já para Jakobs (1997, livro II, cap. III, ap. 17, I, 1, p. 566-567), o déficit de fidelidade ao direito, ou de motivação jurídica revelada na prática do injusto é a definição de culpabilidade. A culpabilidade, e pena que ela fundamenta, consistem na indisposição do sujeito para motivar seu comportamento pelas normas jurídicas fundamentais, e pelo conseqüente abalo da confiança social na vigência dessas normas, que tal carência de motivação pode provocar. Essa confiança há de ser contrafaticamente restabelecida pela pena, pois das expectativas de comportamento segundo a norma dependem a manutenção do direito, como sistema social. Nessa perspectiva funcionalista, que confere um viés consequencialista de caráter sociológico à justificativa hegeliana da pena, “a culpabilidade não se orienta por realizar objetivos futuros, mas para reafirmar no presente que o direito penal funciona, contribuindo para estabilizar o ordenamento jurídico (Galvão, 2018, p. 243).

Também para Jakobs (1997, livro II, cap. III, ap. 17, III, b, 23-25 p. 586-587), o debate sobre a efetividade do livre-arbítrio não é relevante para o direito penal, salvo em situações excepcionalmente adversas para a observância da norma, quando o seu descumprimento não é lido como um déficit de motivação jurídica. Em situações normais não importa se é efetiva a liberdade de autodeterminação das pessoas normais, mas apenas a confiança social de que em regra elas se comportarão conforme o direito.<sup>8</sup>

Dessa introdutória explanação sobre a evolução teórica da categoria culpabilidade, e sobre a acolhida ou não da tese do livre-arbítrio, nas diversas escolas penais e nos subseqüentes sistemas teóricos delito, emergem algumas conclusões parciais. A acolhida do livre-arbítrio como elemento compatível com a dogmática penal parece obedecer a um movimento pendular: ora de admissão, ora de rejeição. Contemporaneamente, e para as concepções teóricas dominantes, o livre-arbítrio não é reconhecido como premissa relevante, ou sequer verificável. Por outro lado, tampouco o postulado determinista é taxativo ou cabalmente acolhido pelas concepções contemporâneas dominantes sobre o delito. É que o problema da determinação biológica da vontade ou da soberania da consciência sequer se coloca para a atribuição de responsabilidade penal ou para a necessidade de pena, como adiante se demonstrará.

### 3 Determinismo biológico e “abolição” do direito penal, na obra de Robert Sapolsky

Os famosos experimentos de Libet na década de 1980 foram por muitos tomados como a demonstração de que, em última instância, as escolhas humanas não dependeriam de nossa consciência.<sup>9</sup> Ao referir-se às citadas experiências, Sam Harris observa que “todo o nosso comportamento pode ser ligado a eventos biológicos dos quais não temos conhecimento consciente: isso sugere que o livre-arbítrio é uma ilusão (Harris, 2013, p. 105). Hodiernamente, Gerhard Roth (*apud* Rubia, 2009, p. 15), professor de fisiologia do comportamento na Universidade de Bremen, entende que as decisões para nossos atos procedem do inconsciente, o que quer dizer que apenas temos a impressão de que sabemos o que fazemos. Nessa mesma linha conceitual, o biólogo Robert M. Sapolsky,

<sup>8</sup> Para Jakobs, quem “ha de responder por su motivación defectuosa puede rechazar la intromisión de otras personas em su motivación aduciendo su responsabilidad. El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues, al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización” (*ibidem*, p. 586). De acordo com Víctor Gabriel Rodríguez, em Jakobs o livre-arbítrio seria importante apenas como “metáfora do sujeito livre, porém no sentido de que pode exercer a personalidade, livre de erro, enfermidade ou coação: a pessoa é livre porque é o que ela faz” [pois] “embora creia especificamente em uma perspectiva determinista, Jakobs expressa que o caminho atual das neurociências não influi na tarefa de responsabilização, porque ‘o comportamento conforme a norma não é continuamente preferencial aos indivíduos, por isso mesmo as pessoas são responsáveis pela preocupação à motivação da confiança no direito.’” (RODRÍGUEZ, *Livre-arbítrio e Direito Penal...*, p. 239).

<sup>9</sup> Sobre o paradigma experimental de Libet (bem como suas novas interpretações), com referência às pesquisas desenvolvidas no campo da neurociência do livre-arbítrio, vide CARDOSO, Renato César. “Neurodireito e neurociência do livre-arbítrio: uma revisão crítica e apontamentos para o direito penal”. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 91-120, 2023. Disponível em: <https://ricp.org.br/index.php/revista/article/view/159>. Acesso em: 11 fev. 2024.

em seu famoso e instigante “Comporte-se” [etc.]<sup>10</sup>, traz ao debate um capítulo capaz de “lançar mais gasolina na fogueira” da chamada “crise do conceito de culpabilidade”<sup>11</sup>, ao confessar sua mais profunda aspiração: a abolição do sistema de justiça penal.

Robert Sapolsky (2017, p. 562) abre o citado debate propondo uma ideia que ele próprio reputa situada entre a provocação e a loucura: a abolição da pena, uma vez que – segundo ele – “a neurociência mostra que ela não faz nenhum sentido”. Assim, para Sapolsky, o sistema penal deve ser substituído por outro de bases completamente distintas, dotado de maior solidez científica.

Entre outras teses, não menos extravagantes sobre o direito penal, que desenvolve a partir de seus conhecimentos de biologia, Sapolsky (2017, p. 566) defende que nosso progresso imporia abolir a culpabilidade, e com ela a pena, nos casos penais: “não é culpa dele. É uma doença” Uma ideia tão nova quanto os chafarizes de Ouro Preto!

A propósito do debate sobre o livre-arbítrio, considera que uma explicação biológica das nossas ações comporta três possíveis respostas: a) temos um completo livre-arbítrio; b) não temos nenhum livre-arbítrio; c) há entre esses extremos uma hipótese de meio-termo (“compatibilismo” ou “livre-arbítrio mitigado”). Mesmo reconhecendo a posição compatibilista como a mais aceita, o autor a critica, porquanto ela exige um esquema de “dualismo libertário”, no qual vige a coexistência da alma ao dado biológico, podendo inclusive restringi-lo: haveria, metaforicamente, um “homúnculo” controlando, num painel existente em nosso cérebro, todos os nossos comportamentos.

Sete fatores ou situações são considerados por Sapolsky como obstáculos à existência do livre-arbítrio e, por conseguinte, à tese compatibilista.

Primeiramente a *idade, maturidade dos grupos e maturidade dos indivíduos*, assinalando que jovens têm o córtex pré-frontal ainda em desenvolvimento quanto ao seu potencial regulador emocional e do controle de impulsos, razão pela qual a Suprema Corte dos EUA decidiu, em 2005, ser proibido executar um indivíduo que cometeu um crime antes dos dezoito anos de idade (*Roper versus Simmons*), além do que

[...] nos casos *Graham versus Florida*, de 2010, e *Miller versus Alabama*, de 2012, a Corte destacou que os criminosos juvenis têm maior potencial de reabilitação (por conta de seu cérebro ainda em desenvolvimento), e portanto, banii as sentenças de prisão perpétua sem a possibilidade de liberdade condicional (Sapolski, 2017, p. 570).

Depois, *a natureza e a magnitude da lesão cerebral*: fatores biológicos são relevantes à aferição da capacidade de raciocínio, pois uma lesão cerebral considerável repercute na responsabilidade pela prática de crimes (*v.g.*, grandes danos no córtex pré-frontal, segundo o autor, “são capazes de esmagar o homúnculo”) (Sapolski, 2017, p. 572). Em terceiro lugar, *a responsabilidade no nível do cérebro e no nível social*. Nesse ponto, Sapolsky critica a posição de Michael Gazzaniga, que aceita a natureza puramente material do cérebro e reconhece no livre-arbítrio uma ilusão, mas defende, ainda assim, a responsabilidade pela prática de condutas criminosas, pois ela deve ser examinada em nível social e não individual. Sapolsky discorda, ao dizer que a visão de Gazzaniga padece de uma grave estranheza, na medida em que segundo ela, o homúnculo não existe em cada cérebro, surgindo apenas nas interações dos membros da sociedade.

<sup>10</sup> Cf. nota de rodapé 5, retro. Desde sua primeira edição *Behave: the biology of humans at our best and worst*. New York: Penguin Press, 2017, o livro recebeu excelentes críticas e várias premiações: no Brasil, foi publicado em 2021, sendo igualmente bem recepcionado pelos entusiastas da interface entre direito penal e as neurociências.

<sup>11</sup> A respeito, Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú (*Direito penal*: volume único. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 209) anotam que “se a pena pressupõe a culpa e a reprovação, própria da culpabilidade, se baseia num fundamento impossível de se comprovar, logo a culpabilidade não poderia, cientificamente, servir de fundamento da pena. Essa constatação acarretou aquilo que se pode denominar de crise do conceito de culpabilidade. Isso fez com que alguns autores passassem a buscar outro fundamento cientificamente válido para a reprovabilidade do autor do injusto típico. Diante de tal fato, há quem sustente a incapacidade de a culpabilidade funcionar como fundamento da pena, advogando, simplesmente, que a mesma deve ser utilizada como critério de limitação do poder de punir, ou, com a troca de uma função metafísica – indemonstrável – de legitimação da retribuição por uma função política de garantia da liberdade individual – garantia de que a pena não passará do grau de reprovabilidade do sujeito.”.

Em quarto lugar, o *decurso temporal da tomada de decisão*. Nesse tópico, Sapolsky reconhece que a defesa do livre-arbítrio tem melhor rendimento na análise de decisões lentas e deliberativas; em contrapartida, aduz que nas decisões imediatas, a tese de preponderância dos fatores biológicos leva maior vantagem.

Em quinto lugar, *causação e compulsão*. Para o citado autor (Sapolski, 2017, p. 574), distinguir tais categorias importa, na medida em que “certos comportamentos são mais deterministicamente biológicos do que outros”. Conforme seu exemplo, uma pessoa com delírios esquizofrênicos comete um crime porque uma voz mandou. Alguns tribunais admitem que a voz é uma “causa” que não justifica o crime. Todavia, terá seu crime justificado se ao invés de a uma única voz, uma pessoa obedece à “compulsão” que lhe acomete “desde o momento em que acorda, [fazendo com que ela receba] ordens de coros trovejantes de vozes insultuosas, ameaçadoras e manipuladoras em sua cabeça, junto com cães do inferno latindo e um concerto de trombones tocando bem alto, canções atonais.”

Trata ainda da distinção entre *começar um comportamento versus interromper um comportamento*. Nesse tópico, Sapolsky descreve o “experimento de Libet”, realizado na década 1980, na Universidade da Califórnia. Por meio desse experimento, o citado neurocientista descobriu as relações entre biologia e volição humana, naquilo que chamou de “potencial de prontidão”. Trata-se da tese de que o cérebro decide a execução de um movimento, antes que a pessoa tenha a respectiva consciência. Se tal circunstância é verdadeira, o livre-arbítrio seria uma ilusão, segundo Sapolsky. De todo modo, ele não deixa de ressaltar os fatores de imprecisão do mencionado experimento. Destaca ainda a ponderação de Ramachandran, conforme a qual se, por um lado, podemos não ter livre-arbítrio, por outro, temos a “livre negação” (poder de veto).

Por fim, ao tratar da *inteligência versus esforço*, Sapolsky (2017, p. 576) destaca a importante dicotomia existente no senso popular: “[...] a crença de que a aptidão e o impulso são atributos da biologia, ao passo que o esforço e o ato de resistir ao impulso são incumbências do livre-arbítrio”. Sapolsky menciona por exemplo a tese de James Cantor, de que um suposto dado neurobiológico (anormalidades endócrinas na vida fetal) estaria relacionado à pedofilia. Existiriam, então, causas biológicas (v.g., impulsos sexuais, delírios de ouvir vozes, propensão ao alcoolismo, crises epilêpticas, inteligência inexpressiva) que se contraporiam às “determinações homunculares” (v.g., resistir a agir em face dos impulsos sexuais, resistir a comandos destrutivos, não beber, não dirigir sem a prévia ingestão necessária de remédios, perseverança mesmo diante de quadro fático adverso). Em seguida, o autor (Sapolski, 2017, p. 578-579) pondera: “De todas as posturas de livre-arbítrio mitigado, aquela que atribui a aptidão à biologia e o esforço ao livre-arbítrio – ou o impulso à biologia e o ato de resistir ao livre-arbítrio – é a mais alastrada e destrutiva.” Em seguida, conclui frisando que “ser um molestador de crianças é um produto da biologia tanto quanto ser pedófilo. Pensar de outra forma não é nada mais do que psicologia popular.”

Em seguida, Sapolsky revela sua divergência sobre o tema com Stephen Morse, que defende a ideia de que o livre-arbítrio é compatível com um mundo determinista. Para Morse, “neurodireito” e “neurocriminologia” são apenas “modinhas” derivadas das neurociências (chamada pelo autor de “o determinismo do dia”) que visam abrir brechas, no sistema jurídico, às teses defensivas de isenção de responsabilidade, por ele apelidadas de “síndrome da superalegação do cérebro”. Depois de reconhecer que a neurociência ainda não alcançou um estágio de desenvolvimento que lhe credencia a infalivelmente explicar por que danos cerebrais produzem ou não condutas delinquentes<sup>12</sup>, Sapolsky (2017, p. 580-581), aqui, admite o óbvio: que “[...] ainda não somos capazes de prever muita coisa sobre o comportamento. Talvez em níveis estatísticos grupais, mas não quando se trata de indivíduos.”. Posto isso, o autor (Sapolski, 2017, p. 582) destaca: “A biologia subjacente aos comportamentos que nos interessam é, em todos os casos, *multifatorial* – essa é a tese deste livro.”. Destarte, Sapolsky reafirma que a ciência contemporânea conhece somente uma pequena porção dos fatores biológicos que impulsionam o indivíduo à prática de crimes, razão pela qual ela ainda não detém capacidade de predizer com exatidão toda a sorte dos comportamentos humanos. Por meio de exemplos, o autor frisa que relações como “genes/comportamento”, “testosterona/agressividade”,

<sup>12</sup> Para ilustrar o particular, Sapolsky lança mão de um diálogo hipotético, que bem resume o sentido do tópico, *in verbis*: “Promotor: Então, professor, você nos falou sobre os extensos danos que o réu sofreu no córtex frontal quando era criança. Todas as pessoas que sofreram tais danos se tornaram assassinos múltiplos, como o réu? – Neurocientista *testemunhando para a defesa*: Não. – Promotor: Todas essas pessoas pelo menos se envolveram em qualquer tipo de comportamento criminoso grave? – Neurocientista: Não. – Promotor: A ciência do cérebro pode explicar por que a mesma extensão de dano produziu um comportamento assassino no réu? – Neurocientista: Não.”

“amígdala/agressividade”, e ainda “epigenética/comportamento”, simplesmente não eram cogitadas antes da década de 1990, e somente depois da virada do milênio é que pesquisas a respeito delas passaram a ser algo expressivas do ponto de vista quantitativo.

Sapolsky também compara as práticas do sistema jurídico atual com aquelas exercitadas pela Inquisição, que perseguia epiléticos (diagnosticando-os como possuídos por Satã), mas que, mesmo diante de suas evidentes limitações diagnósticas, torturou/matou estimativamente de cem mil a um milhão de pessoas. Assim, o autor supõe que as futuras gerações ficarão assustadas com nossas falhas científicas e com a arrogância das decisões judiciais que se basearam nelas, a despeito dos males e das injustiças que, irracionalmente, acabam por impor.

Diante disso, Sapolsky lança aquela que, desde a sua perspectiva, seria a pergunta-chave: “O que então pode ser feito?” e, diante dela, apresenta três opções. A primeira delas: não fazer nada com os “criminosos”, deixando-os livres para a prática de seus delitos. Considera, porém, manifestamente descabida essa alternativa, que é precisamente a regra dos Estados de Direito contemporâneos: a de apenas punir o crime já livremente praticado. Depois lança a segunda opção: impedir que os “criminosos” transitem livremente, assim como fazemos, para a evitação de danos a terceiros, como os carros sem freios. Refere-se, como se vê, aos “criminosos” como uma categoria de pessoas determinadas por características biológicas, o que pressupõe também uma concepção natural (e, pois, drasticamente reducionista, do próprio crime). Para uma intervenção preventiva sobre os ditos criminosos, visualiza dois caminhos: a) procurar a reabilitação dos condenados; b) desde que isso não seja viável, segregá-los do convívio social. Por fim, a terceira via consiste em aplicar aquela que o autor designa “punição behaviorista”, em cuja essência está a procura pela evitação da reincidência delitiva.

Postas essas cartas sobre a mesa, Sapolsky (2017, p. 590-591) considera que o ato de punir nos proporciona um sentimento agradável, marcado pela sensação de que somos providos de uma virtuosa superioridade moral: na decisão pela punição “adequada” ocorre uma ativação de sistemas dopaminérgicos de recompensa, razão pela qual, do ponto de vista neuroendocrinológico, a percepção de uma punição que soe justa nos faz sentir bem.<sup>13</sup>

Finalmente, Sapolsky (2017, p. 541-542) conclui dizendo que “se rejeitarmos o livre-arbítrio quando se trata de nossos piores comportamentos, o mesmo deverá aplicar-se aos nossos melhores”: parece, pois, ser impraticável, segundo o ponto de vista do autor, “imaginar de que forma devemos levar a vida como se não houvesse livre-arbítrio. Talvez nunca seja possível nos vermos como a soma de nossa biologia.”

Em síntese, a tese de Robert Sapolsky é de que a admissão do livre-arbítrio apenas pode contar com algum espaço (cuja amplitude é cada vez mais reduzida, em razão dos progressos das neurociências) diante das lacunas cognitivas ainda existentes nas ciências biológicas; portanto e, a rigor, o autor refuta o livre-arbítrio, embora reconheça que, atualmente, chega a ser inimaginável abandoná-lo. Todavia, os obstáculos ao livre-arbítrio que ele elenca não conferem tal amplitude às suas conclusões, pois restringem a refutação do livre-arbítrio a condições neuro-psíquicas peculiares, que já são ou podem ser acomodadas nas categorias da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, como os casos de imaturidade, de lesões cerebrais ou outras anomalias endócrinas, compulsões, especialmente as sexuais, epilepsia, baixa inteligência e propensões comportamentais epigenéticas (Tavares, 2018, p. 423).<sup>14</sup> Em se tratando dos indivíduos conformados ao padrão biológico, os ditos normais, a determinação inconsciente da vontade parece ser reivindicada especialmente nos comportamentos impulsivos, irrefletidos, imponderados. Mas, então, no que

<sup>13</sup> Mostrando toda a ingenuidade e pretensão cientificista da sua concepção, Sapolsky compara as causas biológicas do crime a um defeito desconhecido de um automóvel desgovernado, que não fundamenta uma reprovação moral do veículo, mas sua retirada de circulação, sem a “injusta” pecha de pecador. Em suas palavras: “É claro que o mecânico pode especular sobre a origem do defeito – talvez seja o design a partir do qual o carro foi construído, talvez tenha sido o processo de montagem, talvez o meio ambiente contenha algum poluente desconhecido que de algum modo prejudica seu funcionamento, talvez um dia tenhamos técnicas sofisticadas o suficiente na oficina para distinguir uma molécula essencial no motor que está desregulada –, mas, enquanto isso, consideraremos esse carro maligno. O livre-arbítrio do carro é a mesma coisa que “forças internas que ainda não compreendemos.”. Muitos dos que são visceralmente contrários a essa visão alegam que é desumano enquadrar seres humanos danificados como se fossem máquinas quebradas. Mas, como um ponto final e crucial, fazer isso é infinitamente mais humano do que demonizar tais indivíduos e passar-lhes sermão como se fossem pecadores.”.

<sup>14</sup> Como bem observa Juarez Tavares: “se a neurociência diz que o distúrbio no córtex impede a opção do sujeito de atuar de outro modo, de certa forma admite, *a contrario sensu*, a liberdade de vontade em relação às demais pessoas. Não o fazendo, a neurociência incorre na falácia do naturalismo”.

releva para o direito penal, estar-se-ia a falar de um universo relativamente pequeno de crimes, entre os quais se destacam os sexuais e os caracterizados por violências domésticas.

#### 4 Outras perspectivas neurocientíficas sobre o livre-arbítrio e o direito penal

Neste tópico, ainda fazendo o jogo proposto pelos neurocientistas que aderem às ideias de Sapolsky, partimos de uma afirmação: a (neuro)ciência ainda não refutou de modo categórico o livre-arbítrio, como determinação consciente da vontade, nem tampouco o validou.

De início, impende assinalar que, em 1999, o próprio Benjamin Libet (1999, p. 47-57) publicou um trabalho de revisão aos seus estudos da década de 1980, no qual asseverou, de forma textual, que seus experimentos anteriores não deveriam ser entendidos como excludentes da possibilidade do livre-arbítrio.<sup>15</sup> Nesse novo estudo seu, como destaca Víctor Gabriel Rodríguez (2018, p. 25), “Libet concede maior ênfase à conjectura do *veto* da ação: o cérebro realmente prepara-se para agir antes portanto da tomada de consciência, porém existe a possibilidade de o indivíduo *posteriormente* recusar, de modo consciente, aquela ação anterior e inconscientemente iniciada.”.

Significa dizer: o livre-arbítrio, sondado na textura total do comportamento, pelo menos para Libet (1999, p. 56-57), não é uma ilusão, ou melhor, para ele, o livre-arbítrio possui bons fundamentos científicos no sentido de sua existência e, desse modo, é uma opção epistemológica muito melhor que o determinismo, inclusive porque é a que melhor se adequa com a realidade humana.<sup>16</sup>

Diante desse panorama, um importante corolário impõe-se: todas as pessoas, mesmo em situações que a vida lhes apresenta, quando não estão na condição de sujeitos de testes, vivenciam experiências de veto, especialmente quando lançadas a uma ação de consequências sociais inaceitáveis.<sup>17</sup> (Rodríguez, 2018, p. 25-26).

Em 2004, Benjamin Libet (2004, p. 123-156) publica “Mind Time”, livro no qual há um capítulo inteiro (o de número 4) dedicado ao tema, sob o título “A intenção de agir: existe o livre-arbítrio?”. Tomando como ponto de partida os achados de Libet, sobre a questão da existência ou não do livre-arbítrio, Ramon M. Cosenza (2016, p.

<sup>15</sup> Nas palavras do próprio Libet: “I have taken an experimental approach to this question. Freely voluntary acts are preceded by a specific electrical change in the brain (the “readiness potential”, RP) that begins 550 ms before the act. Human subjects became aware of intention to act 350-400 ms after RP starts, but 200 ms before the motor act. The volitional process is therefore initiated unconsciously. But the conscious function could still control the outcome; it can veto the act. Free will is therefore not excluded. These findings put constraints on views of how free will may operate; it would not initiate a voluntary act but it could control performance of the act. The findings also affect views of guilt and responsibility. But the deeper question still remains: Are freely voluntary acts subject to macrodeterministic laws or can they appear without such constraints, non-determined by natural laws and “truly free”? I shall present an.”

<sup>16</sup> Nas suas conclusões da citada revisão de 1999, aduz Libet: “My conclusion about free will, one genuinely free in the non-determined sense, is then that its existence is at least as good, if not a better, scientific option than is its denial by determinist theory. Given the speculative nature of both determinist and non-determinist theories, why not adopt the view that we do have free will (until some real contradictory evidence may appear, if it ever does). Such a view would at least allow us to proceed in a way that accepts and accommodates our own deep feeling that we do have free will. We would not need to view ourselves as machines that act in a manner completely controlled by the known physical laws. Such a permissive option has also been advocated by the neurobiologist Roger Sperry (see Doty, 1998). I close, then, with a quotation from the great novelist Isaac Bashevis Singer that relates to the foregoing views. Singer stated his strong belief in our having free will. In an interview (Singer, 1968) he volunteered that ‘The greatest gift which humanity has received is free choice. It is true that we are limited in our use of free choice. But the little free choice we have is such a great gift and is potentially worth so much that for this itself life is worthwhile living’.”.

<sup>17</sup> Segundo leciona Víctor Gabriel Rodríguez: “Evidentemente essa ressalva recupera toda a capacidade de o indivíduo decidir seus próprios atos. Ao menos inverte o sentido da equação, para alcançar o mesmo resultado, pois, em lugar de o indivíduo querer sua ação, decide apenas por interromper ou não um processo de agir para o qual o cérebro se prepara, quando sua livre-decisão se transforma em um ato de censura: negativo, diferido no tempo, porém igualmente livre. Por esse motivo, a reinterpretação de Libet é utilizada como baluarte daqueles que defendem a liberdade de ação, os não deterministas, os quais invocam essa revisita do próprio cientista como a sua redenção à lógica de o ser humano senhor de seus atos.” (RODRÍGUEZ. *Livre-arbítrio e direito penal...*, p. 25-26).

114-115) elabora uma precisa síntese, concluindo pela existência de fortes razões para a admissão de um papel importante do processamento consciente no controle das nossas ações.<sup>18</sup>

De fato, não há como negar a presença, no ser humano, da competente base física (*i.e.*, o cérebro) pressuposta às diversas estruturas neuronais correlatas aos processos de tomada de decisões. Conforme assevera o neurocientista V. S. Ramachandran (2014, p. 363),

A moralidade – e seu antecedente necessário, o “livre-arbítrio”, no sentido de antever consequências e escolher entre elas – requer estruturas do lobo frontal que incorporam valores com base nos quais escolhas são feitas por via do cíngulo anterior. Esse traço é visto somente em seres humanos.

Mesmo assim, essa peculiaridade humana não significa exatamente, segundo pontua Matt Ridley (2008, p. 344), a existência, em nós, de um tangível “eu” dentro do nosso cérebro:

[...] há somente um conjunto de estados cerebrais em eterna transformação, uma destilação de história, emoção, instinto, experiência e a influência de outras pessoas – para não falar no acaso. Moral: *o livre-arbítrio é inteiramente compatível com um cérebro primorosamente pré-especificado pelos genes e regido por eles.*

As implicações do debate neurocientífico sobre a existência de uma deliberação consciente sobre os nossos atos também contaram com relevantes contribuições de Steven Pinker e David Eagleman. Segundo Pinker (2004, p. 243), “quando atribuímos uma ação ao cérebro, genes ou história evolutiva de uma pessoa, parece que não mais consideramos o indivíduo responsável. A biologia torna-se o álibi perfeito, o passe para livrar-se da cadeia, o supremo atestado médico.”<sup>19</sup> Diante dessa visão, Pinker (2004, p. 244) considera, sem esconder seu pessimismo, que “[...] a biologia poderia acabar mostrando que somos *todos* inculpáveis”.<sup>20</sup>

Conquanto reconheça, por um lado, que “ainda não temos nada parecido com o livre-arbítrio, e nenhum conceito de responsabilidade que prometa reduzir atos danosos”, o autor também assinala que “explicar um comportamento não é desculpar quem o executou”. É exatamente em razão disso que necessitamos refletir claramente sobre o que pretendemos, enquanto civilização, obter com o conceito de “responsabilidade”, pois “procuramos regular nossa política de punição para que ela seja apenas aplicada às pessoas que *poderiam* ter sido dissuadidas por ela. São elas que ‘responsabilizamos’, que julgamos ‘merecedoras’ de castigo.”<sup>21</sup> (Pinker, 2004, p. 247, 250 e 254).

Em seguida, Pinker (2004, p. 256) sublinha que “[...] na verdade, algumas descobertas sobre a mente e o cérebro realmente poderiam ter um impacto sobre nossas atitudes concernentes à responsabilidade – mas podem requerer uma expansão da esfera de responsabilidade, e não uma contração”, acreditando que a dissuasão pela ameaça da imposição de penas suficientemente severas de acordo com os mais variados graus de capacidade de entendimento seja fundamental para o desate da questão da responsabilidade. De todo modo, sublinhando que não

<sup>18</sup> O citado autor, nesta mesma obra, ensina: “A partir dos trabalhos de Libet, muitos pesquisadores adotaram a crença de que o processamento inconsciente é determinante do comportamento, e passaram a considerar o livre-arbítrio como inconsistente com as descobertas neurocientíficas. Contudo, existem razões para admitir um papel importante do processamento consciente no controle de nossas ações, pois há muitas evidências de sua influência e atuação. É preciso ter em mente, contudo, que essa ingerência se faz de forma mais lenta e indireta, por meio da interação com os processos inconscientes (Baumeister, Masicampo, & Vohs, 2011). Inicialmente, tudo indica que os processos conscientes têm o poder de veto, ou seja, de impedir uma ação antes que ela aconteça (Brass, Lynn, Demanet, & Rigoni, 2013). As próprias experiências de Libet já mostravam que a consciência de provocar um movimento ocorre antes de seu início real. [...] Além disso, o processamento consciente é importante, como vimos, no raciocínio lógico, para a elaboração de explicações e para a integração de informações de modo a chegar a novas conclusões. Sabe-se que, quando precisamos explicar e expor determinado conhecimento ou a solução de um problema, ele é mais bem aprendido, de modo que isso contribui para o comportamento futuro (Baumeister *et al.*, 2011). Existem mesmo evidências de que a função central do pensamento consciente seria a de facilitar a vida social e cultural, em vez de controlar diretamente o comportamento (Baumeister & Masicampo, 2010). Portanto, embora o conceito tradicional de livre-arbítrio seja difícil de sustentar a partir das evidências científicas, o processamento consciente sem dúvida pode influenciar a cognição de diversas e importantes maneiras. O comportamento humano, em última análise, é muito dependente dos processamentos inconscientes mais antigos, que compartilhamos com outros animais, mas decorre também do processamento consciente, que apareceu posteriormente no processo evolutivo, contribuindo para nos tornar uma espécie singular.”

<sup>19</sup> O livro foi publicado originariamente em 2002, nos Estados Unidos, pela Viking Penguin, sob o título “*The blank slate: the modern denial of human nature*”.

<sup>20</sup> Os destaques constam no original.

<sup>21</sup> Os destaques constam no original.

tem a pretensão de resolver o problema do livre-arbítrio, (Pinker, 1998, p. 65)<sup>22</sup> até porque considera-o irrelevante “para preservar a responsabilidade pessoal diante de uma crescente compreensão das causas do comportamento”, Steven Pinker (2004, p. 257) estabelece que, segundo sua compreensão, o tema exige políticas dissuasórias capazes de transmitir a certeza e severidade da mensagem punitiva a todas as pessoas (inclusive psicopatas e aquelas portadoras de genes, cérebros ou históricos de vida problemáticos), embora também seja explícito em frisar que não quer com isso provar “que a dissuasão [seja] o único modo de encorajar a virtude, mas apenas que deveríamos reconhecê-la como ingrediente ativo que faz valer a pena manter a responsabilidade”. Assim e em suma, pode-se dizer que Pinker advoga a manutenção do direito penal fundamentado sobretudo na sua própria capacidade preventiva geral, discordando do abolicionismo proposto por Robert Sapolsky.

David Eagleman (2012, p. 163-206) é outro neurocientista que tem-se dedicado a popularizar, mediante um estilo de linguagem ao mesmo tempo abrangente e acessível, o debate sobre temas jurídico-penais fundamentais. Em seu livro “Incógnito”, ele parece não divergir essencialmente de Sapolsky, pois além de não esconder seu ceticismo em relação ao “livre-arbítrio” e à conseguinte noção de “responsabilidade”<sup>23</sup>, diz: “[...] quando a moderna ciência do cérebro é vista com clareza, é difícil justificar como nosso sistema judiciário pode continuar a funcionar sem ela (Eagleman, 2012, p. 172)”. De todo modo, a posição de Eagleman soa mais moderada que a de Sapolsky, porquanto admite a manutenção do direito penal, apesar de enfatizar que o seu funcionamento já não pode prescindir do concurso das neurociências contemporâneas.

Chama atenção, na tese de Eagleman (2012, p. 182), o fato de ele considerar desimportante o problema do livre-arbítrio para conferir manejo à “culpabilidade”. Por reconhecer, aliás, que o referido problema ainda é acentadamente intrincado, o autor sugere que o livre-arbítrio não pode ser utilizado para fundamentar decisões punitivas. Mesmo assim, seu ponto de vista aproxima-se bastante daquele externado por Steven Pinker, ao asseverar textualmente que: “Ainda vamos punir os criminosos? Sim. Isentar todos os criminosos de culpa não é o futuro nem

<sup>22</sup> Em outra obra, assevera Steven Pinker: “Qualquer causa de comportamento, não apenas os genes, levanta a questão do livre-arbítrio e da responsabilidade. A diferença entre explicar um comportamento e desculpá-lo é um velho tema da argumentação moral, bem expressa no ditado ‘entender não é perdoar’. Nesta era científica, ‘entender’, significa explicar o comportamento como uma complexa interação entre (1) os genes, (2) a anatomia do cérebro, (3) o estado bioquímico deste, (4) a educação que a pessoa recebeu na família, (5) o modo como a sociedade tratou esse indivíduo e (6) os estímulos que se impõem à pessoa. De fato, *cada um* desses fatores, e não apenas as estrelas ou os genes, tem sido importantemente invocado como origem de nossas falhas e justificativa de que não somos senhores de nosso destino. [...] Sem uma filosofia moral mais clara, qualquer causa de comportamento poderia ser considerada solapadora do livre-arbítrio e, portanto, da responsabilidade moral. [...] Ou descartamos toda moralidade como superstição não científica ou descobrimos um jeito de conciliar causação (genética ou não) com responsabilidade e livre-arbítrio. Duvido que a nossa perplexidade venha a ser um dia totalmente dissipada, mas com certeza podemos conciliá-los parcialmente. [...] O jogo da ciência trata as pessoas como objetos materiais, e suas regras são os processos físicos que causam o comportamento por meio da seleção natural e da neurofisiologia. O jogo da ética trata as pessoas como agentes equivalentes, sencientes, racionais e detentores de livre-arbítrio, e suas regras são o cálculo que atribui valor moral ao comportamento por meio da natureza inerente do comportamento ou suas consequências. O livre-arbítrio é uma idealização dos seres humanos que torna o jogo da ética possível de jogar. [...] Desde que não haja uma coerção inequívoca ou uma grave perturbação do raciocínio, o mundo é próximo o bastante da idealização do livre-arbítrio para que tenha sentido aplicar-lhe a teoria moral. [...] E a dicotomia entre ‘na natureza’ e ‘socialmente construído’ revela pobreza de imaginação, pois omite uma terceira possibilidade: a de que algumas categorias são produtos de uma mente complexa projetada para engrenar-se com o que está na natureza.”

<sup>23</sup> “Como não escolhemos os fatores que afetaram a formação e a estrutura de nosso cérebro, os conceitos de livre-arbítrio e responsabilidade pessoal começam a aparecer com pontos de interrogação” (EAGLEMAN. *Incógnito...*, p. 172). Vide ainda: “Embora nossas decisões possam parecer escolhas livres, não existe nenhuma boa prova de que elas realmente o são” (*Ibidem*, p. 175). E de modo ainda mais textual, o autor disserta (*Ibidem*, p. 179): “Pelo que podemos dizer, toda atividade no cérebro é impelida por outra atividade no cérebro, em uma rede complexa e interligada. Bem ou mal, isto parece não deixar espaço para nada *além* de atividade neural – isto é, não há espaço para um fantasma na máquina. Para considerar isto de outra perspectiva, se o livre-arbítrio deve ter algum efeito nos atos do corpo, ele precisa influenciar a atividade cerebral contínua. E para tanto ele deve estar fisicamente conectado a pelo menos alguns neurônios. Mas não encontramos nenhum ponto do cérebro que não seja em si impelido por outras partes da rede. Cada parte do cérebro é densamente interconectada com outras partes – e impelida por elas. E isso sugere que nenhuma parte é independente e portanto ‘livre’. Assim, em nossa atual compreensão da ciência, não podemos encontrar o hiato físico em que encaixar o livre-arbítrio – o causador sem causa –, porque não parece haver nenhuma parte da maquinaria que não siga uma relação causal com outras partes. Tudo o que se declarou até aqui é previsto no que conhecemos neste momento da história, que certamente parecerá rudimentar daqui a um milênio; porém, a esta altura, não se pode ver com clareza como o problema de uma entidade não-física (o livre-arbítrio) interage com uma unidade física (a matéria do cérebro)”. E, mais adiante: “Assim, apesar de nossas esperanças e intuições sobre o livre-arbítrio, atualmente não há argumentos que determinem convincentemente a sua existência” (*Ibidem*, p. 182). Por fim: “Todas estas distinções giram em torno do pressuposto de que temos livre-arbítrio. Mas será que temos? Não temos? A ciência ainda não conseguiu chegar a uma maneira de dizer sim, embora nossa intuição tenha dificuldades para dizer não. Depois de séculos de debates, o livre-arbítrio é um problema científico válido, relevante e em aberto” (*loc. cit.*).

o objetivo de uma compreensão melhor. *Explicação não equivale a isenção*. Não abandonaremos as punições, mas refinaremos o modo como punimos”.<sup>24</sup> (Eagleman, 2012, p. 184).

Assim posta a questão, Eagleman (2012, p. 184) sugere a necessidade de haver “a mudança da culpa para a biologia”<sup>25</sup> e, nesse ponto, sua visão não se distancia daquela enunciada por Sapolsky, pois também reconhece que “embora saibamos que há uma forte relação entre o cérebro e o comportamento, o neuroimageamento ainda é uma tecnologia rudimentar, incapaz de ter peso significativo nas avaliações de culpa ou inocência, em especial nos casos individuais” (Eagleman, 2012, p. 186). Apesar das sutis diferenças passíveis de detecção, *v.g.*, na atividade cerebral de assassinos-condenados e de participantes- controle, o certo é que até agora impera a inexistência de meios diagnósticos individuais, na medida em que as citadas variações somente são mensuráveis no nível coletivo da população pesquisada (Eagleman, 2012, p. 186-187).

Eagleman (2012, p. 187) entende que a “imputabilidade é a pergunta errada a fazer”, pois “não pode fazer sentido que a culpabilidade seja determinada pelos limites da tecnologia atual. Um sistema de justiça que declare uma pessoa imputável no início de uma década e inimputável no final dela não é um sistema em que a culpabilidade tenha um significado claro.”. Assim, para Eagleman (2012, p. 189-190),

[...] o cerne do problema é que não faz mais sentido perguntar: ‘Até que ponto foi por sua *biologia* e até que ponto foi ele?’ A questão não faz mais sentido porque agora compreendemos que ambas são a mesma coisa. Não há uma distinção significativa entre a biologia e a tomada de decisão de uma pessoa. Elas são inseparáveis.

Em face desse assumido contexto, o autor (Eagleman, 2012, p. 190) opina no sentido de que “os criminosos sempre devem ser tratados como incapazes de ter agido de outra maneira”, razão pela qual, para ele, já não faz sentido indagar sobre a culpabilidade, devendo ser a pergunta reputada por Eagleman (2012, p. 190) como a “certa” a seguinte: “o que faremos, *daqui em diante*, com um criminoso acusado?”<sup>26</sup>

Em primeiro lugar, Eagleman (2012, p. 191) considera, naquilo que nomina sistema de justiça prospectivo e compatível com o cérebro, ser mais científica a orientação segundo a qual “as penas de prisão não precisam mais se basear na vingança, mas podem ser calibradas segundo o risco de reincidência.”. Sentenças racionais, para esse autor, devem basear-se em um *insight* mais profundo do comportamento dos acusados, pois

[...] algumas pessoas precisam ser retiradas das ruas por um tempo maior, porque a probabilidade de reincidência é alta; outras, devido a uma variedade de circunstâncias atenuantes, têm uma probabilidade de reincidência menor.<sup>27</sup>

Dito isso e logo após afirmar que mesmo pessoas comprometidas por anomalias cerebrais nem sempre cometerão crimes (“porque os genes e o ambiente interagem em padrões inimaginavelmente complexos”), e que “o comportamento humano sempre continuará imprevisível”, Eagleman (2012, p. 193) assevera que “o Judiciário precisa se tornar prospectivo, principalmente porque não pode mais agir de outra forma.”<sup>28</sup> Sugere a *reabilitação* dos condenados, ao invés de fazer com que eles superpovoem as cadeias. Mesmo confessando saber que o modo pelo qual aquela reabilitação se dá, perpassa por questões éticas delicadas, posto que baseada em abordagens comportamentais, o autor propõe aquilo que designa por “treinamento pré-frontal”. Argumenta que “para ajudar um

<sup>24</sup> Os destaques constam no original.

<sup>25</sup> Vide, a respeito, p. 184 *et seq.*

<sup>26</sup> Os destaques constam no original.

<sup>27</sup> Nesse ponto, o raciocínio do autor soa um tanto obscuro, na medida em que: a) ele mesmo já havia reconhecido que o atual estágio das tecnologias neurocientíficas é impreciso e, por melhor que possam ser, sobretudo se comparados a outras técnicas prognósticas concernentes ao tema da reincidência criminal, ainda assim, não podem oferecer muito mais que meras presunções, as quais, cabe convir, não se compatibilizam de modo ideal com os pressupostos libertários de um sistema penal autenticamente democrático (vide, a respeito, o que escreve, com elogável honestidade, o próprio Eagleman: “[...] os cientistas jamais poderão prever com alto grau de certeza quem reincidirá, porque isso depende de vários fatores, inclusive circunstância e oportunidade. Todavia, é possível fazer boas conjecturas, e a neurociência as fará melhor” – *cf. ibidem*, p. 193). No entanto, “fazer melhor”, em tema de política criminal prisional, não é o bastante: um dia a mais de cerceamento de liberdade impingido a alguém, mesmo que tal privação esteja alicerçada na melhor suposição científica possível, é medida que, a rigor, não se distingue da mais preconceituosa e violenta das arbitrariedades; b) atenuantes e agravantes devem dizer respeito ao fato já praticado e não às características do autor, projetadas para o futuro.

<sup>28</sup> Os destaques constam no original.

cidadão a se reintegrar na sociedade, o objetivo ético é mudá-lo o *mínimo possível*, a fim de que seu comportamento se coadune com as necessidades da sociedade”<sup>29</sup>, pois, ainda segundo Eagleman (2012, p. 195), “o fraco controle dos impulsos é uma característica marcante da maioria dos criminosos no sistema carcerário.”

A proposta de Eagleman (2012, p. 196-198) consiste em implementar uma estratégia de reabilitação caracterizada pela capacidade de dar “aos lobos frontais a prática na repressão dos circuitos de curto prazo”, e com isso cultivar “a reflexão antes da ação”, pois “uma pessoa pode pensar em cometer um ato criminoso, desde que não o coloque em prática”. Em síntese:

[...] o objetivo é dar mais controle às populações neurais que se importam com as consequências de longo prazo. Inibir a impulsividade. Estimular a reflexão. Se um cidadão pensa nas consequências de longo prazo e ainda decide perpetrar o crime, vamos lidar com essas consequências apropriadamente.<sup>30</sup>

Ademais, Eagleman (2012, p. 202) especula “que um dia poderemos basear as decisões de punições na neuroplasticidade”. Na medida em que existem pessoas com cérebros capazes de reagir melhor ao condicionamento clássico (*i.e.*, castigo e recompensa) e outras que, por anomalias várias (psicoses, sociopatias, mau desenvolvimento frontal etc.), são refratárias a mudanças, deve-se estabelecer, segundo a proposta de Eagleman (2012, p. 202), uma crucial diferença no regime de punições, porquanto elas são despropositadas nos casos em que o cérebro do condenado esteja privado da plasticidade compatível às respostas esperadas, em função dos castigos experimentados. Assim,

[...] se houver esperança de usar o condicionamento clássico para efetuar uma mudança no comportamento que permitiria a reintegração social, então a punição é adequada. Se não puder modificar um criminoso condenado de forma útil mediante punição, ele simplesmente deve ser isolado.<sup>31</sup>

Em essência, a proposta de David Eagleman não se distancia radicalmente da proposta de Robert Sapolsky: ambos concordam que em determinadas hipóteses a solução é a segregação social do condenado. Eagleman defende, inclusive, a incapacitação de pessoas cujos cérebros sejam refratários à readaptação social pelo aprendizado, que se revele inviável pela insuficiência de neuroplasticidade. Sapolsky não vai tão longe. Em compensação, conquanto sob o denominador comum do biologicismo neurocientífico, Eagleman defende apenas a supressão do conceito de imputabilidade, enquanto Sapolsky advoga algo muito mais radical e abrangente: a própria supressão do que ele chama sistema de justiça penal, mas que significa o próprio direito penal, tal como o conhecemos.

<sup>29</sup> Os destaques constam no original.

<sup>30</sup> Nesse ponto, a proposta de Eagleman parece considerar apenas um cenário ideal dos centros de reabilitação: a própria capacidade de treinamento dos operadores dessas instituições parece não ser levada em conta. Assim, os prognósticos podem estar sujeitos a falhas graves, com consequências ainda mais desastrosas, tanto para o paciente quanto para a coletividade. Ademais, há três dados que não podem simplesmente passar como não vistos: a) Eagleman inclina-se a não aderir a tese do livre-arbítrio, mas afirma ser possível o controle da vontade por meio do treinamento do “poder de veto”, o que reconduz àquilo que antes havia sido negado; b) o comportamento humano é imprevisível: as condições de treinamento em laboratório não poderão jamais ser um espelho fiel com aquelas que serão enfrentadas no convívio social, consideradas todas as suas inimagináveis particularidades e improvisos; c) por mais que o autor afirme sua preocupação ética em não propor estratégias que se intrometam nos modos de ser da pessoa, ele próprio admite que a sua sugestão visa sim mudar o cidadão o mínimo possível, “a fim de que seu comportamento se coadune com as necessidades da sociedade”. Pergunta-se: quanto é esse mínimo? Qual são as necessidades da sociedade? Qual sociedade é esta? A abertura dessas questões é absolutamente incompatível com um projeto sancionador verdadeiramente libertário, em sentido de máxima realização do princípio democrático.

<sup>31</sup> Sintetizando as diretrizes do que seria seu projeto de política criminal, baseado no correccionalismo neuronal dos “modificáveis”, e da neutralização dos incorrigíveis: Eagleman propõe: “O conceito e a palavra para substituir imputabilidade é modificabilidade, um termo progressista que pergunta: o que podemos fazer a partir daqui? A reabilitação está disponível? Se for assim, ótimo. Se não, a punição de uma sentença de prisão modificará o comportamento futuro? Em caso afirmativo, mandemo-lo para a prisão. Se a punição não for útil, então coloque a pessoa sob o controle do estado para os fins de incapacitação, e não de castigo. Meu sonho é ver uma política social baseada em provas que seja compatível com a neurobiologia, em vez de uma política baseada na mudança e em intuições provavelmente ruins. [...]. A neurociência está começando a arranhar a superfície da questão que antigamente pertenciam ao domínio de filósofos e psicólogos, questões sobre como as pessoas tomam decisões e se elas são verdadeiramente “livres”. Não são indagações despropositadas, mas darão forma ao futuro da teoria jurídica e ao sonho de uma jurisprudência de fundamentação biológica.” (Eagleman, *Incógnito...*, p. 203 *usque* 206).

## 5 Culpabilidade e autodeterminação da vontade

Os avanços das neurociências não podem ser desconsiderados pelas ciências penais. Eles têm potencial de contribuir para as investigações de caráter etiológico dos crimes relacionados a atitudes impulsivas ou violentas individuais, apresentando o fator biológico relacionado à decisão pelo delito. Para o direito penal e sua dogmática, as neurociências prometem fornecer dados e critérios mais precisos de compreensão e avaliação da maturidade e dos transtornos relacionados às capacidades de avaliar a ilicitude da conduta e de orientar-se, autocensurar-se, considerando esse juízo ou simplesmente as consequências jurídicas da conduta ilícita, notavelmente a pena. Quiçá os debates sobre o dolo, em torno da consciência ou co-consciência do fato que o fundamenta, possa também extrair das neurociências argumentos relevantes. Mas os conhecimentos sobre a determinação biológica da vontade, portanto, dos atos humanos, em nada inovam – no máximo turvam, revolvendo impurezas há tempo decantadas – o debate acerca do conceito de culpabilidade ou das funções da pena (Crespo; Calatayud, 2013).

As projeções de abolição ou revolução do direito ou do atual sistema de justiça penal, à medida que avancem as descobertas sobre o funcionamento do cérebro como causa biológica do crime, e a repercussão que alcançaram no ambiente científico contemporâneo, só se explicam por uma visão quase vulgar do direito penal e das funções da pena, por parte dos seus entusiastas. Nada mais – e nada menos – representam, afinal, do que a reedição da mesma cantilena do positivismo criminológico oitocentista, agora com mais sofisticado *background* científico e despojada das teses racistas que marcaram as investigações antropológicas, de Lombroso (2016) a Nina Rodrigues (1957).

Um determinismo biológico, que compreende o comportamento humano como produto inexorável da complexa rede causal do corpo, embora nos pareça muito mais razoável que a crença numa instância autônoma e imponderável a nos governar (a alma, o homúnculo...), é, todavia, tão irrelevante para o direito penal quanto outras teorias igualmente preditivas de comportamentos ou acontecimentos fundados na economia, na política ou mesmo na astrologia. Sua irrelevância não decorre nem do pouco que se sabe sobre essas explicações causais das condutas nem de uma fé inabalável num divino dom humano de dominar o próprio corpo.

Ocorre, simplesmente, que as teses sobre o que faz as pessoas agirem de uma forma ou de outra não abalam o pacto social constitutivo de todo Estado liberal, pelo qual homens e mulheres atribuem-se recíproca e igualmente o direito à autodeterminação, compreendido como exclusão de toda interferência arbitrária (baseada exclusivamente na força) alheia sobre a vida, as decisões e o patrimônio de cada um, assim como a correspondente responsabilidade por toda violação a isso que podemos chamar de esfera de liberdade alheia, ou às condições comuns de realização individual.

Por esse pacto, os normais ou iguais respondem pelo descumprimento da norma (Jakobs, livro II, cap. III, B, 2, 48, p. 598), salvo quando circunstâncias anormais tornam esse ônus desproporcional ou mesmo injustificado. Isso porque as regras sociais fundamentais são estabelecidas para delimitar as esferas de liberdade e, conseqüentemente, de responsabilidade pelo seu extrapolar, nas condições comuns das pessoas e da vida dessas pessoas, e não nas procelas, nas excepcionalidades, como são os transtornos ou as deficiências mentais (condições incomuns internas); ou, ainda, as situações agudas, perturbadoras, como as coações ou outras situações de perigo (condições incomuns externas), que por si sós subvertem a ordem.

Em condições internas e externas normais, as conseqüências do descumprimento da norma estão justificadas perante o seu infrator, por sua decisão autônoma, e perante a sociedade porque a ela importa a norma infringida e, portanto, que ela seja levada a sério, normalmente, em razão dos bens que o seu cumprimento assegura (Greco, 2023, p. 251-252).<sup>32</sup> Se estamos, portanto, diante de um sujeito normal, alguém reconhecido como um igual, não importa para afirmar a culpabilidade, mas no máximo para avaliar o seu grau, se a decisão de descumprir a norma veio de uma reflexão consciente sobre custos (riscos) e benefícios do crime, da sua ideologia política, do desejo sexual ou se lhe foi simplesmente imposta pelo fígado. Se o infrator é só carne e osso ou se há nele uma centelha

<sup>32</sup> Reconhecendo na culpabilidade uma condição necessária, embora não suficiente da punição, em comentário à concepção de Roxin sobre a relação entre culpabilidade e pena, vide a referência.

criadora, a alma que o comanda, não importa para a imputação. Em qualquer caso a decisão pelo descumprimento da norma é dele.

A atribuição de culpabilidade, aqui compreendida como responsabilidade pelo injusto penal praticado, é, então, o ônus do reconhecimento da autonomia, do direito à autodeterminação. Um direito oponível especialmente contra o Estado, a quem não é dado intervir sobre a vida dos cidadãos, senão para impor as consequências previamente determinadas dos seus atos, quando injustos ou prejudiciais a terceiros. Porque as pessoas podem ser quem quiserem (seja por força da alma ou do corpo), só respondem pelo que fazem, suportando as correspondentes consequências legais. Consequências essas que, sendo previsíveis, podem elas próprias ser atribuídas a quem as suporta, como objeto de uma escolha.<sup>33</sup> (Greco, 2015).

A culpa e o castigo, assim, não são as marcas injustas da incompreensão social quanto às causas do crime, mas o preço a pagar pela liberdade, enquanto direito, do seu autor. Se por um lado a reprovação é um peso suportado pelos culpáveis, por outro, ela os liberta da intervenção tutorial de um Estado que pelo indivíduo venha a se responsabilizar. Justamente porque sofremos castigo, estamos livres de ser modificados ou “corrigidos” à força pelo Estado, assim como podemos até mesmo ser autores habituais de crimes, sem por isso estarmos sujeitos ao isolamento definitivo ou outra privação cautelar permanente (Roxin, § 3º, t. I, 5, “c”, 49-52, p. 101-103).<sup>34</sup> Também no regime das penas, porque condicionadas à culpabilidade, estamos a salvo das intervenções preventivas, anteriores à prática de um fato punível, por mais consistentes que possam vir a ser os prognósticos de comportamentos futuros ou juízos de periculosidade.

## 6 O papel da consciência e as funções da pena

Até aqui não se disse tudo, é verdade, sobre a justificativa da pena na eventual falta do livre-arbítrio. O fato de que a culpabilidade não é afetada pelo problema da liberdade de vontade, mas passa ao largo dele, significa “apenas” que a pena está justificada perante o sujeito que a suporta, em condições psicofísicas normais (que fundamentam igualdade de tratamento), independentemente do quanto a sua vontade ou a sua ação sejam biologicamente determinadas. Com isso, já negamos mérito à pretensão de Sapolsky de erigir um direito penal sem culpabilidade: sem rancor, porém também sem limites.

Mas, se concordamos que a culpabilidade não é um fundamento suficiente da pena, embora seja uma condição necessária; se admitimos que a pena (ainda que justa) só tem razão de ser se puder cumprir uma função preventiva dos delitos, então ainda é preciso avaliar se os achados das neurociências poriam em xeque essa função, isto é; a eficácia da pena como instrumento de controle social.

Pois bem, mesmo nos horizontes mais longínquos das neurociências até aqui traçados, as dúvidas de Sapolsky sobre a eficácia da ameaça de pena não vão além dos crimes praticados por impulso ou reação imediata a estímulos externos, quando se questiona o chamado poder de veto. Sapolsky não parece negar a importância da ameaça de pena nas decisões ponderadas, ou seu peso para a adesão de outros agentes, nos crimes praticados em concurso de pessoas (a imensa maioria). A capacidade do controle consciente das nossas ações é, aliás, e, como se viu, reconhecida por outros neurocientistas, como Ramachandran, Cosenza, o próprio Libet em trabalhos mais recentes, e Pinker, este especificamente tratando do poder dissuasório das penas.<sup>35</sup>

Tampouco é negado o papel das cominações penais no estabelecimento de padrões de comportamento ou para as expectativas que permeiam as relações sociais; no planejamento das ações das pessoas, segundo seus

<sup>33</sup> Partindo da combalida teoria do consentimento, de Feuerbach, segundo a qual o cidadão que pratica uma ação legalmente punível, não quer só o crime, mas também “consente”, em sentido normativo (contratual) com a imposição da pena, Luís Greco a revitaliza, na forma de um conceito material de culpabilidade, como “falta de prudência referida à pena”. *“Si el ciudadano, a pesar de que el Estado ha hecho públicas estas razones [referidas à prudência, para observar o Direito] a través de la conminación legal de pena, se decide a violar la norma, entonces lo único que el Estado puede reprocharle es que no fue prudente.”*

<sup>34</sup> Reconhecendo a liberdade como uma regra de tratamento e a culpabilidade como garantia contra intervenções preventivas indeterminadas sobre os cidadãos.

<sup>35</sup> Cf. sessão IV supra, com referências.

objetivos de vida, assim como no estabelecimento dos padrões de gestão de uma empresa e suas estratégias de negócios etc. Com efeito, embora Sapolsky se posicione cético em relação à tese do livre-arbítrio, não refuta peremptoriamente o “poder de veto”, assim como não nega a possibilidade de tomada de decisões deliberadas em contexto de longo prazo (Kahneman, 2012).<sup>36</sup>

Se o debate é sobre a eficácia da ameaça penal para reprimir ações imponderadas, seu âmbito é por demais estreito para se falar em revolução. Parece restringir-se aos crimes violentos e individuais, imediatamente relacionados a estímulos primários, como são o desejo, o ódio, a vaidade, o medo ou a compulsão. Ficam de fora os crimes relacionados às estratégias pessoais, minimamente planejadas ou refletidas, voltadas para atender necessidades econômicas, alcançar objetivos de vida, atender ideais políticos ou ideológicos, ou mesmo responder de forma mais sistemática ou sofisticada àquelas pulsões primárias.

Assim, por exemplo, os crimes econômicos, como sonegação fiscal, manipulação do mercado de capitais, formação de cartel, fraude contra credores, contrabando, lavagem de capitais, violação de marcas, patentes ou direitos autorais; a venda de produtos adulterados, a sujeição de trabalhadores a condições análogas à de escravo; os crimes ambientais relacionados à atividade econômica; o tráfico de drogas, de pessoas e exploração sexual, o comércio ilegal de armas; os crimes de falso, os crimes patrimoniais mais sofisticados, como o estelionato, a apropriação indébita, as fraudes na administração de sociedades, as extorsões; os crimes eleitorais, as campanhas de desinformação, os crimes contra o Estado Democrático de Direito, o terrorismo etc. Também parecem ficar de fora os crimes praticados por omissão; por violação de deveres de agir para controlar perigos ou evitar lesões não diretamente provocadas. A dimensão omissiva do comportamento – o que o sujeito não fez, enquanto comia, namorava, trabalhava ou praticava esporte – é definida ou atravessada por um sentido normativo (o que devia ter feito) e implica um segundo nível de explicação, que pode ter um fator inconsciente, mas que nos casos dolosos tende a envolver a solução consciente de um conflito de interesses, em prejuízo do comportamento devido. Isso para não falar dos crimes culturalmente motivados, que claramente não se explicam por perspectivas meramente biológicas.

Experimentos como o de Libet, sobre a dimensão inconsciente da decisão pelo ato, pouco dizem também sobre os processos decisórios coletivos e, portanto, sobre a decisão de praticar um crime em concurso de agentes, mediada pelo diálogo, argumentação e divisão de tarefas. É claro que no âmbito intersubjetivo também têm influência as propensões biológicas inconscientes dos envolvidos. Mas, a elas se somam outros fatores determinantes, de natureza cultural, intelectual, organizacional, econômica, simbólica, política e inclusive jurídico-sociológica.

Ora, a ameaça ou perspectiva de pena (assim como das medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias; dos custos e efeitos reputacionais da suspeita, acusação ou culpa; bem como dos efeitos extrapenais da condenação) é ao menos mais um fator, que poderá ou não ser levado em conta, de forma decisiva ou não, consciente ou não, refletida ou não, mas que poderá influenciar a decisão, própria e/ou de terceiros, sobre a prática de um crime. Negar tal possibilidade seria ignorar a experiência cotidiana da censura ou submissão do desejo aos imperativos morais, jurídicos, ou em vista de objetivos incompatíveis, como o de emagrecer, para quem se priva de comer doces.

Se processos volitivos são puramente biológicos (e, em última instância, devem ser mesmo), então é porque respondemos biologicamente também a razões morais ou utilitaristas e, portanto, a ameaça de pena pode influenciar as decisões, inclusive sobre apertar ou não um gatilho. A pretensão de explicar todo crime desde uma perspectiva biológica é, portanto, apenas a reivindicação de uma certa gramática ou linguagem; uma perspectiva ou modelo teórico, que não é incompatível nem nega a verdade de outras explicações etiológicas do crime, desde outras perspectivas, de outras áreas do conhecimento.

<sup>36</sup> À propósito, KAHNEMAN, Daniel. Nessa obra, o autor sugere a existência de duas formas de pensar: uma rápida, intuitiva e emocional, além de outra, lenta, deliberativa e lógica. A observação da experiência cotidiana parece que a visão proposta pelo Kahneman é correta: nem todos nossos comportamentos estão subordinados ao curto-circuito, ao improviso, ao estalo, e, com isso, ou o melhor, só por aí, a tese de Sapolsky já encontra um grande, senão uma insuperável barreira para uma validação tão ampla e profunda, segundo ele mesmo propõe quanto ao particular. Seja como for, por contrariar a experiência e compreensão que temos dos nossos atos conscientes e voluntários, o determinismo das neurociências é que tem de ser irrefutavelmente comprovado. E tal comprovação está longe de se impor sem insuperáveis aporias e acérrimas controvérsias. Nesse sentido, cf.: POPPER, Karl. O universo aberto: argumentos a favor do indeterminismo: pós-escrito à lógica da descoberta científica. Organização de W. W. Bartley. Tradução de Nuno Ferreira da Fonseca. 2. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992, p. 44-45.

Uma explicação sociológica para a eficácia preventiva da pena, reconhecida entre os penalistas como teoria da prevenção geral positiva, é o efeito da sua aplicação para reestabelecer contrafaticamente as expectativas sociais no cumprimento das normas fundamentais, ou a confiança geral no modelo de comportamento por elas estabelecido (Jakobs, libro I, cap. I, II, p. 9-19). Com efeito, a observância da norma penal depende, em boa medida, também do reforço do pacto social em torno dela; da confirmação do seu modelo de comportamento como o válido, isto é: como o que se deve razoavelmente esperar dos outros, e como o que os outros razoavelmente esperam de nós. Esse reforço dá-se pela punição do desvio, do crime. Se os efeitos dessa confiança são ou não biologicamente demonstráveis, não sabemos. Mas, a experiência é rica em exemplos de padrões coletivos de comportamento que variam ao sabor da avaliação geral sobre a eficácia de uma norma penal, como as que proíbem a manutenção de casas de prostituição, dirigir veículos sob efeito de álcool ou portar arma de fogo, por exemplo.

Ora, se algumas pessoas são biologicamente menos sensíveis à ameaça de pena do que outras, esse é um problema exclusivo de prevenção especial, que diz respeito à eficácia do direito penal em relação a determinados indivíduos, para coibir certas condutas, em certas situações. E a prevenção especial num Estado liberal, fundado na autonomia e liberdade de consciência, está longe de ser uma razão fundamental do direito de punir. Só pode ser admitida como uma dimensão secundária da função preventiva da pena. Não se pode tolerar na pena coercitiva uma pretensão de transformação ou conformação dos indivíduos, mas, sim, de contenção da reincidência, seja como efeito lógico da restrição expiatória de determinadas liberdades (prevenção especial negativa), seja como uma razão moderadora dessas restrições, visando a reintegração social harmônica do condenado, tendo em vista os limites e obedecendo aos que a lei e a culpabilidade impõem a tal castigo (Roxin, § 3º, t. I, 2, 15-17, p. 87-88).

A pretensão de Sapolsky e outros neurocientistas, de refundar o sistema penal, orientando-o decisivamente para intervenções preventivas sobre os “criminosos,” além de desconhecer a autonomia e a liberdade de consciência, garantida constitucionalmente aos indivíduos responsáveis por seus atos, parte de uma classificação equivocada das pessoas numa categoria supostamente existencial (biológica?), a de criminosos, todavia definida por uma variável independente estritamente jurídica; o crime. Ora, se a definição de um fato como crime decorre da decisão política de reprimir um ou outro tipo de conduta sob ameaça de pena, então não há crime natural, nem pessoas naturalmente criminosas.

O sistema pretendido por Sapolsky parece optar pelo exclusivo exame prospectivo do autor e não propriamente dedicar-se à análise retrospectiva do fato por ele praticado. Essa inversão de tônica, oposta ao princípio da culpabilidade, evoca malsucedidas experiências históricas (*v.g.*, Inquisição e Nazismo, notadamente), o chamado “direito penal do autor”, bem como sua mais recente e radical variação, o “direito penal do inimigo”. Além disso, um sistema punitivo que propende à ênfase nas características da pessoa tende à arbitrariedade e ao excessivo adiantamento das fronteiras punitivas, em nome de uma suposta necessidade preventiva novamente incompatível com o pluralismo democrático.<sup>37</sup>

O que pode existir é uma maior ou menor propensão de alguns, a atuar de determinada forma (eventualmente ilegal) em determinadas situações. Futuras conclusões das neurociências sobre como tornar a proibição penal ou a ameaça de pena mais sensíveis e, assim, potencialmente mais eficazes para certos indivíduos, desde que compatíveis com os postulados da autonomia e da liberdade de consciência, poderão até ensejar modificações legais relacionadas à forma de cominação, aplicação ou execução das penas, como aliás todo avanço da criminologia e da política criminal, mas não impõem – ao contrário do que pretende Sapolsky – a superação da lógica punitiva do sistema de justiça criminal.

<sup>37</sup> Nesse sentido, por todos, *cf.*: GRECO, Luís. “Acerca del llamado penal del enemigo”. Traducción Martín Casais Zelis, revisada por Daniel R. Pastor. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo: B de F, 2006. v. 1, p. 1081-1111.

## 7 Considerações finais

O poder agir de outro modo, ou de atender ao comando da norma, sempre foi e será relevante para a atribuição da responsabilidade que fundamenta a pena. Em termos teórico-conceituais, quem atua sob constrangimento físico ou quem está fisicamente impedido de realizar uma ação devida sequer realiza uma conduta que possa ser considerada criminosa. Já os obstáculos relacionados à capacidade do sujeito de acessar o conteúdo das normas penais e determinar seu comportamento em função delas, ou as situações de conflito, nas quais a atuação conforme o direito é extraordinariamente difícil ou onerosa para o sujeito, são tratados como causas de exclusão ou diminuição da culpabilidade ou da necessidade preventiva da pena.

Justamente nessas situações, que dizem respeito à eficácia da norma e da sua sanção para orientar o comportamento das pessoas, a ideia de livre-arbítrio importa para o direito penal. Mas, esses marcadores da responsabilidade vêm sendo questionados por uma corrente das neurociências, bem representada na obra de Sapolsky, que questiona a autodeterminação num nível mais profundo, o da consciência. Fundamentalmente, têm-se questionado a razão de ser e a eficácia das penas, a partir de conhecimentos cada vez mais avançados sobre o funcionamento do cérebro, os quais tenderiam a confirmar o caráter biologicamente determinado das nossas ações ou, mais precisamente, uma relativa independência entre a decisão de agir e a consciência dos nossos atos.

Esses aportes das neurociências têm revolvido um antigo e rico debate, filosófico e científico, sobre a existência do livre-arbítrio, compreendido como uma soberania da consciência ou da razão individual para determinar as nossas ações, em relação aos nossos apetites, apelos ou condições biológicas. Um debate sobre a distinção e autonomia da mente em relação ao corpo: se haveria uma instância da pessoa, a consciência, com ingerência sobre o corpo (tese não determinista), ou se este é que a determina permanentemente (tese determinista).

Esse debate alcançaria os fundamentos do direito penal porque suas normas e correspondentes cominações de pena falam à consciência, e por meio dela pretendem influenciar as decisões das pessoas sobre os seus atos. Então, na medida em que se questiona o poder da consciência de determinar o sujeito, em questão também estaria a própria eficácia das normas penais. Mas, além de estarmos longe de uma confirmação da tese determinista, controvertida entre os próprios neurocientistas, conforme procuramos demonstrar, aparentemente não se nega, e Sapolsky reconhece, a influência da consciência para o comportamento humano.

Com efeito, ainda que a consciência não seja a instância autônoma das nossas decisões, e provavelmente não é mesmo, certo é que as decisões também se valem dos *inputs* da consciência. Assim, a decisão de sair com um guarda-chuva, numa manhã de sol, em razão da previsão meteorológica de chuva para a tarde. Algumas pessoas tendem a agir de um modo precavido, outras não, e isso independente do quanto são conscientes dos perigos. Mas, é certo que aquela precavida, ainda que biológica ou neurologicamente determinada a sê-lo, só pegará o guarda-chuva se reconhecer conscientemente uma chance de chover. O mesmo se dá com a ameaça de pena. E a mera possibilidade de ela influenciar decisões e estabelecer padrões de comportamento é o quanto basta para justificá-la, como instrumento de controle social.

Mas quando se questiona, para a atribuição de responsabilidade e aplicação de pena, se o autor de um crime podia ter agido conforme a norma e, portanto, de outro modo, interessa apenas se ele estava em condições razoáveis de fazê-lo, ou seja, se ele é “normal” (semelhante; em condições de suportar as mesmas expectativas de comportamento que recaem sobre a generalidade das pessoas) e se as pessoas normais, naquela situação, teriam condições razoáveis de cumprir a norma, comportando-se de forma diversa.

Não interessa se o comportamento conforme a norma, para um sujeito determinado, em determinada situação, era concretamente impossível, por força de uma predisposição ou programação neural dele, anterior e independente da consciência. Como o destinatário da norma penal é o sujeito como um todo, de carne e osso, não importa se há ou não distinção entre o corpo e a mente (consciência), nem de qual dessas instâncias parte a vontade de praticar o crime. Para a atribuição de culpabilidade e imposição de pena importa apenas que essa vontade tenha sido do autor do crime, e não de outra pessoa.

A autonomia da vontade manifestada no ato típico, ou o livre-arbítrio que fundamenta a culpabilidade, significa assim simplesmente uma vontade consciente não determinada por uma pressão externa excepcional, ou

uma decisão livre de tal interferência (própria das coações e demais estados de necessidade). Nesses casos a vontade será autônoma, e nesse sentido livre, independentemente de ser ou não determinada pela consciência.

Da análise dos argumentos expostos por Sapolsky contra o livre-arbítrio, por ele entendido como o que chamaríamos soberania da consciência, verificou-se que o poder de veto da consciência é posto em xeque apenas nos comportamentos impulsivos ou nas reações instantâneas. Com isso, o alcance das novidades das neurociências fica limitado a um grupo relativamente pequeno do universo dos crimes, que reconhecemos principalmente entre os de violência doméstica e sexual, enquanto a influência decisiva da consciência segue reconhecida na imensa maioria dos casos, caracterizados por ações planejadas, complexas, geralmente praticadas com cooperação e divisão de tarefas entre diversas pessoas.

Mas, seja como for, a culpabilidade e a pena pelo crime, ainda quando a vontade de o praticar seja inexoravelmente imposta à consciência, têm fundamento e configuram uma solução preferível ao indivíduo, que a exculpação acompanhada de medida de segurança. Pois só quem responde pelos próprios atos pode ser reconhecido como senhor de si, e conseqüentemente sujeito, livre de ser completamente submetido à vontade e às decisões alheias, ou entregue como objeto aos desígnios do interesse público.

Se a liberdade, como um direito, é garantia pactuada entre iguais, contra a intervenção ou o arbítrio externo, considera-se livre toda conduta não determinada pela intervenção ou decisão de outrem. Isso significa que a realização da vontade não imposta de fora, mesmo que determinada pela constituição biológica do sujeito, é ainda assim manifestação da sua liberdade e autonomia. O custo do direito à autodeterminação é responder completamente por seus atos, ainda quando compreendidos como uma expressão incontornável da sua personalidade ou natureza. Essa é uma condição humana bem expressa na tragédia do Édipo, que se responsabilizando e se punindo pelo incesto escrito em seu destino reconcilia-se consigo mesmo.

A responsabilidade, afinal, é o que confere ao sujeito o *status* de parte do pacto social. A pena, fundada nesse pacto, é o castigo devido, o preço pela violação da regra e, portanto, uma consequência a ser justificada primeiramente em face do indivíduo que a sofrerá, como nos ensina o homenageado, Luís Greco.<sup>38</sup> Por isso a pena é determinada e não pode ir além da culpa. A pena, ao contrário das medidas puramente preventivas, extingue-se ainda que persistam razões para temer a reincidência.

As penas próprias de um Estado erigido em função da liberdade não toleram intervenções corporais, psíquicas, pedagógicas ou religiosas não consentidas, exatamente por estarem fundadas na autonomia e serem a contrapartida dos indivíduos por sua autodeterminação, inclusive da consciência. Esse fundamento político do Estado liberal, de garantia da autonomia individual, encontra no direito penal, da legalidade e da culpabilidade, o seu perfeito e necessário sinalagma. Porque estão sujeitas às penas, as pessoas são livres, inclusive para cometer novos crimes. Para superá-lo, portanto, não bastará desvendar os mistérios da mente humana, mas, abalar o apreço do indivíduo por si mesmo; convencê-lo a relativizar sua própria dignidade.

## 8 Referências

CARDOSO, Renato César. Neurodireito e neurociência do livre-arbítrio: uma revisão crítica e apontamentos para o direito penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 91-120, 2023. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n1p91-120. Disponível em: <https://ricp.org.br/index.php/revista/article/view/159>. Acesso em: 11 fev. 2024.

COSENZA, Ramon M. *Por que não somos racionais*. Porto Alegre: Artmed Editora Ltda, 2016.

<sup>38</sup> Em diversos pontos de sua obra, e notadamente quando, analisando o retributivismo em Kant, demonstra que a proibição de punir o inocente é um imperativo absoluto, que não cede perante a mais forte razão de utilidade social e, portanto, qualitativamente diverso do comando de punir os culpados, que pode ser relativizado por razões utilitaristas, como as acolhidas pelas teorias prevencionistas da pena. (GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 275-276).

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: B de F, 2013.
- EAGLEMAN, David M. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 10. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 2000.
- GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.
- GRECO, Luís. Acerca del llamado penal del enemigo. Traducción Martín Casais Zelis, revisada por Daniel R. Pastor. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DíEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo: B de F, 2006. v. 1.
- GRECO, Luís. Culpabilidade sem retribuição. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 244-257, 2023. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n2p244-257. Disponível em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/164>. Acesso em: 21 jan. 2024.
- GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal: volume único*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.
- HARRIS, Sam. *A paisagem moral: como a ciência pode determinar os valores humanos*. Tradução Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed., corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J.; GREBB, Jack A. *Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. Tradução Dayse Batista. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- LIBET, Benjamin W. Do we have free will? *Journal of Consciousness Studies*, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, 1999. Disponível em: <http://pacherie.free.fr/COURS/MSCLibet-JCS1999.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- LIBET, Benjamin W. *Mind time: the temporal factor in conciousness*. London: Harvard University Press, 2004.
- LIBET, Benjamin W.; GLEASON, Curtis A.; WRIGHT, Elwood W.; PEARL, Dennis K. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential): the unconcious initiation of a freely voluntary act. *Brain*, n. 106, p. 623-642, 1983. Disponível em: <http://www.psiquadrat.de/downloads/libet1983.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramatica*. Disponível em: [http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002212053-beccaria\\_filippo\\_gramatica\\_4.pdf](http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002212053-beccaria_filippo_gramatica_4.pdf). Acesso em: 9 fev. 2024.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: LOBATO, Danilo; GRECO, Luís (coord). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 293-320.
- LOMBROSO, Césare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2016.

- PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- PINKER, Steven. *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- POPPER, Karl. *O universo aberto: argumentos a favor do indeterminismo: pós-escrito à lógica da descoberta científica*. Organização W. W. Bartley. Tradução Nuno Ferreira da Fonseca. 2. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1992.
- RAMACHANDRAN, V. S. *O que o cérebro tem para contar: desvendando os mistérios da natureza humana*. Tradução Maria Luíza X. de A. Borges. Revisão técnica Edson Amâncio. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- RIDLEY, Matt. *O que nos faz humanos: genes, natureza e experiência*. Tradução Ryta Vinagre. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre-arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t. 1.
- RUBIA, Francisco J. *El fantasma de la libertad: datos de la revolución neurocientífica*. Barcelona: Crítica, 2009.
- SAPOLSKY, Robert M. Biologia, sistema de justiça criminal e (ora, por que não?) livre-arbítrio. In: SAPOLSKY, Robert M. *Comporte-se: a biologia humana em nosso melhor e pior*. Tradução Giovani Salimena, Vanessa Barbara. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 562-592.
- SAPOLSKY, Robert M. *Behave: the biology of humans at our best and worst*. New York, Penguin Press, 2017.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Prólogo 2012, introducción, traducción y notas de Jesús-Maria Silva Sánchez. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2012.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- WANG, Felipe Espinosa. Máquinas biológicas: porque neurologista diz que livre-arbítrio não existe mais. *Tilt/Uol*. 12 nov. 2023. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/ultimas-noticias/deutschewelle/2023/11/12/maquinas-biologicas-por-que-neurologista-diz-que-livre-arbitrio-nao-existe-mais.htm>. Acesso em: 19 jan. 2024.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Traducción del alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez y Prof. Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

# A curiosa proposta de transferência da jurisdição para o Ministério Público: reflexões críticas sobre a interpretação alternativa do art. 385 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>

## *The curious proposal to transfer jurisdiction to the Public Prosecutor's Office: critical reflections on the alternative interpretation of art. 385 of the Code of Criminal Procedure*

Artigo recebido em 09/03/2024 e aprovado em 02/04/2024.

### Ronan Rocha

Doutorando em direito pela Humboldt Universität zu Bearlin. Mestre em direito pela UFMG. Juiz de direito em Minas Gerais.

#### Resumo

O art. 385 do CPP autoriza o juiz a proferir sentença condenatória em ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. Esse comando legal tem sido cada vez mais criticado por alguns doutrinadores, que sustentam uma interpretação alternativa segundo a qual o juiz não poderia proferir sentença condenatória após o parecer do Ministério Público pela absolvição. O presente artigo analisa os principais argumentos suscitados pelos defensores da tese em questão. Em seguida, são explicitados argumentos desconsiderados no debate acadêmico, situados nos planos constitucional e legal. Ao fim, concluir-se-á pela falta de amparo jurídico da tese analisada.

**Palavras-chaves:** absolvição; acusação; independência dos poderes; parecer jurídico; Poder Judiciário; processo penal; valoração da prova.

#### Abstract

Article 385 of the Criminal Procedure Code authorizes the judge to hand down a conviction in unconditional or conditional criminal actions, even if the Public Prosecutor's Office has given its opinion in favor of acquittal. This legal command has been increasingly criticized by some scholars, who support an alternative interpretation according to which the judge could not hand down a conviction after the Public Prosecutor's Office has given its opinion in favor of acquittal. This article analyzes the main arguments put forward by the defenders of the thesis in question. It then presents arguments that have been disregarded in the debate, both constitutionally and legally. Finally, it concludes that the thesis analyzed lacks legal support.

**Keywords:** acquittal; accusation; independence of powers; legal opinion; judiciary; criminal procedure; evaluation of evidence.

## 1 Introdução

Recebi, com alegria, a notícia da preparação de edição especial da Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em homenagem ao professor doutor Luís Greco, atualmente catedrático de direito penal e processo penal da Universidade Humboldt, de Berlim. A homenagem é mais do que merecida. Nenhum nome brasileiro é tão conhecido mundialmente no meio jurídico quanto o homenageado. Falar de sua genialidade, conhecimento

<sup>1</sup> A equipe editorial da Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região informa que este artigo foi originalmente publicado em: <https://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/168>. Sua temática faz parte de pesquisas em homenagem a Luís Greco, conforme anunciado no site do TRF1.

enciclopédico e criatividade seria um truísmo, pois todos que se dedicam ao estudo do direito sabem das admiráveis e raras virtudes intelectuais do homenageado. Eu gostaria de aproveitar esse espaço para destacar dois pontos relacionados ao professor Luís Greco. O primeiro é a inigualável generosidade com que ele sempre recebeu quem procura o seu auxílio, o que antecede a sua ascensão a cátedras na Alemanha. Mesmo enquanto estudante e assistente científico em Munique, ele sempre reservou tempo para auxiliar quem dele necessitava, o que inclui o autor deste artigo, então estudante do mestrado. A sua cátedra em Berlim, já há algum tempo, é referência para quem pretende pesquisar direito penal e processo penal no exterior. Apesar de seu tempo cada vez mais escasso, o homenageado consegue proporcionar generosa acolhida aos pesquisadores visitantes. Um segundo aspecto que gostaria de salientar é o dado de que, embora o homenageado tenha várias relevantes publicações sobre processo penal, dentre elas uma monumental tese de habilitação sobre teoria do processo penal e coisa julgada material, essa obra em particular, diferentemente das publicações relativas ao direito penal, ainda não encontrou a merecida ressonância entre nós. As reflexões contidas neste artigo foram desenvolvidas sob a decisiva influência da teoria do processo penal concebida pelo homenageado, na esperança de que sua obra ilumine o debate nacional e diminua a polarização que se identifica nesse ramo do direito.

A atribuição de dizer o direito consiste na atividade precípua do Poder Judiciário desde que concebido. Recentemente, contudo, tem crescido na doutrina brasileira uma posição que coloca em xeque esse dogma do direito. A pretexto de modernizar nosso processo penal, tem-se defendido uma questionável releitura do art. 385 do CPP<sup>2</sup>, segundo a qual, uma vez requerida a absolvição pelo Ministério Público, seria vedado ao juiz proferir sentença condenatória.<sup>3</sup> A controvérsia situa-se apenas no âmbito das ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação, na medida em que nas ações de iniciativa privada, a ausência de pedido de condenação pelo querelante é causa de extinção da punibilidade pela preempção, conforme prevê o art. 60, III do CPP combinado com o art. 107, IV do CP.

Nosso objetivo neste estudo é analisar criticamente os argumentos apresentados para sustentar essa tese, dentre eles, especialmente, a suposta inconstitucionalidade (ou melhor, a não recepção) do referido dispositivo legal, apenas recentemente descoberta. Além disso, serão trazidos para o debate alguns pontos problemáticos da orientação sob exame, os quais não são enfrentados por quem a defende.

Ingressar nesse debate é imprescindível, não apenas pela relevância dogmática do tema, que toca em questões fundamentais do Estado de Direito, mas também pela sua importância prática, na medida em que a tese, embora não tenha convencido nem o STJ<sup>4</sup> nem o STF<sup>5</sup>, tem sido suscitada com frequência na praxe forense.

Procederemos da seguinte forma: inicialmente (Tópico 2), analisaremos criticamente os principais argumentos apresentados para sustentar a releitura do art. 385 do CPP. Em seguida (Tópico 3), trataremos a lume várias questões que são desconsideradas no debate e que têm aptidão para ensejar a rejeição da tese criticada.

## 2 A tese criticada e seus fundamentos

Vários argumentos tentam conferir suporte à tese que veda a condenação quando formulado pedido absolutório pelo Ministério Público. Para facilitar a exposição, denominaremos essa tese de interpretação alternativa do art. 385 do CPP, em contraposição à interpretação tradicional, que nunca afirmou o caráter supostamente autoritário do referido comando legal, nem viu ofensa aos princípios regentes do processo penal, tampouco à Constituição

<sup>2</sup> Código de Processo Penal, art. 385: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

<sup>3</sup> Adotam a orientação criticada, dentre outros: Badaró (2017, p. 544); Bedê Jr. e Senna (2009, p. 32); Calabrich (2017, p. 133 e ss); Garcia (2017); Gloeckner e Leonel (2021, p. 251 e ss); Lopes Jr. (2012, 2018a); Nicolitt (2012, p. 527-528) e Prado (2006, p. 116 e ss). Um panorama didático da orientação criticada é fornecido por Gonçalves e Goulart (2021).

<sup>4</sup> REsp 2.022.413, DJe 07.03.2023; AgRg no REsp 1.850.925, DJe 22/10/2020; REsp 1.521.239, DJe 16/03/2017; HC 152.128/SC, DJe 21/2/2013; HC 137.322, DJe 23/05/2011; HC 106.308, DJe 21/09/2009; HC 84.001, DJ 07/02/2008; REsp 738.550, DJ 18/12/2006.

<sup>5</sup> HC 185.835, DJe 17.08.2020; AP 976, DJe 13.04.2020; HC 69.957, DJ de 25/03/1994.

da República.<sup>6</sup> Os argumentos identificados no debate foram catalogados e separados em argumentos centrais (abaixo, 2.1) e periféricos (2.2), conforme a frequência com que são invocados e o potencial de convencimento de que são dotados para sustentar a tese em análise.

## 2.1 Argumentos centrais

### 2.1.1 Ofensa ao princípio acusatório

O fundamento da tese sob exame que parece ser mais recorrente é o de que o juiz, quando condena após o requerimento de absolvição do Ministério Público, violaria o princípio acusatório.

Uma resposta a esse argumento pode ser oferecida independentemente de um posicionamento na controvérsia sobre a essência do princípio acusatório, isto é, se ele é determinado pela separação das funções de acusar e de julgar<sup>7</sup> ou pelo critério da gestão da prova a cargo das partes. Em qualquer dessas orientações, o fundamento em análise não consegue chegar ao fim pretendido, ou seja, demonstrar a ofensa ao princípio acusatório, pois o juiz, quando *julga*, não *acusa*, simplesmente diz o direito, realiza a sua atribuição precípua. Ao julgar a demanda, o juiz não oferece denúncia, nem, de outra forma, dá início ao processo penal, não formula nenhum tipo de pretensão processual, não altera a imputação feita ao réu, não busca novas fontes de provas, nem outra modalidade de atividade investigativa, tampouco age de ofício<sup>8</sup>, já que a acusação que lhe é submetida à apreciação já foi apresentada pelo Ministério Público na denúncia. Quando profere sentença condenatória nesse cenário, o juiz apenas desempenha a sua função institucional, dá ao caso a resposta estatal, atribuição que ele realiza há séculos, incontestadamente. Ainda que se adote o critério da gestão da prova como revelador da essência do princípio acusatório, novamente o argumento examinado mostra-se falho, já que o juiz não assumiria a gestão da prova ao condenar o acusado contrariamente ao requerimento de absolvição do Ministério Público em alegações finais; o juiz unicamente julga o caso.

A essa mesma conclusão chega Mauro Andrade, no mais profundo estudo sobre o processo acusatório realizado entre nós. A partir de vários exemplos históricos e depois de identificar as características fixas, nucleares, do processo acusatório, ele conclui que “o sistema acusatório não obriga o seu juiz a cegamente obedecer a um pedido de absolvição proveniente do acusador, ou determinar a extinção do processo em razão de sua desistência” (Andrade, 2013, p. 277).

Os defensores da tese sob exame, ante a inviabilidade de derivá-la diretamente do conceito de princípio acusatório e da ausência de exemplos históricos que lhe confirmam suporte, tentam robustecer o argumento relativo à ofensa ao princípio acusatório com fundamentos adicionais.

Assim, é dito, por exemplo, que o Ministério Público, ao requerer a absolvição, “retiraria a acusação”<sup>9</sup> ou a pretensão processual. Esse argumento, também frequente, desconsidera, contudo, que o Ministério Público não obteve autorização do legislador para tanto. Não lhe é permitido *retirar* a acusação, conforme revela a inteligência do art. 42 do CPP.<sup>10</sup> Retirar a acusação significa, em última análise, dela desistir. A opção pela expressão *retirar a acusação* é clara *fraude de etiquetas*, vocacionada a contornar a vedação legal. Apesar das sucessivas reformas da legislação processual penal, o referido dispositivo legal continua em vigor por opção legítima do legislador, que,

<sup>6</sup> Nesse sentido, dentre outros: Espínola Filho (2000, p. 158-159); Garcia (1945, p. 512 e ss); Gonçalves e Goulart (2022); Jardim (2005, p. 123); Lima (2020, p. 1.453); Malan (2018, p. 694); Marques (2003, p. 34), segundo o qual “[...] em nada influi, na conclusão da sentença o pedido de absolvição por parte do Ministério Público [...]”; Nucci (2011, p. 729 e ss); Oliveira (2011, p. 646); Oliveira e Fischer (2017, p. 810-811); Tornaghi (1983, p. 179) e Tourinho Filho (2012, p. 1.051).

<sup>7</sup> Aguilera Morales (2008, p. 76); Andrade (2013, p. 265); Armenta Deu (1995, p. 40, 2012, p. 35, 42); Goldschmidt (1925, p. 243); Greco (2015, p. 398-399); Grinover (1999, p. 71 e ss); Roxin e Schünemann (2017, p. 77), Volk e Engländer (2018, p. 172).

<sup>8</sup> A atuação de ofício do juiz não é necessariamente vedada pelo princípio acusatório, que não torna o juiz um espectador absolutamente passivo do processo (Andrade, 2013, p. 238-239, 260; Cordero, 2006, p. 101; Greco, 2015, p. 81, com várias ulteriores referências; Grinover, 1999, p. 71 e ss). A origem do equívoco está na transposição de características do processo adversarial para o processo acusatório. Os conceitos *acusatório* e *adversarial*, contudo, são distintos e não são intercambiáveis. Sobre a distinção, cf. Armenta Deu (2012, p. 42); Goldstein (1974, p. 1016); Grinover (1999, p. 71 e ss); Valdez (2016, p. 349 e ss) e Vogler (2005, p. 129, 2008, p. 181).

<sup>9</sup> Assim Badaró (2017, p. 548) e Bedê Jr. e Senna (2009, p. 32).

<sup>10</sup> Código de Processo Penal, art. 42: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

embora tenha ampliado o espaço para a atuação consensual no processo penal, não aboliu a vedação da desistência da acusação. Assim, de acordo com a legislação em vigor, quando não cabíveis os benefícios da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução processual penal, uma vez oferecida a denúncia, não está o Ministério Público autorizado a desistir da acusação. Goste-se ou não dessa solução, ela é a que está em vigor e a ela devemos obediência por força dos princípios do Estado de Direito<sup>11</sup> e da legalidade.

É defendida, nesse contexto, uma leitura distinta do art. 42 do CPP, no sentido de que o legislador vedou a desistência da ação e não do processo (Gloekner; Leonel, 2021, p. 273), o que teria como consequência apenas a proibição de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia quando preenchidos os requisitos legais; exercido e exaurido o direito de ação com a denúncia, não vedaria o legislador a desistência do processo.

A proposta não convence. Em primeiro lugar, porque ela subverte o significado do termo desistência, empregado expressamente pelo legislador. A desistência pressupõe a realização inicial de uma atividade ou o exercício de um direito e seu ulterior abandono. Logo, a desistência da ação pressupõe o prévio exercício do direito de ação. Desistir do direito de ação antes de exercê-lo, como sustenta a interpretação sob exame, é conceitualmente impossível. Nessa hipótese, existe a *renúncia* ao direito da ação, já que, na renúncia, abre-se mão de um direito antes de exercê-lo. Os conceitos de desistência e renúncia não se confundem e são empregados distintamente pelo legislador. Exemplos disso não faltam no ordenamento em vigor.<sup>12</sup> Assim, a interpretação sob exame transforma o vocábulo *desistir*, empregado pelo legislador, em algo substancialmente diverso, a saber, em *renunciar*. Todavia, como se sabe, não é lícito ao intérprete subverter o sentido das expressões empregadas pelo legislador.<sup>13</sup> Além disso, a interpretação em análise adota distinção que não foi acolhida em seu rigor conceitual pelo legislador. A diferenciação entre ação e processo, embora correta do ponto de vista teórico, não foi seguida fielmente pelo legislador.<sup>14</sup>

O art. 42, portanto, permanece em vigor e deve ser interpretado como sempre o foi: continua vedado ao Ministério Público desistir da acusação apresentada em juízo, qualquer que seja a etiqueta que se dê a essa desistência (retirada, desaparecimento da acusação ou da pretensão processual, “não exercício da pretensão acusatória”) (Lopes Jr., 2012, p. 364) ou expressões quejandas. Essa interpretação, além de fiel à legítima opção do legislador, é harmônica com o Código de Processo Penal, que prevê, em seu art. 576, outra limitação à liberdade de atuação do Ministério Público ao subtrair-lhe a possibilidade de desistir de recurso que tenha interposto.

Podem ser identificados no debate, ainda, argumentos no sentido de que as alegações finais que contêm requerimento de absolvição formulado pelo Ministério Público fariam desaparecer (Lopes Jr., 2012, p. 364) ou esvaziariam a acusação ou a pretensão processual.<sup>15</sup> É dito também que o réu não teria do que se defender.<sup>16</sup> O

<sup>11</sup> Cf. Hesse (1995, p. 87). A necessidade de respeito às decisões do legislador é salientada também pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão). V. BVerfGE 122, 248 (268). Cf. também Rüter (2014, p. 96, 98).

<sup>12</sup> Desistência voluntária prevista no art. 15 do CP, que pressupõe o início da execução; desistência de recurso interposto (art. 576 do CPP), que pressupõe, obviamente, o exercício efetivo do direito de recorrer; renúncia ao direito de queixa, que se dá não depois, mas antes de oferecida a queixa; distinção entre renúncia e desistência do direito à herança; desistência (CPC, art. 485, VIII) da ação no processo civil, somente viável depois de exercido o direito de ação etc.

<sup>13</sup> Cf. Alexy (1995, p. 85, 89 e ss) e Maximiliano (2003, p. 84 e ss). A lição do Tribunal Constitucional Alemão sobre o tema (BVerfGE 118, 212 (234)) é esclarecedora: “Os tribunais não têm permissão para, na interpretação de uma lei que não seja ambígua em termos de sua redação e significado, dar-lhe um sentido contrário ou redefinir fundamentalmente o conteúdo normativo de uma prescrição (BVerfGE 90, 263 [275]).”.

<sup>14</sup> Várias passagens do CPP comprovam isso. Começamos pela admissão de que cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido prossigam *na ação* em caso de morte do ofendido ou quando judicialmente declarado ausente (art. 31 do CPP). Note-se que, de acordo com a distinção criticada, segundo a qual a ação se esgotaria com o oferecimento da denúncia ou queixa, seria o caso de o legislador referir-se ao prosseguimento *do processo*. O legislador, todavia, empregou a formulação “direito de [...] prosseguir *na ação* [...]”. A mesma forma de expressar-se foi empregada pelo legislador no art. 36 do CPP (“[...] prosseguir *na ação* [...]”). Raciocínio idêntico aplica-se aos arts. 92, *caput* e 94, em que o legislador prevê a suspensão do “curso da ação penal”; ao art. 111 (“[...] andamento da ação penal”); 268 (“[...] em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente [...]”); 337 (extinção da ação penal); 564, III, *d*, (“a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação”), todos do CPP. Como se pode facilmente perceber, o legislador não se referiu à ação somente no sentido de direito de ação, exercido mediante o oferecimento da denúncia ou queixa. Assim, nada leva a crer que o comando do art. 42 do CPP veda apenas a renúncia ao direito de ação.

<sup>15</sup> Gloekner e Leonel (2021, p. 274 e 269), respectivamente. Assim também Badaró (2017, p. 548), segundo o qual “[...] não há conteúdo a ser julgado pelo juiz [...]”.

<sup>16</sup> Próximos: Bedê Jr. e Senna (2009, p. 33), que questionam de qual alegação final o réu se defenderia.

passo seguinte desses argumentos é o de que o juiz exerceria “o poder punitivo sem a necessária invocação” (Lopes Jr., 2012, p. 364) e que não haveria “o que a autoridade judiciária julgar [...] quiçá impedindo o exercício da jurisdição” (Gloeckner; Leonel, 2021, p. 269 e 274).<sup>17</sup> Por conseguinte, o juiz condenaria, sem acusação ou sem pedido (Badaró, 2017, p. 547-548; Gloeckner; Leonel, 2021, p. 269 e 273; Lopes Jr., 2018a, p. 13).

Os argumentos são semelhantes e partem da premissa comum de que a acusação deixaria de existir com o parecer ministerial pela absolvição. A premissa, contudo, é uma indisfarçável tentativa de contornar a vedação do art. 42 do CPP, motivo por que não pode ser considerada correta. Além disso, não há base epistêmica nem jurídica para sustentar-se que a acusação desaparece, já que, para tanto, seria imprescindível eliminar do mundo fenomênico a denúncia oferecida pelo Ministério Público, o que não é possível, já que, não fosse ela, o procedimento não chegaria à fase de julgamento. A acusação, consubstanciada pela denúncia, existe e não pode ser desconsiderada.<sup>18</sup> Assim, se o Ministério Público em alegações finais opina pela absolvição do réu porque, por exemplo, não examinou com atenção os autos e não considerou elementos de prova suficientes para a condenação, isso, naturalmente, não retira do réu o objeto de sua defesa, definido na denúncia.

É interessante notar que os fundamentos apresentados não são levados adiante de forma consequente. Se o regime jurídico das manifestações processuais do Ministério Público tivesse o conteúdo defendido pela corrente criticada, o parecer de segundo grau favorável à absolvição, emitido no bojo de recurso de apelação contra sentença condenatória, também afastaria as alegações finais de primeiro grau e vincularia o Tribunal, que seria compelido a dar provimento ao recurso para absolver o réu. Como essa consequência do argumento não é postulada, pode-se facilmente suspeitar de que há algo de equivocado com o argumento, suspeita que é corroborada quando ele é confrontado com a legislação em vigor.

Argumentos desse jaez comprovam o nosso diagnóstico de que a tese promove a transferência da jurisdição ao Ministério Público.<sup>19</sup> A única explicação para *não haver o que o juiz julgar* ou para o suposto impedimento do exercício da jurisdição, considerando que até então não foi prolatada sentença, seria a prévia extinção do processo por ato do Ministério Público. Como a extinção do processo pressupõe, de acordo com a teoria do processo<sup>20</sup> e com o direito em vigor<sup>21</sup>, sentença, *quem julgaria a demanda penal seria o Ministério Público*. Pela simples via interpretativa, propõe-se a transferência da atribuição precípua do Poder Judiciário ao Ministério Público. O que é esvaziado aqui não é a pretensão processual, mas a atribuição constitucional nuclear do Poder Judiciário. Voltaremos ao ponto na sequência. Não podemos deixar de registrar que, *a pretexto de levar adiante o princípio acusatório, a interpretação criticada acaba por fazer justamente aquilo que o princípio acusatório combate, isto é, a reunião das funções de acusar e de julgar*. É alarmante que não se veja (ou não se queira ver) essa contradição.

### 2.1.2 Ofensa ao princípio do contraditório

Um segundo argumento central na construção da tese criticada é a ofensa ao princípio do contraditório quando o juiz profere sentença condenatória, apesar do requerimento de absolvição formulado pelo Ministério Público (Garcia, 2017, p. 1.064; Lopes Jr., 2018b, p. 917; Prado, 2006, p. 116 e ss). O fundamento dessa alegação reside na ausência de fatos controversos e da apresentação de argumentos pelo Ministério Público dos quais o réu possa se defender. Assim, o réu seria surpreendido com os argumentos constantes da sentença, os quais não teriam sido

<sup>17</sup> Assim também, como dito, Badaró (2017, p. 548), para quem “[...] não há conteúdo a ser julgado pelo juiz [...]”.

<sup>18</sup> Corretamente, nesse sentido, Jardim (2005, p. 123).

<sup>19</sup> Com a mesma avaliação: Rogério Schietti, em voto no REsp 2.022.413: “[...] transmutando o órgão acusador em julgador” e Pinto (2005, p. 18).

<sup>20</sup> Armenta Deu (2012, p. 242); Cintra, Dinamarco e Grinover (2011, p. 316), além de Roxin e Schünemann (2017, p. 425), que falam de resolução da instância.

<sup>21</sup> CPC, art. 316: “A extinção do processo dar-se-á por sentença.” (Brasil, 2024b, Parte Geral, Livro VI, Título III, art. 316). Embora esse mesmo raciocínio seja aplicável ao processo penal, a matéria não foi tratada com o desejável rigor técnico, já que, por vezes, o legislador processual penal refere-se a *decisões* mediante o emprego do vocábulo *sentença*, como nos arts. 373, II, e 564, III, f, ambos do CPP; assim como prevê a extinção do processo por decisões interlocutórias mistas. Nada disso, contudo, afasta a crítica de que a interpretação alternativa do art. 385 do CPP promove a extinção do processo por simples requerimento do Ministério Público.

objeto de debate entre as partes (Gloeckner; Leonel, 2021, p. 266 e ss).<sup>22</sup> O argumento sugere que é pressuposto da sentença a manifestação efetiva das partes sobre todos os possíveis fundamentos da sentença e que, apenas nessa hipótese, seria respeitado o princípio do contraditório.

Essa interpretação do princípio do contraditório não pode ser correta. Se lançarmos nossos olhares além dos nossos horizontes, constataremos que, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem decidido que o direito ao contraditório exige que somente possam ser considerados como fundamentos da decisão judicial matéria de fato ou resultados probatórios em relação aos quais tenha sido dada *oportunidade* às partes de sobre ele se manifestarem.<sup>23</sup> Note-se que, de acordo com essa linha interpretativa, o contraditório não exige efetiva manifestação das partes, mas *oportunidade de manifestação*. A doutrina alemã não discrepa. Schmidt (1964a, p. 194) assinala que o direito ao contraditório é assegurado, no sentido do art. 103 1 da Lei fundamental, quando o participante do processo teve *oportunidade* de manifestar-se em tempo hábil antes da decisão do Tribunal.<sup>24</sup> Krehl (2010, p. 1.057) enfatiza que o princípio do contraditório significa conceder *oportunidade* para manifestar-se sobre o objeto do processo, a fim de que se exerça influência sobre o processo. Kühne (2015, p. 183), por sua vez, registra, com razão, que “a não utilização da oportunidade de manifestação, contudo, não muda em nada [o fato de] que ao interessado foi assegurado o contraditório”.<sup>25</sup>

Essa orientação apresenta vantagens em relação à interpretação criticada. Em primeiro lugar, porque ela não cria uma interpretação jurídica peculiar, aplicável apenas ao princípio do contraditório. Isso fica claro quando se faz um paralelo entre os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Ao que consta, os defensores da tese sob exame não sustentam violação ao direito à ampla defesa quando, por questão de estratégia processual, a defesa opta por não arrolar testemunhas, a despeito de haver-lhe sido concedida oportunidade para tanto. Para a ampla defesa, portanto, bastaria a concessão de oportunidade para o seu exercício concreto. Para o contraditório, contudo, a mera oportunidade não seria suficiente, de modo que seria imprescindível o seu exercício concreto. A razão jurídica da distinção não é apresentada.

Além disso, a interpretação criticada extrapola a razão de ser do princípio do contraditório. Ela vai além de garantir a bilateralidade de audiência, a influência na construção do provimento jurisdicional e da não-surpresa. A tese analisada, se fosse acolhida, daria margem a que as partes excluíssem da decisão judicial elemento de prova que lhes fosse desfavorável. Se o contraditório for interpretado como exigência de efetiva manifestação das partes, bastaria que uma delas silenciasse sobre prova desfavorável para excluir peremptoriamente o elemento de prova da valoração judicial. Não há como acolher conclusão desse teor.

De igual modo, é impertinente a alegação de surpresa. Como o juiz não está subordinado nem vinculado ao Ministério Público, não é nada convincente a defesa alegar surpresa ante a concretização de um dos possíveis e previsíveis resultados processuais, autorizado expressamente pelo art. 385 do CPP, desde que, é claro, respeitados

<sup>22</sup> Garcia (2017, p. 1.064) vai mais longe e afirma que o juiz surpreenderia as partes com uma “narrativa inédita no processo”, que impossibilitaria “a defesa de contraditá-la”. O argumento somente poderia ser admitido se apenas com a sentença o réu tomasse conhecimento do teor da acusação e se houvesse vedação de apelar da sentença nessa hipótese, o que se sabe não ser o caso.

<sup>23</sup> BVerfGE 12, 110 (113); BVerfGE 63, 45 (59): “o art. 103 (1) da Lei fundamental garante que o acusado tenha, no processo penal, a *oportunidade* de manifestar-se sobre a matéria de fato subjacente à decisão, em princípio, antes que ela seja proferida e, assim, influenciar o Tribunal. Uma decisão judicial somente pode basear-se em fatos e resultados probatórios em relação aos quais o acusado *pode* manifestar-se.” Destaques meus. Cf. Sobota (1997, p. 194).

<sup>24</sup> Schmidt (1964a, p. 194) vai além e salienta que não existe dever de manifestação; pelo contrário, fica a critério dos participantes do processo utilizar ou não a oportunidade de manifestação.

<sup>25</sup> No original: „Die Nichtausnutzung der Gelegenheit zur Äußerung ändert jedoch nichts daran, dass dem Betroffenen das rechtliche Gehör gewährt worden ist.“ No mesmo sentido, Krehl (2010, p. 1.065) e Schmidt (1964a, p. 194). Entre nós, Marinoni também alude à *oportunidade* de as partes se manifestarem sobre os elementos do processo como decorrência do princípio do contraditório (Marinoni; Sarlet; Mitidiero, 2021, p. 881).

os limites estabelecidos na denúncia, o devido processo legal e fundamentada racionalmente a divergência quanto à avaliação do Ministério Público.<sup>26</sup>

### 2.1.3 Ofensa ao princípio da imparcialidade

O ataque ao comando do art. 385 do CPP é feito também por outro flanco. Questiona-se a violação ao dever de imparcialidade do juiz (Calabrich, 2017, p. 145-146; Garcia, 2017, p. 1.061; Gloeckner; Leonel, 2021, p. 267; Lopes Jr., 2018a, p. 8). A tese consiste, em linhas gerais, na alegação de que o juiz “invadiria a esfera de atuação do Ministério Público”, atuaria como acusador e violaria, desse modo, o dever de manter-se equidistante das partes.

O argumento naufraga logo de início. Primeiramente, porque não é suscetível de ser reconduzido a qualquer das hipóteses de parcialidade previstas em lei. Em segundo lugar, porque, como dito, o juiz, quando julga, não acusa, apenas diz o direito. O juiz não substitui o Ministério Público ao julgar: não oferece denúncia nem benefício processual, não formula pretensão processual, não altera a imputação feita ao réu, não realiza atividade investigativa, não busca novas fontes de provas. Nada disso. O juiz apenas faz aquilo que dele se espera: profere sentença.<sup>27</sup> Ao simplesmente exercer de forma regular sua atribuição constitucional, o juiz não deixa de ser terceiro imparcial.<sup>28</sup>

O raciocínio criticado pressupõe, novamente, a “retirada” da acusação e a criação de um “vazio processual” que seria ocupado pelo juiz. Contudo, essa “retirada” da acusação não é permitida pela ordem jurídica (art. 42 do CPP, como abordado acima – B.I.1). Não se está a afirmar que o Ministério Público, uma vez oferecida a denúncia, tenha de insistir na condenação até o fim do processo. Obviamente, não se trata disso. O Ministério Público tem independência funcional (CR, art. 127, § 1º) e a missão de promover a justiça por meio do respeito à ordem jurídica<sup>29</sup>, o que Roxin e Schünemann (2017, p. 329) resumem como a função de atuar como “guardião independente da lei”, de modo que pode mudar de entendimento em relação à acusação.<sup>30</sup> Contudo, isso não se confunde com autorização para desistir da acusação.

O argumento sob exame parte de uma premissa que não encontra amparo na lei (a possibilidade de o Ministério Público desistir da pretensão processual) para, a partir dela, chegar a um “vazio processual” que seria ocupado pelo juiz em substituição ao Ministério Público. Se – de acordo com a tese – o juiz, ao julgar, substitui o Ministério Público, temos aqui nova confirmação do diagnóstico de que a tese propõe a transferência da jurisdição ao Ministério Público.

<sup>26</sup> Em auxílio ao argumento de ofensa ao princípio do contraditório, é invocado, ainda, o art. 384 do CPP, que prevê o instituto da *mutatio libelli*, no sentido de que, assim como o juiz não pode condenar o acusado por fato diverso daquele narrado na denúncia, não lhe seria lícito condenar quando o Ministério Público pedir absolvição porquanto, em ambos os casos, haveria ofensa ao princípio do contraditório pela surpresa ao acusado. O dispositivo invocado não auxilia a tese criticada, já que as situações são significativamente distintas e, via de consequência, não comportam equiparação. Para que se perceba isso, basta pensar que o réu que comete um crime não pode alegar surpresa ao ser condenado por aquele crime. Contudo, seria certamente surpreendido caso fosse condenado por um crime completamente distinto. Para ficar ainda mais clara a disparidade das situações: imagine-se que um réu primário seja acusado de haver cometido um crime de tráfico de drogas e confesse o cometimento do crime. Desde que ele não tenha considerável comprometimento cognitivo, é de se esperar que ele cogite a condenação, por tratar-se de um desfecho natural do processo, a qual, caso venha a se concretizar pelo crime previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343, de 2006, não seria nenhuma surpresa. Contudo, se, apesar de ter cometido o crime de tráfico de drogas, ele vier a ser condenado pelo crime de estupro de vulnerável, por uma inescusável falha do Poder Judiciário, não é difícil imaginar o tamanho da surpresa, inclusive quanto à natureza e extensão das penas impostas, que seriam significativamente mais rigorosas. O art. 384 do CPP, portanto, não ilustra a alegada surpresa como fundamento da tese de ofensa ao contraditório em caso de requerimento absolutório seguido de condenação.

<sup>27</sup> Taruffo (2009, p. 122) defende, com razão, que, para ser imparcial, o juiz não precisa ser passivo e “neutro” no âmbito do processo.

<sup>28</sup> Se levarmos em consideração, por exemplo, os critérios propostos por Tonini (2016, p. 98 e ss) para aferição da imparcialidade judicial, poderemos concluir facilmente que, ao proferir sentença condenatória após requerimento absolutório formulado pelo Ministério Público, o juiz não deixa de submeter-se à lei (já que autorizado pelo art. 385 do CPP); não viola a separação entre as funções jurisdicionais e aquelas que são típicas das partes (cabe ao juiz e não às partes julgar a demanda); não cria vínculo com qualquer das partes, nem se aproxima delas (a simples dicção do direito não significa aproximação do juiz com qualquer das partes); não pré-julga a demanda (o julgamento não é antecipado, mas realizado no momento previsto em lei); tampouco desrespeita as garantias procedimentais.

<sup>29</sup> Ainda que o art. 127, *caput* da Constituição da República não fosse explícito a esse respeito, a defesa da ordem jurídica e a promoção da justiça como fins institucionais do Ministério Público poderiam ser derivadas do princípio do Estado de Direito. Cf. Schmidt (1964a, p. 39, 60-61).

<sup>30</sup> De acordo com Figueiredo Dias (2004, p. 212), “não é função do MP, com efeito, sustentar ‘a todo custo’ a acusação contra o arguido, mas sim auxiliar o juiz na descoberta da verdade material.”

### 2.1.4 Ofensa ao princípio da presunção da inocência

Outro argumento que tenta conferir suporte à tese da inviabilidade de condenação após requerimento absolutório do Ministério Público é a alegação de ofensa ao princípio da presunção de inocência, na sua dimensão de regra de julgamento (*in dubio pro reo*). O argumento é assim formulado: “Quando se verifica a divisão de opiniões entre dois órgãos do mesmo Estado – promotor e juiz – há inequívocas razões para se presumir ser a condenação temerária” (Gloeckner; Leonel, 2021, p. 271).

Pelo menos três objeções podem ser levantadas contra esse argumento.

Do ponto de vista dogmático, há amplo consenso no sentido de que o princípio *in dubio pro reo* não é regra probatória, mas de julgamento<sup>31</sup>, de modo que não ilumina a valoração do acervo probatório. Ele entra em cena apenas quando, ao final da valoração da prova, o juiz permanece em dúvida se a hipótese narrada na denúncia foi ou não comprovada (Schmitt, 1992, p. 208; Zopfs, 1999, p. 378). Por pressupor a existência de dúvida remanescente, definitiva e insuperável (Zopfs, 1999, p. 274)<sup>32</sup>, o referido princípio não incide quando o juiz não teve dúvida, mas deveria ter tido.<sup>33</sup> Assim, não se afigura correto afirmar que, ante a existência de divergência de opiniões, o juiz deveria ter tido dúvida e absolvido o réu.<sup>34</sup>

O raciocínio examinado sugere, ademais, que o juiz deve valorar o grau de suporte conferido à denúncia não pelo exame do acervo probatório, mas pela opinião do Ministério Público. A menos que se pressuponha uma hierarquia das opiniões ou a subordinação funcional do Judiciário ao Ministério Público, o que seria absurdo, não é a avaliação do Ministério Público que deve determinar a valoração judicial da prova, mas o conteúdo concreto do acervo probatório. Deve o juiz, obviamente, considerar a avaliação do Ministério Público, mas não está limitado nem subordinado a ela, seja pelo princípio da independência do Poder Judiciário, o qual se estende aos seus membros, seja pelo princípio da livre valoração da prova (retornaremos a esses princípios na sequência, pois eles estão no ponto cego da tese criticada e são desconsiderados no debate).

Ainda que fosse o caso de desconsiderar essas razões dogmáticas, o argumento não se manteria de pé. Se a divergência de avaliações sobre o acervo probatório justificasse a absolvição com fundamento no alegado princípio *in dubio pro reo*, nunca poderia ser reformada em grau de apelação uma sentença absolutória, já que, nesse caso, sempre haveria divergência entre as avaliações realizadas pelo primeiro e segundo graus de jurisdição. Da mesma forma, sempre que o Ministério Público, em segundo grau, opinasse pela absolvição haveria divergência de opiniões e o acusado deveria ser necessariamente absolvido. O argumento, como se pode perceber, não se sustenta, nem do ponto de vista dogmático, nem do prisma de suas consequências.

<sup>31</sup> Nesse sentido, Eisenberg (2017, p. 65), Günther (1976, p. 38), Schmidt (1964a, p. 209-210), Schmitt (2019, p. 1.259), Roxin e Schünemann (2017), Velten (2012b), Wimmer (1950, p. 395) e Zopfs (1999, p. 307).

<sup>32</sup> Não é, portanto, qualquer dúvida que impede a condenação.

<sup>33</sup> “É geralmente aceito que o princípio ‘in dubio pro reo’ não pode ser usado para atacar a avaliação das provas pelo juiz do fato. Somente se os fundamentos da decisão revelarem que o juiz dos fatos estabeleceu um fato como dado, embora ele ainda tivesse dúvidas, uma violação do princípio ‘in dubio pro reo’ entra em questão” (Schmidt, 1957, p. 750). Não discrepa Wimmer (1950, p. 394-395): “‘In dubio pro reo’ não significa, como é suposto em muitos recursos de revisão, que um resultado probatório dubitável deveria conduzir a uma constatação favorável ao acusado ou eventualmente à sua absolvição. O princípio não contém uma regra probatória”. No mesmo sentido Schwabenbauer (2012, p. 170): “como o ‘in dubio’ também é um estado mental, uma violação ao princípio da dúvida, em princípio, não entra em consideração se o juiz condena, embora devesse ter duvidado, mas apenas quando ele condena embora esteja em dúvida”.

<sup>34</sup> Conforme Peters (1985, p. 291), “com esse princípio não pode ser fundamentada a objeção de que o juiz deveria ter tido dúvida”. Eventual réplica no sentido de que essa interpretação esvazia o conteúdo do princípio *in dubio pro reo* seria mal endereçada, já que o âmbito de atuação do referido princípio é dependente da definição do *standard* de prova para a condenação (Freund, 1987, p. 51; Laudan, 2005, p. 112; Zopfs, 1999, p. 279). Assim, a origem do problema não é a interpretação do princípio *in dubio pro reo*, mas uma inadequada definição de *standard* de prova para a condenação. Se o critério adotado pelo legislador é o convencimento do juiz, quando este afirma estar convencido da ocorrência da hipótese narrada na denúncia, não sobra espaço para incidência do princípio *in dubio pro reo* (esse é apenas um dentre vários motivos pelos quais a interpretação subjetiva do critério do convencimento não se revela um *standard* probatório adequado para a condenação). Em todo caso, a réplica em análise não refutaria a crítica. Se divergência de opiniões sobre o caso devesse sempre resultar em absolvição, órgãos colegiados somente poderiam condenar os acusados à unanimidade de votos, o que não é exigido.

## 2.2 Argumentos periféricos

### 2.2.1 Argumento genético

O primeiro deles pode ser chamado de “crítica genética” e consiste em afirmar, resumidamente, que, como o art. 385 do CPP foi concebido em um contexto autoritário, ele manteria essa característica, motivo por que seria incompatível com a Constituição da República de 1988.

A premissa da qual parte o argumento é indisputável. Não há como duvidar do contexto autoritário em que surgiu o dispositivo legal em estudo. Todavia, isso não garante a correção da conclusão de que ele é necessariamente autoritário ou de que somente possa ser interpretado por esse viés autoritário. Essa figura argumentativa – que procura impugnar um argumento com base em sua origem – é conhecida como *falácia genética*.<sup>35</sup>

O contexto autoritário de um dispositivo legal não indica de forma inequívoca sua natureza se outras razões, além do suposto caráter autoritário, puderem ser indicadas para justificá-lo. Essa é exatamente a hipótese em tela. O art. 385 do CPP funda-se em razão autônoma, de natureza constitucional, que o justifica e legitima independentemente do contexto de sua concepção. O art. 385 do CPP dá concretude ao princípio da independência do Poder Judiciário (CR, art. 2º) no desempenho de sua atribuição constitucional de julgar as demandas penais que são submetidas à sua apreciação, a fim de que elas possam ser decididas livre de influências, de pressões e de vinculações externas. Voltaremos a esse ponto na sequência, já que ele também é solenemente desconsiderado no debate. Assim, se existem duas explicações autônomas para a natureza do dispositivo legal, não se justifica que seja simplesmente preterida a de envergadura constitucional para que se permaneça com a explicação genética.<sup>36</sup>

### 2.2.2 Perda superveniente do interesse processual

Invoca-se, também, a perda superveniente do interesse processual para fundamentar a inviabilidade de condenação após o requerimento de absolvição apresentado pelo Ministério Público (Bedê Jr.; Senna, 2009, p. 32). As razões que sustentam essa assertiva não costumam ser apresentadas, de modo que não é claro o motivo por que desapareceriam a necessidade ou a utilidade da prestação jurisdicional. Em todo caso, esse argumento não encontra suporte na ordem jurídica em vigor. Primeiramente, porquanto a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional não desaparecem apenas porque o Ministério Público opina pela absolvição do acusado. A notícia de ocorrência de um fato criminoso enseja uma resposta estatal (Schmidt, 1964a, p. 46), o que independe da concepção adotada sobre a função do direito penal.<sup>37</sup> Essa resposta estatal, uma vez recebida a denúncia e afastada a hipótese de absolvição sumária, deve ser dada pelo Poder Judiciário, a quem compete a dicção do direito.

A avaliação do Ministério Público, conquanto seja relevante e deva ser considerada, não dispensa, torna desnecessária ou inútil a decisão do Poder Judiciário, que examina a pretensão processual de forma independente, como será visto com mais detalhes a seguir. Com inteira razão, argumenta a respeito o ministro Rogério Schietti, em voto no REsp 2.022.413, a partir da lição de Giovanni Leoni, que “as posições cont[ri]ngencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal [...]. [A]inda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal.”

Além disso, o argumento pode ser considerado uma forma de burlar a vedação que decorre do art. 42 do CPP. Ao proibir a desistência da ação penal pelo Ministério Público, o legislador concebeu um modelo peculiar de estabilização da demanda penal depois de superados os filtros do recebimento da denúncia e da inexistência de rejeição tardia ou absolvição sumária (art. 397 do CPP). Assim, a menos que ocorra uma hipótese expressamente

<sup>35</sup> “Quando sua origem é irrelevante para a verdade de uma afirmação, esses argumentos cometem o que é chamado de falácia genética” (Sinnot-Armstrong; Fogelin, 2015, p. 311, tradução própria).

<sup>36</sup> “Não se pode falar em argumentação justificante se e enquanto forem apenas apontadas as possibilidades para cuja preferência frente a outras possibilidades nada fala claramente” (Herdegen, 1985, p. 175).

<sup>37</sup> Dentre as diversas orientações a respeito, podem ser mencionadas a teoria da proteção subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade (Roxin; Greco, [20–], p. 21) e a teoria do impedimento de um dano à validade da norma (Jakobs, 1997, p. 13).

prevista em lei (a exemplo dos arts. 61 e 62 do CPP), o procedimento deve ser conduzido até alegações finais e sentença.<sup>38</sup> Em outras palavras, apenas quando configurada hipótese prevista em lei deve ser o processo abortado prematuramente.<sup>39</sup>

## 3 Pontos cegos do debate

### 3.1 No plano constitucional

#### 3.1.1 Princípio do Estado de Direito

A interpretação alternativa do art. 385 do CPP, além de não encontrar amparo em nenhum argumento jurídico sólido à luz do ordenamento em vigor, ainda enfrenta dificuldades adicionais, situadas no plano constitucional, as quais não são enfrentados pelos seus defensores. A primeira delas guarda relação com o princípio do Estado de Direito, outro fruto importante do Iluminismo e das revoluções liberais do século XVIII. A percepção de que a concentração de poderes nas mãos dos monarcas permitia abusos variados ensejou a concepção de um modelo de Estado em que todos passam a ser subordinados ao primado do direito.<sup>40</sup> Toda atuação estatal passa a ser lícita apenas quando realizada dentro de e em conformidade com os parâmetros jurídicos, postulado que espraia seus efeitos em campos variados.

Naquilo que nos interessa mais de perto, merece ser ressaltada a consequência de que no Estado de Direito não há lugar para o exercício do poder de forma oculta, secreta, arbitrária, irrazoada (Sobota, 1997, p. 62 e 64) ou sem limites (Hesse, 1995, p. 86). A ideia de racionalidade na atuação estatal é ínsita ao Estado de Direito (Kunig, 1986, p. 188; Mendes; Coelho; Branco, 2008, p. 42; Sobota, 1997, p. 64) e, com ela, a própria limitação das esferas de atuação, sempre com mecanismos de fiscalização e controle, dentro da lógica do sistema de freios e contrapesos.

A tese examinada cria uma prerrogativa para o Ministério Público insuscetível de impugnação, de controle ou de revisão jurídica. Independentemente de a manifestação do Ministério Público em alegações finais ser irracional, preconceituosa, juridicamente equivocada, lacônica ou infundada, estaria o juiz compelido a acatá-la. Na hipótese de vingar a interpretação alternativa do art. 385 do CPP, considerada a ordem jurídica em vigor, não haveria nenhuma forma de a avaliação do Ministério Público ser impugnada ou revista. Recorde-se de que os defensores da tese examinada sustentam que “quando o Ministério Público se abstém de formular pedido de condenação há verdadeiro esvaziamento da própria pretensão processual, quiçá impedindo o exercício da jurisdição, pela ausência de conflito”; “[...] não havendo o que a autoridade judiciária julgar” (Gloeckner; Leonel, 2021, p. 269 e 274). É claramente sugerido que não há o que o magistrado fazer. A interpretação criticada criaria um poder ilimitado e insuscetível de controle, o que é ofensivo ao princípio do Estado de Direito. De nada adianta o princípio do Estado de Direito exigir a apresentação de razões para a tomada de decisões públicas<sup>41</sup>, se essas razões forem insuscetíveis de qualquer controle.<sup>42</sup> Bem lembra Ferrajoli (1995, p. 580) que o poder judicial, a respeito dos outros poderes do Estado, é um contrapoder, no duplo sentido de que lhe foi confiado o controle da legalidade, isto é, da validade dos atos legislativos e administrativos, e da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos ante as lesões que possam provir do Estado.<sup>43</sup> A proposta criticada inviabiliza o exercício dessa função de controle do Poder Judiciário, ínsita ao Estado de Direito.

<sup>38</sup> STJ, REsp 1.521.239/MG.

<sup>39</sup> Nesse sentido: Cintra, Dinamarco e Grinover (2011, p. 316), além de Rogério Schietti, em voto no REsp 2.022.413 (Brasil, 2023).

<sup>40</sup> Canotilho (*s.d.*, p. 245-246); Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 43-44); Papier e Krönke (2019, p. 107); Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2021, p. 280); Sobota (1997, p. 59) e Stern (1984, p. 765 e ss).

<sup>41</sup> Sobota (1997, p. 63) associa o dever de fundamentação das decisões às ideias de isonomia e de vedação ao arbítrio, todas inerentes ao princípio do Estado de Direito.

<sup>42</sup> Lücke (1987, p. 39), para quem são funções essenciais do dever de fundamentação da atuação estatal prevenir ações irrefletidas e assegurar o controle das decisões dos órgãos estatais.

<sup>43</sup> Próximo Stern (1984, p. 842), que ressalta que cabe ao Poder Judiciário decidir os litígios, assegurar direitos e exercer controle jurídico.

Poder-se-ia objetar que a manifestação ministerial no sentido da absolvição do acusado poderia ser revista por intermédio de um recurso, a ser previsto em lei ou mediante aplicação do art. 28 do CPP por analogia.<sup>44</sup> Ainda que cabível a impugnação sugerida na objeção, não seria afastada a ofensa, já que não apenas dessa perspectiva poderia ser violado o princípio do Estado de Direito.

Em razão do nosso passado autoritário, a doutrina processual penal enfatizou, de modo compreensível, a necessidade de o processo ser pensado como garantia em favor do acusado. Essa perspectiva, no entanto, não exaure as complexas funções do processo penal. Como defende Greco (2015, p. 157-160), o processo penal atende ao interesse do acusado (deve ser uma demonstração de respeito perante ele) e ao interesse da sociedade, pois serve como meio para a imposição da pena.<sup>45</sup> Para que essa imposição seja justa, é imprescindível que a pena recaia sobre quem efetivamente cometeu o crime. Assim, não é possível dispensar a verdade material como fim do processo.<sup>46</sup>

A verdade material, como fim do processo penal e pressuposto da justiça da decisão penal<sup>47</sup>, decorre do princípio do Estado de Direito<sup>48</sup>, que postula tanto a concepção de um processo justo, quanto a punição dos culpados, ideia que é, ademais, coerente com o monopólio estatal do uso da força (Schmidt, 1964a, p. 37). Conforme tem decidido o Tribunal Constitucional alemão, “o Estado de Direito somente pode realizar-se se houver a garantia de que os criminosos serão, nos limites das leis vigentes, processados, julgados e conduzidos a uma justa punição”.<sup>49</sup>

Firmadas essas premissas, voltemos ao exame da interpretação alternativa do art. 385 do CPP. Dois cenários podem dela decorrer. Imaginemos que seja adotada a proposta de que, após a manifestação ministerial pela absolvição do acusado, nada mais resta a fazer ao Poder Judiciário. Nessa hipótese, estaria aberto o caminho para que se perpetuasse uma avaliação probatória (desconsideração de elemento de prova relevante, como um laudo pericial) ou jurídica (como, por exemplo, conclusão quanto à indevida incidência do princípio da consunção) equivocada do Ministério Público, o que deixaria impune, de forma irremediável, um acusado culpado, em contrariedade ao princípio do Estado de Direito. Um segundo cenário poderia ser cogitado, com a defesa de proposta menos radical, que admita a impugnação da manifestação ministerial. Essa contemporização não afasta a crítica, pois ainda assim haveria uma ofensa ao princípio do Estado de Direito pela criação de um obstáculo desproporcional (desnecessário e sem qualquer ganho em contrapartida) à punição dos acusados materialmente culpados.

### 3.1.2 Princípios da separação das funções estatais e da independência do Poder Judiciário

A tese criticada revela-se, ainda, incompatível com os princípios da separação das funções estatais e da independência do Poder Judiciário, que integram o núcleo do princípio do Estado de Direito (Hesse, 1995, p. 83; Sobota, 1997, p. 70; Stern, 1984, p. 784; Tamanaha, 2004, p. 55).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito (art. 1º), constituído por três Poderes, independentes e harmônicos entre si (art. 2º). O pensamento subjacente a esses dispositivos constitucionais, que ao olhar contemporâneo pode parecer simples e corriqueiro, representa

<sup>44</sup> Dentre outros, Calabrich (2017, p. 149-150) propõe a aplicação do art. 28 do CPP.

<sup>45</sup> De igual modo Schmidt (1964a, p. 44), que ressalta o duplo escopo do processo penal: punir os culpados e proteger os inocentes.

<sup>46</sup> Como ensina Greco (2015, p. 80), nenhum processo pode abdicar seriamente da verdade como objetivo. Para o extenso debate e exame dos argumentos comumente apresentados, cf. Greco (2015, p. 168-182). A importância da verdade é tamanha para o processo penal que Ferrajoli (1995, p. 63) a erigiu à base da epistemologia garantista. Cf. também Herdegen (1987, p. 197). No debate nacional, oferecem uma proposta sensata para o tratamento da verdade De-Lorenzi e Ceolin (2021). A verdade material, portanto, ao contrário do que se costuma afirmar no Brasil, não está associada exclusivamente ao processo inquisitivo. Sobre o tema, Zachariä (1846, p. 41): “Offenbar gehört die Identifizierung des Inquisitions-Prinzips und des Prinzips der materiellen Wahrheit zu den verbreitetsten, aber auch schädlichsten Irrthümern der neueren Zeit.” (“Claramente, a identificação do princípio da inquisição com o princípio da verdade material integra um dos erros mais difundidos, mas, também, dos mais prejudiciais dos tempos modernos”). De uma perspectiva mais ampla, que associa a verdade e a justiça à essência da atividade jurisdicional, cf. Schmidt (1964a, p. 39, 43-44).

<sup>47</sup> Cf. Ben-David (2019, p. 293); Gössel (2000, p. 8); Greco (2015, p. 181-182); Haack (2014, p. 27 e ss, 55); Hausteijn (2017, p. 55); Ho (2008, p. 6, 51); Kunz (2009, p. 576); Laudan (2005, p. 96) e Neumann (1989, p. 52).

<sup>48</sup> Greco (2015, p. 170), com várias referências adicionais e Schmidt (1964a, p. 43-44). Nesse sentido também o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) BVerfGE 36, 174 (186); 57, 250 (275); 63, 45 (61).

<sup>49</sup> No original: “Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.” BVerfG, Beschluß vom 20. 10. 1977 – 2 BvR 631/77, NJW 1977, 2355 (2356).

uma conquista civilizatória expressiva, fruto da tradição iluminista e das revoluções liberais do século XVIII, que puseram fim ao autoritarismo dos regimes absolutistas e consagraram fórmulas de destacada importância para a civilização ocidental. Dentre essas fórmulas, encontra-se a separação das funções estatais, um dos pilares do constitucionalismo<sup>50</sup>, baseada na acertada ideia de Montesquieu de que todo aquele que exerce o poder tende a dele abusar. Concebeu-se um sistema de divisão das atribuições estatais, caracterizada por freios e contrapesos, a fim de que o poder estatal seja sempre exercido de forma limitada e contrastável (Stern, 1984, p. 792 e ss, 796).

Nessa ótica, de acordo com a Constituição da República de 1988, cada um dos Poderes, como se sabe, exerce funções típicas e atípicas. Como funções típicas, cabe ao Legislativo criar o direito, ao Executivo administrar e ao Judiciário julgar.<sup>51</sup> Contudo, o constituinte previu expressamente funções atípicas, a exemplo da competência do Executivo para legislar<sup>52</sup> e do Legislativo para processar e julgar crimes de responsabilidade cometidos por certas autoridades.<sup>53</sup> Essas breves considerações ilustram a concepção de um regime jurídico em que a regra consiste no desempenho das funções típicas pelo poder a que foram confiadas e, excepcionalmente, em casos expressamente previstos, de funções atípicas. Do ponto de vista organizacional, assinala acertadamente Stern (1984, p. 795), “a separação de funções significa que o respectivo órgão ou grupo de órgãos desempenha sua função de forma independente, de modo que nenhum outro órgão possa ter acesso à área central da função.”

Dito isso, voltemos à interpretação alternativa do art. 385 do CPP criticada no presente estudo. Ela postula a subordinação do Poder Judiciário ao Ministério Público quando este opina pela absolvição do acusado. Nessa hipótese, de acordo com a tese, estaria o Poder Judiciário vinculado<sup>54</sup> ao Ministério Público e nada mais poderia fazer a não ser acatar a avaliação feita pelo órgão acusador. O caso penal seria, portanto, decidido pelo Ministério Público e ao Poder Judiciário caberia apenas o papel de homologar ou ratificar o julgamento ministerial.

Essa solução, além de carecer de fundamento jurídico, como acima demonstrado, teria a consequência de retirar do Poder Judiciário, sem respaldo constitucional, atribuição que lhe é própria, que integra o núcleo de sua função típica, que é a de dizer o direito nas demandas submetidas à sua apreciação, e transferi-la ao Ministério Público. Essa consequência conflita frontalmente com o princípio da separação das funções estatais<sup>55</sup>, acolhido pelo legislador constituinte, que confiou ao Poder Judiciário<sup>56</sup> (e não ao Ministério Público)<sup>57</sup> a competência para julgar as demandas penais. Esse princípio é tão caro à nossa ordem jurídica que foi elevado ao patamar de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III da Constituição da República).

A interpretação alternativa criticada viola, ainda, o princípio da independência do Poder Judiciário, constitutivo da separação das funções estatais e fundamental para uma ordem democrática livre (Figueiredo Dias, 2004, p. 303 e ss; Hillgruber, 2008; Kühne, 2015, p. 85). De acordo com Schulze-Fielitz (2015, p. 225), a independência do Poder Judiciário é assegurada de forma especialmente rígida pelo monopólio da dicção do direito, pela autonomia organizacional dos Tribunais e pela independência material e pessoal dos juízes.

Em relação à independência do juiz quanto à matéria sob julgamento, o cerne da independência judicial diz respeito à garantia de atuação do juiz livre de ordens, instruções, recomendações, solicitações, pedidos ou sugestões

<sup>50</sup> De acordo com o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, toda sociedade em que não há repartição de poderes não tem constituição.

<sup>51</sup> Schmidt (1964b, p. 630-631): a essência da jurisdição diz respeito à singularidade da decisão judicial que encerra o processo e da coisa julgada dela decorrente para “fins de certeza” com relação ao seu conteúdo fático e jurídico. Da perspectiva alemã, Sachs (2018, p. 829 e ss); Stern (1984, p. 794, 844): “a jurisdição não deve ser exercida por nenhuma outra função estatal além dos Tribunais”.

<sup>52</sup> Constituição da República, art. 62.

<sup>53</sup> Constituição da República, art. 52, I e II.

<sup>54</sup> “[...] se o MP pedir a absolvição [já que não pode desistir da ação] a ela está *vinculado* [!] o juiz.” (Lopes Jr., 2012, p. 365, destaque meu). Contra, acertadamente, Badaró (2017, p. 548): “não há como o pedido de absolvição do Ministério Público vincular o juiz”.

<sup>55</sup> Sobre o tema, salienta Stern (1984, p. 795) que, da perspectiva constitucional, o núcleo de cada área de atuação, a função original de cada um dos poderes é intocável, isto é, protegida contra qualquer violação.

<sup>56</sup> Cf., por exemplo, os arts. 102, I, b, c; 105, I, a; 108, I, a; 109, IV e V; 124; 125, §§ 4º e 5º, todos da Constituição da República.

<sup>57</sup> Conforme o disposto no art. 129, I da Constituição da República, cabe ao Ministério Público *promover* (e não *julgar*) privativamente a ação penal pública.

para proceder de certa forma (Figueiredo Dias, 2004, p. 305 e ss; Schmidt, 1964a, p. 269; Schuster, 2018). Pretende-se, portanto, assegurar a atuação judicial de forma livre, isto é, sem vinculação ou subordinação a interesses ou juízos de valor externos, sem que seja ditado ao juiz em que sentido há de decidir os casos sujeitos à sua apreciação.<sup>58</sup>

A tese sob análise desconsidera essa importante garantia processual, na medida em que busca subordinar o Poder Judiciário, no exercício de sua atribuição precípua, à avaliação externa feita pelo Ministério Público. A liberdade de atuação do Poder Judiciário em conformidade com o ordenamento jurídico seria tolhida e transformada em uma atuação limitada, dependente de uma avaliação externa. Isso significaria um retrocesso histórico e a erosão de uma garantia instituída em favor sobretudo dos cidadãos<sup>59</sup>, a fim de que suas demandas sejam julgadas sem indevidas influências externas, como ocorria no período absolutista, quando os juízes eram designados pelo rei e destituídos livremente do cargo quando desagradavam a coroa. A justiça dos julgamentos pressupõe, dentre outras garantias, a independência do Poder Judiciário.<sup>60</sup>

Como ensina Ferrajoli (1995, p. 540), a independência judicial é favorecida pelo método acusatório.<sup>61</sup> A constatação de que a orientação criticada chega a resultado diametralmente oposto – pois limita a independência judicial em sua atribuição típica – serve de (mais um) indicativo de que não é adequada a interpretação do princípio acusatório por ela defendida.

### 3.1.3 Princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri

Mais um obstáculo à tese criticada é apresentado pelo princípio da soberania dos veredictos do júri (art. 5º, XXXVIII, “c” da Constituição da República), segundo o qual os jurados gozam da mais ampla liberdade para julgarem os casos que envolvem crimes dolosos contra a vida. Os jurados, em razão da soberania de seus veredictos e da desnecessidade de motivação de suas decisões, podem julgar com base nos mais variados critérios, inclusive irracionais; podem absolver o acusado por clemência, a despeito da comprovação de cometimento de crime doloso contra a vida; podem reconhecer excludentes inexistentes ou não comprovadas, dentre outras hipóteses.

Nesse contexto, apresenta-se a questão de examinar como seria resolvido o conflito entre a tese da obrigatoriedade da absolvição em caso de pleito nesse sentido do Ministério Público e o princípio da soberania dos veredictos do júri. Estariam os jurados obrigados a absolver o réu ou a tese deveria ser afastada por causa da soberania dos veredictos?

Parece-nos que a resposta, aqui, deve, necessariamente, ser a recusa da aplicação da tese no plenário do Tribunal do Júri, pois soberania dos jurados subordinada ao entendimento do Ministério Público equivaleria à negação da ideia de soberania. Além disso, a interpretação alternativa não conta com amparo constitucional. O frequentemente invocado princípio acusatório não lhe confere suporte, como visto. Assim, a releitura do art. 385 do CPP ensejaria, sem suporte na Constituição, o afastamento de preceito de inequívoca ancoragem constitucional. Como esse caminho parece inevitavelmente fadado ao insucesso, os defensores da tese criticada não chegam a sustentar a sua aplicabilidade no âmbito do Tribunal do Júri.

Entretanto, essa solução conduz a outro questionamento: por que o princípio da soberania dos veredictos do júri teria peso superior e deveria prevalecer em detrimento da tese criticada, mas não o teria o princípio da separação das funções estatais? O dado de que ambos são normas constitucionais deveria ser um fator em prol do tratamento semelhante dos princípios, no sentido de ambos prevalecerem em relação à interpretação alternativa do art. 385 do CPP, que não conta com ancoragem constitucional. Os problemas não param aqui, pois essa reflexão pode ser aprofundada, porquanto não é pacífico que os referidos princípios têm o mesmo *status*. Existe séria controvérsia

<sup>58</sup> Figueiredo Dias (2004, p. 307) enfatiza: “a valoração última de um caso penal sujeito a julgamento tem de ser autonomamente *jurídica* e pertencer ao juiz *como tal*.” (*ibidem*, p. 314-315). Ainda, Peters (1972, p. 237, tradução própria): “O juiz deve manter a liberdade em relação à opinião do Ministério Público, ainda que o promotor seja diligente e capaz. Sem independência suficiente, o Tribunal não pode desempenhar sua função de supervisão. O Tribunal não deve seguir cegamente o caminho tomado pelo Ministério Público nem pelo juiz da instrução.”

<sup>59</sup> Tamanaha (2004, p. 35) enfatiza que a separação das funções estatais e a independência do Poder Judiciário promovem a liberdade dos cidadãos.

<sup>60</sup> Próximos Hillgruber (2008): “somente juízes independentes podem fornecer a exigida proteção jurídica efetiva”; Kühne (2015, p. 85): “somente juízes independentes podem oferecer a garantia de um processo justo”.

<sup>61</sup> Próximo, Schmidt (1964a, p. 200) afirma que o princípio acusatório não torna o juiz dependente de requerimento do acusador e do acusado.

doutrinária sobre a interpretação da locução “direitos e garantias individuais” constante do art. 60, § 4º, IV da Constituição da República. Os detalhes do debate podem ser deixados de lado.<sup>62</sup> Naquilo que nos interessa, não se pode afirmar que seja pacífica a consideração da soberania dos vereditos do júri como cláusula pétrea. Assim, se a soberania do júri, cuja inclusão no rol das cláusulas pétreas da Constituição é questionável, deve ser respeitada e prevalecer em detrimento da interpretação alternativa do art. 385 do CPP, *com muito mais razão* deve ser respeitada a separação das funções estatais, inquestionavelmente compreendida como cláusula pétrea da Constituição de 1988, conforme o disposto no art. 60, § 4º, III. O ponto não é enfrentado pelos defensores da tese sob exame.

## 3.2 No plano legal

### 3.2.1 Princípio da livre valoração da prova

A leitura alternativa do art. 385 do CPP conflita, ademais, com o princípio da livre valoração judicial da prova, consagrado no art. 155, *caput* do mesmo diploma legal. A livre valoração da prova<sup>63</sup> foi a solução histórica concebida para a superação do regime da prova legal, próprio do processo inquisitório e que vigorou na Europa até o final do século XVIII<sup>64</sup> e primeira metade do século XIX. O regime da prova legal contemplava a previsão *a priori* tanto das regras de valoração da prova quanto do *standard* para a condenação e a essas regras estava vinculado o juiz, o que conferia à atividade deste um caráter meramente burocrático (Glaser, 1883, p. 17 e ss) na aferição concreta dos valores previstos abstratamente em lei. A condenação e a imposição da chamada *poenaordinaria*, por exemplo, pressupunham a *plena probatio* (prova plena), que consistia, como exemplifica o art. 67 da Constitutio Criminalis Carolina de 1532, no depoimento de pelo menos duas testemunhas “boas e de credibilidade”.<sup>65</sup> Diante de dois depoimentos concordantes, o juiz deveria considerar os depoimentos verdadeiros (Mittermaier, 1834, p. 84; Sarstedt, 1968, p. 171). Se houvesse suspeita de autoria fundada, por exemplo, no depoimento de uma testemunha “boa”, o déficit probatório dessa *semiplena probatio* poderia ser suprido mediante a confissão do acusado (Jerouschek, 1992, p. 498; Sarstedt, 1968, p. 171).<sup>66</sup> Esse modelo probatório acarretava várias dificuldades, sobretudo a injustiça das decisões penais, tanto no sentido da absolvição de culpados quanto no da condenação de inocentes, já que, de um lado, nem sempre era possível atender o rigoroso *standard* de prova para a condenação e, de outro lado, o alcance do referido parâmetro estava longe de ser garantia da verdade (ou da aproximação tanto quanto possível da verdade) da constatação da matéria de fato imputada ao acusado (Kotsoglou, 2015, p. 140).

Assim, como fruto do Iluminismo e da revolução francesa de 1789 (Jerouschek, 1992, p. 495), no contexto do surgimento do processo acusatório<sup>67</sup> e da separação das funções de acusar e de julgar, foi introduzido o princípio da livre valoração das provas<sup>68</sup>, inicialmente na França e na Itália e, posteriormente, na Alemanha.<sup>69</sup> Trata-se de princípio tão consolidado que há muito tempo não é questionado (Hanack, 1977, p. 727; Jerouschek, 1992, p. 493) e cuja justificação em futuras reformas – segundo a avaliação de Böhne (1948, p. 7) – nunca mais deve ser colocada em dúvida.

<sup>62</sup> Cf., por todos, Sarlet (2018, p. 1223-1225).

<sup>63</sup> Sobre o contexto de surgimento do princípio, cf. Glaser ([1883]/1978, p. 10 e ss, 16 e ss); Greger (1978, p. 6, 115); Küper (1967, p. 230, 1984, p. 39) e Mittermaier (1834, p. 84).

<sup>64</sup> Segundo Nobili (1974, p. 101), a introdução na Europa do modelo de valoração da prova baseado no livre convencimento ocorreu por intermédio do Decreto da Assembleia constituinte francesa de 16-29 setembro de 1791.

<sup>65</sup> Cf. Jerouschek (1992, p. 497 e ss); Krieter (1926, p. 7) e Sarstedt (1968, p. 171), que esclarece que não eram consideradas testemunhas “boas” aquelas desconhecidas, que receberam recompensa ou que depunham com base em “ouvir dizer”, conforme o disposto nos arts. 63 a 65 da Constitutio Criminalis Carolina. Kotsoglou (2015, p. 131) complementa com alusão ao art. 66 da CCC, segundo o qual as testemunhas não deviam ter “má reputação”.

<sup>66</sup> Kotsoglou (2015, p. 132) acrescenta que a confissão poderia ser obtida, nessa hipótese, por tortura.

<sup>67</sup> Rieß (1978, p. 262, tradução própria): “A StPO consuma a superação do processo inquisitivo do direito comum”.

<sup>68</sup> Nesse sentido, Florian (1961, p. 233).

<sup>69</sup> Glaser ([1883]/1997, p. 350, tradução própria): “O reconhecimento do princípio da livre valoração judicial do resultado da prova talvez seja o fato prático mais significativo que ocorreu no processo penal dos anos de 1848 e seguintes”. Küper (1984, p. 25): a introdução da “livre valoração da prova” pertence a um dos mais importantes e de certo modo mais surpreendentes resultados da reforma processual penal do século XIX.

A doutrina alemã, desde o início dos debates sobre a introdução do princípio do livre convencimento, que acabou concretizada em uma lei da Prússia de 1846, promulgada sob a decisiva influência de Friedrich Karl von Savigny, fez questão de enfatizar dois pontos, ambos relacionados ao significado do princípio em tela. O primeiro diz respeito à sua consequência imediata, a saber, a liberação do juiz das amarras do regime da prova legal.<sup>70</sup> Concedeu-se liberdade ao juiz para valorar o acervo probatório, independentemente da observância de regras *a priori*. Contudo – e nisto consiste o segundo ponto – essa liberdade de valoração não significa autorização para o arbítrio.<sup>71</sup> O princípio da livre valoração da prova não exonera o juiz do dever de observar as regras da lógica, da experiência e do conhecimento científico consolidado (Jerouschek, 1992, p. 505 e ss); liberdade, portanto, não significa autorização para o juiz atuar fora do campo da racionalidade (Rieß, 1978, p. 264; Taruffo, 2009, p. 219).

Essas reflexões do período de introdução do princípio moldaram o debate até hoje.<sup>72</sup> Pode-se, por exemplo, atualmente, encontrar a seguinte lição de Sander (2021, tradução própria) sobre o princípio em tela em um prestigiado comentário à ordenação processual penal alemã:

[...] livre valoração da prova significa que o Tribunal é, em princípio, livre para extrair as conclusões lógicas que considere corretas a partir das fontes epistêmicas apresentadas na audiência de instrução e julgamento, *sem estar vinculado à opinião de outros participantes do processo*.<sup>73</sup>

Quando se tem essas informações em vista, é fácil perceber que a vinculação do juiz à opinião do Ministério Público é ofensiva não apenas à sua independência funcional, mas também ao princípio da livre valoração da prova, já que não há como o juiz ser livre para valorar a prova e, ao mesmo tempo, estar subordinado, de forma vinculante, à conclusão do Ministério Público. O condicionamento da atuação judicial à opinião do Ministério Público cria uma regra probatória sem previsão legal, em indistigável ofensa ao princípio da livre valoração da prova.

Aqui, é inevitável observar que, apenas no plano do CPP, a tese criticada pretende reescrever mais um dispositivo. Além do já referido art. 42 (em relação ao qual a interpretação alternativa sob exame pretende substituir “desistir” por “renunciar” e “ação” por “processo”), agora os defensores da tese precisam de uma nova redação do art. 155, a fim de que o CPP comporte, sem atritos internos, a absolvição compulsória do acusado. O art. 155, *caput* do CPP, para acomodar a descabida tese em exame, seria reformulado e passaria a prever que o juiz é livre para valorar a prova, *mas só pode concluir pela comprovação do fato imputado ao acusado se essa também for a conclusão do Ministério Público*. A livre valoração da prova deixaria de ser de “domínio do juiz do fato” (Jerouschek, 1992, p. 508) e passaria a ser um “consórcio do Ministério Público com o juiz ou Tribunal”.

Não é à toa que a ofensa ao princípio da livre valoração da prova não é enfrentada pelos defensores da tese criticada.

### 3.2.2 Atuação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição

A orientação criticada não se esforça para apresentar solução para o problema de o Ministério Público oferecer parecer pela absolvição em segundo grau de jurisdição: estaria o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal obrigado a absolver o acusado também nesse caso? Aqui, os defensores da tese ficam, novamente, em difícil situação. Para serem coerentes, teriam de postular a aplicação da tese criticada também em segundo grau, já que os princípios invocados para fundamentar essa concepção (acusatório, contraditório e imparcialidade) vigoram em ambos os graus de jurisdição. Assim, a Procuradoria emitiria um parecer vinculante e os Tribunais seriam compelidos

<sup>70</sup> Bender (1981, p. 249); Greger (1978, p. 6); Kindhäuser (2016, p. 300); Paulus (1982, p. 698); Peters (1985, p. 300) e Velten (2012a). Cf. também Nobili (1974, p. 15).

<sup>71</sup> BGHSt 29, 18 (20); Albrecht (1983, p. 488); Figueiredo Dias (2004, p. 202); Hanack (1977, p. 727); Herdegen (1992, p. 527); Jerouschek (1992, p. 497); Kindhäuser (1988, p. 291); Kunz (2009, p. 574, 579); Küper (1984, p. 45); Rieß (1978, p. 264); Sander (2021, p. 228); Stree (1962, p. 40); Velten (2012c, p. 477) e Walter (1979, p. 325). De uma perspectiva geral, Florian (1961, p. 235 e ss).

<sup>72</sup> Assim Herdegen (1987, p. 195), com várias referências. Sobre a extensão do princípio no âmbito do *common law*, v. Twining (2006, p. 210 e nota 65).

<sup>73</sup> No original: „Freie Beweiswürdigung bedeutet, dass es dem Gericht grundsätzlich freisteht, aus den durch die Hauptverhandlung erschlossenen Erkenntnisquellen die von ihm für richtig gehaltenen, denkgesetzlich möglichen Schlüsse zu ziehen, *ohne an die Auffassung der anderen Prozessbeteiligten gebunden zu sein*.“. Destaque meu. Nesse sentido, também: Rieß (1978, p. 264).

a acatá-lo. A jurisdição em grau de apelação, nessa hipótese, teria o caráter meramente burocrático de homologar o parecer ministerial. Novamente, a demanda penal seria julgada, em última análise, pelo Ministério Público, que, contrariamente aos princípios da separação das funções estatais e acusatório, reuniria em si as funções de acusar e de julgar.

Para evitar esse resultado, os partidários da orientação em análise precisam afirmar que o raciocínio por eles defendido somente se aplica ao primeiro grau de jurisdição. Contudo, com essa solução, eles criam uma limitação incompreensível e infundada dos princípios por eles invocados, os quais somente produziram efeito no primeiro grau de jurisdição e estabeleceriam uma artificial diferença entre a natureza das intervenções do Ministério Público no processo.

### 3.2.3 Subversão do regime da extinção do processo e da coisa julgada

Já procuramos demonstrar que a “retirada” da acusação ou da pretensão processual não é admissível à luz do direito em vigor por força do que dispõe o art. 42 do CPP. Imaginemos que o art. 42 do CPP fosse revogado ou reformado e que todos os demais óbices acima apontados não existissem (note-se a extensão dessa concessão argumentativa). Poderia, finalmente, a tese da absolvição compulsória ser acolhida? Não, nem mesmo nesse cenário. A desistência da ação, conforme ensina a teoria do processo, deve ensejar a extinção do processo sem resolução de mérito, por meio de sentença terminativa.<sup>74</sup> Desse modo, o juiz não julgaria o mérito da acusação; não poderia, portanto, absolver o acusado.

Deixemos de lado a falta de amparo legal dessa solução (o legislador não prevê extinção do processo nessa hipótese e proíbe expressamente a desistência da acusação no art. 42 do CPP) e prossigamos em nosso exercício mental. Ensina a teoria do processo que a extinção do processo, sem resolução do mérito, produz, como consequência, coisa julgada formal.<sup>75</sup> No que diz respeito ao nosso problema, a extinção do processo sem resolução de mérito significaria que o réu não estaria protegido de ser novamente processado caso, por exemplo, surgisse novo elemento probatório. Essa solução equivaleria à repristinação da abominada “absolvição de instância”, instituto do processo inquisitivo que foi dura e corretamente criticado porque deixava o acusado em situação de permanente incerteza.

Mais um atrito sistêmico provocado pela tese examinada. Encurralados no labirinto jurídico criado sem necessidade, os defensores da interpretação criticada são compelidos a sustentar a vedação de proposição de nova ação penal nessa hipótese.<sup>76</sup> O caráter *ad hoc* dessa solução salta aos olhos, pois ela cria uma fissura no regime da coisa julgada ao prever que uma sentença meramente terminativa produza efeitos típicos da coisa julgada material.

## 3.3 No plano teórico

Ante tantos problemas, o leitor talvez já tenha concluído que é mais fácil simplesmente abandonar a tese, que se mostra inviável e ilegítima. Contudo, um outro leitor ainda mais cético poderia cogitar se não haveria benefícios ou ganhos dogmáticos que compensem tantos desarranjos no sistema processual penal brasileiro. As vantagens anunciadas pelos defensores da tese criticada consistiriam na “efetiva implementação do princípio acusatório” em nossa ordem jurídica e na “modernização” da nossa legislação, com a eliminação de ranços autoritários. Vejamos se a proposta entrega o que promete.

Começemos pelo princípio acusatório, que seria promovido mediante a retirada da atribuição de julgar do Poder Judiciário e sua transferência ao Ministério Público, que reuniria as funções de acusar e de julgar. A contradição aqui é eloquente. O princípio acusatório postula, incontestadamente, a separação das funções de acusar e de julgar. Essa observação independe do critério adotado para a definição do princípio acusatório. Pode-se dizer que a separação das funções de acusar e de julgar é um dos poucos pontos de consenso na doutrina sobre o que se deve

<sup>74</sup> Solução defendida por Badaró (2017, p. 548), Bedê Jr. e Senna (2009, p. 32).

<sup>75</sup> Lição acolhida pelo legislador brasileiro no art. 486 do Código de Processo Civil.

<sup>76</sup> É o que defende Badaró (2017, p. 548).

entender sobre princípio acusatório. Ora, como se pode cogitar de promover o princípio acusatório mediante a condução a um estado de coisas que é justamente o contrário daquilo que o princípio postula?

A interpretação criticada não promove o princípio acusatório; pelo contrário, conflita com ele claramente. É emblemático perceber que em outros ordenamentos jurídicos não se deriva do princípio acusatório a reunião das funções de acusar e de julgar no Ministério Público ou, caso se prefira, não se veda ao Poder Judiciário proferir sentença condenatória após requerimento de absolvição do Ministério Público (Andrade, 2013, p. 275). Calha, aqui, para arrematar o ponto, a lição de Ferrajoli (1995, p. 583, tradução própria), que, de forma lúcida, defende que “se é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias, também é essencial que a acusação pública não tenha funções judiciais”. O argumento de que a interpretação alternativa do art. 385 do CPP promove o princípio acusatório, portanto, não pode ser acolhido.

A segunda vantagem da tese seria a “modernização da nossa legislação”, com a eliminação de “ranços autoritários”. Seria a condenação após requerimento de absolvição do Ministério Público autoritária?

O debate sobre o autoritarismo no campo criminal é longo e comporta enfoques variados. No que interessa ao nosso objeto de estudo, pode-se afirmar, de modo geral, que a condenação é autoritária quando realizada à margem da ordem jurídica, isto é, com ofensa ao direito material ou com inobservância das normas processuais. Se o acusado cometeu realmente o crime que lhe foi imputado, impõe o princípio do Estado de Direito que esse crime não fique impune, como vimos acima. Assim, associar a condenação pura e simplesmente a uma ação arbitrária do Estado é incorreto, assim como o é associar a passividade judicial a um regime liberal. Essa equiparação foi considerada por Taruffo (2014, p. 189-190) como um *slogan* polêmico e carente de valor científico. Debater esse tema por meio de *slogans* é cômodo, pois evita a apresentação de razões. Contudo, os *slogans*, frágeis que são, não resistem a um exame crítico. Etiquetar a condenação fundada no art. 385 do CPP de autoritária não é correto, como já demonstrado, na medida em que ela tem fundamento na ideia de Estado de Direito, na independência judicial e na liberdade de valoração das provas, todos valores liberais, fruto da tradição iluminista, os quais se contrapõem ao alegado autoritarismo. Esses fundamentos legitimam a condenação, ainda quando o Ministério Público requeira a absolvição do acusado.

## 4 Considerações finais

A tese da inviabilidade do juiz de proferir sentença condenatória quando o Ministério Público apresenta parecer pela absolvição não deriva do princípio acusatório, que postula, em sua essência, a separação das funções de acusar e julgar. Quando se defende a vinculação do juiz ao parecer ministerial, o resultado é iniludivelmente a reunião das funções de acusar e julgar no Ministério Público, o que contraria a principal consequência da adoção do princípio acusatório.

A inviabilidade de condenação nessa hipótese não encontra amparo nem no princípio do contraditório nem no da imparcialidade, como procuramos demonstrar. Além de não ter amparo constitucional nem legal, a tese cria vários conflitos normativos, tanto no plano constitucional quanto no plano legal; naquele, é ofensiva aos princípios do Estado de Direito, da separação das funções estatais, da independência do Poder Judiciário e da soberania dos veredictos do júri; no plano legal, viola o princípio da livre valoração da prova, acolhido pelo legislador no art. 155, *caput* do CPP e conflita com os comandos de outros dois dispositivos legais (arts. 42 e 385 do CPP), em claro desrespeito pelas opções legítimas do legislador, que atuou sem exorbitar sua margem de conformação do perfil acusatório do processo penal brasileiro. Como se isso não bastasse, a interpretação em análise ainda desorganiza o processo penal brasileiro ao criar fissuras nos regimes de extinção do processo e da coisa julgada. Tudo isso sem que a tese examinada promova ganho de eficiência, nem de justiça para o processo penal. Não é de admirar que a doutrina majoritária e os Tribunais superiores sejam refratários a essa inovação interpretativa.

## 5 Referências

- AGUILERA MORALES, Marien. Regla de exclusión y acusatorio. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO). In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1983.
- ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BEN-DAVID, Guy. The 'Corroborative Rule' from a comparative and critical perspective. *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 23, n. 3, 2019.
- BENDER, Rolf. Das Beweismaß. In: GRUNSKY et al. *Festschrift für Fritz Baur*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981.
- BÖHNE, Gotthold. *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung*. Köln: Balduin Pick, 1948.
- CALABRICH, Bruno. Vinculação da sentença ao pedido de absolvição pelo Ministério Público: reafirmando o princípio acusatório. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel. *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: JusPodvm, 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, s/d.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 177, mar. 2021.
- EISENBERG, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*. 10. aufl., München: C. H. Beck, 2017.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. IV.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução Andrés Ibañes et al. Madrid: Trotta, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. 3. ed. Milano: Cisalpino, 1961.
- FREUND, Georg. *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. III.
- GARCIA, Rafael. Verdade real e a impossibilidade de condenação após manifestação do Ministério Público por absolvição. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, set./dez. 2017.

- GLASER, Julius. *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*. Aalen: Scientia, 1978.
- GLASER, Julius. *Handbuch des Strafprozesses*. Goldbach: Keip, 1997. v. I.
- GLOECKNER, Ricardo; LEONEL, Juliano. O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 175, jan. 2021.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Berlin: Julius Springer, 1925.
- GOLDSTEIN, Abraham S. Reflections on two models: inquisitorial themes in american criminal procedure. *Stanford Law Review*, v. 26, 1974.
- GONÇALVES, Benedito; GOULART, Felipe. Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição do réu? In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI, Rogério. *Código de processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, v. 2. E-book.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß?* Berlin: Walter de Gruyter, 2000.
- GRECO, Luís, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.
- GREGER, Reinhard. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*. Köln: Carl Heymanns, 1978.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, jul./set. 1999.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Verurteilung im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- HAACK, Susan. *Evidence matters*. Cambridge: CUP, 2014.
- HANACK, Ernst-Walter. Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß. *Juristische Schulung*, 1977.
- HAUSTEIN, Eliane. *Zu den Entscheidungsnormen bei Aussage gegen Aussage*. Frankfurt: Peter Lang, 2017.
- HERDEGEN, Gerard. Bemerkungen zur Beweiswürdigung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987.
- HERDEGEN, Gerhard. Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellung durch das Revisionsgericht auf Grund der Sachrüge. *Strafverteidiger*, 1992.
- HERDEGEN, Gerhard. Tatgericht und Revisionsgericht – insbesondere die Kontrolle verfahrensrechtlicher “Ermessensentscheidungen”. In: GÖSSEL, Karl Heinz (hrsg.). *Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht*. München: C. H. Beck, 1985.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
- HILLGRUBER in MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar* Art. 97, Lfg. 52, München: C. H. Beck, 2008.
- HO, H L. *A Philosophy of evidence law*. Oxford: OUP, 2008.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JEROUSCHEK, Günter. Wie frei ist die freie Beweiswürdigung? In: *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, 1992.

- KINDHÄUSER, Urs. Das Beweismaß des Strafverfahrens. *In: Jura*. 1988.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- KOTSOGLOU, Kyriakos. *Forensische Erkenntnistheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.
- KREHL, Christoph. Der verfassungsrechtliche Schutz rechtlichen Gehörs im Strafverfahren. *In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (hrsg.). Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- KRIETER, Hugo. *Historische Entwicklung des „Prinzips der freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß*. Hildesheim: Franz Borgmeyer, 1926.
- KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. 9. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015.
- KUNIG, Philip. *Das Rechtsstaatsprinzip*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1986.
- KUNZ, Karl-Ludwig. Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. 121, 2009.
- KÜPER, Wilfried. *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre Geschichtlichen Grundlagen*. Berlin: Walter De Gruyter, 1967.
- KÜPER, Wilfried. Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß. *In: WASSERBURG, Klaus; HADDENHORST, Wilhelm. Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren*. Heidelberg: C. F. Müller, 1984.
- LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 143, maio. 2018a.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018b.
- LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? *In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). Direito penal como crítica da pena*. Madri-São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- LÜCKE, Jorg. *Begründungszwang und Verfassung: Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987.
- MALAN, Diogo. Art. 385. Comentários. *In: GOMES FILHO, Antônio Magalhaes et al. Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. vol. III.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Die Lehre vom Beweise*. Darmstadt: Johann Wilhelm Heyer, 1834.
- NEUMANN, Ulfried. Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 1989. v. 101.
- NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PAPIER, Hans-Jürgen; KRÖNKE, Christoph. *Grundkurs Öffentliches Recht 1*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2019.
- PAULUS, Rainer. Prozessuale Wahrheit und Revision. In: SEEBODE, Manfred (org.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1982.
- PETERS, Karl. *Fehlerquellen im Strafprozeß*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. v. II.
- PETERS, Karl. *Strafprozeß: ein Lehrbuch*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1985.
- PINTO, Ronaldo Batista. Pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público e possibilidade de condenação pelo juiz. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 154, set. 2005.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RIEB, Peter. Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Hamburg-Heidelberg, 1978.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: allgemeiner Teil*. 5. ed. München: C. H. Beck, [20--]. t. I.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 29. aufl. München: C. H. Beck, 2017.
- RÜTHERS, Bernd. *Die heimliche Revolution*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- SACHS, Michael. *Grundgesetzkommentar*. 8. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- SANDER, Günther M. § 261. In: BECKER, Jörg et al. (org.). *Löwe-Rosenberg – Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. 27. ed. Berlin: De Gruyter, 2021. t. VII.
- SARLET, Ingo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SARSTEDT, Werner. Beweisregeln im Strafprozeß. In: *Festschrift für Ernst E. Hirsch*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.
- SCHMIDT, Eberhard. *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1964a. t. I.
- SCHMIDT, Eberhard. *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1957. t. II.
- SCHMIDT, Eberhard. Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde. Strafprozess und Rechtsstaat. In: *Monatsschrift für Deutsches Recht*, v. 8, 1964b.
- SCHMITT, Bertram. §§ 226-275. In: MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram (hrsg.). *Strafprozessordnung*. 62. ed. München: C. H. Beck, 2019.

- SCHMITT, Bertram. *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß*. Lübeck: Max Schmidt-Römhild, 1992.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Art. 20. In: DREIER, Horst. *Grundgesetz: Kommentar*, 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. band 2.
- SCHUSTER, Tomas. In: SCHNEIDER, Hartmut (org.). *Münchener Kommentar zur StPO*. München: C. H. Beck, 2018.
- SCHWABENBAUER, Peter. *Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- SINNOT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 9. ed. Stanford: Cengage, 2015.
- SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. München: C. H. Beck, 1984. t. I.
- STREE, Walter. *In dubio pro reo*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1962.
- TAMANAH, Brian. *On the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. Madri-São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.
- TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 17. ed. Milano: Giuffrè, 2016.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- TWINNING, William. *Rethinking evidence*. 2. ed. Cambridge: CUP, 2006.
- VALDEZ, Frederico Pereira. Para além do reducionismo acusatório-inquisitório. *Revista dos Tribunais*, v. 964, fev. 2016.
- VELTEN, Petra. § 261. In: DEGENER, Wilhelm et al. *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. 4. ed. Köln: Carl Heymanns, 2012a.
- VELTEN, Petra. In: WÖLTER, Jürgen (hrsg.). *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2012b.
- VELTEN, Petra. Vor § 261. In: DEGENER, Wilhelm et al. *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. 4. ed. Köln: Carl Heymanns, 2012c.
- VOGLER, Richard. *A world view of criminal justice*. London-New York: Routledge, 2005.
- VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*. 9. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1979.
- WIMMER, August. Überzeugung, Wahrscheinlichkeit und Zweifel. *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, sept. 1950.
- ZACHARIÄ, Heinrich Albert. *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*. Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1846.
- ZOPFS, Jan. *Der Grundsatz „In dubio pro reo“*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

# Anotações sobre as categorias do chamado risco permitido

## *Notes on the categories of the so-called allowed risk*

Artigo recebido em 29/10/2023 e aprovado em 14/11/2023.

### Rodrigo Amaral

Doutorando e mestre em direito penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

#### Resumo

Nem toda conduta perigosa ao bem jurídico está proibida pelo ordenamento jurídico, sendo essa a *ratio* do chamado risco permitido. O presente artigo versa sobre as categorias desse instituto, possuindo, a rigor, três momentos: analisar se o termo risco *permitido* é o mais adequado; verificar como os critérios sobre a valoração jurídica do risco criado aparentam possuir determinados padrões de relação e os eventuais porquês de isso ocorrer; refletir sobre a fundamentação da ideia e a insuficiência da opinião dominante – consistente na ponderação de interesses – quanto ao tema.

**Palavras-chaves:** dever de cuidado; princípio da confiança; comportamento típico; risco permitido; teoria da imputação objetiva.

#### Abstract

*Not all conduct that is dangerous to the legal good is prohibited by the legal system, and this is the ratio of the so-called allowed risk. This paper deals with the categories of this institute, having, in general, three moments: analyze whether the term allowed risk is the most accurate; verify how the criteria for the legal valuation of the risk created appear to have certain patterns of relation and the possible reasons why this occurs; reflect on the foundation of the idea and the insufficiency of the dominant opinion – consisting in the weighing of interests – on the subject.*

**Keywords:** duty of care; principle of trust; typical behavior; allowed risk; objective imputation theory.

## 1 Introdução

O legado do prof. Luís Greco para a filosofia e a ciência do direito penal é de inegável importância. Aos 46 anos, o docente já possui uma obra de tamanha amplitude que o coloca dentro dos grandes nomes do direito penal tanto nacional quanto internacionalmente.

Entre os inúmeros temas de direito penal que contam com a fundamental contribuição do prof. Greco, decerto a imputação objetiva é um dos principais. São inúmeros os trabalhos – muitos deles mencionados ao longo do texto – sobre o tema, em diversas línguas, produzidos pelo hoje professor catedrático da *Humboldt Universität zu Berlin*. Por exemplo, todo estudante brasileiro que deseje entender sobre imputação objetiva perde muito se não estudar por meio do conhecido "*Um panorama da teoria da imputação objetiva*".

Em homenagem ao *mestre*, abaixo seguem algumas reflexões acerca de um dos principais temas da teoria da imputação objetiva: a valoração jurídica de um risco criado ou incrementado no nível do desvalor da conduta.

## 2 Definição do objeto

Nos delitos de resultado, toda ação típica é objetivamente perigosa ao bem jurídico, mas nem toda ação perigosa está abarcada pelo tipo penal. Essa é a *ratio* da ideia de *risco permitido*.

Toda ação típica deve ser objetivamente perigosa ao bem jurídico, resumidamente, por duas razões principais. A primeira delas reside na ideia de proteção de bens jurídicos: não faz sentido proibir condutas que de início já não são perigosas pelo objeto tutelado pelo tipo penal (Greco, 2014, p. 35-38). É dizer: se o crime de homicídio (art. 121,

CP) tem como objeto a vida humana, condutas não perigosas à vida já não podem, *ab initio*, ser objeto da proibição que decorre do tipo penal. A rigor, teríamos uma proibição que sequer atenderia às exigências do princípio da proporcionalidade no sentido da proibição do excesso (*Übermassverbot*)<sup>1</sup> (Greco, 2014, p. 57-58).

A segunda delas é de natureza fenomenológico-descritiva: do tipo penal “matar alguém” decorre a norma de conduta “não mate” e esse comportamento proibido pressupõe o resultado: matar é, de algum modo, produzir a morte de alguém. Entretanto, o resultado não vem instantaneamente: os delitos de resultado caracterizam-se justamente pela existência de uma distância espaço-temporal entre comportamento humano e resultado típico. Desse modo, a norma de conduta, para fazer sentido, tem que considerar esse elemento: no momento da ação ainda não há resultado, ocorrendo, no máximo, a realização ou não de uma conduta apta a produzi-lo. Uma conduta, portanto, *perigosa ou não* ao bem jurídico. Além disso, a própria punibilidade da tentativa já demonstra que a norma de conduta tem na conduta perigosa o seu centro de gravidade.

Entretanto, conforme dito, nem toda conduta perigosa à vida pode estar contida na proibição de matar do art. 121, CP (Greco, 2014, p. 50). Afinal, se assim fosse, a rigor, haveria uma abundância de comportamentos típicos do cotidiano que estariam abarcados na proibição de matar alguém: meios de transporte, de produção de energia, esportes (mais ou menos arriscados), cirurgias e outras atividades laborais são alguns dos possíveis exemplos. Tais hipóteses deixam claro que proibir em absoluto toda e qualquer ação perigosa significaria uma insuportável e quase-absoluta restrição à liberdade de ação em si mesmo, conforme corretamente aduz Frisch (2004, p. 86-87). Segundo opinião amplamente admitida, tais são as hipóteses do chamado *risco permitido*.

Este estudo homenageando o professor Greco constitui-se, resumidamente, de três momentos: primeiro, tecer considerações sobre a nomenclatura adotada pela opinião dominante, verificando se essa questão, *a priori* meramente linguística, pode ter consequências no desenvolvimento de critérios de imputação; segundo, verificar como esses critérios aparentam possuir determinados padrões de relação e os eventuais porquês de isso ocorrer; terceiro, refletir sobre a fundamentação da ideia e a insuficiência da opinião dominante quanto ao tema, algo que já foi observado anteriormente pelo próprio Greco (2014, p. 52-58), mesmo que mais moderadamente.

### 3 Risco permitido?

Conforme explica Greco (2014, p. 70), risco permitido é um conceito formal, que exprime a ideia de que, por alguma razão, o ordenamento jurídico não desaprova aquela conduta, apesar de ela ser perigosa para o bem jurídico tutelado no tipo penal. Portanto, ninguém será absolvido “porque a sua conduta criou um risco permitido”, mas sim, pois “o ordenamento jurídico não desaprova essa conduta em razão de X e, portanto, ela cria um risco permitido”. Destarte, dizer que uma conduta cria um risco permitido não será o fundamento do raciocínio, mas simplesmente a sua conclusão.

É preciso, no entanto, refletir sobre o significado do termo *risco permitido*. *Permitir* significa possibilitar, conceder, dar poder, liberdade ou licença para algo. Só permite quem tem o poder de veto; sem esse poder, não há que se falar que algo está permitido. Não faria sentido dizer, por exemplo, “eu permito que um vulcão entre em erupção” ou “eu permito que um furacão se forme”; fenômenos naturais ocorrem independentemente da vontade humana, não precisando, portanto, da nossa *permissão*.

Decerto essa não será a mesma relação entre Estado e cidadão. A rigor, há uma gama bastante reduzida de indivíduos que teriam meios capazes de resistir ao poder estatal. Nesse sentido de *poder*, seria adequado falar em simples permissões; todavia, se se tratar da *legitimidade do exercício do poder*, esse panorama muda. Afinal, permissões, em um sentido meramente descritivo, são dadas até mesmo por organizações criminosas que exerçam domínio fático em determinado território. Aqui se impõe, portanto, o questionamento feito primeiramente por

<sup>1</sup> Sobre o conteúdo do princípio e seus três filtros (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), cf. ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-127, com a ressalva de que o professor aqui homenageado traduz diversamente o primeiro filtro (idoneidade) em GRECO, L. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 135-138, inclusive adotando o princípio para um problema que ele considera ser de imputação ao tipo objetivo. Para verificar o caráter de princípio constitucional não inscrito da proporcionalidade, cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201-202.

Agostinho n'A *Cidade de Deus* e replicada por Greco (2015, p. 114) em sua tese doutoral: o que diferencia o Estado de uma gangue de ladrões?

Em um modelo de *Estado de Direito* material que possua na ideia de dignidade humana um pilar fundamental (art. 1º, III da Constituição de 1988), um poder estatal irrestrito seria, no mínimo, dificilmente justificável e, no máximo, simplesmente intolerável. O poder estatal, afinal, é exercido em nome dos indivíduos que se encontram no seu âmbito de alcance (Greco, 2015, p. 115); ou seja, é exercido justamente sobre aqueles em nome dos quais se exerce em primeiro lugar.

Nesse ponto, em alguns âmbitos, o Estado também possui deveres de não intervenção. O próprio Greco (2014, p. 56), por exemplo, fala em certo núcleo de liberdade que cada cidadão possui e que deve ser livre de qualquer ingerência estatal. Para citar outro exemplo, Renzikowski (2017, p. 32) afirma, corretamente, que os direitos subjetivos não são meras benesses de um Estado soberano, mas espaços de exercício autorresponsável da própria vida, livres de quaisquer exigências sociais.

Defender simplesmente que o Estado permite a produção de certos riscos implica em dizer que o mesmo Estado poderia não permitir se assim achasse socialmente conveniente. Um exemplo foi o chamado “julgamento do jardim da frente” (*Vorgarten-Urteil*), pelo Tribunal do Império alemão (*Reichsgericht* – RG), em 1931.<sup>2</sup> Ali, condenou-se um motorista que, trafegando em uma velocidade entre 20 e 25 km/h, atropelou uma menina de 13 anos que saiu repentinamente de trás de um ponto cego do jardim de uma casa. O motorista somente conseguiu avistar a menina quando ela estava muito próxima da rua, visto que a entrada do jardim ficava bem próxima do início da calçada; desse modo, o motorista não teve tempo suficiente para impedir o acidente. Entendeu o RG que o motorista tinha a obrigação de contar com a hipótese abstrata de que qualquer pessoa poderia sair do ponto cego e repentinamente cruzar a rua, diante da curta distância entre a entrada do jardim e a via.

Estava, à época, consagrado um *princípio da desconfiança* em nome da segurança do tráfego rodoviário. Na ponderação entre um interesse geral de liberdade e a proteção do bem jurídico, vencia, portanto, a segunda. Somente uma concepção de Estado que tudo *permite* justificaria uma restrição tão grande na liberdade de agir das pessoas.

Parece intuitivamente correto que, em muitos âmbitos, haja justificadas permissões estatais. Fiquemos com o exemplo das regras de trânsito. Sinalizações, limitações de velocidade, definição do sentido da via, identificação dos automóveis por meio de placas e obrigatoriedade de ligar faróis para auxiliar na visibilidade são exemplos de regulações estatais legítimas. São regulações que, em uma primeira perspectiva purista, representariam simples intervenções na liberdade de agir das pessoas. Entretanto, são medidas que regulam e gerenciam riscos, trazem algum grau de previsibilidade e, sobretudo em tempos de elevado uso de automóveis, viabilizam a atividade em si. Fazendo uma ponderação ampla, é possível verificar que elas trazem muito mais benefícios, quando corretamente aplicadas.

Por outro lado, se fosse aprovada uma lei proibindo o transporte rodoviário, ela dificilmente seria vista como legítima. Equivaleria a transformar bens de milhões de brasileiros em inúteis carcaças metálicas. O Estado, portanto, pode regular *como* utilizar veículos automotores, mas não tem a legitimidade de determinar em absoluto *se* o cidadão pode tê-los e usá-los. O Estado também não pode, em nome da segurança viária, obrigar que certos agentes tenham que contar com o imprevisível. A ponderação e, portanto, o *âmbito do poder legítimo de permissões estatais*, possuem limites.

Portanto, há riscos permitidos e riscos sobre os quais o poder estatal não tem a legitimidade de intervir. De modo a englobar todas as hipóteses, seria mais preciso falar em risco juridicamente aprovado, risco juridicamente não desaprovado ou até mesmo risco não proibido, para abranger ambas as espécies.

<sup>2</sup> Para um panorama do histórico do desenvolvimento do princípio da confiança no direito penal alemão, ver SIQUEIRA, F. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 39-61.

## 4 A ideia de homem prudente como metacrítério do desvalor da conduta

Dos tradicionais e, geralmente aceitos critérios para análise do desvalor da conduta, a figura da medida de cuidado objetiva talvez seja aquela cujo conteúdo é o mais debatido. O próprio Greco (2014, p. 67-70) elenca uma série de modelos distintos: o recurso à figura do homem prudente por ele defendida, a perspectiva do autor concreto, o emprego de regras de experiência etc. Em âmbito nacional, a ideia de homem prudente vem tendo ampla aderência.<sup>3</sup>

Tavares (2016, p. 308-316), no entanto, opõe-se à figura do homem prudente, defendendo a sua substituição por critérios baseados na experiência geral de vida. Para o autor, a figura não seria nada mais do que uma sofisticação da ideia de homem médio da teoria causal, a qual, nas suas palavras, não possui fundamento científico. A figura do *homo medius* – e, por consequência, a de homem prudente – não seria constituída de nada mais, nada menos do que do subjetivismo do seu intérprete – no caso, o julgador. Violaria, ademais, o princípio da legalidade, pois criaria, isoladamente do que preceitua o tipo, um padrão de conduta nele não descrito, o que extrapolaria a tipicidade. A figura seria também inerentemente ligada e dependente de considerações normativas do tipo “um motorista prudente sempre respeitaria o limite de velocidade” e, nesse sentido, seria tautológica (“prudente será aquele que não é imprudente em face da norma”).

Essas críticas estão, no geral, equivocadas. A uma, simplesmente dizer que a ideia do homem prudente seria mera sofisticação da figura do homem médio não permite transferir as críticas direcionadas à última também à primeira. Não é preciso de nenhuma teoria complexa para concluir que, diante da pluralidade de valores, capacidades, preferências e objetivos humanos, a ideia de homem médio teria que excluir tantas qualidades humanas que dificilmente teria um conteúdo concreto. Não é possível traçar a média dos tipos de indivíduos existentes e qualquer tentativa nesse sentido tenderia a uma caricatura que dificilmente corresponderia a um ser humano de carne e osso. A ideia de homem prudente, por outro lado, não enfrenta esse problema: prudente é aquele visto como cauteloso, sensato, cuidadoso. O leitor decerto conhecerá (ou, ao menos, poderia conhecer) alguém que poderá adjetivar como uma pessoa *prudente*; mas dificilmente pensará em alguém que corresponda à ideia de homem médio. E, se pensar em algum “homem médio”, provavelmente não entenderá muito bem por quê. Assim, as críticas sobre a deficiência científica ou a indeterminação da ideia de homem médio não podem ser transferidas à figura do homem prudente a pretexto de esta supostamente ser um refinamento daquela.

Em segundo lugar, aduzir que a figura do homem prudente viola a legalidade por criar um padrão de conduta “a par da realidade típica” está, a rigor, incorreto. Da mesma forma, a assertiva de que a figura representaria uma simples tautologia. Essas duas afirmações partem de uma compreensão da figura que quase nenhum de seus defensores de fato defende. Não se trata de uma simples verificação acerca de uma conduta ideal imaginária ou de um padrão de comportamento a par da realidade.

O que ocorre é que, conforme corretamente apontado por Greco (2018b, p. 57-58) noutra sede, razões naturalmente extrapolam a situação concreta examinada, possuindo, assim, algum grau de generalização. Mas isso não significa ignorar a situação concreta examinada. Pelo contrário: a ideia é justamente verificar se, no caso examinado, o indivíduo atendeu às exigências de comportamento da norma prevista no tipo penal. E, ao verificar isso, fica implicitamente constatado que, sempre que os mesmos padrões estiverem presentes em outros casos, a conclusão pela imputação ou não será a mesma. Não se trata nem de utilizar um padrão alheio ao caso concreto, muito menos de reduzir o padrão de cuidado ao mero atendimento ao regramento extrapenal, o que ficará mais claro para o leitor ao longo do texto.

Prudência e imprudência são conceitos antagônicos. Se o leitor consultar um dicionário, verificará que provavelmente “imprudente” será conceituado como aquele que “não é prudente”, que é “descuidado”, “irrefletido”, “precipitado”. O homem prudente é aquele indivíduo cuidadoso, diligente; é, pela lógica das coisas, alguém que

<sup>3</sup> Além de Greco, defendem a figura, por exemplo, BATISTA, N. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80; FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 220-222; e SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

não seja imprudente. Isso não pode ser confundido com uma mera tautologia. Buscar critérios para definir que um indivíduo foi cuidadoso em um determinado caso nos levará a uma conclusão que, por definição, elimina a hipótese antagônica. Isso não será tautológico na medida em que for uma mera consequência natural de uma argumentação anterior, e não parte dessa argumentação.

A ideia de homem prudente não é um simples critério do desvalor da conduta que seja alheio, independente ou que somente interaja com os demais. É, na realidade, *a lente pela qual todos esses critérios serão visualizados*. É a balança que sopesa que nuances do caso analisado devem prevalecer a favor ou contra a imputação. É uma ideia que, *prima facie*, não nos diz nada sem verificar os detalhes do caso concreto. É algo que precisa de uma complementação e essa será, justamente, o recurso às *regras da experiência*, de acordo com os dados que estavam disponíveis ao agente no momento de sua conduta (perspectiva *ex ante*).

Tavares (2016, p. 315) diria que, se colocarmos o homem prudente nas circunstâncias do indivíduo concreto, não estaríamos mais medindo o cuidado a partir da perspectiva do homem prudente, mas do próprio autor concreto e que todo *subjetivismo* deveria ser eliminado do processo de imputação. A questão do subjetivismo já foi dita linhas acima. É preciso, aqui, esclarecer o porquê de, ao contrário da crítica, a figura do homem prudente permanecer necessária no processo de imputação.

A ideia, pela primeira vez posta na doutrina alemã, acerca de uma figura de medida objetiva (*objektive Maßfigur*), é parte do conhecido método da *prognose póstuma objetiva*. Ela fundamenta-se justamente no fato de que é preciso ter parâmetros objetivos mínimos para evitar o subjetivismo e possibilitar critérios isonômicos e gerais. Mas não só isso, parte-se da ideia de que há um conjunto de valores basilares e objetivos que sempre correspondem a certo dever de cuidado com o bem jurídico. Mais ainda: é dizer que certos tipos de conhecimento são tão básicos que não é preciso questionar, a cada novo caso, se o indivíduo concreto tinha condições de acessar aquele dado da realidade. É somente verificar se o dado estava de fato acessível ao agente no momento da conduta. Isso porque há certos aprendizados que fazem parte de um processo normal de socialização, educação ou simples obtenção de experiência pelo amadurecimento e, por isso, não é preciso questionar se aquele indivíduo tinha condição de compreender como aquele dado influenciava para o panorama dos possíveis riscos de sua conduta. Isso seria simplesmente um inútil gasto de energia.

São dados que se, por alguma excepcional contingência da vida, aquele indivíduo concreto não tinha condições de compreender ou se essas condições eram reduzidas, isso não influenciaria na constatação de que ele praticou uma ação descuidada com o bem jurídico tutelado pelo tipo. No máximo, seria algo a se debater e valorar na culpabilidade. É basicamente dizer: se um indivíduo causa um dano que, a partir dos dados que lhe eram acessíveis no momento de sua conduta, era objetivamente impossível para um homem prudente ordinário antever, ninguém falaria que essa pessoa praticou uma *conduta descuidada* com o bem jurídico. Por outro lado, no caso de uma excepcional incapacidade de compreensão do agente sobre os dados que lhe eram acessíveis, se esses dados forem de simples entendimento para pessoas sem capacidades ou conhecimentos excepcionais, subsiste a constatação de que aquele indivíduo *praticou uma conduta descuidada com o bem jurídico*. São dados cuja compreensão é tão básica que, se aquela pessoa específica realmente não os compreendia, é algo tão excepcional que já seria de questionar até mesmo a sua imputabilidade, a depender da hipótese. Se o indivíduo em questão realmente não era capaz de entender o perigo da situação e essa falta de compreensão, além de não decorrer de inimputabilidade, advir de circunstâncias que não permitam que o ordenamento jurídico exija algo diverso daquela pessoa, tem-se aqui um bom debate para o nível da culpabilidade. Essa, inclusive, é uma posição consolidada na antiga doutrina do crime culposo, aqui personificada no exemplo de Frago (1995, p. 221), que dizia que a *previsibilidade objetiva* é um elemento do tipo penal, enquanto a *previsibilidade subjetiva* é uma questão de culpabilidade.

A partir dessa compreensão, torna-se natural, inclusive, a questão dos *conhecimentos especiais*. Aquele indivíduo que possui conhecimentos que extrapolam o âmbito do acessível ao leigo, isto é, que sabe mais do que saberia o nosso homem prudente objetivo, tem condições superiores de agir com cuidado perante o bem jurídico. Conforme pontuado por Greco (2005, p. 534-535), o direito – e, consequentemente, o direito penal – opera com uma linguagem prescritiva, isto é, em todo tipo penal subjaz implicitamente um comando normativo. Nesse contexto, a consideração de conhecimentos especiais não constitui uma injustificada exceção ao tipo objetivo. Só seria assim se se considerasse que o direito opera com um sistema meramente classificatório, o que está – ou deveria estar –

superado desde ao menos o fim do naturalismo. Somente em um sistema classificatório-formal a consideração de dados subjetivos no tipo objetivo seria um empecilho<sup>4</sup> e, por isso, essa tese deve ser afastada.

Se um indivíduo tem condições superiores para compreender um dado que não é comum para a maioria entender, isso significa que a ele o comando normativo naquele momento está acessível, o que não ocorreria para a maioria das pessoas. Ou seja, quem tem conhecimentos superiores interage com o comando normativo de uma forma que quem não possui esse conhecimento não tem condições de fazer. Constitui uma excepcionalidade que influencia na valoração jurídica do comportamento daquele indivíduo. Destarte, se o indivíduo, apesar desse conhecimento, opta por ainda assim praticar a ação perigosa ao bem jurídico, ninguém dirá que ele não realizou uma conduta descuidada simplesmente pelo fato de que o dado em questão não era acessível ao homem prudente objetivo.

Assim, a ideia de homem prudente estará invariavelmente presente na valoração jurídica do perigo criado. Em resumo, é questionar: munido dos dados cognoscíveis no momento da conduta do agente (com a adição de eventuais conhecimentos especiais), à luz das regras de experiência que influenciam na valoração daquele comportamento perigoso e considerando, eventualmente, o princípio da confiança e regras extrapenais que regulam a atividade em questão, o que faria uma pessoa prudente naquelas circunstâncias?

## 5 Breve excuro: a norma de comportamento como ponto de partida da imputação

O que foi defendido no item anterior impõe a necessidade de tecer algumas linhas sobre a natureza da norma penal e como ela tem influência até mesmo em algumas questões intuitivas. Como dito, de todo tipo penal é possível verificar uma norma de conduta correspondente. Por exemplo, no delito de homicídio (art. 121, CP), cujo tipo descreve a conduta de “matar alguém”, a norma de comportamento, em linhas gerais, prescreve: “não mate” ou “não deves matar”. Entretanto, os delitos de resultado caracterizam-se pelo fato de que *entre conduta e resultado há uma distância espaço-temporal*. Desse modo, o resultado não decorre de forma necessária e instantânea da conduta; caso contrário, nem faria sentido falar na hipótese de tentativa. Assim, a rigor, a norma de comportamento mínima contida no art. 121, CP, antes descrita simplesmente como “não mate”, na realidade seria expressa de forma mais precisa da seguinte maneira: “não crie ou incremente um perigo à vida alheia”.

Mas, ainda assim, a norma ainda não está perfeitamente descrita; afinal, foi dito linhas acima que o ordenamento jurídico não proíbe, nem poderia proibir, quaisquer condutas perigosas. Somente certas condutas perigosas, isto é, aquelas juridicamente desaprovadas, são objeto da proibição. Destarte, a norma jurídica contida no delito de homicídio pode ser assim descrita: “não crie ou incremente um perigo juridicamente desaprovado à vida alheia”, que não é exatamente um sinônimo, mas contém a seguinte norma: “não crie ou incremente um perigo violador de um dever de cuidado à vida alheia”.

A partir dessa perspectiva, fica ainda mais claro o incômodo com a antiga concepção naturalista de que a tipicidade se esgotava na causalidade. Somente causar uma morte – no sentido mais geral de ser antecedente causal – não é o único requisito que permite constatar a violação da norma de comportamento do homicídio. No clássico exemplo dos pais que concebem uma criança que anos depois vem a matar alguém – e, portanto, são antecedentes causais da morte –, o naturalismo contraria a lógica ao relegar a solução à ausência de culpabilidade. Esse é o tipo de situação em que, na prática, sequer se cogita imputar o delito aos indivíduos, muito menos analisar causalidade, antijuridicidade, até chegar na ausência de culpabilidade.

<sup>4</sup> Essa tese foi amplamente divulgada por certos setores do debate, com diferentes finalidades. Alguns finalistas, como STRUENSEE, E. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998, desejam dar um fim à teoria da imputação objetiva; outros autores, como é o exemplo de BURKHARDT, B. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 153-192, querem manter a imputação objetiva, mas relegar todos os dados subjetivos ao tipo subjetivo. Adequadas e mais longas réplicas em: FRISCH, W. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004b, p. 193-280; GRECO, L. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005.

Isso dá mais clareza também aos méritos da doutrina finalista de Welzel, que deu luz à importância do desvalor da conduta, bem como de um lado introduziu, de outro consolidou, elementos subjetivos no tipo penal, com a separação do *dolus malus* e o transporte do dolo-base e da culpa (no sentido de imprudência *lato sensu*) para a tipicidade. Não à toa Roxin (2014, p. 123-124), pai do chamado funcionalismo teleológico-racional, não hesitou em reconhecer esses méritos do finalismo. Afinal, dolo e culpa não são meras espécies de culpabilidade, mas fundamentalmente duas formas diferentes de violar uma norma de conduta e, portanto, modalidades distintas de praticar um injusto penal.

Constatar isso significa também dar razão a Frisch (2004a, p. 45-47) quando ele aduz que muitos dos problemas resolvidos sob a rubrica da *imputação objetiva do resultado* são, na realidade, questões de definição do comportamento típico. Antes de questionar sobre causalidade ou realização do risco criado, é preciso definir que comportamentos estão abarcados pela proibição contida nos tipos penais de resultado. Ou seja, antes de questionar se há nexos causal entre conceber uma criança que viria a matar alguém e esse resultado, tem-se que verificar se o ato de conceber uma criança está, em primeiro lugar, contido na proibição do art. 121, CP.<sup>5</sup> Em caso negativo, não há por que verificar causalidade nos termos do art. 13, CP. Somente essa perspectiva *tem como ponto de partida o tipo penal*. Deixar para verificar o desvalor da conduta somente depois de analisar o nexos causal significa ter como ponto de arranque não o tipo penal, mas a norma da parte geral que dispõe sobre causalidade.

Essa perspectiva, além de levar mais a sério a *função de garantia do tipo penal*, está muito mais de acordo com o que é – nesse ponto, corretamente – feito pela práxis. Afinal, ninguém gasta muita energia em verificar se certos comportamentos, claramente causais, merecem reprimenda penal.

## 6 A interação entre normas específicas da atividade e o princípio da confiança

Nos casos em que tanto as normas específicas da atividade quanto o princípio da confiança entram em cena, é possível observar certos padrões que, uma vez percebidos, podem auxiliar no esclarecimento de problemas concretos. Observem-se dois casos que irão auxiliar nisso:

*Caso 1:* um indivíduo X, conduzindo um veículo automotor dentro da velocidade permitida da pista e com sinal verde para prosseguir em um cruzamento, avista outro carro na via transversa, que não dá sinais de diminuição de velocidade para parar no sinal vermelho. Todavia, crendo que o outro pararia, X prossegue; o outro motorista, entretanto, não respeita a sinalização e o acidente acontece.

*Caso 2:* um motorista X, na condução de um ônibus, em uma via cuja velocidade máxima era de 30 km/h, atropela um ciclista que, de inopino, atravessava a rua fora da faixa. Da análise do tacógrafo, constatou-se que o ônibus se deslocava a 72 km/h no momento da colisão. Uma testemunha, que conduzia um automóvel na outra via da rua, relatou que o ciclista simplesmente cortou na frente de seu carro, mas como a condutora estava atenta e em baixa velocidade, conseguiu frear e impedir a colisão.<sup>6</sup>

No caso 1, há um respeito das normas extrapenais de segurança por parte do agente X – dirigir dentro da velocidade permitida, respeitar a sinalização –, porém uma impossibilidade de confiar na conduta correta do terceiro que já dava indícios de que agiria contrariamente ao dever. Já no caso 2 ocorre o contrário: o motorista X até podia confiar na conduta correta do terceiro – afinal, a partir de uma perspectiva *ex ante*, não havia nenhum dado cognoscível que indicasse que o terceiro erraria –, mas um claro desrespeito ao limite de velocidade da pista.

<sup>5</sup> Similar, mas chegando a diferentes conclusões por razões que extrapolam o âmbito do presente estudo, RENZIKOWSKI, J. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 42-48.

<sup>6</sup> Caso julgado em: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.580.438/PR, relator ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, publicado no diário de justiça eletrônico em 18 abr. 2016. Acesso em: 13 nov. 2023. Análise pormenorizada do julgado à luz do princípio da confiança em AMARAL, R. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 178, p. 287-308, 2021.

Normas de segurança específicas da atividade<sup>7</sup> – tais quais as regras de trânsito – possuem um caráter geral e abstrato. Isso significa que essas regras não têm, nem poderiam ter, o condão de impedir qualquer risco da atividade em questão, isto é, o seu cumprimento *per se* não garante que tudo correrá bem. Esse tipo de norma tem a finalidade de *gerenciar riscos*, visando à redução de resultados danosos a bens jurídicos desde uma *perspectiva geral*. É dizer: se todos os personagens da atividade atenderem às exigências dessas regras, é possível dizer que *provavelmente* tudo ficará bem. Logo, se alguém erra, nada pode garantir que, se os demais se limitarem a atender as exigências dessas normas, o resultado danoso será evitado, sendo fundamental algum tipo de *cooperação*.

Nesse sentido, as normas da atividade estão em conexão direta com o *princípio da confiança*, cujo conteúdo prescreve que o cidadão pode pressupor que os demais agirão conforme o dever, a não ser que a ele estejam acessíveis, no momento da sua conduta, indicadores de que um terceiro errará ou já errou; indicadores esses que podem ser de natureza objetiva, dizendo respeito às circunstâncias de atuação (exemplos: uma pessoa está atravessando a rua fora da faixa de pedestres; o próprio indivíduo tem um dever de cuidado não cumprido de controlar a ação do terceiro) ou subjetiva<sup>8</sup>, dizendo respeito à pessoa do terceiro (*v.g.*, o indivíduo possui uma deficiência que impede ou dificulta a atividade esperada).

Portanto, se um indivíduo, comportando-se de acordo com as regras de segurança da atividade, avista alguém que está em vias de errar, não está autorizado a não adaptar a sua conduta de modo a evitar o resultado danoso a terceiros. E isso decorre da própria natureza já enunciada da norma extrapenal referente à atividade: se a norma da atividade específica está olhando para o geral, e não para aquela situação perigosa cognoscível ao agente, ela não pode ser utilizada como pretexto para o indivíduo *lavar as mãos*. Assim, a impossibilidade de confiar obriga o agente a atuar com mais cuidado do que aquele abstratamente exigido na norma da atividade correspondente.

O contrário também ocorre: a infração das regras de segurança, em alguns casos, tornará supérflua a constatação de que o agente poderia confiar no terceiro. Normalmente, utiliza-se a equivocada – mas intuitivamente fundada, para ser justo – restrição da possibilidade de confiar para quem efetivamente viola a norma de cuidado da atividade. Nessa linha, seria um erro manter a possibilidade de confiar de quem age incorretamente, quebrando assim a confiança dos outros (Kirschbaum, 1980, p. 122). Essa ideia não está de todo errada nas suas conclusões, mas está mal formulada e pode levar a imputações errôneas.

Errar do ponto de vista da norma extrapenal de cuidado não equivale automaticamente a violar a norma de conduta contida no tipo penal. Esse brocardo, visto de forma absoluta, acaba igualando os dois institutos, convertendo-se em uma verdadeira *petitio principii*. Seria dizer: “há desvalor da conduta porque o agente errou”, quando se deveria afirmar “ele errou pelas razões tais, de modo que há desvalor da conduta”.

A questão aqui é verificar se o descumprimento da norma extrapenal está, desde uma perspectiva *ex ante*, conectado à criação ou ao incremento do risco. No caso do trânsito, por exemplo: uma pessoa dirigir com a carteira de motorista vencida ou com a placa do carro raspada em nada vai influenciar na criação ou incremento do risco. Ou no exemplo do nosso caso 2, não faria sentido indagar se o motorista estava com os faróis traseiros funcionando, pois eles em nada influiriam, já, *ex ante*, na probabilidade daquele acidente, visto que não ajudariam nem na visão do agente, nem da vítima. Nos casos em que há uma conexão entre a violação da norma de cuidado e o incremento do risco, aqui simplesmente dizer que o indivíduo poderia confiar não poderia alterar a constatação de que ele foi descuidado com o bem jurídico.

Assim, há certa dinâmica entre normas de cuidado da atividade e o princípio da confiança. Dentro de uma sociedade com regras, o atendimento ao regramento específico da atividade aliado à possibilidade de confiar permite afirmar com segurança que o agente não violou a norma penal. E isso configura um grande ganho à luz da segurança jurídica e da liberdade geral de ação: o cidadão pode agir confiando que não será punido se atender

<sup>7</sup> Aqui, a análise limita-se às regras estatais. Por questões de espaço, o problema acerca da consideração de normas de segurança de caráter privado ficará, aqui, em aberto.

<sup>8</sup> Aqui, comumente a doutrina trata esses casos sob rubricas do tipo “*condição pessoal do terceiro*”, “*terceiros nos quais não se pode confiar*” ou algo do gênero. Exemplos: FIDALGO, S. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 173-181; SIQUEIRA, F. O *princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 141-146.

ao regramento de segurança e não tiver motivos, no momento da ação, para desconfiar de que terceiros errarão e que ele teria que adaptar o seu comportamento de acordo com esse erro. Mas não só isso: não seria justo onerar o cidadão com deveres que extrapolem isso, conforme será visto abaixo.

No caso de atendimento às normas de segurança, mas impossibilidade de confiar, é necessário que o cidadão adapte a sua conduta e faça mais do que se limitar a tais normas, que possuem caráter geral e abstrato. No caso contrário, em que há possibilidade de confiança, mas desatendimento ao regramento extrapenal da atividade, há que se considerar se este repercute no incremento do risco ao bem jurídico tutelado no tipo penal; em caso positivo, poder confiar não é razão suficiente para dizer que não houve violação à norma penal.

Assim, no *caso 1*, há desvalor da conduta, tendo em vista que, apesar de dirigir dentro da velocidade permitida e estar com o sinal verde a seu favor, o agente, podendo verificar que o terceiro estava em vias de errar, teria que adaptar sua conduta ao caso concreto, de modo a evitar o acidente. No *caso 2*, igualmente há desvalor da conduta, visto que, apesar de não haver nenhum indicador disponível ao motorista de que o ciclista atravessaria a rua fora da faixa, o erro cometido pelo motorista – dirigir em velocidade grosseiramente superior à permitida para aquela via – está intimamente vinculada ao incremento do risco ao bem jurídico.

## 7 Fundamentos do risco não desaprovado

A opinião dominante sustenta que o fundamento jurídico para o instituto do risco não desaprovado residiria em uma ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção de bens jurídicos (Greco, 2014, p. 52). Tratar-se-ia, portanto, de uma espécie de balança que sopesa, de um lado, os interesses a favor da proibição jurídico-penal de uma conduta e, do outro, os que advogam pela permissão jurídico-penal da mesma conduta. O risco não estará desaprovado quando, nesse esquema de sopesamento – que poderá ser diverso conforme a opinião de cada autor –, as razões pelo interesse geral de liberdade preponderarem.

Esse fundamento, em que pese possuir certo grau de acerto, não pode ser o único fundamento da valoração jurídica do risco criado. Conforme já dito, o próprio homenageado sustenta isso. A questão de divergência aqui, todavia, reside no seguinte: o núcleo de liberdade do cidadão, de total autonomia perante a intervenção estatal, nos termos propostos por Greco (2014, p. 56-57), ainda não explica, por exemplo, por que o Estado não tinha legitimidade, no supracitado *juízo do jardim da frente*, de restringir tanto assim o âmbito de liberdade do acusado.

O ato de dirigir um automóvel já está, por definição, fora do escopo daquilo que é absolutamente inalcançável pelo poder estatal e que represente um espaço de irrestrita autonomia individual. Ademais, o simples recurso à ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção do bem jurídico não confere uma resposta segura para justificar por que naquele caso o Estado não poderia consagrar um princípio da desconfiança ou qualquer outra coisa análoga; pelo contrário: poder-se-ia, inclusive, com base em uma tal ponderação, aduzir que, à época, o RG tinha boas razões para julgar da forma que julgou, afinal, o trânsito rodoviário, se comparado a hoje, era muito incipiente, não possuindo o alto fluxo de automóveis como hoje. Nesse sentido, em um outro contexto, uma tal ponderação poderia considerar que, sem o alto fluxo de automóveis, não haveria constrangimentos, a partir de uma perspectiva geral, em exigir, em determinados pontos com pouca visualização, que os motoristas conduzissem automóveis em reduzidíssima velocidade, maximizando a proteção de bens jurídicos. Inclusive, não seria nenhuma surpresa se se constatasse que uma reflexão dessa espécie tivesse, de fato, sido feita pelos julgadores do caso.

Não se trata de afastar completamente a fundamentação baseada em uma tal ponderação. Entretanto, esse tipo de razão somente explica por que convém, de uma perspectiva geral, proibir certo comportamento, mas não justifica ao indivíduo apenas o porquê da intervenção penal, conforme corretamente apontado por Greco (2018a, p. 673-675) noutro debate.

Um direito penal que somente considera razões referidas à utilidade social não possui limites que não razões referentes a interesses coletivos sobre a intervenção penal estatal. Seria reduzir os indivíduos a simples números disponíveis dentro de um grande cálculo social ou meras peças de um jogo de xadrez, perfeitamente sacrificáveis em prol do *xequê-mate*. Um direito penal minimamente justificado deve contemplar também a perspectiva individual,

consistente em dar fundadas razões àquele indivíduo de carne e osso de que ele foi considerado na opção pela sua punição.

De uma perspectiva individual, é flagrantemente ilegítimo estabelecer obrigações que exijam de um indivíduo desconfiar, até mesmo quando não houver nenhum dado de que o terceiro erraria. Isso porque, nesse caso, a norma de conduta sobrecarregaria o indivíduo de tal forma que nenhuma vantagem individual haveria na submissão à norma em primeiro lugar.

Em resumidas linhas, a tese contratualista, decorrente do campo mais abrangente da filosofia política, mostra-nos que normas de comportamento não podem ser vistas como simples restrições à liberdade natural individual. Por exemplo, a segunda lei fundamental hobbesiana prescreve que os homens devem renunciar ao direito absoluto do estado natural, conformando-se em ter a mesma liberdade que os outros possuem, com vistas à manutenção da paz e da autodefesa (Hobbes, 2014, p. 111). Isso significa que, na sociedade civil, isto é, em um local em que as interações humanas são reguladas, todos possuem, em abstrato, iguais direitos. Essa ideia de *reciprocidade* justificaria, portanto, a preferência pela liberdade civil em detrimento da natural.

Não é preciso adotar, aqui, a tese contratualista. Basta visualizar que a existência de uma norma de comportamento consiste em um necessário *trade-off*: por um lado, todo indivíduo tem que escolher entre agir conforme a norma de conduta ou correr o risco da sanção correspondente ao seu descumprimento, constituindo, assim, uma intervenção na sua liberdade, quando considerada absolutamente; mas, por outro, a norma de conduta, vez que é aplicável também aos outros, confere aos indivíduos segurança suficiente para, nos casos de impossibilidade de antever o que terceiros farão, *confiar que agirão condicionando-se às mesmas normas de conduta*, ganhando em liberdade fática de ação em sociedade.

O que o RG fez no julgamento do jardim da frente foi desconsiderar esse *trade-off*, impondo ao acusado somente o ônus das normas de comportamento e assim eliminando o bônus que seria inerente à existência da norma em primeiro lugar. Consistiu, portanto, em evidente sobrecarga sobre o indivíduo em nome da proteção do bem jurídico. Sacrificou-se um em benefício de outros, provavelmente diria Nozick (1991, p. 48). O princípio da confiança, portanto, não decorre de uma simples ponderação de natureza geral, mas é, primeiramente, um bônus com o qual o indivíduo pode contar – e o Estado deve respeitar – quando vive em qualquer sociedade que contenha normas de conduta.

## 8 Considerações finais

A título de conclusão, resumem-se as seguintes teses aqui defendidas no seguinte rol:

1 A ideia de *permissão* pressupõe que se poderia optar por proibir, de modo que nem todo risco não desaprovado pode ser qualificado como mero risco “permitido”.

2 A figura objetiva do homem prudente está justificada e opera como metacritério das categorias do desvalor da conduta, isto é, como a balança que sopesa os elementos da valoração jurídica do risco e deve operar com o auxílio das regras da experiência.

3 É possível identificar certa dinâmica entre as normas estatais específicas da atividade e o princípio da confiança.

3.1 Quando se constatar que o indivíduo atendeu a todas as legítimas regras de segurança da atividade e que podia confiar na conduta correta dos outros e qualquer outro perigo especial não lhe era cognoscível no momento da ação, pode-se afirmar que o risco criado não estava juridicamente desaprovado.

3.2 Se houver, aprioristicamente, o atendimento às normas específicas da atividade, mas o indivíduo não podia confiar no terceiro, ele tem a obrigação de adaptar o seu comportamento de modo a evitar o resultado típico. Caso não o faça, o risco estará juridicamente desaprovado.

3.3 Por outro lado, se não havia indícios acessíveis ao agente, no momento de seu comportamento, de que um terceiro erraria, mas o próprio agente cometeu alguma violação ao regramento extrapenal, é necessário verificar se essa violação influencia no incremento do risco. Em caso positivo, poder confiar não afastará o desvalor da conduta daquele indivíduo.

4 A ideia de ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção de bens jurídicos parte de um cálculo social que somente permite aduzir se, a partir de uma perspectiva pragmático-geral, era conveniente proibir determinado comportamento, não podendo, por sua natureza, constituir fundamento isolado do risco não desaprovado, conforme corretamente apontado pelo próprio prof. Greco (2014, p. 50-58).

4.1 O princípio da confiança constitui um bônus decorrente da existência de normas de conduta, que se contrapõe ao ônus da restrição da liberdade de agir que a elas também é inerente, não podendo ser reduzido a um mero resultado do cálculo social decorrente da ponderação de interesses.

## 9 Referências

AMARAL, R. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 178, p. 287-308, 2021.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BATISTA, N. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BURKHARDT, B. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la "confusión entre lo subjetivo y lo objetivo". In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 153-192.

FIDALGO, S. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. Coimbra: Almedina, 2018.

FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2004a.

FRISCH, W. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004b, p. 193-280.

GRECO, L. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, L. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005.

GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Tradução Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

GRECO, L. Notwehr und Proportionalität. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, n. 12, p. 665-683, 2018a.

GRECO, L. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018b.

GRECO, L. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

KIRSCHBAUM, K. *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1980.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

RENIKOWSKI, J. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, C. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SIQUEIRA, F. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STRUENSEE, E. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998.

TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

# A cooperação dolosamente distinta nos crimes agravados pelo resultado

## *The problem of concurrence in offenses with a special harmful consequence*

Artigo recebido em 10/10/2023 e aprovado em 16/02/2024.

### Gustavo de Oliveira Quandt

Mestre em direito na Universidade Federal do Paraná. Defensor público federal.

#### Resumo

O texto volta-se a delinear a abrangência e o conteúdo do § 2º do art. 29 do Código Penal brasileiro, bem como a propor uma forma de conciliação do dispositivo com os crimes agravados pelo resultado.

**Palavras-chaves:** código penal; concurso de agentes; cooperação dolosamente distinta; crime mais grave; crime preterdoloso; resultado mais grave.

#### Abstract

*The text investigates the exact meaning of the article 29, § 2º, from the Brazilian Penal Code, and suggests a way to apply it to the offenses with a special harmful consequence.*

**Keywords:** penal code; concurrence in Criminal Law; participation in a criminal offense; offenses with a special harmful consequence.

## 1 Introdução

Dentre os inúmeros temas investigados pelo homenageado com invariável rigor e originalidade, destaca-se o da autoria e da participação, ao qual dedicou monografia<sup>1</sup> e artigo<sup>2</sup> sobre cumplicidade através de ações neutras, numerosos textos escritos individualmente ou em companhia de outros estudiosos<sup>3</sup>, e o capítulo relativo aos §§ 29 a 31 do prestigioso Comentário de Leipzig ao Código Penal alemão, em coautoria com Bernd Schünemann.<sup>4</sup>

Creemos, assim, que constituem uma homenagem pertinente, embora modesta, as seguintes considerações sobre o § 2º do art. 29 do Código Penal brasileiro<sup>5</sup>, e sobre sua aplicação aos crimes agravados pelo resultado. O texto divide-se em 4 partes: inicialmente (item 2), traça-se um breve histórico do art. 29, § 2º; em seguida (item 3), enfrentam-se os problemas da aplicação da primeira metade daquele dispositivo; na penúltima parte (item 4),

<sup>1</sup> GRECO, L. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 190 p. O texto foi publicado também na Argentina, sob o título *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*. Trad. Carlos J. Lascano e Diego Peretti Ávila. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, 211 p.

<sup>2</sup> GRECO, L. *Punição de cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal?* Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12), trad. Montenegro, L. In: GRECO, L. *As razões do direito penal. Quatro estudos*. Org.: VIANA, E.; MONTENEGRO, L.; GLEIZER, O. Madrid/São Paulo, Marcial Pons, 2019, p. 83-103.

<sup>3</sup> GRECO, L. *Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik* (Coautoria culposa? Uma crítica), in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 27, 2019, p. 361-382. Vejam-se também os textos do homenageado na coletânea "Autoria como domínio do fato" (Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014): GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro; GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; LEITE. Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012); GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade.

<sup>4</sup> CIRENER, G.; RADTKE, H.; RISSING-VAN SAAN, R.; RÖNNAU, T.; SCHLUCKEBIER, W. (coords.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. II 13. ed. Berlin: DeGruyter, 2021, p. 671-1048.

<sup>5</sup> Os dispositivos legais citados sem indicação diversa integram o Código Penal brasileiro em vigor.

analisa-se o sentido da segunda metade do art. 29, § 2º; por fim (item 5), investiga-se sua interação com os crimes agravados pelo resultado.

O problema que não examinaremos é o do conceito de autor adotado pelo Código: conceito amplo, dito unitário, que compreende todos quantos *concorram para o crime*, ou conceito mais restrito, que se opõe à participação propriamente dita. As considerações dos itens seguintes se dirigem indistintamente a ambas as concepções, sem prejuízo da necessidade de alguma ressalva ou especificação segundo a conformação que se dê ao modelo da codelinquência da lei brasileira.

## 2 O art. 29, § 2º e seus antecedentes

O Código vigente contém dispositivo de difícil compreensão: o art. 29, § 2º, que trata (sem utilizar essa denominação) da *cooperação dolosamente distinta*. Após proclamar que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29, *caput*), a lei estatui que, “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (§ 2º).

Esse dispositivo foi introduzido na reforma de 1984 e constitui um sucedâneo do art. 48, parágrafo único, da antiga Parte Geral. A norma revogada se situava no capítulo da aplicação da pena sob a rubrica “atenuação especial da pena” e dispunha que, “se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”. Como se vê, no regime anterior, se um dos codelinquentes pretendia participar de crime menos grave que aquele efetivamente praticado pelos demais agentes, era punido segundo as penas deste último, beneficiando-se unicamente de uma atenuação – “atenuação, aliás, pouco importante, porque não pode fazer a pena descer além do mínimo correspondente ao crime praticado” (Bruno, 1967, p. 146).

O dispositivo era inspirado no art. 116 do Código Penal italiano (Costa e Silva, 1967, p. 221; Marques, 1965, p. 326; Bruno, 1967, p. 147, nota 12; Bruno, 1969, p. 145; Jesus, 1976, p. 92; Batista, 2004, p. 120, nota 406; Vargas, 1996, p. 185), ainda vigente: “Quando o crime cometido for distinto daquele querido por algum dos concorrentes, também este será responsável, se o resultado for consequência de sua ação ou omissão. Se o crime cometido for mais grave que o pretendido, a pena será diminuída em relação a quem quis o crime menos grave.”<sup>6</sup>

Ambos os textos, brasileiro e italiano, produziam uma clara ruptura no sistema, na medida em que possibilitavam a punição por um crime doloso em relação ao qual o codelinquente não teve dolo: sem as normas transcritas, a aplicação das noções gerais do concurso de agentes e das regras legais do dolo<sup>7</sup> jamais permitiria a punição (ao menos a título de dolo!), pelo fato efetivamente ocorrido, dos agentes que obraram sem dolo em relação a ele (Costa e Silva, 1967, p. 221; Bruno, 1967, p. 147; Bruno, 1969, p. 147; Bettiol, 1971, p. 275; Battaglini, 1973, p. 538; Batista, 2004, p. 120). De acordo com a interpretação frequentemente lembrada de Vannini para o art. 116 do *Codice Penal*, bastava a relevância causal da conduta do agente para o fato efetivamente sobrevivendo; ainda segundo aquele autor, no exemplo clássico do agente que cede a chave da casa da vítima ao comparsa para que este praticasse um furto na residência, o primeiro responderia pelo estupro afinal cometido pelo invasor (Bruno, 1967, p. 147, nota 12; Bruno, 1969, p. 146; Bettiol, 1971, p. 278; Battaglini, 1973, p. 539).<sup>8</sup> Na doutrina nacional, essa drástica conclusão foi resignadamente admitida por Costa e Silva (1967, p. 221); Hungria, Bruno e Marques tentaram evitá-la valendo-se da regra da superveniência de causa relativamente independente, nos termos do art. 11, parágrafo único, correspondente ao atual art. 13, § 1º (Hungria; Fragoso, 1978, p. 417; Marques, 1965, p. 326; Bruno, 1967,

<sup>6</sup> O texto original é: “Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave.”

<sup>7</sup> Art. 15, I, e parágrafo único, da Parte Geral de 1940, repetido no atual art. 18; art. 17 da PG original, precursor do atual art. 20.

<sup>8</sup> Os trabalhos de Vannini, que não consultamos, são *Responsabilità obiettiva e causalità material enell'art. 116 del nuovo Codice Penale*, Rivista di Diritto penitenziario, 1931, p. 1005, citado por Bettiol e Battaglini, e a contribuição para *Il Codice Penale*, de Ugo Conti, I, p. 513-514, citada por Bruno.

p. 147; Bruno, 1969, p. 145).<sup>9</sup> Tal solução, embora sem dúvida bem-intencionada, no fundo apenas aproveitava a vagueza da cláusula “por si só produziu o resultado” do art. 11 supracitado, e não detinha a dureza da lei nos casos mais usuais de “excesso de mandato”: no exemplo do agente que encomenda a um *brucutu* uma surra não fatal a ser dada a um desafeto, e o mandatário dolosamente espanca a vítima até a morte, os três autores reconheciam que, diante do texto do art. 48, parágrafo único, a única solução era punir o mandante por homicídio doloso (Hungria; Fragoso, 1978, p. 416; Marques, 1965, p. 327; Bruno, 1967, p. 146; Bruno, 1969, p. 144).

Batista (1979, p. 92), por sua vez, propôs vigorosa construção, inspirada em Latagliata (1967, p. 177) e baseada na disciplina da *aberratio delicti* (art. 54 da antiga Parte Geral, correspondente ao atual art. 74), para tentar ajustar o dispositivo às noções usualmente aceitas sobre o concurso de agentes. Mais precisamente, explorava uma suposta ambiguidade na expressão “crime cometido” do antigo art. 48, parágrafo único, e concluía que o mandante da surra deveria ser condenado por lesão corporal em concurso formal com homicídio culposo, cuja pena seria atenuada na forma descrita no dispositivo em questão. A proposta, por engenhosa que fosse, conciliava-se mal com o texto da lei e deixava sem explicação a redução de pena prevista no dispositivo legal cuja rudeza se pretendia contornar.

Em 1984, sobreveio a reforma da Parte Geral, que tinha entre seus objetivos declarados a eliminação da responsabilidade objetiva, conforme a Exposição de Motivos da Lei 7.209/1984 (Brasil, 1983, s/ p.):

18. O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos denominados crimes qualificados pelo resultado.

Assim é que, nos crimes agravados pelo resultado, se introduziu a exigência explícita de culpa em relação ao resultado agravante (atual art. 19), e se conferiu eficácia atenuante e até exculpatória ao erro de direito, quando importar em erro sobre a ilicitude do fato (art. 21). Em matéria de concurso de agentes, imitou-se o estribilho da lei alemã segundo o qual cada codelinqüente responde pelo fato “na medida de sua culpabilidade” (art. 29, *caput*).<sup>10</sup>

Nesse panorama, não havia espaço para a manutenção da angustiante regra do art. 48, parágrafo único, que mandava punir por dolo sem exigir sequer a culpa (Franco, 2007, p. 230). A solução mais simples era simplesmente eliminar o dispositivo, como se fez no frustrado Código Penal de 1969 (Jesus, 1976, p. 93; Bruno, 1969, p. 146). O legislador de 1984, no entanto, parece ter sentido a necessidade de conservar algo do rigor da solução de 1940 em relação àquele que, pretendendo participar de um crime mais leve, se visse envolvido em delito de maior gravidade. Insatisfeito com simplesmente suprimir o parágrafo único do art. 48, transportou-o da fixação da pena para o título do concurso de pessoas e inverteu-lhe os termos: em vez de punir o agente moderado pelo crime mais grave efetivamente cometido pelos comparsas, com singela atenuação, determinou a aplicação da pena do crime pretendido (isto é, do crime mais leve); a responsabilização do agente moderado pelo acontecimento mais grave foi consubstanciada no aumento em até metade da pena do crime ideado e condicionada à previsibilidade daquele acontecimento (Franco, 2007, p. 230).

A mudança foi tida como “bem inspirada” e “satisfatória” por Fragoso (1985, p. 271-272); diante dela, Batista (2004, p. 123) pôde abandonar sua engenhosa construção e proclamou que, à luz do novo dispositivo, os casos de participação dolosamente distinta são “facilmente resolúveis”, pois, libertado do antigo art. 48, parágrafo único, o problema seria “singelo” (Batista, 1979, p. 90; 2004, p. 120).

No entanto, a inversão dos termos da cooperação dolosamente distinta (da punição atenuada do crime mais grave para a punição exasperada do crime mais leve) e a menor severidade da solução atual, quando comparada à

<sup>9</sup> Crítico da argumentação dos autores, Batista, 2004, p. 121. Menos sofisticado e ainda menos convincente, Noronha (1963, p. 263) simplesmente afirmava não havia nexos causal entre a conduta do comparsa que empresta a chave e o do executor que pratica o estupro, o que não se concilia com o *caput* do art. 13 (antigo art. 11). Basileu Garcia (1982, p. 560) chegou a soluções semelhantes às de Hungria e Bruno, mas com argumentação vaga que parece remeter à distinção entre excesso intensivo e excesso extensivo abordada no item 3.3.

<sup>10</sup> Ficou de fora do esforço reformista do legislador o tratamento legal da imputabilidade, cujo desprezo pelo princípio da culpabilidade foi denunciado em toda parte e que foi preservado na reforma de 1984 sob a lacônica justificativa na Exposição de Motivos: “24. Permanecem íntegros, tal como redigidos no Código vigente, os preceitos sobre paixão, emoção e embriaguez. As correções terminológicas introduzidas não lhes alterem o sentido e o alcance e se destinam a conjugá-los com disposições outras, do novo texto.”

do texto original do Código, não dispensam o esforço de compreender corretamente o dispositivo e limitá-lo aos seus devidos termos. Além disso, o seu campo de aplicação e sua conciliação com os numerosos crimes agravados pelo resultado previstos na legislação merecem alguma investigação.

### 3 A cooperação dolosamente distinta

Neste item, analisaremos a primeira parte do § 2º do art. 29 (“Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”). Adiantamos desde logo nossas conclusões: esse trecho do dispositivo, tomado isoladamente, não diz nada que não se pudesse deduzir dos princípios reitores do concurso de pessoas e da disciplina do dolo, pois não passa da enunciação pouco precisa da aplicação daquelas regras a um caso específico do desvio subjetivo na codelinquência; sua redação truncada se explica principalmente pela origem histórica do texto legal, esboçada no item anterior; suas principais funções são (1) superar inquestionavelmente o regime da lei revogada; (2) estatuir claramente que, mesmo no concurso de agentes, a mera previsibilidade não basta para a afirmação do dolo; e (3) delimitar a hipótese de incidência da segunda parte do dispositivo (“essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”), que será objeto do item 4.

#### 3.1 O emprego do verbo “querer” (“quis participar de crime menos grave”)

A primeira questão a resolver, na aplicação do art. 29, § 2º, é se o verbo “querer” ali empregado se refere exclusivamente ao dolo direto ou contempla também o dolo eventual. Atento à diferença entre o art. 18, I que define o dolo prevendo separadamente as hipóteses de querer o resultado (*rectius*: a realização do tipo) e assumir o risco de produzi-lo, e o art. 29, § 2º, que menciona apenas o *querer*, Andreas Eisele (2018, p. 464) concluiu que a segunda hipótese do art. 18, I (*assumir o risco* da realização do tipo), não seria apta para configurar a participação em sentido estrito no direito penal brasileiro. O raciocínio pode ser resumido assim: se o fato de o agente querer participar apenas de crime menos grave já o libera da pena do crime mais grave, é porque meramente assumir o risco da ocorrência do crime mais grave não basta para fundamentar a responsabilidade do partícipe.<sup>11</sup>

A tese claramente pressupõe a adoção de uma teoria diferenciadora para o concurso de agentes, que distingue autoria e participação<sup>12</sup>, pois ninguém estaria disposto a aceitar a exigência de dolo direto no caso da coautoria<sup>13</sup>: se dois agentes, em coautoria, espancassem alguém até a morte, assumindo o risco desse resultado, cada um deles poderia alegar que quis apenas ferir, e a morte dolosamente causada ficaria sem quem respondesse por ela.

Segundo Eisele, deve-se reconhecer o mérito de observar apuradamente o texto legal. Sua proposta, no entanto, não convence: diante de uma lei que, como regra geral, equipara o dolo direto e o eventual, seria necessária uma indicação mais explícita de que a participação em sentido estrito exige sempre o dolo direto, especialmente porque a própria separação entre autoria e participação é discutível perante nossa lei.<sup>14</sup>

Nas consequências, essa exigência de dolo direto para o partícipe é insustentável, pois o cúmplice mercenário, sem interesse direto na prática do fato, nem sempre *quer* a prática do crime com o qual colabora: ao agente que fornece, mediante pagamento antecipado e sem promessa alguma de participação no butim, o aparato utilizado para

<sup>11</sup> A bem da verdade, Eisele não se baseia apenas no art. 29, § 2º, para concluir que a participação é necessariamente intencional: páginas antes, invocou muito vagamente uma “concepção significativa da conduta (definida com base nos postulados da teoria finalista)” para embasar aquela conclusão (Eisele, 2018, p. 460).

<sup>12</sup> O que é feito por Eisele (2018, p. 439, 453) em consideração ao fato de que os §§ do art. 29 aludem a “participação”, entre outros argumentos.

<sup>13</sup> Interpretando o “quis” do art. 29, § 2º, como “teve dolo de” no âmbito da coautoria, Schirmer, 2022, p. 268.

<sup>14</sup> Aceitando o dolo eventual para a punição do codelinquente pelo crime mais grave cometido pelo comparsa, Fragoso, 1985, p. 271; Pierangeli, 1999, p. 94; Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 596; Mirabete, 2003, p. 237; Franco, 2007, p. 231; Jesus, 2014, p. 474; Anderson, 2022, s/ p., item 20.10; Delmanto *et al.*, 2021, p. 159; Galvão, 2023, p. 286; no mesmo sentido, afastando a atenuação do art. 48, parágrafo único da lei anterior, Hungria, em Hungria; Fragoso, 1978, p. 417; Noronha, 1963, p. 263.

abrir o cofre eletrônico do banco – a esse agente pouco importa se o furto será mesmo executado ou permanecerá nos planos de quem o pagou.<sup>15</sup>

Assim, se o art. 29, § 2º dispõe apenas em “querer”, sem observar a estrutura do art. 18, I (diversamente do que fazem, por exemplo, o art. 129, § 3º, do CP, e o art. 308, § 1º, do CTB, que seguem fielmente a definição de dolo da Parte Geral), tal se deve ao descuido do legislador e ao fato de que, para o antigo art. 48, parágrafo único (do qual, como vimos, o atual art. 29, § 2º, é um sucessor), essa preocupação com detalhes era pouco importante, pois de uma forma ou de outra o agente sofreria a pena do crime mais grave afinal cometido, e a definição do conteúdo do verbo “querer” utilizado no antigo art. 48 importava apenas para a atenuação da pena.

### 3.2 O reconhecimento do desvio subjetivo (“quis participar de crime menos grave”)

Em nossa opinião, o uso do verbo “querer” no art. 29, § 2º, é irrelevante, e a primeira parte do dispositivo diz simplesmente que, se o dolo do agente compreendeu apenas um crime menos grave, a punição deve ser unicamente por este.

Contudo, a aplicação de tal regra é mais difícil do que parece,<sup>16</sup> pois ela exige que se verifique se efetivamente houve desvio subjetivo, isto é, se o crime afinal ocorrido realmente excedeu o crime idealizado por algum codelinqüente. Embora o problema dos desvios subjetivos não seja exclusivo da codelinquência, ela impõe dificuldades adicionais decorrentes do fato de que, numa obra coletiva, a falta de controle sobre os detalhes é ainda mais intensa do que no fato individual; além disso, o codelinqüente que não realiza a execução material do fato nem sequer tem a necessidade de conceber certos aspectos dele; por fim, a máxima segundo a qual o dolo se infere da ação e de seu contexto é de difícil aplicação quando a ação se limita a um ato preparatório que pode, em tese, favorecer uma infinidade de crimes diferentes, como o de fornecer uma chave falsa ou informar a rotina da vítima.

Usualmente afirma-se que desvios não essenciais sobre modo, tempo, lugar etc., não descaracterizam o dolo do agente que esperava ou mesmo ajustou circunstâncias diversas (Wessels; Beulke; Satzger, 2018, p. 400 e 407; Hilgendorf; Valerius, 2019, p. 249, 266 e 272). Com efeito, se na autoria direta, certos desvios causais são irrelevantes para o dolo (mirou na cabeça, mas acertou a garganta; supôs que o veneno agiria no estômago, mas a intoxicação já começou no esôfago), o mesmo tanto, e com maioria de razão, ocorre quando há divisão de tarefas, emprego de outrem como instrumento humano, encomenda da prática do fato a um terceiro etc. A questão, naturalmente, é determinar quais desses desvios são “não essenciais”, e uma solução geral do problema dos desvios subjetivos na codelinquência não é simples, até mesmo porque os critérios podem exigir adaptações conforme a específica modalidade de contribuição do codelinqüente (Jescheck; Weigend, 2002, p. 742). Fora do âmbito do excesso propriamente dito, dificuldades surgem quando a conduta de um dos codelinqüentes era voltada a um certo crime, mas o comparsa pratica um crime descrito em outro tipo, mas com alguma afinidade com aquela outra infração. Um exemplo óbvio da lei brasileira é a dupla *roubo* × *extorsão* – delitos previstos em artigos sucessivos (157 e 158) do mesmo capítulo do Código, intitulado justamente “do roubo e da extorsão” (Parte Especial, título II, capítulo II), e punidos em suas formas simples com a mesma pena (reclusão, de quatro a dez anos, e multa). Peñaranda (1991, p. 171) e Roxin (2014, p. 245) mencionam e refutam a proposta de Montenbruck segundo a qual o dolo do partícipe se refere não ao tipo legal de crime, mas a um tipo extralegal compreensivo de infrações afins; Roxin (*op. e loc. cit.*) sugere o reconhecimento do dolo alternativo como forma de garantir a punição de quem ideou crime diverso daquele afinal praticado.

Retornando ao problema do excesso, deve-se insistir que a realização coletiva do crime não elide a exigência do dolo para a punição a este título: a justa preocupação com evitar que alguém invoque a própria ingenuidade

<sup>15</sup> No sistema de Eisele, a exigência de dolo intencional para a punição do partícipe é particularmente problemática porque ele praticamente reconduz a instigação a uma suposta “autoria intelectual” (Eisele, 2018, p. 445), de modo que à participação em sentido estrito resta apenas a cumplicidade (termo que Eisele considera estranho ao nosso direito, decerto porque o CP não o emprega: Eisele, 2018, p. 439, nota 548). Mas é justamente na cumplicidade que se obtêm mais facilmente os exemplos aptos a demonstrar que a exigência de dolo intencional é exorbitante.

<sup>16</sup> Não compartilhamos em absoluto do otimismo de Batista, que só se explicava à sombra do intimidador art. 48, parágrafo único, da PG original. Nem o problema do desvio subjetivo é “singelo” (Batista: 1979, p. 90; 2004, p. 120) nem “os casos de excesso do co-autor são facilmente resolúveis” (Batista, 1979, p. 92; 2004, p. 123) nem “as soluções são por igual evidentes” (Batista, 1979, p. 93; 2004, p. 123).

para eximir-se da imputação por dolo não pode ir ao ponto de dispensar este último. Em particular, deve-se evitar o equívoco, denunciado por Rodríguez Mourullo (1972, p. 841 e 860), de transformar em dolo a simples previsibilidade, sob pena de completo esvaziamento do art. 29, § 2º (Schirmer, 2022, p. 272): se a possibilidade de prever que algum comparsa praticaria dolosamente o crime mais grave afinal cometido fosse suficiente para imputar esse crime aos demais agentes também a título de dolo, a hipótese prevista na segunda parte do art. 29, § 2º, jamais teria lugar.<sup>17</sup> É preciso, portanto, reservar um espaço para o meio-termo instituído pela causa de aumento prevista no dispositivo em questão.<sup>18</sup>

Até aqui, as considerações vão ao encontro do proposto por Batista, que estipulou, para o reconhecimento da cooperação dolosamente distinta, dois requisitos voltados a determinar se o dolo do agente realmente ficava aquém do crime praticado, e outro tendente a verificar se, em caso positivo, ainda é possível falar em codelinquência (que corresponde essencialmente ao critério analisado no item 3.3 infra).<sup>19</sup> No entanto, a afirmação de que o crime efetivamente praticado ainda se incluía no dolo do codelinquente moderado apenas em razão de o desvio ser “desde sempre possível” soa-nos perigosa. Aceitamo-la no sentido de que, tal como sucede na criminalidade individual, na codelinquência certos desvios não essenciais não descaracterizam o dolo; a passagem de Batista, contudo, deve ser rejeitada se esse “desde sempre possível” quiser significar “previsível”.

No item 5.2, detalharemos esse problema do reconhecimento da ausência de dolo em relação ao crime mais grave no caso do latrocínio.

### 3.3 A persistência do concurso de agentes apesar do desvio subjetivo (“quis *participar* de crime menos grave”)

Uma vez reconhecido o desvio subjetivo, a punição do agente cujos planos destoaram do fato realizado depende de que ainda se possa falar em participação nesse fato, objetiva e subjetivamente considerada. É certo que a redação do art. 29, § 2º, não parece exigir-lo, bastando que o agente moderado tenha querido participar de um crime *menos grave*, e tenha sobrevivido outro *mais grave*. No exemplo em que *A* sugere a *B* que prejudique *C* ingressando em sua casa e destruindo um piano valioso, e *B*, animado pela sugestão, adapta unilateralmente os planos e estupra *C* na casa deste (deixando intacto o piano) – nesse exemplo, uma interpretação puramente literal do art. 29, § 2º, sugeriria a punibilidade de *A* pelo crime de dano. No entanto, essa interpretação conferiria injustificável importância para a relação entre as gravidades dos crimes envolvidos, pois se *A* houvesse sugerido o crime mais grave (estupro) e *B* houvesse, *sponte propria*, praticado apenas um menos grave (dano), o art. 29, § 2º, não teria aplicação, e o art. 31 impediria a punição de *A* por estupro. Como o art. 29, § 2º, dispõe sobre participação em *crime menos grave*, nem mesmo a *igualdade* da gravidade das infrações bastaria para sua aplicação. Para evitarem-se incongruências, a solução mais simples – e adotada tacitamente por todos os comentaristas – é reconhecer que o art. 29, § 2º, não dispensa a exigência de que o crime almejado pelo codelinquente moderado tenha sido efetivamente cometido, ainda que na forma tentada (art. 31). Logo, no exemplo inicialmente dado, sequer é possível falar de cooperação de *A* no crime de *C*: o que foi sugerido não foi praticado, e o que foi praticado não foi sugerido; a relação entre a gravidade das infrações é irrelevante.

<sup>17</sup> No entanto, Schirmer (2022, p. 273) rejeita a ocorrência de desvio subjetivo relevante quando um furto se transforma em roubo ou mesmo latrocínio, “pois tais atos [de violência] seriam previsíveis [...] [A] chance de agravamento da realização para um delito de roubo ou mesmo latrocínio é absolutamente previsível”.

<sup>18</sup> Rebouças (2023, p. 584) critica o art. 29, § 2º, sob o argumento de que o regime anterior (item 2), se exigida a previsibilidade do crime mais grave (que o autor deduz do próprio regime legal revogado, o que é discutível), levava a soluções superiores, pois “a assunção, já dentro de um contexto criminoso, do risco de um previsível resultado mais grave implica uma atitude *aproximada* à do dolo eventual quanto às consequências prováveis ou possíveis da ação básica praticada em concurso. Assim, o regime legal poderia perfeitamente contemplar a previsibilidade como um critério idôneo e suficiente à imputação, ao sujeito, do resultado mais grave, para o qual contribuiu com sua ação” (itálico no original). A imputação a título de dolo em razão de uma “atitude aproximada à do dolo” não nos convence; de toda forma, Rebouças reconhece que, *de lege lata*, a previsibilidade do resultado mais grave implica apenas a majoração da pena, e não a imputação dele a título de dolo.

<sup>19</sup> A passagem textual é a seguinte: “Caracteriza-se o excesso por: 1. Não estar incluído, ainda que tacitamente, na comum resolução para o fato; 2. Não significar um desvio desde sempre possível na comum execução do fato; 3. *Ocorrer no mesmo contexto da ação conjuntamente dominada. [...] [A]quilo que se passa completamente fora da ação em conjunto acordada e realizada foge ao âmbito do concurso de agentes*” (Batista, 2004, p. 123, sem grifos no original). O trecho se refere à coautoria, mas os critérios (em especial o termo *contexto*) se repetem para a autoria mediata (p. 153) e instigação (p. 184).

Com isso, constata-se que a primeira parte do art. 29, § 2º (“Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”), não institui uma hipótese de fundamentação da responsabilidade, ou seja, é puramente declaratória e não passa de um caso particular da regra segundo a qual cada codelinqüente só pode ser punido pelo crime que participou, objetiva e subjetivamente<sup>20</sup>, o que deve ser apurado segundo as regras gerais do dolo e da codelinqüência. À maneira de um tratado clássico de geometria, a lei resolve apenas um caso e deixa implícita a solução dos demais.<sup>21</sup>

De modo geral, é possível afirmar a punibilidade do agente que alega desvio subjetivo quando há relação de especialidade entre o crime idealizado e o cometido. Essa conclusão independe de qual delito é o mais grave: se dois sujeitos ajustam um roubo, mas o executor do crime consegue aproveitar a ausência inesperada dos moradores e saqueia a residência sem render ninguém, o art. 29, § 2º, claramente não tem aplicação; a solução é punirem-se todos por furto, pois a tipicidade objetiva e subjetiva da conduta do codelinqüente que participou do planejamento, mas não da execução, contempla a do crime de furto, que está contido no crime de roubo.<sup>22</sup> Como lembra Fierro (2001, p. 462), essa solução foi consagrada no art. 63 do Código Penal uruguaio.<sup>23</sup> Nesse caso, para o direito brasileiro, nos termos do art. 31, é irrelevante para a adequação típica da conduta de qualquer dos codelinqüentes a circunstância de que o planejamento ia ainda além do que se cometeu, podendo interferir apenas na fixação da pena (art. 59).<sup>24</sup>

A necessidade de que o desvio subjetivo não chegue a descaracterizar a própria concorrência do agente moderado pode ser sintetizada na exigência de que o crime ideado ainda seja *reconhecível* no fato praticado. Batista expressa a mesma ideia exigindo a unidade de *contexto*.<sup>25</sup> Naturalmente, ambas as formulações são aproximativas e não resolvem, por si sós, o problema material subjacente.

No exame das hipóteses que interessam ao texto, em que o crime cometido é mais grave que o ideado por algum dos concorrentes, a doutrina sói condensar as considerações precedentes na contraposição *excesso quantitativo* (ou intensivo) × *excesso qualitativo* (ou extensivo): no primeiro, o executor faz mais do que o esperado, e o codelinqüente moderado responde pelo crime que planejou, mas não pelo excesso (ressalvada, é claro, a possível aplicação do art. 29, § 2º, segunda parte)<sup>26</sup>; no segundo, a discrepância entre ajustado e realizado é tamanha que inibe o próprio reconhecimento da concorrência, para o crime cometido, por parte do sujeito que idealizou o crime

<sup>20</sup> O caráter meramente declaratório da lei é afirmado por Fontán Balestra (ainda que não com essas palavras) a respeito de um dispositivo do Código Penal argentino semelhante ao art. 29, § 2º, primeira parte. Ali se estatui, a respeito da cumplicidade, que “si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en unhecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar” (art. 47). Fontán (1970, p. 502) afirma que essa seria a solução cabível ainda que a lei nada dissesse, e a defende também para a instigação – não por interpretação extensiva ou analogia do art. 47, circunscrito à cumplicidade, mas pela simples aplicação dos princípios da culpabilidade (*op. cit.*, p. 491).

<sup>21</sup> “Thus, as we shall see, Euclid’s method is to give one case only, for choice the most difficult, leaving the reader to supply the rest for himself” (Heath, 1956, p. 246).

<sup>22</sup> Nesse sentido, ainda que nem sempre com o mesmo exemplo: Octavio de Toledo y Ubieto; Huerta Tocildo, 1986, p. 528; Stratenwerth, 2005, p. 424; Dias, 2007, p. 811; Roxin, 2014, p. 2014; Galvão, 2023, p. 286; v. tb. o julgado referido em Novoa, 2021, p. 203.

Na Argentina, Zaffaroni (1982, p. 370) propôs que, se *A* quer participar de um homicídio, e *B* apenas inflige lesões, *A* fica impune. Não vemos fundamento para essa conclusão. Em particular, a rejeição da ideia de que a ação de matar compreende, objetiva e subjetivamente, a ação de ferir, cria problemas sérios em caso de desistência voluntária na tentativa de homicídio: quem atirasse para matar, acertasse um órgão não vital e desistisse do homicídio, ficaria impune.

<sup>23</sup> Artículo 63. [...] Si el delito cometido fuere menos grave que el concertado responden, sólo por el primero.

<sup>24</sup> No direito alemão, pune-se a tentativa de instigação sob certas condições (§ 30 do Código Penal). Na Espanha, punem-se, em circunstâncias especiais, a conspiração, a proposição e a provocação para delinquir (arts. 17 e 18 do Código Penal). No Brasil, o caso tratado no texto ganha complexidade caso sejam distinguidas a autoria e a participação, aceite-se o instituto da autoria mediata e se queira reconhecer, na conduta do agente mais remoto, uma tentativa do crime mais grave que ele idealizou, segundo alguma das “soluções individuais” para a tentativa na autoria mediata (sobre elas, v. Dias, 2007, p. 818; Hilgendorf; Valerius, 2019, p. 299). As dificuldades impostas pelo art. 31 são evidentes e, conforme anunciado no item 1, não detalharemos a questão.

<sup>25</sup> Cf. transcrição na nota 19 e demais passagens ali indicadas.

<sup>26</sup> “Agressão essencialmente equivalente contra o bem jurídico, além do querido pelo indutor” (Maurach; Gössel; Zipf, 1995, p. 447). O fato de a definição ser oferecida para a indução não impede sua generalização.

mais brando<sup>27</sup> (Maurach, 1962, p. 374 e 382; Maurach; Gössel; Zipf, 1995, p. 448 e 460; Jescheck; Weigend, 2002, p. 742).<sup>28</sup>

Na participação em sentido estrito, Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 383) adota essa contraposição *plus* × *aliud* na forma proposta no texto, concebendo o excesso quantitativo como “fato principal mais grave” e o qualitativo como “fato principal diferente”: Santos, 2018, p. 391 e 395. Já no exame da coautoria ele identifica o excesso qualitativo com a imprevisibilidade e o excesso quantitativo com a previsibilidade:

[...] a) o excesso quantitativo é previsível e, por isso, determina o aumento da pena do crime menos grave objeto do dolo comum, aos coautores e aos partícipes: em decisão comum de lesão corporal, o homicídio da vítima constitui excesso quantitativo atribuível exclusivamente ao autor do excesso, mas a previsibilidade desse excesso permite aumentar a pena da lesão corporal imputável aos demais; b) o excesso qualitativo é imprevisível e, portanto, não é imputável aos coautores e aos partícipes: em decisão comum de furto em residência, o estupro da vítima constitui excesso qualitativo imputável exclusivamente ao autor do excesso.

A correlação estabelecida entre as modalidades de excesso e a sua previsibilidade é falsa e confunde questões que se situam em planos diversos (natureza do excesso e sua previsibilidade): cada forma de excesso pode, em tese, ser previsível ou imprevisível no caso concreto. Na construção proposta no texto, o excesso quantitativo permite a incidência, em princípio, do art. 29, § 2º, segunda parte, exigindo-se então o exame da previsibilidade no caso concreto; já o excesso qualitativo desnatura a participação do agente moderado no crime afinal executado, e a responsabilização daquele só poderá ocorrer na forma de autoria de crime culposo, se essa modalidade da infração estiver prevista em lei e estiverem preenchidos os requisitos do crime culposo (entre os quais a previsibilidade!).<sup>29</sup>

### 3.4 O art. 29, § 2º, e a teoria diferenciadora (“*quis participar de crime menos grave*”)

Dissemos, no item 1, que não pretendemos avançar na discussão acerca do cabimento da distinção entre autoria e participação no direito penal brasileiro, nem do critério mais adequado a nortear essa distinção. Neste tópico, interessa-nos comprovar que eventual distinção entre autores e partícipes não é apta a limitar o campo de aplicação do art. 29, § 2º. Em outras palavras: ainda que o dispositivo utilize o verbo “participar”, não é possível excluir de sua incidência alguns casos de autoria.

De fato, quem pretender restringir a aplicação do art. 29, § 2º, à participação *stricto sensu* se verá em um impasse insolúvel: se o dispositivo não se aplica à coautoria, as alternativas disponíveis são deixar o coautor moderado sem punição alguma – o que o colocaria em posição de vantagem em relação ao partícipe, em completa inversão de valores – ou punir o coautor moderado pelo crime mais grave afinal praticado, o que contrariaria o espírito da reforma de 1984 (*cf.* item 2 *supra*) e exigiria um texto inequívoco, como era o antigo art. 48, parágrafo único.

A linha argumentativa remanescente consiste em afirmar que a cooperação dolosamente distinta simplesmente não é possível na coautoria. No entanto, são facilmente concebíveis exemplos em que um coautor pretende praticar um furto e outro coautor o extrapola para um roubo<sup>30</sup>, e isso para todos os critérios manejados no debate nacional

<sup>27</sup> “Ação [que] tem uma direção de ilícito diversa do dolo do indutor (Maurach; Gössel; Zipf, 1995, p. 447). Aplica-se também aqui a ressalva da nota anterior.

<sup>28</sup> Utilizamos a contraposição *excesso quantitativo* × *excesso qualitativo* não apenas para determinar a possibilidade de responsabilização pelo excesso, como para a verificação da própria persistência do concurso de agentes em relação ao crime idealizado pelo comparsa moderado. Jesus a aplica às hipóteses em que o executor pratica o crime ajustado e *mais outro* (comentadas no item 4.1 *infra*), com o que a dicotomia passa a interessar apenas ao exame da porção excedente em si considerada e não à responsabilidade pelo crime ideado, que é clara e inegável (Jesus, 1978, p. 94; Jesus, 1985, p. 92; Jesus, 1986, p. 547). Em Fontán (1970, p. 492) e Vega (2003, p. 208 e 228) o par conceitual igualmente se maneja para apuração da responsabilidade pela porção excedente do fato criminoso, o que se verifica pela amplitude da casuística oferecida pelo segundo autor citado para o excesso qualitativo, que seria incompatível com a proposta de liberar o comparsa moderado de toda responsabilidade; além disso, Fontán aplica o critério com bastantes reservas.

<sup>29</sup> O atrelamento proposto por Santos foi recebido com ressalvas por Busato, 2022, p. 486. A confusão de critérios cometida por Santos pode ser identificada, em certa medida, na passagem de Fragoso citada na nota 33 *infra*.

<sup>30</sup> Exemplo envolvendo esses crimes é oferecido por R. Greco (2023, p. 505), que é favorável à aplicação do art. 29, § 2º, também aos coautores. Por uma aplicação ampla do § 2º, Nucci, 2023, p. 545; Busato, 2022, p. 486; Camargo, 2022, s/ p., comentário 4.1 ao art. 29; Delmanto *et al.*, 2021, p. 159; Galvão, 2023, p. 285 (embora se baseando em parte na argumentação criticada no item 3.5 *infra*).

para a delimitação entre autoria e participação (*animus auctoris*, execução pessoal de um elemento do tipo, domínio do fato etc.). A suposição de que a cooperação dolosamente distinta é incompatível com a coautoria se baseia ou em uma presunção de dolo claramente identificável em Eisele (2018, p. 465), ou na sobrecarga do conceito de domínio do fato perceptível em Mirabete (2003, p. 237): adotado esse critério para caracterização da autoria, o coautor moderado possui o domínio compartilhado *do fato menos grave*, mas isso não lhe confere controle absoluto sobre a situação (domínio pleno que não existe sequer na autoria individual), nem garantia alguma de que os demais coautores não se excederão. Roxin (2014, p. 165), principal artífice da teoria do domínio do fato, fala aqui em “coautoria parcial”.

Nada disso impede, é claro, que se identifique alguma modalidade de intervenção de difícil compatibilização com o art. 29, § 2º, especialmente com sua segunda parte. Mas essa identificação não corresponderá à distinção entre autoria e participação.

### 3.5 Cooperação dolosamente distinta e concurso aparente de normas

No item 3.3, postulamos que, no excesso quantitativo, o agente moderado pode ser punido pelo crime que quis cometer, porque ele de fato foi cometido; já no excesso qualitativo o crime ideado não é reconhecível no crime afinal cometido e decai a responsabilidade do agente moderado (salvo, repita-se, a punibilidade por autoria culposa do crime cometido pelo codelinqüente, se prevista em lei essa modalidade). Essa contraposição depende da percepção adequada do fenômeno do concurso aparente de normas.

Quando *F* providencia uma chave falsa para que *R* pratique um furto, mas este a utiliza para cometer um roubo, coexistem dois crimes: um furto em concurso de agentes, cometido por *F* e *R*, e um roubo praticado apenas por *R*. *F* é punido pelo furto para o qual concorreu, nos termos do art. 29, § 2º; já para *R*, o crime de furto fica latente ou oculto, porque a norma do art. 155 é derogada pela do art. 157 em razão dos princípios reitores do concurso aparente de normas.<sup>31</sup> Essa realidade é ignorada por Galvão (2023, p. 285), para quem, na cooperação dolosamente distinta, descaracteriza-se o concurso de agentes *para ambos os crimes*, razão pela qual não caberia “distinguir entre autor e partícipe”, e cada “concorrente é responsabilizado por crime próprio”. Além de que, uma vez negado *in totum* o concurso de agentes, o termo “concorrente” soa inadequado, a punição de *F* como autor individual de um furto, proposta por Galvão no exemplo dado (*op. e loc. cit.*), pressupõe a adoção de um conceito amplíssimo de autoria – segundo o qual proporcionar uma chave falsa é ser autor do crime definido em lei como “subtrair coisa alheia móvel” – conceito extensivo de autoria que tantas críticas recebeu (Mirabete, 2003, p. 230; Greco; Teixeira, 2014, p. 50, entre vários outros) e que é preterido pelo próprio Galvão (2023, p. 268) em favor do critério do domínio do fato. Além disso, alguns crimes possuem formas agravadas pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV; art. 157, § 2º, II), cuja aplicação ao agente moderado se torna impossível com a descaracterização do concurso de agentes proposta por Galvão.

## 4 A causa de aumento de pena do art. 29, § 2º, segunda parte

Os itens precedentes se dedicaram a delinear soluções para as hipóteses de cooperação dolosamente distinta – soluções que permaneceriam válidas ainda que não houvesse o art. 29, § 2º. O objetivo do presente tópico é analisar justamente aquilo que o dispositivo traz de original: o aumento de pena nas hipóteses de previsibilidade do excesso quantitativo.<sup>32</sup> No entanto, deve-se observar que essa originalidade não é fundamentadora da pena: a segunda parte do § 2º do art. 29 só se aplica uma vez que se reconheça que o codelinqüente moderado deve ser punido, o que se resolve, como visto, segundo as regras gerais da codelinqüência.

<sup>31</sup> Em detalhes, com irrefutável crítica às opiniões divergentes, (Peñaranda, 1991, p. 162) ver também (Octavio de Toledo y Ubieto; Huerta Tocildo, 1986, p. 527), extensamente citados por (Peñaranda, e Vega, 2003, p. 206), que expressamente adere aos demais autores referidos nesta nota.

<sup>32</sup> Inadequada, portanto, a seguinte passagem: “a parte final do referido § 2º do art. 29 do CP *alerta* que há aumento de pena (em até metade) se o resultado criminoso mais grave era previsível” (Junqueira; Vanzolini, 2023, p. 224 – grifos nossos). O verbo “alertar” sugere a indicação de algo, cuja existência independe do próprio aviso; o que o § 2º do art. 29 faz é *instituir* um aumento de pena.

#### 4.1 Pluralidade de crimes cometidos pelo comparsa

Uma primeira questão que se põe é se o excesso quantitativo previsto no art. 29, § 2º, segunda parte, pode consistir em um crime adicional: os codelinquentes ajustam um furto, mas um deles comete, além do crime concertado, um estupro. Alguns autores julgaram possível aplicar o art. 29, § 2º, aos casos de pluralidade de crimes cometidos pelo executor, punindo-se o comparsa moderado pelo crime que ele ajustou, com a pena aumentada (Eisele, 2018, p. 464; Schirmer, 2022, p. 274; Junqueira; Vanzolini, 2023, p. 224).<sup>33</sup> Contudo, essa interpretação soa completamente artificial já do ponto de vista literal: tanto o § 2º como o *caput* do art. 29 falam em *crime*, no singular – crime idealizado, crime cometido – e nada há ali que sugira a aplicabilidade do parágrafo às hipóteses em que o executor comete crimes *adicionais*.<sup>34</sup> Quanto às consequências, se a ideia fosse aumentar a pena do codelinquente moderado em razão de outros crimes (previsíveis) praticados pelo executor material, não se justificaria a exigência legal de que esses crimes suplementares fossem *mais graves* do que o idealizado pelo primeiro agente. Pense-se num sujeito que é instigado por *F* a praticar um furto contra *V*, e aconselhado por *E* a cometer um estupro contra a mesma vítima: se ele executar os dois crimes em uma única oportunidade, e se admitir a aplicação do art. 29, § 2º, à hipótese de concurso de crimes, *F* responderia por instigação ao furto com pena aumentada pela metade (se o estupro lhe era previsível), ao passo que *E* responderia apenas pelo estupro, sem aumento algum, pois o furto é *menos grave* que esse crime. O exemplo do instigado que se descontrola e massacra toda a família, em vez de matar apenas a vítima indicada, tampouco caberia no art. 29, § 2º, pois equivalentes os crimes.<sup>35</sup> Para que esses casos de crime menos grave ou equivalente cometido pelo executor material se ajustassem ao art. 29, § 2º, seria preciso interpretar sua cláusula “resultado mais grave” em sentido anômalo e destoante de todo o resto do Código (arts. 4º, 6º, 13, 15, 18, 19, 74 etc.) – vale dizer, como “desfecho total do acontecimento”.

Assim, cremos que o art. 29, § 2º, segunda parte, limita-se aos casos em que o executor pratica um crime, mais grave do que o idealizado pelo codelinquente moderado, e que se sobrepõe ao crime menos grave; não incide nos casos em que o executor material do crime comete o crime ajustado com o comparsa moderado e *ainda outro crime*.<sup>36</sup> Com isso, o velho problema do furto que propicia um estupro se resolve facilmente: caso o crime ajustado não tenha sido praticado, não houve concurso de agentes e desaparece toda possibilidade de punição daquele que apenas contribuiu para o furto afinal não cometido (*cf.* item 3.3 supra); se houve o furto (tentado ou consumado), o estupro não constitui excesso para efeitos do art. 29, § 2º, segunda parte, e o codelinquente moderado não responde por ele. Como se vê, não há necessidade alguma de recorrer à interrupção do nexa causal (*cf.* item 2) ou à imprevisibilidade do estupro.<sup>37</sup>

#### 4.2 A cooperação dolosamente distinta como agravação pelo resultado

Reconhecido que o art. 29, § 2º, segunda parte, pressupõe, nos termos propostos acima, uma cooperação punível segundo as regras gerais e um desvio subjetivo, é possível compreendê-lo como a instituição genérica da agravação da pena por um resultado previsível, ou seja, uma fórmula que originaria crimes dolosos agravados por resultado culposo ou “crimes preterdolosos”: como corretamente observaram Pierangeli (1999, p. 94), L. Greco (2015, p. 118, nota 314), L. Greco e Leite (2014, p. 187) e L. Greco e Teixeira (2014, p. 73), a situação descrita no art. 29, § 2º, segunda parte, é de codelinquência num fato doloso, em concurso com a autoria culposa por parte do concorrente

<sup>33</sup> L. Greco cogitou dessa interpretação ao criticar o art. 29, § 2º (2015, p. 118), mas deixou de referir à hipótese de pluralidade de crimes em trabalhos posteriores (Greco; Teixeira, 2014, p. 72; Greco; Leite, 2015, p. 187). Frágoso parece aceitar, em princípio, a aplicação do § 2º do art. 29 ao concurso de crimes, na medida em que afasta a responsabilidade do coautor de um furto em relação ao estupro praticado pelo comparsa afirmando a imprevisibilidade desse último crime (Frágoso, 1985, p. 272).

<sup>34</sup> Compare-se com a previsão do Código Penal de 1890: “Art. 19. Aquelle que mandar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsavel como autor: § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter no executar o de que se encarregou; § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar.”

<sup>35</sup> Versão modificada do exemplo de Batista (2004, p. 153), que era relativo à autoria mediata. O autor citado apenas comenta que, se a irascibilidade do instrumento era conhecida, talvez fosse de negar a própria ocorrência de divergência subjetiva, isto é, de excesso.

<sup>36</sup> Contra a aplicação do art. 116 do CP italiano (mencionado no item 2) à hipótese de concurso de crimes, v. Battaglini, 1973, p. 540.

<sup>37</sup> Como fazem Anderson, 2022, *s/ p.*, item 20.10; Martinelli; Bem, 2023, p. 436; Junqueira; Vanzolini, 2023, p. 224-.\*.

moderado – ou seja, acrescentamos nós, uma combinação dolo-culpa, “na linha de uma qualificação pelo resultado (art. 19 CP)” (Batista, 2004, p. 123).

Assim, se em relação aos crimes culposos autônomos a lei adota a exigência de incriminação específica (art. 18, parágrafo único), no âmbito específico da cooperação dolosamente distinta, qualquer crime, poderia, em princípio, assumir uma forma culposa com previsão genérica no art. 29, § 2º, segunda parte, ou melhor, ensejar um aumento da responsabilidade pela simples previsibilidade da superveniência de um crime mais grave. Reale Júnior (2002, p. 327) insistiu que “o crime mais grave não passa a ter a forma culposa, pois não responde o concorrente que pretendia crime menos grave pelo de maior gravidade na forma culposa”. De fato, o comparsa que pretendia participar de um furto que se transformou (previsivelmente) num roubo não é condenado por este último crime; no entanto, esse agente tem sua pena (correspondente ao furto) aumentada em razão da ocorrência meramente previsível do roubo, de modo que a ressalva de Reale Júnior, ao menos em parte, é terminológica.

Pierangeli (1999, p. 95) contestou essa possibilidade de punição (ainda que na forma de um aumento de pena) pela ocorrência meramente previsível de um fato definido como crime doloso, afirmando que “não nos parece racional a criação de uma tipicidade culposa artificial, limitada à hipótese do concurso ideal em participação dolosa, circunstância que claramente se choca com a regra geral fixada no art. 18, parágrafo único, do CP”. Daí extrair o autor uma conclusão “inafastável: a agravação da pena está dependente da previsão legal do fato mais grave como crime culposo”.<sup>38</sup>

A preocupação de Pierangeli é compreensível, pois, interpretado literalmente, o § 2º do art. 29 indiscutivelmente “transforma condutas culposas que, a rigor, não seriam puníveis, em condutas puníveis por via indireta, violando a ideia de que o delito culpososó é punível excepcionalmente” (Greco; Leite, 2014, p. 187; Greco, 2015, p. 117). No entanto, isso não significa que a solução daquele autor – qual seja, exigir, para a aplicação do dispositivo citado, que o fato mais grave afinal praticado conte com previsão expressa como crime culposos – seja convincente. De saída, não nos parece adequada a crítica segundo a qual a dispensa de previsão autônoma do fato mais grave como crime culposo importaria em *versari in reillicita* ou responsabilidade objetiva (Pierangeli, 1999, p. 95; Martinelli; Bem, 2023, p. 436), na medida que a lei atual, ao contrário do art. 48, parágrafo único, da Parte Geral original, expressamente exige a previsibilidade do fato mais grave.<sup>39</sup>

Mais pertinente é a alegação de que a solução legal, tomada em sua literalidade, burla o princípio da taxatividade. Essa crítica, por sua vez, merece duas considerações. Do ponto de vista formal, ela parece exigir que todo crime culposos tenha previsão expressa como tal; em outras palavras, a exigência do art. 18, parágrafo único, não poderia ser contemporizada com nenhuma outra forma de punição da culpa em sentido estrito. Sucede que o art. 19, na interpretação que usualmente se lhe dá, igualmente institui a possibilidade de responder-se por culpa em relação a resultados que não estão previstos avulsamente como crimes culposos: pense-se na lesão corporal dolosa qualificada pelo aborto culposos do art. 129, § 2º, V. Segundo Silva Sánchez, “en Alemania se suele subrayar que el § 15 del StGB [equivalente ao nosso art. 18, parágrafo único] tiene una excepción nel § 18 [correspondente ao nosso art. 19]” (Silva Sánchez, 1997, p. 118; v. tb. Zielinski, 2003, p. 20; Jakobs, 1997, p. 396). Como se vê, a previsão específica e autônoma do crime culposos não é, em absoluto, a única maneira de responsabilizar alguém por fatos meramente previsíveis.<sup>40</sup>

Certamente, a indeterminação gerada pelo art. 29, § 2º, é maior que a introduzida pelo art. 19, pois este último se refere a um conjunto de infrações mais ou menos identificáveis, que são os crimes agravados pelo resultado, ao passo que a cooperação dolosamente distinta se referiria, em princípio, a quaisquer crimes. No entanto, essa

<sup>38</sup> A opinião foi repetida em Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 596. Um antecedente da argumentação de Pierangeli aparece em Jesus (1986, p. 548), que, valendo-se da distinção entre excesso quantitativo e qualitativo (cf. item 3.3), argumentou adicionalmente que o cometimento de um estupro pelo mandatário não poderia ser imputado ao mandante, que incentivou unicamente a prática de um furto, pois “caso contrário, por via oblíqua, estaríamos apenando alguém a título de estupro culposos”.

<sup>39</sup> Sobre a crítica da responsabilidade objetiva, agora sob o prisma da desproporção, v. a nota 42 infra.

<sup>40</sup> Reconheça-se que Tavares (2018, p. 518) propôs, para o art. 19, exatamente o mesmo que Pierangeli sugeriu para o art. 29, § 2º: que o fato mais grave esteja previsto como crime culposos autônomo para que possa ser punido na modalidade meramente culposa (art. 19) ou previsível (art. 29, § 2º). No entanto, a construção de Tavares não se ajusta ao texto do art. 19, não resolve os problemas que a ensinaram e cria diversos outros.

indeterminação reduz-se bastante caso se adira à proposta do item 4.1 segundo a qual o art. 29, § 2º, não se aplica aos casos em que o executor pratica o crime ideado pelo comparsa e *ainda mais uma infração*, isto é, aos casos de concurso de crimes. Com isso, a indeterminação temida por Pierangeli diminui sensivelmente, pois na prática não tantos os pares de crimes que comportam excesso quantitativo pelo executor material: uma lista não exaustiva compreenderia crimes simples e suas respectivas formas qualificadas; furto e roubo (com ou sem morte); homicídio e latrocínio (num caso em que o assassino de aluguel, sem ajuste nesse sentido com o mandante e ainda antes de matar a vítima, decide que lhe subtrairá os pertences após abatê-la); aborto consensual e aborto não consentido (se o codelinqüente foi ardilosamente convencido pelos demais agentes de que havia consentimento da gestante); difamação e calúnia; calúnia e denúncia caluniosa; posse/porte de arma de fogo de uso permitido e posse/porte de arma de uso estrito; corrupção e concussão; ameaça e coação no curso do processo; estelionato e financiamento fraudulento (art. 19 da Lei 7.492/1986); sonegação fiscal pura e sonegação fiscal fraudulenta (arts. 2º, II e 1º, I da Lei 8.137/1990); abolição violenta do Estado Democrático de Direito e golpe de Estado (arts. 359-L e 359-M).

Tudo isso do ponto de vista formal. Do ponto de vista material, a proposta de Pierangeli acentua o problema que abordaremos no tópico 5, que é o atrito entre os crimes agravados pelo resultado e o art. 29, § 2º, segunda parte, uma vez que os crimes culposos previstos destacadamente, na forma do art. 18, parágrafo único, que podem resultar de excesso do executor seriam, na prática, lesões corporais e morte da vítima – ou seja, os mesmos acontecimentos que já dão origem aos principais crimes agravados pelo resultado previstos na legislação. Sem adiantar demasiadamente conclusões, pontuamos que, conjugando-se a proposta de Pierangeli e as soluções esboçadas nos itens seguintes, apenas uns poucos casos, como o do agressor que, dolosamente e contrariando instrução expressa do mandante, mata a vítima em vez de espancá-la sem exageros (item 5.1.2 infra), seriam objeto da aplicação do art. 29, § 2º, segunda parte.

### 4.3 Previsibilidade e violação do dever de cuidado

Tratando do significado da palavra “previsibilidade” no art. 29, § 2º, segunda parte, Camargo (2022, s/ p., comentário 4.2 ao art. 29) sugeriu que o comparsa moderado só pode sofrer o aumento de pena ali previsto “quando houver de sua parte a lesão de um dever de cuidado em relação à vítima”. Oferece o exemplo de quem empresta uma arma desmuniada para a prática de um roubo do qual resulta a morte da vítima.

Nossa solução para casos semelhantes está exposta no item 5.3 infra. Para o presente ponto, pretendemos apenas registrar que essa proposta de vincular a previsibilidade ao dever de cuidado nos parece correta se interpretada de acordo com a máxima de Roxin (2006, p. 117) segundo a qual “teoricamente, todos os cursos causais possíveis segundo uma lei natural são previsíveis. O decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, é obrigado a prever – e é exatamente isso que é determinado pelos critérios de imputação”. Sob esse prisma, estamos de acordo com a afirmação de que “a ‘previsibilidade’ do resultado mais grave, contida no art. 29, § 2º, do CP, não pode ser considerada de forma abstrata pelo magistrado”, e que “o agente que auxilia um roubo alheio não pode se responsabilizar por absolutamente tudo que o autor do crime decida fazer na hora de executar o delito”.<sup>41</sup> O problema é que, nas combinações dolo-culpa da Parte Especial (como a lesão corporal seguida de morte e o próprio latrocínio, quando a morte é meramente culposa), não falta quem afirme que a violação do dever de cuidado consiste já na prática da forma simples do crime, devendo-se apurar apenas se a produção do resultado mais grave era previsível (Jescheck; Weigend, 2002, p. 616; Stratenwerth, 2005, p. 509), de modo que a questão posta por Camargo, se a interpretamos bem, se converte no velho e difícil problema de determinar o grau de probabilidade necessário para se dizer que o fato era previsível em sentido jurídico-penal (cf. Quandt, 2014, p. 311). Se Camargo pretende algo a mais, isto é, exige que, além de ser previsível, o crime mais grave seja o produto de uma violação de dever de cuidado que não se expresse automaticamente na contribuição para o crime mais leve ideado pelo codelinqüente moderado, falta um detalhamento desse requisito adicional. Mas essa falta de detalhamento no fundo é a prova da deficiência do critério da previsibilidade, perceptível na pobreza de exemplos na doutrina para a aplicação do art. 29,

<sup>41</sup> Camargo, 2022, s/ p., comentário 4.2 ao art. 29.

§ 2º, segunda parte, que ilustra a dificuldade em identificar acontecimentos que não estejam compreendidos pelo dolo do agente moderado, mas que lhe sejam previsíveis.

#### 4.4 Síntese da cooperação dolosamente distinta

Nos itens 3 e 4, esboçamos um roteiro para aplicação do art. 29, § 2º, que pode ser assim resumido: diante da constatação de que algum agente quis participar de crime menos grave que aquele efetivamente cometido pelos comparsas, deve-se verificar se esse desvio subjetivo tem *relevância para o dolo* (item 3.2); em caso positivo, deve-se apurar se persiste o concurso de agentes, isto é, se o crime almejado pelo codelinqüente moderado ainda é *reconhecível no crime afinal cometido* (item 3.3); ainda em caso positivo, deve-se verificar se a prática do crime mais grave pelo comparsa era *previsível* (item 4.3).

Não é demais insistir que o questionamento sobre a punibilidade do agente moderado pelo excesso alheio só tem lugar se esse agente moderado ainda puder ser considerado um codelinqüente. Assim, no exemplo de Noronha (1963, p. 263) e Rebouças (2003, p. 583) do sujeito que é instigado a espancar, mas opta por abater o desafeto a tiros<sup>42</sup>, o primeiro problema é determinar se essa mudança de planos libera o instigador de toda responsabilidade, ou se ele ainda pode ser punido pela lesão corporal que o homicídio necessariamente contém.

Como se vê, no roteiro proposto, a segunda parte do § 2º do art. 29 só aparece claramente na última etapa. Contudo, a existência do dispositivo em questão pode funcionar também como um fator de incentivo a que se reconheça a cooperação dolosamente distinta, na medida em que ele oferece uma saída intermediária além das opções de condenar apenas pelo crime mais leve e de rejeitar a relevância do desvio subjetivo e condenar pelo crime mais grave.<sup>43</sup> Embora não estejamos convencidos de que “a doutrina internacional em sua maioria” se contenta com a previsibilidade do resultado mais grave para imputá-lo a título de dolo ao codelinqüente moderado (Schirmer, 2022, p. 266), o fato é que a lei brasileira, ao conter a regra do § 2º do art. 29, oferece um claro convite a uma construção que faça maiores exigências para a imputação a título de dolo do resultado mais grave. Da mesma forma como uma punição adequada da culpa grave, grosseira ou temerária, favorece a contenção de uma expansão indevida do dolo eventual, a possibilidade de alguma punição do codelinqüente moderado pelo fato mais grave deveria traduzir-se em maior cautela para a imputação de dolo em relação aos codelinqüentes mais distantes do resultado mais grave.

No entanto, é preciso conceder razão à crítica de Vargas (1996, p. 189), quando observa que o aumento de pena determinado pelo dispositivo, ao incidir sobre a pena do crime idealizado pelo comparsa moderado, não guarda relação alguma com o crime afinal cometido pelo executor material; não ousamos dizer que é sempre insuficiente, como faz a autora citada, mas frequentemente o será.<sup>44</sup>

### 5 A cooperação dolosamente distinta e os crimes agravados pelo resultado

No item 4.2, dissemos que o art. 29, § 2º, segunda parte, permite a punição de combinações dolo-culpa: dolo em relação ao crime ideado pelo codelinqüente moderado, culpa (ou previsibilidade) em relação ao *plus* realizado pelo comparsa. A questão a analisar-se neste tópico é como conciliar essa previsão genérica de combinações dolo-culpa com aquelas especialmente incriminadas na Parte Especial, isto é, com os crimes dolosos agravados por um

<sup>42</sup> Antón Oneca (1986, p. 459) afirma que se A empresta a B um bastão para que surre C, e B o mata a tiros, A permanece impune. No entanto, embora Antón ofereça o exemplo no tópico sobre o “elemento subjetivo”, ele contém antes de tudo um problema no tipo objetivo: o empréstimo de um bastão não contribui materialmente para um homicídio com arma de fogo.

<sup>43</sup> Foi como “solução de compromisso” que defendemos a existência do art. 29, § 2º, em outra oportunidade (Quandt, 2015, p. 217). Desde então, diminuiu nossa simpatia pelo dispositivo, mas insistimos que, enquanto ele estiver vigente, pode desempenhar esse papel de oferecer um meio-termo.

<sup>44</sup> L. Greco e Teixeira (2014, p. 73), inversamente, acusam o dispositivo legal de violar o princípio da culpabilidade ao impor uma pena excessiva: valem-se do exemplo do executor que progride do furto para o roubo, utilizando-se de violência que não produz lesão corporal, e concluem que o aumento imposto pela lei ao codelinqüente moderado (que contava apenas com um furto) é excessivo para punir o “constrangimento ilegal culposos” em que ele incorreu. No entanto, a argumentação se concentra no ato adicional de violência praticado, desconsiderando a unidade complexa da subtração violenta: quem facilita uma subtração praticada mediante violência favorece (ainda que culposamente) um roubo, e não apenas um constrangimento ilegal.

resultado culposo, ou “crimes preterdolosos”, tais como a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), o estupro qualificado pela gravidez (art. 213 c/c o 234-A, III)<sup>45</sup>, o incêndio qualificado pela morte (art. 250 c/c o 258) etc.

Aparentemente, quem primeiro identificou o problema foi Jesus, ainda na *vacatio legis* da atual Parte Geral. Comentando a reforma de 1984, esse autor (1985, p. 92) observou que a aplicação do art. 29, § 2º, segunda parte, ao agente que instigasse um agressor que viesse a praticar o crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) – punindo-se o primeiro por lesão corporal leve<sup>46</sup> com pena aumentada em até metade – importaria em benefício injusto.<sup>47</sup> Mais recentemente, Rafael Santos Soares (2015) dedicou um interessante texto sobre a questão. Ainda assim, o estudo do problema se encontra em estágio embrionário, e as presentes reflexões não têm pretensão alguma de definitividade.

## 5.1 Casos e propostas de solução

### 5.1.1 Instigação para lesão corporal + cometimento de lesão corporal seguida de morte

O caso mais simples de interferência do art. 29, § 2º, com um crime agravado pelo resultado, é aquele em que o executor pratica um crime agravado pelo resultado que só admite a configuração dolo-culpa, isto é, que pressupõe a ausência de dolo em relação ao resultado agravante. Entre tais infrações se encontram a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) e o racha qualificado por lesão grave ou morte (CTB, art. 308, §§ 1º e 2º).<sup>48</sup> Utilizaremos o exemplo do executor que espanca a vítima a mando do instigador, mas se excede na truculência e involuntariamente a mata.

Já tivemos oportunidade de mencionar a opinião de Jesus (item 5), endossada por Soares (2015, p. 58), e cremos que a solução dada por eles – punição de todos os agentes por lesão corporal seguida de morte – está correta; adotam-na também Mirabete (2003, p. 237), Franco (2007, p. 231), Galvão (2023, p. 286) e Rebouças (2023, p. 586). Embora seja preciso reconhecer que a justificação da dureza da pena dos crimes agravados pelo resultado, quando comparada à que seria aplicável segundo as regras do concurso dos crimes componentes (lesão corporal dolosa + homicídio culposo, no exemplo dado), é um dos temas mais discutidos e problemáticos daquela categoria de crimes. Parece-nos possível postular que a ideia de que o crime de lesão corporal é particularmente idôneo a provocar a morte da vítima. Deve imputar-se a todos quantos se envolvam, direta ou indiretamente, numa agressão física. A solução de punir o instigador apenas por lesão corporal, aplicando-se o art. 29, § 2º, constituiria um benefício para quem, em vez de praticar o crime de mão própria, encomenda-o a outro, o que se concilia mal com o severo tratamento dispensado pelo Código ao mandante (art. 62, II).

Assim, havendo fundamentos para a opção pela imputação do crime “preterdoloso” a todos os agentes, não nos parece aceitável a proposta de Vargas (1996, p. 186), consistente em aplicar-se o art. 29, § 2º, porque “mais favorável ao réu”.<sup>49</sup>

Naturalmente, a solução proposta neste item depende de que se aceite a possibilidade de participação nas combinações dolo-culpa. Na Alemanha, a lei restringe a participação aos crimes dolosos (§ 26 e § 27, 1), mas simultaneamente proclama que as combinações dolo-culpa devem ser tratadas como crimes dolosos (§ 11, 2). Na Argentina, ganhou certo prestígio a opinião (Fierro; 2001, p. 80; Fontán, 1970, p. 446; Zaffaroni, 1982, p. 361) segundo a qual a alegada impossibilidade do concurso de agentes nos crimes culposos se estende ao fragmento

<sup>45</sup> Esse crime também pode ser cometido com dolo em relação à provocação da gravidez; contudo, o fato de que basta a culpa para a imputação do resultado agravante (art. 19) – isto é, de que basta o “preterdolo” – é suficiente para suscitar o problema abordado no texto.

<sup>46</sup> A afirmação de que a lesão corporal seria *leve* é de Jesus.

<sup>47</sup> O pioneirismo de Jesus não foi sucedido por um desenvolvimento consistente da matéria por esse autor. No trabalho citado, limitou-se a apontar o problema. Em obra subsequente, sugeriu (Jesus, 1986, p. 548) que o art. 29, § 2º, segunda parte, não se aplicava às combinações dolo-culpa. Já na última edição de seu manual, o autor (Jesus, 2014, p. 473) não mais propõe a inaplicabilidade do dispositivo aos crimes “preterdolosos”, limitando-se a chamar de “estranha” a solução legal. V. tb. a nota 63 infra.

<sup>48</sup> Nos exemplos dados no texto, a própria lei cuida de exigir que o agente não tenha querido o resultado nem assumido o risco de produzi-lo. O problema de determinar se há outros crimes agravados pelo resultado que pressupõem a ausência de dolo em relação ao resultado agravante, quais crimes seriam esses e como eles podem ser identificados – tal problema extrapola os limites deste trabalho.

<sup>49</sup> Pela aplicação do art. 29, § 2º, sem maior detalhamento (Batista, 2004, p. 124).

não doloso do homicídio preterintencional (que desempenha, na lei argentina, mais ou menos o mesmo papel da lesão corporal seguida de morte do art. 129, § 3º, do CP brasileiro). Esse argumento não nos convence, pois ele não permite fundamentar a irresponsabilidade do agente moderado em relação ao resultado mais grave, o qual pode ser imputado a título de crime culposo, em regime de autoria individual ou paralela, a cada um dos que para ele contribuiu. Mas, se todos os codelinquentes podem ser punidos por lesão corporal, em concurso de agentes, e ainda pela morte culposamente provocada, não há nada que impeça que essa combinação se converta, para cada um dos agentes, em homicídio preterintencional (lesão corporal seguida de morte): se o concurso propriamente dito se limita à porção dolosa do crime ou a todo ele, é uma questão puramente verbal.<sup>50</sup>

Por fim, aqueles que optarem pela punição do codelinquente moderado segundo a pena da lesão corporal, aumentada até metade, terão de enfrentar o problema da determinação da modalidade de lesão a ser considerada – lesão leve, lesão grave, lesão gravíssima. Em teoria, a tarefa é possível: também na tentativa é preciso fixar o dolo do agente a respeito de algo que não chegou a acontecer. No entanto, o fato é que o modelo de punição da lesão corporal instituído pelo art. 129 é todo estruturado na valoração do que efetivamente ocorreu, e não o que teria ocorrido, de modo que adequação típica da conduta do agente moderado é bastante dificultada pela morte da vítima, especialmente se acontecer logo após a agressão.

### 5.1.2 Instigação para lesão corporal + cometimento de homicídio doloso

Mais complicada é a hipótese em que o instigador encomenda um espancamento não fatal, mas o executor deliberadamente surra a vítima até a morte – exemplo acabado do que tradicionalmente se chama “excesso de mandato”. A primeira dificuldade, nesse caso, é apurar a própria ocorrência do excesso, isto é, definir-se se a morte da vítima efetivamente escapa do alcance do dolo do instigador, nos termos já adiantados no item 3.2. Batista (2004, p. 125), por exemplo, sugere que, se a vítima foi morta porque resistiu às agressões, talvez sequer haja desvio subjetivo entre os codelinquentes, pois

os distúrbios do acontecimento ligados à resistência da vítima são sempre possíveis [...]. Sob essa visão, se não se demonstrasse que a comum resolução para o fato excluía a prática de qualquer violência adicional, todos os coautores e partícipes poderiam mesmo responder por homicídio.

De toda forma, admitindo-se a possibilidade conceitual de um caso de concorrência para um crime de lesão corporal que dá origem a um homicídio doloso perpetrado pelo executor, e no qual esse resultado mais grave fosse previsível ao codelinquente moderado<sup>51</sup>, é preciso determinar se ele responde por lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º)<sup>52</sup> ou por lesão corporal com o aumento de pena do art. 29, § 2º, segunda parte.

Não nos parece que seja possível empregar sem mais o princípio da especialidade, pois se trata de duas disposições específicas para o caso de cometimento doloso do crime menos grave e autoria culposa do crime mais grave, cada qual com uma especificidade: o art. 29, § 2º, segunda parte, prioriza o fato de que o crime mais leve foi cometido em concurso de agentes e o resultado mais grave foi provocado pelo codelinquente que executou o fato; já o art. 129, § 3º, considera a específica combinação “lesão corporal + homicídio”. A questão, portanto, é qual dessas ênfases sobressai no exemplo dado.<sup>53</sup>

Creemos que a solução passa pela identificação do específico risco que cada norma se propõe a valorar: no art. 129, § 3º, tem-se em conta que a ação de ferir não é perfeitamente controlável, mesmo por quem a pratica de

<sup>50</sup> Em aparente aceitação do concurso de agentes nos crimes “preterdolosos” (Santos, 2018, p. 391) em Portugal (Cunha, 1992, p. 579) (com as ressalvas da p. 583). Sobre o tema, com opinião parcialmente coincidente com a dos autores argentinos citados no texto, (Maurach; Gössel; Zipf, 1995, p. 448; confuso, Vega, 2003, p. 235 e 271).

<sup>51</sup> Após comentar a hipótese de reação da vítima, descrita no texto, Batista (2004, p. 125) aborda o caso em que o executor do crime reconhece na vítima um desafeto e a abate a tiros. Conclui que os demais agentes responderiam apenas por lesão corporal, sem nada dizer da causa de aumento. Como se vê, não pareceu sobrar espaço para a hipótese de participação dolosamente distinta com resultado previsível no binômio lesão corporal x homicídio.

<sup>52</sup> Defendendo essa solução no direito alemão (Wessels; Beulke; Satzger, 2018, p. 373 e 403).

<sup>53</sup> Defendendo a primazia do art. 29, § 2º, segunda parte, sobre as previsões dos crimes preterintencionais em nome do princípio da especialidade (Galvão, 2023, p. 286).

mão própria; já o art. 29, § 2º, tem em vista que o executor material (ou um dos executores materiais) do fato pode aproveitar o ensejo proporcionado pela infração concebida em comum para pôr em prática um desígnio criminoso exorbitante. Na primeira hipótese, o risco de que uma agressão provoque a morte da vítima em razão da perda de domínio sobre o curso causal (risco existente também nos crimes praticados individualmente); na segunda, o risco do excesso de algum codelinquente, pela falta de controle absoluto sobre a vontade dos comparsas. Se Hungria (Hungria; Fragoso, 1978, p. 419), comentando a redação original do Código, correlacionou as máximas “vulnera non dantur ad mensuram” e “vulnera remandans tenetur de occiso”, cremos que essa correlação só vale se o executor não matar a vítima dolosamente, pois a redação atual da lei nos parece exigir que se diferenciem o risco de que a lesão, que não se inflige sob medida exata, provoque a morte da vítima, e o risco de que o executor se exceda voluntariamente no cumprimento do mandato.

Assim, no caso do instigado que, excedendo o mandato, mata dolosamente a vítima, propomos aplicar à conduta do instigador o art. 29, § 2º, segunda parte, em detrimento do art. 129, § 3º.<sup>54</sup> A comparação entre esta solução e a do item anterior demonstra que a expressão “cooperação dolosamente distinta” deve ser bem compreendida: a divergência apta a ensejar a aplicação do art. 29, § 2º, é aquela entre o dolo de um agente e o de outro, e não entre o dolo e o resultado sobrevivendo (próximos, Vargas, 1996, p. 186; Soares, 2015, p. 58; Rebouças, 2023, p. 585).

### 5.1.3 Instigação para lesão corporal leve, da qual resulta deformidade permanente (art. 129, § 2º, IV)

À primeira vista, o caso deste tópico se assemelha à do item 5.1.1: participação em um crime agravado pelo resultado, em que o dolo de um dos participantes se limita ao crime menos grave. A diferença é que, enquanto a lesão corporal seguida de morte pressupõe a ausência de dolo de homicídio, por expressa disposição do art. 129, § 3º, a lesão corporal agravada pela deformidade permanente admite tanto a combinação dolo-culpa como a combinação dolo-dolo, constituindo o que Everardo da Cunha Luna (1974, p. 285) denominou de crime agravado *imperfeito*.

Uma possibilidade de solução seria aplicarem-se as conclusões dos dois itens anteriores segundo a conformação do caso concreto: se algum dos agentes houver obrado com dolo em relação ao resultado agravante, ele responderá pelo crime agravado, e o codelinquente moderado, pela lesão corporal simples com o aumento previsto no art. 29, § 2º, segunda parte (cf. item 5.1.2); já se todos os agentes houverem atuado sem o dolo dirigido à deformidade permanente, cada um deles sofrerá a pena do art. 129, § 2º, IV, desde que tenham atuado culposamente quanto ao resultado agravante (cf. item 5.1.1). Esta é a solução de Soares (2015, p. 61) para o crime de latrocínio, do qual trataremos no item 5.2, baseada no princípio da especialidade. Contudo, à maneira do que argumentamos no item 5.1.2, cremos que na cooperação dolosamente distinta em um crime agravado pelo resultado imperfeito, cada uma das disciplinas possíveis (a do art. 29, § 2º e a do crime em questão) tem as suas peculiaridades e se pode dizer “especial” em relação à outra.<sup>55</sup>

O decisivo, parece-nos, é o fato de que, no crime de lesão corporal agravada pela deformidade permanente, o legislador submeteu ao mesmo tratamento a combinação dolo-dolo e a combinação dolo-culpa. É sabido que tal opção sofre críticas (Fragoso, 1983, p. 105), as quais se refletiram no malogrado Código Penal de 1969, que distinguia entre lesões graves inteiramente dolosas (art. 132, §§ 1º e 2º) e lesões graves preterintencionais (art. 132, § 3º) (Fragoso, *op. e loc. cit.*); naquele Código também se separaram o latrocínio (art. 168, § 3º) e roubo qualificado pela morte preterintencional (art. 168, § 2º, V).<sup>56</sup> De toda forma, referida opção de tratar igualmente as combinações dolo-dolo e dolo-culpas e repete na lei vigente em todos os crimes dolosos agravados por um resultado, cuja produção não constitua crime autônomo: essas formas agravadas pelo resultado contemplarão indistintamente as

<sup>54</sup> É a solução de R. Greco (2023, p. 505), que não cogita do art. 129, § 3º.

<sup>55</sup> A crença de Soares (2015, p. 62) de que é possível resolver o problema pelo princípio da especialidade talvez se deva ao fato de que ele afirma a especialidade do art. 29, § 2º, em relação ao art. 19. No entanto, a comparação não se dá com o art. 19, que simplesmente impõe exigências para a interpretação dos crimes agravados pelo resultado (os quais já existiam na lei antes da introdução, em 1984, do referido art. 19 e não foram criados por ele), mas sim com o crime agravado pelo resultado de que se trate: no caso do latrocínio, a discussão é entre a preferência entre o art. 29, § 2º e o art. 157, § 3º, II; na lesão corporal deformante, é entre o art. 29, § 2º e o art. 129, § 2º, IV etc.

<sup>56</sup> A Lei 6.016/1973 alterou os §§ citados do art. 168, mas manteve a distinção exposta no texto.

combinações dolo-dolo e dolo-culpa, sendo possível diferenciar as duas modalidades somente na fixação da pena (art. 59).<sup>57</sup>

Consequentemente, se o próprio legislador se desinteressou pela diferença entre dolo e culpa em relação ao resultado agravante, não nos parece possível traçar distinções, em matéria de concurso de agentes, que se baseiem nessa contraposição; a distinção entre risco inerente ao descontrole sobre o curso causal e risco do abuso por parte de um comparsa, esboçada no item 5.1.2, não se aplica, e a solução correta é a mesma do item 5.1.1: punição de todos pelo crime agravado pelo resultado.<sup>58</sup> Assim, se *A* induz *B* a dar uma surra em *C*, e *B* deliberadamente provoca neste uma deformidade permanente, *A* responde pela lesão corporal gravíssima, desde que o resultado lhe fosse previsível.

## 5.2 O excesso de meios e o excesso de fins

No item 5.1, esboçamos soluções para o problema de determinar como se dará a punição do delinquente moderado pelo excesso, doloso ou culposo, do executor do crime, considerando o conflito aparente entre a norma do art. 29, § 2º, segunda parte, e as que instituem crimes dolosos agravados pelo resultado.

Bitencourt (2023a, p. 280) retoma a distinção entre “excesso nos meios” e “excesso nos fins”, encontrada em Carrara, Carmignani e autores ainda mais antigos.<sup>59</sup> Resumindo a exposição do *Programa* de Carrara, sugere, que ela pode afastar “as dificuldades apontadas por Damásio de Jesus” a que alude a introdução do item 5 supra. No entanto, a passagem de Bitencourt não explica como uma dicotomia adotada por Carrara para determinar se o partícipe responde pelo excesso do executor poderia resolver o problema levantado por Jesus, relativo a *como* esse partícipe deverá ser punido por tal excesso. Tampouco nos parece exato afirmar que a proposição de Bitencourt tenha alcançado prestígio suficiente para que se possa dizer, com Junqueira e Vanzolini (2023, p. 224) – que igualmente misturam o problema do *se* e do *como* da punição do codelinqüente moderado pelo excesso –, que “há muita controvérsia sobre a resposta, mas costuma ser adotada a teoria do excesso nos meios”.<sup>60</sup> Segundo vemos, a dicotomia que alcançou alguma importância no século XX foi a do “excesso quantitativo × excesso qualitativo” (item 3.3), e mesmo ela não tem um significado unívoco (*cf.* nota 28).<sup>61</sup>

## 5.3 A cooperação dolosamente distinta no latrocínio

O crime de roubo qualificado pela morte (art. 157, § 3º, II) decerto oferece o caso mais relevante na prática de cooperação dolosamente distinta, e se trata justamente de um crime agravado pelo resultado. Nada mais justo que se testem nele as considerações até aqui esboçadas.

Ocorrido um roubo em que morreu alguém, a primeira questão é verificar se o crime foi mesmo de latrocínio. Dizemo-lo não apenas porque a lei reconhece o latrocínio somente quando a morte decorre de *violência física* – restrição de pouca importância prática –, mas sobretudo porque a morte deve ser consequência da violência empregada como *meio para a subtração* (art. 157, *caput*: “subtrair [...] mediante”) ou “logo depois de subtraída

<sup>57</sup> Veja-se a argumentação de Bitencourt (2023b, p. 144), referida às lesões corporais graves e gravíssimas (art. 129, §§ 1º e 2º) mas facilmente generalizável: “No entanto, essa conclusão [de que ali se contemplam apenas as combinações dolo-culpa] não pode ser sustentada, por não ser racional prescrever condutas preterdolosas sem as correspondentes figuras dolosas, ou seja, punir conduta que produza determinado resultado preterdoloso e não punir a mesma conduta que produza idêntico resultado doloso. A redação do dispositivo deve ter conteúdo tal que, ao descrever conduta-resultado preterdoloso, contenha, no mínimo implicitamente, a correspondente figura dolosa, sob pena de o agente responder por crime preterdoloso e ficar impune quando, nas mesmas circunstâncias, houver agido dolosamente”.

<sup>58</sup> Batista (2004, p. 124) propõe a mesma solução do texto, sem abordar a distinção conforme a deformidade permanente seja dolosa ou culposamente provocada pelo executor material do fato.

<sup>59</sup> Sobre ela, em detalhes (Vega, 2003, p. 83 e ss. *V. tb.*; Bettiol, 1971, p. 275; Rodríguez Mourullo, 1972, p. 843; Leiria, 1974, p. 174; Fragoso, 1985, p. 272; Fierro, 2001, 457).

<sup>60</sup> Camargo (2022, *s/ p.*, comentário 4.1 ao art. 29) menciona essa passagem de Bitencourt, mas apenas para observar “que o excesso do concorrente pode se dar tanto em relação aos meios empregados quanto ao próprio resultado” – ou seja, não trata essa dualidade de hipóteses como uma contraposição nem extrai consequências da distinção.

<sup>61</sup> Vega (2003, p. 28) dedica um item de seu trabalho a diferenciar as contraposições expostas no texto, advertindo que a distinção entre excesso nos meios e nos fins “em actualidad se encuentra prácticamente descartada”.

a coisa”, “a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro” (§ 1º). Consequentemente, o abatimento covarde da vítima já subjugada, por vingança ou por descontentamento com a escassez de coisas a subtrair, geralmente dará origem a um crime autônomo de homicídio.

Conjugando-se essa advertência com as considerações do item 4.1, relativas à inaplicabilidade do art. 29, § 2º, segunda parte, ao concurso de crimes, concluímos que, se a morte da vítima não integrar o roubo e constituir um homicídio, os codelinquentes moderados só poderão responder por ela a título de homicídio culposo, se preenchidos os respectivos requisitos.

Nos casos (certamente mais frequentes) em que a morte da vítima integrar um latrocínio, há duas possibilidades: a morte foi provocada dolosamente pelo executor da violência, ou foi causada apenas culposamente.

Havendo dolo por parte do executor, é preciso constatar se a cooperação dos demais agentes realmente foi dolosamente distinta, isto é, se essa morte não compôs o objeto do dolo desses outros agentes (cf. item 3.2). Nos roubos à mão armada, as duas investigações – sobre o dolo do executor material e dos comparsas – são respondidas conjuntamente pelos tribunais mediante a invocação do brocardo “[quem] se envolve na prática de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, assume o risco do resultado morte” (STJ, HC 39.243, j. 17/11/2005); a bem da verdade, o dolo de homicídio do autor do disparo fatal é presumido de forma tão imediata que raras vezes compõe explicitamente a discussão.

Esse raciocínio, nos roubos à mão armada, conduz a resultados satisfatórios na imensa maioria dos casos: quem verdadeiramente confia no bom tempo não leva guarda-chuva ao sair de casa, e a singela alegação, por quem participou de um roubo à mão armada, de que não queria que ninguém morresse, é irrelevante para o dolo, pois converte o dolo em um conceito puramente sentimental e o põe à inteira disposição do agente<sup>62</sup>: aquele que deflagrou o disparo fatal talvez também tenha iniciado a execução do crime preferindo um roubo sem mortes. Embora seja verdade que “combinar a utilização de uma arma em um crime não é idêntico a concordar com a morte da vítima” (Camargo, 2022, s/ p., comentário 4.2 ao art. 29), essa afirmação dá excessivo valor ao acordo verbal explícito entre os agentes<sup>63</sup> e não responde à questão decisiva: para que se portam armas (geralmente ilegais) municiadas e em condições de uso durante o roubo? Eis a resposta mais simples: para vencer resistências e reações, ou enfrentar a polícia. Logo, se o tiro foi desferido porque o vigilante do banco fez menção de sacar sua própria arma, é perfeitamente legítimo imputar a morte ao dolo de todos os codelinquentes, porque essa morte é a dura explicação para o fato de os agentes estarem armados. Em contrapartida, a capacidade de rendimento do brocardo é excedida quando a própria posse da arma era desconhecida pelos codelinquentes, ou quando a morte não se deu em algum dos contextos citados: aí sim parece possível afirmar que “se, por exemplo, um dos comparsas do crime de roubo resolve por si só, e de maneira independente, atentar contra a vida da vítima, a morte desta deve imputar-se apenas a quem deu o tiro” (Camargo, 2022, s/ p., comentário 4.2 ao art. 29).

No item 3.4, referimos à inclinação de Eisele (2018, p. 465) a presumir o dolo em relação ao crime mais grave quanto aos coautores. Embora a argumentação desse autor seja discutível no detalhe, ela alude expressamente à questão do conhecimento por todos os agentes da existência da arma para a imputação do latrocínio a eles. No mesmo item, opinamos que Mirabete (2003, p. 237) forçava o conceito de domínio do fato para rejeitar a cooperação dolosamente distinta; mesmo esse autor, porém, menciona hipóteses em que o comparsa, sobretudo quando não

<sup>62</sup> Cremos que essa conversão do dolo em um conceito sentimental e manipulável se vê na proposta de Soares (2015, p. 60) de exclusão de dolo de homicídio por parte do agente B que “tenha concordado em participar de roubo à mão armada porque, em uma perseguição por exemplo, A poderia disparar para o alto, ou contra a viatura policial, com fins intimidatórios, ou mesmo poderia acertar a vítima ou os militares para causar-lhes lesões, sem, contudo, querer provocar-lhes a morte”. Em nossa opinião, a ingênua crença do codelinquente de que tudo terminaria bem não tem aptidão para excluir o dolo.

<sup>63</sup> Incorre nessa falha no exemplo de Anderson: “Caso, no entanto, o resultado, embora não querido, seja previsível, como no exemplo do roubo com emprego de arma de fogo em que o coautor, que *prometera ao comparsa não ferir ninguém*, culmina por matar a vítima *que reage*, a resposta jurídica será diversa. Nessa hipótese, aquele que ceifou a vida da vítima responderá por latrocínio (art. 157, § 3º, II do Código Penal), enquanto o comparsa será responsabilizado não por latrocínio – por ele não praticado nem desejado –, mas por roubo, que fora o ajustado, com causa de aumento de pena de até a metade, em face do resultado mais grave previsível” (Anderson, 2022, s/ p., item 20.10 – grifos nossos). A promessa de não ferir ninguém – nem mesmo uma vítima que reage! – é incompatível com a posse de arma num roubo.

toma parte dos atos executivos, pode ser poupado da imputação do latrocínio, respondendo apenas por furto ou roubo.

Assim, se os agentes ajustam um roubo a ser praticado mediante grave ameaça, reservando o emprego das armas para o caso de reação ou resistência, e um dos executores decide atuar em estilo cangaceiro, atirando nas vítimas antes mesmo de dar “voz de assalto”, ou algum dos agentes contém a reação pífia de uma vítima histórica abatendo-a a tiros, esse descontrole (ou melhor, o desfecho fatal desse descontrole) talvez não deva ser imputado aos demais agentes. Naturalmente, árduos serão os problemas de prova (pois o planejamento de roubos não se registra em ata) e, sobretudo, de distribuição do ônus da prova. De toda forma, a singela afirmação de que “quem se envolve na prática de roubo com arma de fogo assume o risco do resultado morte” é insuficiente para fundamentar em todos os casos a imputação do latrocínio a quem não deflagrou o disparo, embora contenha mais verdade do que os críticos parecem dispostos a conceder.

Uma vez reconhecida a impossibilidade de aplicação indiscriminada do brocardo supracitado, e admitida a possibilidade de cooperação dolosamente distinta no latrocínio, é preciso determinar o tratamento a dispensar-se ao codelinquente moderado. Se a morte não lhe era previsível, responderá apenas pelo roubo: pense-se num assalto ajustado rápida e improvisadamente por três valentões em local ermo ao verem aproximar-se um sujeito franzino e sozinho, em circunstâncias que sugeriam que a superioridade física e numérica seria suficiente para render a vítima, roubo de que resulta a morte da vítima porque um dos agentes, sem dar nenhum sinal de seus planos, subitamente apanha uma barra de ferro no chão e golpeia a cabeça da vítima antes mesmo que ela pudesse esboçar reação. Nos casos em que a morte era previsível, como o latrocínio é um crime agravado *imperfeito* (no sentido dado no item 5.1.3) – isto é, admite indistintamente as combinações dolo + dolo e dolo + culpa<sup>64</sup> – aplicam-se as conclusões do item 5.1.3, e o agente moderado também deve responder por latrocínio.<sup>65</sup>

Nas hipóteses em que a morte foi provocada apenas culposamente pelo executor material do roubo, a solução é aquela esboçada no item 5.1.1: sendo previsível ao comparsa a morte da vítima, responde também ele por latrocínio, na combinação dolo de roubo + culpa pela morte.

Como se vê, de uma forma ou de outra, havendo crime de latrocínio, o codelinquente moderado responderá por ele, desde que a morte afinal provocada lhe fosse previsível, pouco importando se o crime foi “preterdoloso” ou inteiramente doloso para quem praticou diretamente a ação de matar. No entanto, a aplicação indiscriminada do brocardo relativo aos roubos à mão armada não constitui uma argumentação satisfatória, além de falhar em crimes sem armas e nas hipóteses, já descritas, em que a morte da vítima não seguiu o roteiro usual, por assim dizer, de um crime de roubo, hipóteses nas quais é necessário o exame da previsibilidade do desdobramento concreto.

Por fim, deve-se observar que as soluções expostas acima pressupõem sempre o dolo de roubo por parte do codelinquente moderado: se ele pretendia praticar apenas um furto, a única solução possível é a aplicação do art. 29, § 2º, condenando-se o sujeito por furto, com ou sem o aumento de pena (conforme fosse ou não previsível a ocorrência do roubo ou mesmo a morte da vítima), pois o componente preterintencional do latrocínio é apenas a morte; o dolo do emprego da violência é indispensável para a imputação do roubo, comum ou agravado pelo resultado. A maior ou menor gravidade do excesso previsível deverá refletir-se apenas na fixação da pena.

<sup>64</sup> STJ, AgRg no HC 367.173, j. 16/03/2017; STJ, HC 201.175, j. 23/04/2013.

<sup>65</sup> Pela punição do agente moderado por roubo com o aumento de pena do art. 29, § 2º, segunda parte: (Soares, 2015, p. 60) (cf. adiantado no item 5.1.3); Rebouças, 2023, p. 583). Também Jesus (1985, p. 92) propôs inicialmente a aplicação do art. 29, § 2º, segunda parte, aos crimes de roubo agravados por morte dolosa, mas sua argumentação em obra posterior (Jesus, 1986, p. 549) claramente padecia da má compreensão dessa segunda parte do dispositivo, que tentamos superar no item 4.2. No manual, o autor (Jesus, 2014, p. 473) passou a aceitar a aplicação indistinta do art. 29, § 2º, segunda parte, a todos os crimes agravados pelo resultado.

## 6 Considerações finais

As críticas ao art. 29, § 2º são em larga medida justificadas. Contudo, cremos ser possível interpretá-lo de forma aceitável, reconhecendo nele a simples proclamação de um caso particular de uma regra geral (qual seja, a da necessidade de que o tipo de delito ou o tipo de participação sejam objetivamente e subjetivamente realizados para a imputação do crime) e uma causa de aumento de pena de incidência bastante limitada, e que serve como alerta contra a invocação da mera previsibilidade como refutação da alegação de que a cooperação tenha sido dolosamente distinta. O atrito entre a segunda parte do art. 29, § 2º, segunda parte, e a disciplina própria dos crimes agravados pelo resultado pode ser resolvido, cremos nós, pelas regras esboçadas acima.

Se as soluções convencem, é o leitor que deve dizê-lo. Estamos convictos, de toda forma, de que a distinção (materialmente fundamentada!) proposta entre grupos de casos ao longo do item 5.1 não deve chocar ao público brasileiro, que a ela foi acostumada ao longo de vinte anos pelo trabalho incansável do homenageado – seja em escritos próprios, seja em inestimáveis traduções. A ele manifestamos nossa mais sincera admiração e dele esperamos avidamente muitas outras contribuições para o direito!

## 7 Referências

- ANDERSON, L. *Direito penal*, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. v. 1.
- ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Akal, 1986.
- BATISTA, N. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.
- BATISTA, N. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BATTAGLINI, G. *Direito penal*. Tradução P. J. da Costa Júnior; A. B. Miotto; A. P. Grinover. São Paulo: Saraiva, 1973. 2. v.
- BETTIOL, G. *Direito penal*. Tradução P. J. da Costa Júnior; A. S. Franco. São Paulo: RT, 1971. v. 2.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 2.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 1.
- BRASIL. *Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Exposição de motivos nº. 211, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRUNO, A. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.
- BRUNO, A. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1967. t. 3.
- BUSATO, P. C. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- CAMARGO, B. C. *Comentários ao art. 29 do Código Penal*. In: ANDERSON, L. (coord.). *Código penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- CARRARA, F. *Programa de derecho criminal*, Tradução José J. Ortega Torres; Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1996. v. 1.
- CARRARA, F. *Programa de derecho criminal*, Tradução José J. Ortega Torres; Jorge Guerrero. 2. ed. Bogotá: Temis, 1967. v. 3.

- COSTA E SILVA, A. J. da. *Código penal*, 2. ed. São Paulo: Contasa, 1967. v. 1.
- CUNHA, J. M. D. da. Tentativa e participação nos crimes preterintencionais. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, n. 4, p. 561-584, 1992.
- DELMANTO, C.; DELMANTO, R.; DELMANTO JUNIOR, R.; DELMANTO, F. M. de A. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- DIAS, J. de F. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.
- EISELE, A. *Direito penal: teoria do delito*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- FIERRO, G. J. *Teoría de la participación criminal*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. I.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal parte especial: arts. 121 a 212 do CP*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANCO, A. S. Comentários ao art. 29. In: FRANCO, A. S.; STOCO, R. *Código penal e sua interpretação*. São Paulo: RT, 2007.
- GALVÃO, F. *Direito penal: parte geral*. 16. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.
- GARCIA, B. *Instituições de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982. v. 1. 2 t.
- GRECO, L. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal). In: LEITE, A. (org.). *Reforma penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (PLS 236/2012)*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 102-121. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/452/7324>. Acesso em: 6 fev. 2024.
- GRECO, L.; LEITE, A. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador: Autoria e participação no projeto de código penal (PLS 236/2012). In: GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A.; ASSIS, A. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 169-201.
- GRECO, L.; TEIXEIRA, A. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, L.; LEITE, A.; TEIXEIRA, A.; ASSIS, A. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.
- GRECO, R. *Curso de direito penal*. 25. ed. [S. l.]: Grupo GEN, 2023. v. 1.
- HEATH, T. L. Introdução e notas a EUCLID. *The thirteen books of the Elements*. New York: Dover, 1956. v. 1.
- HILGENDORF, E.; VALERIUS, B. *Direito penal: parte geral*. Tradução Orlandino Gleizer. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. t. 2.
- JESCHECK; H.-H.; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- JESUS, D. E. de. *Comentários ao código penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- JESUS, D. E. de. *Da co-delinquência em face do novo código penal*. São Paulo: RT, 1976.

- JESUS, D. E. de. Debates posteriores à exposição de José Roberto Baraúna sobre o concurso de agentes. In: JESUS, D. E. de (coord.). *Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 91-93.
- JESUS, D. E. de. *Direito penal*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
- JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. *Manual de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- LATAGLIATA, A. R. *El concurso de personas en el delito*. Tradução Carlos A. Tozzini. Buenos Aires: Depalma, 1967.
- LEIRIA, A. J. F. *Autoria e participação criminal*. São Paulo: Davidip, 1974.
- LUNA, E. da C. Os crimes qualificados pelo resultado. In: LUNA, E. da C. *Ciência penal 3*. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p. 285-314.
- MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.
- MARTINELLI, J. P. O.; BEM, L. S. de. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.
- MAURACH, R. *Tratado de derecho penal*. Tradução J. Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 2.
- MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H. *Derecho penal: parte general*. Tradução J. Bofill Genzsch e. Aimone Gibsonda 7. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. t. 2.
- MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.
- NORONHA, E. M. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 1.
- NOVOA MONREAL, E. *Curso de derecho penal chileno*. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2021. t. 2.
- NUCCI, G. de S. *Curso de direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. v. 1.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; HUERTA TOCILDO, S. *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*. 2. ed. Madrid: Rafael Castellanos, 1986.
- PEÑARANDA RAMOS, E. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. Madrid: Civitas, 1991.
- PIERANGELI, J. H. O concurso de pessoas e o novo código penal. In: PIERANGELI, J. H. *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 48-99.
- QUANDT, G. de O. Uma breve comparação entre o PLS 236/2012 e o projeto substitutivo: aplicação da lei penal e teoria do delito. In: LEITE, A. (org.). *Reforma penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (PLS 236/2012)*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 187-218.
- QUANDT, G. de O. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 106, p. 297-326, jan./fev. 2014.
- REALE JÚNIOR, M. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.
- REBOUÇAS, S. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Comentários ao 14. In: CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al código penal*. Barcelona: Ariel, 1972. t. 1.
- ROXIN, C. A teoria da imputação objetiva. Tradução L. Greco. In: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. Tradução D. M. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo e J. de Vicente Remesal. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2014. t. 2.
- SANTOS, J. C. dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- SCHIRMER, G. *Concurso de pessoas: imputação e vínculo subjetivo na coautoria*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.
- SOARES, R. S. Os crimes preterdolosos e a cooperação dolosamente distinta no código penal brasileiro. *Liberdades*, n. 20, p. 50-65, set./dez. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/462/7430>. Acesso em: 6 fev. 2024.
- STRATENWERTH, G. *Derecho penal, parte general I: el hecho punible*. Tradução M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- TAVARES, J. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- VARGAS, B. R. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- VEGA, D. M. *El exceso en la participación criminal: alcance de la responsabilidad en la intervención criminal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- WESSELS, J.; BEULKE, W.; SATZGER, H. *Derecho penal, parte general: el delito y su estructura*. Tradução R. Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- ZAFFARONI, E. R. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1982. v. 4.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1.
- ZIELINKSI, D. *Dolo e imprudencia: comentario a los §§ 15 e 16 del código penal alemán*. Tradução M. A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

# Noções sobre infiltração online no processo penal brasileiro: uma análise a partir do estudo de Luís Greco

## *Notions about online infiltration in the Brazilian criminal procedure: an analysis from the study of Luís Greco*

Artigo recebido em 10/03/2024 e aprovado em 12/04/2024.

### Wellington José Campos

Mestre em direito das relações econômicas e sociais, Faculdades Milton Campos.  
Professor no Instituto Mineiro de Direito.

#### Resumo

Este estudo visa explorar as complexidades da infiltração online dentro do processo penal brasileiro, abordando suas implicações éticas e legais por meio da perspectiva do estudo de Luís Greco sobre a experiência alemã. O objetivo é avaliar a necessidade de um marco regulatório que concilie a eficácia investigativa com a salvaguarda dos direitos fundamentais no contexto da digitalização crescente. A metodologia utilizada é a dedutiva, por meio da revisão bibliográfica, com uma abordagem comparativa. O artigo analisa como a legislação alemã, especialmente o § 100b StPO, regula a infiltração online, enfatizando critérios rigorosos e medidas protetivas para garantir a justiça e a proporcionalidade das operações de investigação. A pesquisa baseia-se na análise teórica e na revisão da legislação pertinente, buscando adaptar as lições aprendidas com a experiência alemã ao cenário brasileiro. Destaca-se a importância de um marco legal específico que permita a infiltração online de forma ética e fundamentada, respeitando os direitos individuais enquanto enfrenta os desafios impostos pelo ciberespaço. O artigo conclui enfatizando a contribuição de Greco para o diálogo sobre infiltração online no Brasil, sugerindo que a abordagem legislativa da Alemanha pode oferecer diretrizes valiosas para a criação de uma legislação brasileira que equilibre a segurança e as liberdades civis. Propõe-se uma reflexão sobre as implicações da infiltração online, reiterando a necessidade de um debate aprofundado e do desenvolvimento de normas claras para a prática investigativa no ambiente digital, respeitando princípios éticos e constitucionais.

**Palavras-chaves:** Alemanha; Brasil; infiltração online; legislação; marco regulatório; processo penal.

#### Abstract

*This study aims to explore the complexities of online infiltration within the Brazilian criminal process, addressing its ethical and legal implications through the perspective of Luís Greco's study of the German experience. The objective is to assess the need for a regulatory framework that reconciles investigative effectiveness with the safeguarding of fundamental rights in the context of increasing digitalization. The methodology used is deductive, through bibliographical review, with a comparative approach, the article analyzes how German legislation, especially § 100b StPO, regulates online infiltration, emphasizing strict criteria and protective measures to guarantee justice and proportionality of investigative operations. The research is based on theoretical analysis and a review of relevant legislation, seeking to adapt the lessons learned from the German experience to the Brazilian scenario. The importance of a specific legal framework that allows online infiltration in an ethical and well-founded manner is highlighted, respecting individual rights while facing the challenges posed by cyberspace. The article concludes by emphasizing Greco's contribution to the dialogue on online infiltration in Brazil, suggesting that Germany's legislative approach can offer valuable guidelines for creating Brazilian legislation that balances security and civil liberties. A reflection is proposed on the implications of online infiltration, reiterating the need for an in-depth debate and the development of clear standards for investigative practice in the digital environment, respecting ethical and constitutional principles.*

**Keywords:** Germany; Brazil; online infiltration; legislation; regulation mark; criminal procedure.

## 1 Introdução

O advento da internet e das novas tecnologias digitais trouxe desafios inéditos para a investigação criminal. Crimes que antes eram praticados no mundo físico passaram a ser praticados também no mundo virtual, o que exigiu o desenvolvimento de novas ferramentas e técnicas de investigação.

A infiltração online é uma dessas técnicas. Ela consiste na participação de agentes públicos em grupos ou fóruns virtuais, com o objetivo de coletar informações sobre a prática de crimes. Essa técnica pode ser utilizada para investigar uma ampla gama de crimes, incluindo tráfico de drogas, pornografia infantil, crimes financeiros e ciberterrorismo.

No Brasil, a infiltração online é regulamentada pela Lei 12.850/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por agentes de polícia judiciária. No entanto, a legislação brasileira ainda é incipiente, o que abre espaço para debates sobre suas implicações éticas e legais.

A evolução das tecnologias de investigação no Brasil tem sido acompanhada de uma crescente preocupação com as implicações éticas e legais dessas novas ferramentas. No contexto da infiltração online, a atenção se concentra em dois principais aspectos: a privacidade das pessoas e os seus direitos individuais, bem como os limites éticos e constitucionais da atuação dos agentes públicos.

No que diz respeito à privacidade e aos direitos individuais, a infiltração online pode representar uma violação da privacidade dos usuários da internet. Os agentes públicos que participam de grupos ou fóruns virtuais podem coletar informações pessoais dos usuários, como nomes, endereços de *e-mail*, números de telefone e até mesmo imagens ou vídeos. Essas informações podem ser utilizadas para fins investigativos, mas, também, podem ser utilizadas para fins ilícitos, como chantagem ou extorsão, o que nos impõe uma transformação e evolução nos meios investigativos, como apontado por Castells (2001), “a era digital redefiniu não apenas as interações sociais, mas, também, impôs novos desafios ao direito penal, exigindo adaptações significativas nas abordagens de investigação criminal”.

Quanto aos limites éticos e constitucionais da atuação dos agentes públicos, a infiltração online pode representar um conflito entre a necessidade de investigar crimes e o direito à liberdade de expressão. Os agentes públicos que participam de grupos ou fóruns virtuais podem passar-se por pessoas que não são, o que pode ser considerado uma violação da liberdade de expressão. Além disso, os agentes públicos podem induzir os usuários a cometer crimes, o que também pode ser considerado uma violação da liberdade de expressão.

Em uma era caracterizada por avanços tecnológicos rápidos e uma crescente digitalização da sociedade, o direito penal enfrenta desafios sem precedentes. A expansão do ciberespaço abriu novos horizontes para a atividade criminosa, trazendo consigo a necessidade de métodos investigativos adaptados a esse novo ambiente.

Este artigo propõe-se a explorar as nuances da infiltração online no processo penal brasileiro, oferecendo uma análise detalhada e fundamentada no estudo de Luís Greco, intitulado “A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã e inteligência artificial”. Essa obra pioneira fornece uma base comparativa e teórica essencial para entender as implicações dessa prática no contexto brasileiro, como técnica de investigação, tem-se mostrado uma ferramenta indispensável ao combate a uma variedade de crimes, particularmente aqueles perpetrados no ambiente digital.

A metodologia adotada neste estudo se caracteriza por sua abordagem dedutiva e comparativa, fundamentando-se principalmente na revisão bibliográfica detalhada de textos legais, doutrinários e acadêmicos relevantes, com especial atenção ao trabalho de Luís Greco e à legislação alemã concernente à infiltração online, em particular o § 100b StPO. A pesquisa inicia-se com a formulação de hipóteses baseadas em premissas teóricas existentes sobre a infiltração online e suas implicações no processo penal, tanto no Brasil quanto na Alemanha. Seguindo uma lógica dedutiva, parte-se de teorias gerais para a análise de situações específicas, examinando como a legislação e as práticas alemãs podem ser adaptadas ao contexto brasileiro, considerando as particularidades jurídicas e sociais do país.

A investigação enfoca a comparação entre os sistemas jurídicos, buscando identificar os critérios adotados pela Alemanha para a regulamentação da infiltração online, como a exigência de rigorosos controles judiciais e

a implementação de salvaguardas para proteger os direitos dos indivíduos envolvidos. Por meio desse exame comparativo, o estudo propõe uma reflexão sobre as potenciais diretrizes para a elaboração de um marco regulatório no Brasil que contemple a eficácia necessária às investigações cibernéticas, sem prejuízo aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Dessa forma, a pesquisa transcende a simples análise legal, engajando-se em um diálogo profundo com as questões éticas e constitucionais que circundam a prática da infiltração online, propondo um equilíbrio entre a segurança pública e a preservação das liberdades individuais no ambiente digital.

No Brasil, a aplicação dessa técnica tem-se tornado cada vez mais relevante, especialmente em investigações relacionadas a crimes cibernéticos, tráfico de drogas, atividades terroristas e exploração infantil, crimes que, muitas vezes caracterizados pela sua natureza transnacional e pelo anonimato proporcionado pela internet, exigem dos investigadores uma abordagem que vai além dos métodos convencionais. Dessa forma, a infiltração online permite às autoridades adentrar nas camadas mais profundas e obscuras da internet, viabilizando o acesso a informações e a coleta de evidências que, de outra forma, permaneceriam inacessíveis.

A evolução e a ampla adoção da internet e das tecnologias associadas têm transformado significativamente o panorama do direito processual penal. Por um lado, essa transformação digital tem facilitado novas formas de criminalidade, originando crimes que são exclusivamente cometidos no ambiente virtual, além de ampliar as possibilidades para a realização de atos criminosos tradicionais por meio de ferramentas digitais. Por outro lado, observa-se um interesse cada vez maior por parte das autoridades em explorar essas mesmas tecnologias digitais para aprimorar as estratégias de prevenção e combate ao crime. É nesse cenário que reflete uma dualidade na qual a tecnologia, ao mesmo tempo em que se apresenta como um vetor para novas modalidades de crime, também emerge como um recurso valioso nas mãos do Estado para efetivar a justiça e a segurança pública.

No entanto, o uso da infiltração online não está isento de desafios, questões de privacidade e direitos individuais surgem como pontos críticos nessa discussão, bem como a prática levanta inúmeros questionamentos sobre até que ponto é possível equilibrar a necessidade de eficácia da investigação criminal com o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Esse equilíbrio delicado entre eficácia investigativa e respeito aos direitos humanos torna-se ainda mais complexo quando consideramos o papel emergente da inteligência artificial nas técnicas de infiltração online.

Nesse contexto, o estudo de Luís Greco configura-se especialmente relevante ao examinar a experiência alemã. Esse doutrinador não apenas descreve como a infiltração online é regulamentada e aplicada em um contexto jurídico diferente, mas, também, aborda a integração da inteligência artificial nessas operações, possibilitando uma perspectiva valiosa, que auxilia na compreensão das potencialidades e limitações da infiltração online, além de fornecer *insights* importantes sobre como essa prática pode ser implementada de maneira responsável e ética.

O presente artigo tem como objetivo não apenas elucidar os aspectos técnicos e legais da infiltração online no Brasil, mas, também, promover uma reflexão crítica sobre as implicações mais amplas dessa experiência no cenário da justiça penal, contribuindo para o debate jurídico e acadêmico, proporcionando uma análise que vai além dos contornos puramente legais, debruçando-se sobre as ramificações éticas, sociais e tecnológicas dessa prática na era digital.

## 2 Experiência alemã em infiltração online: um estudo de caso

A Alemanha se destaca como um país pioneiro na regulação da infiltração online com a promulgação da Lei de Combate ao Terrorismo (*Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus* ou GBL), em 2006, estabelecendo um marco legal significativo na segurança cibernética. Essa legislação autoriza e regula minuciosamente o uso da infiltração online para investigar atividades terroristas e outras formas graves de criminalidade, evidenciando o compromisso alemão em adaptar as estratégias de segurança nacional ao ambiente digital e seus desafios únicos.

De acordo com a legislação alemã, a autorização da infiltração online está sujeita a critérios rigorosos para assegurar que essa medida intrusiva seja aplicada de maneira justa e proporcional. Isso inclui a necessidade de haver indícios substanciais de atividades criminosas sérias, garantindo que tais operações sejam reservadas para circunstâncias excepcionais. Além disso, é imperativo que outras abordagens investigativas tenham sido consideradas inadequadas ou ineficazes, ressaltando a natureza intrusiva dessa técnica como último recurso.

Inicialmente, tentativas de aplicar essa técnica investigativa foram baseadas em interpretações extensivas ou análogas de três disposições legais do sistema jurídico alemão: a legislação referente à apreensão de objetos para investigação (§ 94 do Código de Processo Penal Alemão – *Strafprozessordnung*, StPO), as regras sobre buscas domiciliares (§ 102 StPO) e a legislação que regula o monitoramento de comunicações (§ 100a StPO).

O *Bundesgerichtshof*, equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil, confrontou essas questões pela primeira vez em 2007, concluindo que não existia base legal para a invasão de sistemas computacionais e que analogias com outras normas também não eram aplicáveis. Essencialmente, determinou-se que acessar dados armazenados em computadores representava uma grave violação ao direito fundamental à autodeterminação informacional, um princípio já reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, desde 1983, derivado do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, conforme estipulado na Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz* – GG).

As disposições legais sobre buscas domiciliares, que tradicionalmente contemplam intervenções físicas e não virtuais, foram consideradas inaplicáveis, pois baseiam-se no princípio da publicidade, que obriga a notificação e a permissão do investigado para acompanhar a busca em sua residência. Da mesma forma, as leis que autorizam intervenções ocultas ou o monitoramento de comunicações foram julgadas insuficientes para cobrir a amplitude das operações de infiltração online, que visam à coleta abrangente de dados armazenados em dispositivos eletrônicos, indo além da mera interceptação de comunicações.

Nesse cenário, o tribunal expressou a necessidade de uma legislação específica que autorizasse expressamente a infiltração online, atendendo a rigorosos critérios de intervenção nos direitos fundamentais. Essa demanda por uma base legal específica levou ao desenvolvimento posterior na legislação alemã. Paralelamente à decisão do BGH, o Estado alemão da Renânia do Norte-Vestfália introduziu, em sua Lei de Proteção à Constituição de 2006, uma disposição que autorizaria tal medida, embora focada no contexto de inteligência estatal e não no processo penal. Essa abordagem distinta entre a persecução penal e a coleta de inteligência reflete o princípio da separação entre as atividades de investigação criminal e as operações de inteligência, uma salvaguarda essencial contra abusos estatais.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao revisar essa legislação em 2008, estabeleceu um novo direito fundamental, garantindo a confiabilidade e integridade dos sistemas informáticos, derivado do direito geral à personalidade. Isso levou à criação de uma norma autorizativa específica para a infiltração online na Lei Federal de Polícia Criminal (*Gesetz über das Bundeskriminalamt*, BKA-Gesetz) em 2008, posteriormente examinada e considerada parcialmente constitucional pelo Tribunal em 2016.

Em 2017, foi introduzida uma norma específica no Código de Processo Penal Alemão (§ 100b StPO), permitindo a infiltração online como medida de investigação no processo penal, cuja constitucionalidade está atualmente sob nova avaliação pelo Tribunal Constitucional Federal. Esse desenvolvimento legislativo reflete o cuidadoso equilíbrio que o direito alemão procura manter entre a eficácia das investigações criminais e a proteção dos direitos fundamentais, enfatizando a necessidade de uma base legal clara e específica para intervenções tão invasivas quanto à infiltração online.

A operação também deve ser direcionada para proteger a vida ou a integridade física dos cidadãos, sublinhando a priorização da segurança e do bem-estar dos indivíduos. Finalmente, deve haver uma análise cuidadosa da proporcionalidade e relevância da infiltração no contexto específico, garantindo sua diretiva pertinente à investigação.

A supervisão do Poder Judiciário sobre a infiltração online na Alemanha assegura a adesão aos princípios do Estado de direito, estabelecendo um pilar para a conformidade legal das operações. Os agentes responsáveis pela execução dessas operações estão submetidos a restrições significativas, visando prevenir abusos e proteger os direitos fundamentais.

Essas restrições englobam a proibição de criar identidades falsas, visando manter a transparência; a vedação à indução de atividades criminosas, reforçando o princípio de que o Estado não deve facilitar ou promover a criminalidade; e a exigência de manter registros detalhados das atividades, possibilitando revisões e auditorias para garantir a integridade das operações.

Dessa forma, podemos afirmar que a experiência da Alemanha com a infiltração online oferece um exemplo valioso para outras nações que buscam navegar sobre o equilíbrio entre eficácia na prevenção do crime online e a proteção dos direitos individuais. Sua legislação é louvada por sua estabilidade, permitindo investigações eficazes enquanto institui salvaguardas robustas contra excessos e abusos. Isso sublinha a necessidade de uma abordagem legislativa cuidadosamente ponderada e estruturada para enfrentar os desafios impostos pelo ciberespaço, enfatizando a importância de conciliar segurança, privacidade e direitos humanos na era digital.

A discussão em torno da infiltração online pelo Estado alemão, iniciada por volta de 2006, revela um panorama complexo de desafios éticos, legais e tecnológicos enfrentados no combate à criminalidade na era digital. A jurisprudência alemã, em especial a decisão do *Bundesgerichtshof* (BGH), de 2007, marcou um ponto de inflexão ao enfatizar a ausência de uma base legal clara para a invasão de dispositivos informáticos, destacando a necessidade de proteger o direito fundamental à autodeterminação informacional.

Essa preocupação com a privacidade digital não se limitava apenas à busca por uma autorização legal para tais intervenções, mas, também, ao reconhecimento do impacto profundo que a vigilância estatal pode exercer sobre a liberdade individual. O BGH, ao rejeitar as tentativas de justificar a infiltração online com base em leis existentes, não apenas destacou a insuficiência dessas normas para abordar a complexidade das questões envolvidas, mas, também, sublinhou a importância da transparência, da proporcionalidade e da proteção dos direitos individuais em operações de vigilância.

A subsequente decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG), que estabeleceu o direito à garantia da confiabilidade e integridade dos sistemas informáticos, reflete uma profunda compreensão dos desafios únicos impostos pela era digital ao direito à privacidade e à liberdade individual. Ao criar um novo direito fundamental, derivado do direito geral de personalidade, o BVerfG não apenas forneceu uma base jurídica para regulamentar a infiltração online, mas, também, estabeleceu um precedente importante para a proteção dos indivíduos contra intervenções estatais em seus sistemas informáticos.

Essa evolução jurídica na Alemanha ilustra um esforço significativo para equilibrar a necessidade de segurança e a eficácia na investigação de crimes com os direitos fundamentais dos indivíduos. A implementação de salvaguardas legais e procedimentais, como a exigência de uma autorização judicial e a proteção do núcleo da esfera privada, demonstra um compromisso em manter essa balança equilibrada.

A influência dessa jurisprudência estende-se além das fronteiras alemãs, servindo como um modelo para outros países que buscam atualizar suas leis e práticas de vigilância para enfrentar os desafios da criminalidade digital. Ao mesmo tempo, a decisão do BVerfG sobre a infiltração online abre caminho para debates mais amplos sobre a intersecção entre tecnologia, direito e ética, especialmente no que diz respeito ao uso de inteligência artificial e outras tecnologias emergentes na aplicação da lei.

Enquanto aguardamos novas decisões e desenvolvimentos legislativos, tanto na Alemanha quanto em outros países, o debate sobre a infiltração online e a vigilância estatal continua evoluindo. Questões sobre como garantir a segurança pública sem comprometer os direitos fundamentais, como adaptar as leis às tecnologias em rápida mudança e como proteger a privacidade em um mundo cada vez mais conectado permanecem no centro das discussões.

Ao proporcionar um quadro legislativo que regula meticulosamente a prática da infiltração online, a Alemanha não apenas facilita as investigações em um domínio complexo como o ciberespaço, mas, também, reafirma seu compromisso com a preservação dos direitos fundamentais e a privacidade, oferecendo um caminho a seguir para países em busca de atualizar suas políticas de segurança e práticas investigativas para refletir as realidades da sociedade digital moderna.

### 3 Implicações éticas da infiltração online

As implicações éticas da infiltração online são complexas e controversas. Por um lado, a infiltração online pode ser uma ferramenta eficaz para investigar crimes graves, que ameaçam a segurança pública. Por outro lado, a infiltração online pode representar uma violação da privacidade e dos direitos individuais dos usuários da internet.

A respeito das implicações éticas da infiltração online, Luís Greco (2022, p. 25) afirma que:

A infiltração online é uma técnica de investigação que apresenta um elevado potencial de violação dos direitos fundamentais, em especial da privacidade e da liberdade de expressão. Por isso, deve ser utilizada com cautela e apenas em situações excepcionais, quando não houver outras alternativas para a obtenção de informações relevantes para a investigação.

A atuação dos agentes públicos no contexto da infiltração online é um campo delicado que requer uma observância rigorosa de limites éticos e constitucionais, estabelecidos para proteger os direitos individuais dos usuários da internet e assegurar a legalidade e a moralidade das operações conduzidas pelo Estado. Essa prática, embora necessária no combate a crimes virtuais, deve ser circundada por um quadro de salvaguardas que garantam o respeito aos princípios fundamentais de privacidade e direitos humanos.

Um dos pilares fundamentais dessa regulamentação é a necessidade de autorização judicial prévia para a realização de qualquer operação de infiltração online. Essa autorização deve ser embasada em justificativas concretas e aderentes aos requisitos legais, garantindo que a medida seja empregada de maneira proporcional e adequada à gravidade do crime investigado. A lei estipula que essa ferramenta investigativa não deve ser utilizada em circunstâncias leves ou para a coleta de informações irrelevantes para o caso em questão, respeitando o princípio da proporcionalidade em todas as instâncias.

Adicionalmente, enfrenta-se no Brasil desafios significativos na implementação da infiltração online, principalmente pela necessidade de atualização da legislação vigente. A Lei 12.850/2013, que trata das organizações criminosas e estabelece procedimentos para a obtenção de provas, é considerada por muitos como insuficiente para abordar a complexidade e as especificidades da infiltração online. Do mesmo modo, o papel do Poder Judiciário na supervisão e regulação dessa prática requer clarificações, para assegurar uma fiscalização efetiva que proteja os direitos dos cidadãos, que paralelamente, a influência crescente da inteligência artificial (IA) na infiltração online apresenta um potencial transformador, oferecendo eficiência e eficácia aprimoradas na identificação de atividades suspeitas e na coleta de dados relevantes.

Conforme elucida, no caso brasileiro, Luís Greco (2019)

Seria necessário apenas esclarecer a razão específica pela qual ela precisa ser expressamente prevista, concretamente: em qual dos direitos previstos no art. 5º da CF ela intervém? Trata-se de intervenção no âmbito de proteção do art. 5º, X, que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada ... das pessoas”, ou do art. 5º, XII, que também qualifica de “inviolável o sigilo de dados”? Ou há necessidade de recorrer a um novo direito fundamental não-escrito relativo à confiabilidade e integridade dos sistemas informáticos? Tendemos para essa última posição (Greco; Gleizer, 2019, p. 1.497).

No entanto, essa mesma tecnologia traz consigo desafios consideráveis, especialmente a necessidade de manter um controle humano efetivo sobre as operações automatizadas, para prevenir violações de privacidade e assegurar a aderência aos direitos individuais, bem como recomenda-se uma série de medidas para aprimorar a prática da infiltração online no Brasil.

Primeiramente, é imperativo que a legislação seja revisada e atualizada, para definir claramente os limites, requisitos e procedimentos para a realização dessa atividade. Além disso, o Poder Judiciário deve assumir um papel ativo na supervisão dessas operações, garantindo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. A regulamentação do uso da IA em contextos de infiltração online também se faz necessária, estabelecendo diretrizes que garantam o equilíbrio entre eficácia investigativa e respeito aos direitos humanos.

Assim sendo, enquanto a infiltração online mostrar-se uma ferramenta valiosa para o combate à criminalidade no ambiente digital, sua concretização requererá uma abordagem cautelosa e responsável. A criação de um marco regulatório robusto, que contemple tanto as inovações tecnológicas quanto os imperativos éticos e legais, é essencial para promover a segurança pública sem comprometer os direitos e liberdades individuais, visto que

[...] Se quisermos dotar as nossas instâncias persecutórias de uma faculdade de intervir nesse direito, precisaremos, assim, de lei específica que a fundamente (e não apenas a regule). Enquanto inexistir essa lei, o acesso ao conteúdo de sistemas informáticos terá de ocorrer através das medidas da busca e da apreensão do dispositivo físico em que esse conteúdo se encontra armazenado (Greco; Gleizer, 2019, p. 1.498).

## 4 O processo penal alemão e a infiltração online

A introdução do § 100b no Código de Processo Penal alemão (StPO) em julho de 2017 marca um avanço significativo nas metodologias de investigação penal na Alemanha, refletindo uma adaptação legislativa às complexidades emergentes trazidas pela era digital. Esse capítulo do código, projetado para regular a infiltração online por autoridades investigativas, baseia-se nas premissas estabelecidas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG), delineando um conjunto rigoroso de critérios e salvaguardas que buscam equilibrar a eficácia da investigação criminal com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

A legitimação da infiltração online como técnica investigativa é criteriosamente circunscrita pelo legislador alemão, exigindo a presença de uma suspeita bem fundamentada na legislação alemã que reconhece diferentes níveis de suspeita (suspeita inicial, suspeita forte e suspeita suficiente), cada uma correspondendo a uma fase específica do processo investigativo. A infiltração online, por sua natureza invasiva, demanda uma justificativa baseada em uma suspeita que excede a mera iniciação de uma investigação, necessitando de indícios substanciais que apontem para a probabilidade significativa de que um crime tenha sido cometido, sendo que essa suspeita não deve ser fruto de conjecturas ou generalizações, mas, sim, de evidências concretas e particularizadas relacionadas ao caso em questão.

A aplicação dessa medida é restrita a um catálogo predefinido de crimes considerados especialmente graves, refletindo a intenção do legislador de reservar a infiltração online para casos de extrema importância. Esse catálogo, estipulado pelo Tribunal Constitucional, inclui crimes que ameaçam bens jurídicos de suma importância, tais como a vida, a liberdade física, a segurança do Estado. Da mesma forma, a inclusão de um delito na referida relação não apenas sinaliza sua gravidade abstrata, mas, também, impõe ao Judiciário a tarefa de avaliar sua gravidade concreta no contexto específico da investigação.

A normativa alemã estabelece a infiltração online como um recurso subsidiário, o qual só pode ser empregado quando outros métodos investigativos forem considerados inviáveis ou significativamente menos eficazes. Esse princípio da subsidiariedade é uma manifestação direta do respeito ao direito à privacidade e à integridade informacional dos indivíduos, garantindo que a medida invasiva seja vista como último recurso.

A proporcionalidade da medida, avaliada tanto pelo legislador quanto pelo aplicador da lei, exige uma minuciosa análise de sua justificação e eficácia em relação ao impacto sobre os direitos dos indivíduos envolvidos. Aspectos como a quantidade de informações não relacionadas ao caso que podem ser inadvertidamente coletadas e a temporalidade entre o ato investigado e a aplicação da medida são cruciais nessa avaliação.

## 5 Impacto sobre terceiros

Um aspecto notável da legislação é a consideração dos efeitos da infiltração online sobre terceiros não relacionados à investigação, reconhecendo que sistemas informáticos modernos frequentemente contêm dados sobre múltiplos usuários, a lei permite, em certas condições, a infiltração de dispositivos pertencentes a terceiros, desde que haja uma conexão direta com o investigado. Essa previsão legal busca abordar a realidade de que criminosos podem utilizar dispositivos de terceiros para ocultar suas atividades, ao mesmo tempo que estabelece salvaguardas para minimizar a intrusão em vidas de indivíduos inocentes, conforme enfatizam Greco e Gleizer (2019): “A utilização da infiltração online deve ser ponderada com cuidado, levando em consideração a gravidade do crime, a efetividade da medida e o impacto sobre os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos”.

No arcabouço legal alemão, a inclusão do § 100b no Código de Processo Penal não apenas codificou os pressupostos para a utilização da infiltração online nas investigações penais, mas, também, estabeleceu um conjunto robusto de salvaguardas destinadas a proteger os direitos dos indivíduos durante a execução de tais medidas, o que desenvolve e reflete um esforço legislativo cuidadoso para equilibrar as necessidades investigativas do Estado com os direitos fundamentais dos cidadãos à privacidade e à proteção de dados.

A infiltração online é uma ferramenta poderosa que pode ser utilizada para combater crimes graves, mas sua aplicação deve ser cuidadosamente regulamentada para evitar abusos e garantir a proteção dos direitos fundamentais (BVerfG, 2017).

Para mitigar os riscos inerentes à infiltração online, o legislador impôs exigências rigorosas para a execução da medida, enfatizando a minimização da intrusão e a prevenção do acesso desautorizado a dados por terceiros. Essas precauções técnicas exigem que as ferramentas utilizadas na infiltração sejam projetadas para reverter automaticamente qualquer alteração feita no sistema do investigado após a conclusão da medida. Além disso, medidas adicionais devem ser tomadas para garantir que dados coletados durante a operação sejam armazenados de maneira segura, inacessíveis a indivíduos não autorizados, sejam eles internos à força tarefa investigativa ou externos.

Assim sendo, a transparência e a responsabilidade garantem o registro metuculoso de informações pertinentes à operação. São mandatórios, incluindo, nesse rol, os detalhes sobre as ferramentas técnicas empregadas, os sistemas visados, alterações efetuadas que não sejam meramente transitórias e os dados especificamente acessados ou coletados. Esses registros não apenas possibilitam uma avaliação subsequente da proporcionalidade e da legalidade da medida, mas servem como um meio de atribuir responsabilidades pelos atos realizados durante a execução da infiltração.

O direito alemão estabelece explicitamente a inadmissibilidade da infiltração online em situações onde prevaleça a expectativa de que informações pertencentes ao núcleo da esfera privada do indivíduo sejam as únicas a serem obtidas. Essa disposição visa a proteção dos espaços mais íntimos e pessoais da vida do indivíduo, reconhecendo que tais esferas devem permanecer invioláveis, mesmo diante de investigações criminais. Ademais, há uma obrigatoriedade de que, sempre que tecnicamente possível, seja evitada a coleta de dados pertencentes a esse núcleo privado, e, na eventualidade de sua coleta inadvertida, que tais dados sejam prontamente eliminados ou submetidos a uma avaliação judicial quanto à sua admissibilidade como prova.

As disposições legais também contemplam a possibilidade de que terceiros sejam afetados pela medida de infiltração. Nesse contexto, a legislação estipula critérios específicos para quando sistemas de terceiros, que podem ser utilizados pelo investigado, tornam-se alvos legítimos da infiltração. Essa nuance legal reconhece as complexidades das redes sociais e de comunicação modernas, onde a distinção entre os dispositivos do investigado e de terceiros pode afigurar-se tênue, assim como a proteção estendida a terceiros visa minimizar o impacto da medida sobre indivíduos não relacionados à investigação, preservando assim o respeito aos direitos de todos os envolvidos.

No debate sobre os procedimentos de proteção de dados, o legislador alemão enfatiza a importância da gestão e da proteção de dados pessoais coletados durante a infiltração online, o que envolve a identificação precisa dos dados coletados, a notificação obrigatória ao indivíduo afetado sobre a medida executada e a eliminação imediata de dados que não sejam mais necessários para os fins da investigação ou para um subsequente controle judicial. Essas etapas asseguram que os dados pessoais sejam manuseados com o máximo cuidado e respeito pela privacidade individual, alinhando-se aos princípios de minimização de dados e responsabilidade.

Em primeiro lugar, a constitucionalidade da infiltração online é questionada em razão da amplitude do catálogo de fatos. Em sua decisão de 2008, o BVerfG estabeleceu que o emprego da infiltração online só seria justificável em razão de perigos concretos para bens jurídicos extremamente importantes, que seriam o corpo, a vida, a liberdade e outros bens importantes para a coletividade, cuja ameaça colocaria em risco as bases ou a subsistência do Estado de direito ou as bases da existência dos seres humanos. Do extenso catálogo de fatos constam, no entanto, crimes que, na visão dos reclamantes, não protegem tais bens jurídicos: entre outros, a falsificação de moeda, a lavagem de dinheiro, a corrupção e a receptação (Greco; Gleizer, 2019, p. 1.510).

Portanto, a incorporação do § 100b ao Código de Processo Penal alemão representa um marco na legislação penal, trazendo à tona um equilíbrio metuculoso entre as prerrogativas investigativas do Estado e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos na era digital, assim como as salvaguardas estabelecidas refletem um compromisso com a proteção da privacidade, a segurança dos dados e a integridade dos sistemas informáticos, delineando um modelo legal que poderia servir de referência para outras jurisdições enfrentando desafios semelhantes no âmbito da investigação penal online.

## 6 A infiltração online e as investigações no Brasil

A utilização de *softwares* maliciosos para fins de investigação está se convertendo em uma prática comum em várias partes do mundo, incluindo países como Estados Unidos, Espanha e Alemanha. No contexto brasileiro, apesar de relatos sobre o interesse das autoridades judiciais no uso de programas de espionagem, ainda não há informações concretas sobre sua efetiva utilização como ferramenta de investigação, isso porque

[...] A Constituição Federal brasileira de 1988 contém, no rol dos direitos fundamentais, ao menos três incisos relevantes em matéria de limites da vigilância do Estado brasileiro sobre as comunicações. O inciso IV do art. 5º protege a dimensão positiva das comunicações, porquanto garante a liberdade de expressão (“IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”). Os incisos X e XII do mesmo artigo, por sua vez, protegem a liberdade negativa sobre as comunicações, ou seja, a faculdade de mantê-las em sigilo ou de ao menos limitar seus destinatários, ao preceituarem o direito à privacidade (“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”) e o sigilo das comunicações (“XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) (Antonialli; Abreu, 2022, p. 15).

A implementação de *softwares* maliciosos, ou *malwares*, e outras estratégias de busca de provas online, concede a quem os opera uma vasta gama de funcionalidades, incluindo nesses a capacidade de acessar e transferir arquivos, senhas e outras informações armazenadas em sistemas de computadores para servidores remotos, desvinculados do dispositivo alvo. Além disso, esses programas podem ser utilizados para monitorar e coletar dados sobre as atividades online dos usuários, incluindo os horários de acesso, *sites* e *e-mails* visitados, endereços IP e os tipos de navegadores usados.

A infiltração online e as buscas por meio de *softwares* não se referem a um único tipo, mas sim a um conjunto de ferramentas que variam em função e designação, dependendo de suas características e objetivos. Entre eles, podemos citar os cavalos de troia, bombas lógicas (*logic bombs*), programas espíões (*spyware*), registradores de teclas (*keyloggers*) e de tela (*screenloggers*), kits de raiz oculta (*rootkits*), vermes (*worms*), vírus, ameaças mistas (*blended threats*) e robôs (*bots*). Cada um desses tipos de *malware* tem capacidades específicas, sendo projetados para infiltrar, danificar ou realizar espionagem em sistemas informáticos, sem o conhecimento ou consentimento do usuário.

Eduardo Bolsoni Riboli (2019) caracteriza os programas maliciosos como

[...] um conjunto de *softwares* concebidos especificamente para coletar dados de um dispositivo eletrônico ou sistema de computador sem a autorização ou o conhecimento do usuário sobre sua instalação e operação. Embora haja uma variedade de *softwares* espíões, cada um com suas funções particulares e, frequentemente, capazes de executar múltiplas tarefas, uma propriedade comum a todos é a habilidade de se ocultarem durante a instalação e o funcionamento, sendo que normalmente, esses programas são ativados por meio de outro *software* que possa parecer útil ou inócuo para o usuário, pelo menos nas fases iniciais de sua execução.

A infiltração online, engloba uma variedade de programas, cada um com funções e características específicas, conhecidos por denominações como cavalos de Tróia, bombas lógicas (*logic bombs*), programas espíões (*spyware*), registradores de teclas (*keyloggers*) e de tela (*screenloggers*), kits de raiz oculta (*rootkits*), vermes (*worms*), vírus, ameaças combinadas (*blended threats*) e robôs automatizados (*bots*). Conforme analisado por Eduardo Bolsoni Riboli, esses programas são projetados para extrair dados de dispositivos eletrônicos ou sistemas informáticos, sem a permissão ou conhecimento dos usuários, mantendo a instalação e operação dessas ferramentas ocultas. Inicialmente, eles podem ser ativados por outro *software* que aparente ser útil ou inofensivo.

Os programas têm a capacidade de serem instalados discretamente em dispositivos ou sistemas, sem alertar o usuário, afetando a funcionalidade do sistema invadido, algumas variantes de *malware*, como *keyloggers* e *screenloggers*, capturam todas as interações com o teclado, fornecendo ao operador informações sobre as atividades realizadas pelo usuário, outros podem ativar *webcams* e microfones para coletar dados visuais e sonoros do ambiente, enquanto há aqueles capazes de acessar informações de geolocalização em tempo real e monitorar comunicações, inclusive contornando protocolos de criptografia.

É fundamental destacar que esses dispositivos ocultos podem exigir a inserção física em um sistema para sua execução, no entanto, com a evolução tecnológica, a instalação desses programas maliciosos por meios digitais, sem contato físico direto com os dispositivos visados, tornou-se mais comum, utilizando-se, por exemplo, de *e-mails* contendo *links* fraudulentos ou outros métodos de infiltração mal-intencionados.

A adoção de programas mal-intencionados, conhecidos como *malwares*, nas investigações judiciais, ressalta-se pela eficácia notável que esses apresentam em um contexto onde a interação humana com sistemas informáticos torna-se cada vez mais intrínseca no cotidiano. A tendência é fortalecida pelo avanço tecnológico e pelo crescente emprego dos meios digitais em atividades ilícitas, diversos *malwares* e outros programas, em suas diversas formas – desde cavalos de troia e bombas lógicas até programas espões e registradores de atividade digital –, desbloqueiam um leque amplo de dados e informações que, de outra forma, permaneceriam inacessíveis pelos métodos convencionais de coleta de provas. Essas ferramentas conseguem contornar barreiras significativas, como criptografias e técnicas de anonimato online, permitindo o acesso a elementos cruciais para a investigação de crimes.

Antônio Magalhães Gomes Filho, em sua obra, delinea a utilização de *malware* no âmbito processual penal como uma metodologia investigativa emergente, definindo que tais técnicas, geralmente conduzidas por agentes externos ao Poder Judiciário, como a polícia ou o Ministério Público, caem sob a categoria de procedimentos extraprocessuais regulados pela legislação com o intuito de adquirir provas materiais. No domínio penal, a utilização dessas ferramentas tem como objetivo principal a obtenção de evidências concretas que possam confirmar ou refutar alegações sobre a perpetração de um delito penalmente relevante.

A natureza desses mecanismos de investigação de prova é predominantemente extraprocessual, com abordagens que visam descobrir elementos, dados e informações essenciais para confirmar ou negar a existência de um fato previamente estabelecido, cuja demonstração é pertinente ao processo. Muitas vezes, tais meios de obtenção de prova são singulares e, uma vez adquiridos, são prontamente integrados ao processo judicial, entretanto não é incomum que essas operações sejam executadas por autoridades responsáveis pela investigação inicial de crimes, como menciona Gomes Filho, sublinhando a autonomia investigativa atribuída a esses agentes.

Um aspecto distintivo desses métodos investigativos é a sua realização sem o conhecimento prévio do alvo, incorporando o elemento surpresa para evitar a destruição de evidências ou a continuação de condutas delituosas sob vigilância. Esse *modus operandi*, caracterizado pela ocultação e pela surpresa, é deliberado para prevenir a obstrução do processo investigativo, como observado por Paolo Tonini, que enfatiza a importância do contraditório ser postergado para um momento subsequente à coleta de provas, garantindo a eficácia da diligência.

No entanto,

[...] nada obstante os benefícios possíveis de advir do *malware* como um novo e poderoso meio de obtenção de prova, a sua operacionalização na seara processual penal enfrenta dúvidas e questionamentos. A primeira delas relaciona-se a uma característica inerente a essa própria técnica probatória, que é o fato de o acesso ao equipamento ou sistema informático ocorrer de modo oculto, sem o prévio conhecimento do seu utilizador (Ribeiro; Cordeiro, 2022, p. 1.470).

Apesar do potencial dos *malwares* em enriquecer o arsenal de ferramentas disponíveis para a obtenção de provas, sua operacionalização no campo processual penal acarreta uma série de dilemas e desafios. A inserção secreta desses programas em sistemas informáticos, permitindo acesso irrestrito a dados e informações do usuário, levanta preocupações sérias sobre privacidade e ética. A vasta gama de funcionalidades desses *softwares*, que vão desde o monitoramento de teclas digitadas até a vigilância de movimentos físicos do usuário, amplia o escopo da investigação mas, também, intensifica as questões relativas à invasão de privacidade.

Dessa forma vemos que,

A persecução penal pode levar a diversos perigos, como a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos, a propagação de informações falsas e a intensificação da cultura do ódio online. Além disso, a persecução pode dificultar o trabalho das autoridades competentes na investigação e punição de crimes (Barbosa, 2020, p. 14).

Ademais, a capacidade desses programas de operar recursos dos dispositivos infectados introduz incertezas sobre a fidelidade dos dados recolhidos, questionando sua validade como evidência. Acrescenta-se a isso a

possibilidade de os esforços de vigilância atingirem sistemas e indivíduos não relacionados à investigação, implicando na coleta indevida de informações de terceiros. Assim sendo, nesse panorama, a necessidade de evoluir os métodos de coleta de provas em resposta às estratégias criminosas cada vez mais sofisticadas e digitalizadas torna-se evidente. O surgimento de tais métodos representa instrumentos potenciais para aprimorar as investigações, ainda que sua aplicação demande uma cuidadosa ponderação entre a eficácia investigativa e a proteção dos direitos fundamentais.

O desafio reside em desenvolver um marco regulatório que harmonize o uso dessas tecnologias invasivas com as garantias constitucionais, assegurando um equilíbrio entre os imperativos de justiça e os princípios de liberdade e privacidade, bem como distinguindo a persecução penal e a infiltração online, visto que

[...] A persecução penal e a infiltração online são duas faces da mesma moeda. Ambas as práticas envolvem a utilização da internet para investigar e punir crimes. No entanto, a persecução é realizada por indivíduos ou grupos sem autorização legal, enquanto a infiltração online é realizada por agentes de investigação com a devida autorização judicial (Barbosa, 2020, p. 15).

## 7 Considerações finais

A legislação alemã sobre a infiltração online no processo penal representa um esforço meticuloso para conciliar a necessidade de ferramentas investigativas eficazes na era digital com a proteção dos direitos fundamentais. Ao estabelecer critérios rigorosos e mecanismos de proteção, o § 100b StPO exemplifica uma abordagem ponderada que reflete as complexidades e desafios trazidos pela tecnologia moderna. Enquanto a prática da infiltração online continua a evoluir, a legislação alemã serve como um referencial para o debate global sobre como equilibrar eficácia investigativa e direitos individuais no contexto digital.

A infiltração online é uma ferramenta valiosa para as autoridades no combate a crimes virtuais. No entanto, a infiltração online deve ser utilizada com cautela, respeitando os direitos individuais dos usuários da internet. Assim evidencia-se a crucialidade da infiltração online como ferramenta investigativa no processo penal, abordando a complexidade e as nuances dessa prática sob a lente do estudo pioneiro de Luís Greco. O trabalho desse autor, ao trazer à tona a experiência alemã e a interseção com a inteligência artificial, fornece *insights* valiosos para o contexto brasileiro, destacando-se como uma contribuição fundamental para a compreensão e o debate sobre os limites e as possibilidades da infiltração online na legislação penal.

Greco aponta para a necessidade imperativa de um marco regulatório específico que motive, de forma expressa, a infiltração online, questionando em qual direito fundamental essa intervenção se insere e se há a necessidade de um novo direito fundamental não escrito relativo à confiabilidade e à integridade dos sistemas informáticos, bem como a tendência do autor para esta última posição, a qual enfatiza a singularidade dos desafios impostos pela digitalização e a necessidade de leis específicas que permitam o acesso ao conteúdo de sistemas informáticos de maneira ética e legalmente fundamentada.

A análise de Greco sobre a legislação alemã e sua aplicação no processo penal alemão, especialmente com a introdução do § 100b StPO, ilustra um esforço legislativo para equilibrar eficácia investigativa e proteção dos direitos fundamentais, sendo esse equilíbrio meticuloso entre as prerrogativas investigativas do Estado e a proteção dos direitos individuais, refletindo uma abordagem que poderia servir de modelo para outras jurisdições, inclusive para o Brasil, onde a legislação sobre a infiltração online ainda está em desenvolvimento.

A experiência alemã, conforme elucidada por Greco, demonstra a importância de critérios rigorosos e mecanismos de proteção no empreendimento da infiltração online, garantindo que essa medida intrusiva seja justa, proporcional e reservada para circunstâncias excepcionais. As salvaguardas estabelecidas na legislação alemã, como a exigência de autorização judicial prévia, a proteção do núcleo da esfera privada e a consideração dos efeitos sobre terceiros, oferecem um caminho para a regulamentação responsável e ética da infiltração online.

Conclui-se que, embora a infiltração online represente uma ferramenta investigativa indispensável na era digital, sua práxis requer uma abordagem cuidadosa que equilibre a eficácia na investigação criminal com o respeito aos direitos fundamentais. O estudo de Luís Greco sobre a experiência alemã e a inteligência artificial contribui significativamente para o debate jurídico e acadêmico, fornecendo uma análise abrangente que transcende os

aspectos puramente legais para abordar as implicações éticas, sociais e tecnológicas dessa prática. Ao fazer isso, Greco não apenas esclarece os desafios enfrentados, mas, também, aponta para direções futuras na busca de uma harmonização entre segurança pública e proteção dos direitos individuais no processo penal brasileiro.

Assim, a reflexão trazida por Luís Greco ilumina o caminho para uma legislação brasileira mais adaptada às realidades contemporâneas do cibercrime e da investigação digital. O autor ressalta a importância de uma base legal específica e robusta para a infiltração online, que não apenas autorize, mas, também, regule meticulosamente essa prática, assegurando que os direitos fundamentais sejam preservados em meio ao avanço tecnológico.

A falta de uma legislação específica que contemple os desafios impostos pela digitalização pode resultar em uma zona cinzenta, onde a eficácia das investigações criminais é limitada pela insegurança jurídica. Portanto, suas considerações reforçam a urgência de um debate aprofundado e da elaboração de normas claras que permitam às autoridades brasileiras empregar técnicas de infiltração online de maneira efetiva e constitucional.

A experiência alemã, detalhadamente examinada por Greco, oferece um paradigma valioso para o Brasil, especialmente no que tange à necessidade de salvaguardas que protejam a privacidade e os dados pessoais dos indivíduos. A abordagem alemã, que combina rigor legal com proteções robustas, poderia inspirar o desenvolvimento de um marco jurídico brasileiro que equilibre os imperativos de segurança com a preservação das liberdades civis.

Portanto, a contribuição de Luís Greco vai além da análise jurídica; ela convoca os legisladores, juristas e a sociedade brasileira a refletirem sobre as implicações mais profundas da infiltração online, argumentando por uma legislação que reconheça e responda aos desafios éticos, sociais e tecnológicos apresentados pela vigilância digital, promovendo uma justiça penal que seja ao mesmo tempo eficaz e respeitosa dos direitos humanos.

Reafirma-se assim, a relevância da obra de Luís Greco para o debate sobre infiltração online no Brasil, enfatizando a necessidade de uma legislação inovadora que acompanhe as transformações digitais. Greco nos lembra que, enquanto navegamos pelas águas turbulentas da era digital, é imperativo que as ferramentas de investigação criminal evoluam não apenas em eficácia, mas, também, em conformidade com os princípios éticos e constitucionais que fundamentam a sociedade brasileira, o que se estabelece como um marco essencial para todos aqueles engajados na construção de um processo penal que seja justo, moderno e respeitoso dos direitos fundamentais no contexto da sociedade da informação.

## 8 Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BÄR, H. Comentário à decisão BVerfGE 120, 274. *Mmr*, p. 325-333, 2008.
- BARBOSA, Samyra Santos. Persecução penal na internet: o papel do Ministério Público no combate à justiça pelas próprias mãos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 102, p. 11-24, 2020.
- BEUKELMANN, T. Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ. *NJW-Spezial*, p. 440-444, 2017.
- BLECHSCHMITT, P. Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung. *StraFo*, p. 361-369, 2017.
- BRUNS, C. In: HANNICH, J. (coord.). *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2019. p. 1-1000. v. 1.
- CASTELLS, M. *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. Busca e apreensão mediante uso de malware. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 6-8, out. 2013.
- DERIN, B.; GOLLA, S. J. Der Staat als Manipulant und Saboteur der IT-Sicherheit. *NJW*, p. 1111-1117, 2019.
- FERNANDES, Alice Cristina Galvão. A persecução penal na internet: uma nova forma de justiça privada? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 86, p. 113-134, 2014.

GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – notícia sobre a experiência alemã. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 101, p. 325-344, 2019.

GUARDIA, Gregório Edoardo R. S. *Meios de busca de provas e inovações tecnológicas penal: obtenção e tratamento de dados digitais no processo penal*. São Paulo: Max Limonad, 2018, p. 285.

MENDES, Laura Schertel. A infiltração online como ferramenta de investigação: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 7, n. 2, p. 145-164, 2013.

SILVA, Guilherme Soares da. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 25, n. 102, p. 345-364, 2019.

SOUZA, José Maria de. A persecução penal na internet: um estudo sobre a justiça pelas próprias mãos no mundo virtual. *Revista Brasileira de Direito Eletrônico*, v. 10, n. 2, p. 456-478, 2012.

# A questão do bem jurídico no crime de casa de prostituição

## *The matter of the legal asset in the crime of prostitution facility*

Artigo recebido em 12/03/2024 e aprovado em 22/04/2024.

### Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello

Graduada em direito pela Universidade de São Paulo e mestra em direito penal pela mesma instituição.

#### Resumo

O presente artigo investiga qual o bem jurídico protegido pelo tipo penal da casa de prostituição, previsto no art. 229 do Código Penal brasileiro. Para tal, o trabalho faz uma retomada da ideia de bem jurídico, seu conceito, função e a crise pela qual perpassa, investiga sua relação com o *harm principle* da tradição anglo-saxã, em particular com seu subsidiário, o *self harm*, analisando também o paternalismo que influencia a legislação pátria nessa questão.

**Palavras-chaves:** bem jurídico; casa de prostituição; conduta típica; moral; paternalismo.

#### Abstract

*The current article investigates which is the legal asset protected by the crimes of prostitution facility, defined by article 229 of the Brazilian Criminal Code. To do such, the work goes back to the idea of legal asset, its concept, function and the crisis that it is currently going through, its relation to the harm principle of Anglo-Saxonian tradition, specially with the idea of self harm, also analyzing the paternalism that influences the Brazilian legislation in this matter.*

**Keywords:** legal asset; prostitution facility; harm principle; harm to self; morality; paternalism.

## 1 Introdução

A ideia de direito penal como o instrumento que constitui a *ultima ratio* do universo jurídico pode ser rastreada ao movimento iluminista, não sendo, portanto, um elemento novo ao estudo das ciências criminais. No entanto, é possível argumentar que o princípio da intervenção mínima nunca foi plenamente adotado pela legislação penal brasileira. Não haveria, assim, uma crise na utilização do direito penal no Brasil, mas sim a constatação de um problema estrutural e sistêmico, que perdura desde os primórdios de nossa produção legal. O direito penal é utilizado para suprir toda e qualquer deficiência social que o legislador considere relevante, fazendo-o, com frequência, utilizando um viés que é, a um mesmo tempo, populista, na medida em que busca atender ao clamor social, e elitista, vez que atua salvaguardando nitidamente os interesses de parcela privilegiada da população. A lei penal é, em suma, utilizada, com frequência, para solucionar problemas que seriam resolvidos – por vezes de forma mais célere e eficiente – por outras esferas jurídicas.

Frequentes são as críticas aos tipos penais que consideramos como uma afronta ao princípio da intervenção mínima, isto é, condutas que poderiam encontrar uma resposta mais satisfatória por meio do direito administrativo ou do direito civil, sem a necessidade de recorrer ao direito penal. Isso não significa, necessariamente, que esses tipos não tutelam um bem jurídico determinado. Não é tarefa exclusiva do direito penal tutelar toda e qualquer lesão a bem jurídico. O próprio Roxin (2018, p. 29-30) assim o considera, esclarecendo que a norma penal deve ser reservada a condutas que atentem contra aquilo que for mais caro à nossa sociedade.<sup>1</sup> Ou seja, o direito penal cuida tão somente do que há de mais essencial para a vida em comunidade no Estado Democrático de Direito.

<sup>1</sup> Sobre isso, o autor pontua com clareza: “Ao lado do princípio de proteção de bens jurídicos aparece, com um mesmo grau, o de subsidiariedade, segundo o qual somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico-administrativas mais leves ou outras medidas político-sociais não sejam suficientes. O direito penal é, como sempre disse, subsidiário da proteção de bens jurídicos. Mas isso não tira o significado do conceito de bem jurídico, como espero que tenha demonstrado na minha exposição”.

Pressupõe-se, a partir dessa linha de pensamento – o que é corroborado, como veremos mais adiante, pela própria visão funcionalista do bem jurídico – que, embora o inverso não seja verdadeiro, todo tipo penal deve ser dedicado a proteger um bem jurídico determinado. Essa seria, para os funcionalistas, a própria função do direito penal e sua fonte de legitimidade, impedindo um uso arbitrário da norma legitimada tão somente por critérios formais.

No entanto, o problema possui raízes mais profundas e a própria noção de bem jurídico limitador do arbítrio estatal encontra-se em crise. Não apenas temos a existência de tipos penais que poderiam – ou até deveriam – ser tutelados com êxito por outros ramos do direito em razão de protegerem bens jurídicos não essenciais, como também verificamos, em nosso ordenamento, a existência de previsões legais que não tutelam bem jurídico algum. Em realidade, funcionam como forma de preservação da norma por si mesma, protegendo, por vezes, a própria moral ou um sentimento popular de repulsa a determinado comportamento.

Esse preocupante movimento é resultado, sobretudo, de uma tendência paternalista do legislador brasileiro, que utiliza o direito penal para tutelar questões que, sob a égide da dignidade humana, envolvem tão somente a bússola moral de uma parcela da população em determinada época. Em outras palavras, assume-se, com a justificativa de proteger os indivíduos de si mesmos, uma postura de punição daqueles que agem de maneira considerada “amoral”, ainda que não haja, de fato, lesão a bem jurídico, do agente ou de terceiro afetado pela conduta.

Essa tendência vai de encontro ao entendimento de que o bem jurídico deve servir como limite ao expansionismo penal, e não como legitimação para a aplicação da norma. Isso significa que a ideia de dignidade humana não deve ser utilizada levemente para legitimar tipos penais vazios e que o limite imposto para a atuação legislativa deve ser real, não podendo o bem jurídico ser usado como justificativa para a legitimação da norma arbitrária. Não nos parece produtivo que a doutrina realize um trabalho de subsunção, como defende Callegari (*apud* Braga, 2010, p. 70), de bem jurídico à norma penal, numa tentativa de encontrar nela um sentido que ali não está intuitiva e originalmente. Assim, realizar uma ginástica jurídica para encaixar determinado bem tutelado a determinados tipos penais é, afinal, incentivar a ideia de bem jurídico como justificativa da norma e não como limite. Em que pesem os obstáculos para que a teoria do bem jurídico penal encontre seu caminho, sustentar a existência de tipos penais vazios não parece ser a solução mais acertada.

Isso posto, o presente artigo propõe, a partir de uma breve pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de caráter qualitativo, analisar se os tipos penais relacionados à prostituição, mais especificamente o crime previsto no art. 229 do Código Penal – casa de prostituição – pode ser enquadrado como conduta vazia, sem bem jurídico definido e resultado de um paternalismo conservador e moralista, que visa proteger o indivíduo de si mesmo, ou se são formas efetivas de proteção de algum bem, tal como a dignidade sexual.

Para tal, o presente artigo pretende trazer elementos concernentes à teoria do bem jurídico, tendo como referencial a perspectiva funcionalista de Roxin, sua evolução e a crise pela qual o instituto passa na atualidade, para que possamos entender qual sua finalidade ideal e quais os obstáculos que se apresentam para que ela seja alcançada.

Em seguida, faremos uma breve exposição a respeito do paternalismo penal, relacionando-o à ideia de *self harm*, ou “mal a si mesmo”, em tradução livre, que está, por sua vez, ligada ao *harm principle* e ao conceito de *harm to others*, ou “mal a outros”, aqui trabalhado principalmente pela perspectiva de Feinberg.

A partir daí, analisar-se-á a construção do tipo penal em estudo e seu contexto, para, então, concluir qual seria – se é que há algum – bem jurídico tutelado por essa norma, ou se é o caso de uma tutela da moral, na qual estão ausentes o dano a terceiro e não há proteção de algo que possa ser denominado, com segurança, como bem jurídico.

Por fim, caso a conclusão alcançada aponte para a ausência de conteúdo material do tipo penal sob análise, estudaremos se seria possível, ainda assim, reconhecer a legitimidade de norma penal que não tutele bem jurídico algum, questionando, nesse caso, aceitá-la como figura legitimada no ordenamento da mesma forma, tendo em vista as falhas na teoria do bem jurídico, tais como as apontadas por *Jakobs*, ou se deveria ser dele excluídas.

A proposta do presente trabalho, portanto, é realizar uma análise da crise do bem jurídico e seus desdobramentos, a partir do caso concreto de determinado delito sexual do ordenamento brasileiro, problematizando a confusão, ainda não superada, entre direito penal e moral.

## 2 Considerações a respeito da teoria do bem jurídico: bases teóricas para a discussão

### 2.1 Conceito

A primeira dificuldade trazida pela teoria do bem jurídico, expressão empregada pela primeira vez por Birnbaum em 1834 (Bechara, 2014, p. 95), reside justamente em sua conceituação. A doutrina encontra grande dificuldade em alcançar um conceito pacífico do que seria bem jurídico, de forma que sua definição encontrasse sentido em si mesma. Como resultado, a ideia de bem jurídico é, por vezes, muito abstrata, o que incentiva sua elasticidade e a consequente multiplicidade de seu uso, como veremos a seguir.

De toda sorte, inúmeras são as tentativas de chegar a uma noção, ainda que não taxativa e apenas aproximada, do que seria bem jurídico. Roxin (2018, p. 17-18), o maior defensor da teoria do bem jurídico como limitadora das normas – vertente à qual nos baseamos para realizar a análise que propõe o presente artigo –, na atualidade, reconhecendo o obstáculo da definição, aceita essa impossibilidade de chegar a um conceito fechado e a aceita, traduzindo, então, de forma mais aberta, a ideia geral por trás do instituto como todos os objetos legítimos de proteção das normas, que sejam necessários para manter uma coexistência pacífica e livre entre os cidadãos.<sup>2</sup> No mesmo tom, Costa (2012, p. 143) chama bem jurídico de “elemento essencial para o desenvolvimento humano em sociedade”.<sup>3</sup>

De fato, não há, de acordo com essa concepção, um conceito em si mesmo do que seria um bem jurídico. Guardam, no entanto, uma noção intuitiva da essencialidade daquilo que se pode assim chamar. Tal essencialidade não pode ser dispensada ou mesmo relativizada, sob pena de esvaziar-se a própria ideia de bem jurídico.

Desde já, é importante perceber que, ao explicar, em suas linhas gerais, o que seria o bem jurídico, Roxin não se furta a explicar o que ele não é. Ao versar sobre a ideia central de sua teoria, isto é, a existência de bens jurídicos como barreira material para a incidência da norma penal, o autor explica também quais os limites por eles impostos ao legislador. Em outras palavras, o que não é um bem jurídico e, portanto, não pode ser tutelado.

Entre as inúmeras ressalvas feitas por Roxin (2018, p. 12-13), a que mais interessa, como objeto do presente estudo, é a vedação da criminalização da moral. Ao explicar as mudanças ocorridas nos fatos puníveis contra a autodeterminação sexual do Código Penal alemão – capítulo que, até então, chamava-se delitos e contravenções contra a moralidade –, o autor pontua que só cabe ao direito penal tutelar bens jurídicos concretos, e não convicções políticas, religiosas, ideológicas ou morais, bem como não é seu papel proteger sentimentos. Mais adiante, exclusivamente sobre a moral – que é, propriamente, o tema aqui em foco –, o autor é taxativo (Roxin, 2018, p. 21).

Em terceiro lugar, os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade ou a segurança de alguém, não lesionam bem jurídico.

<sup>2</sup> De forma mais completa: “De tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas, também, as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isso não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a essas condições eu os denomino bens jurídicos. Eles não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se eles o fossem, não poderiam ser lesionados de nenhum modo –, mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). Então não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrante da realidade empírica”.

<sup>3</sup> Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle.

Em suma, em que pese a ausência de uma definição clara do que são bens jurídicos, alguns limites a seu respeito são claros. Moral, sob uma perspectiva roxiniana da teoria, não é bem jurídico e não deve ser objeto de tutela de norma penal.

## 2.2 Função

Em se tratando de bem jurídico, pode-se dizer que os debates a respeito de sua função e de sua real utilidade para o direito penal estão no cerne da controvérsia relacionada a instrumento.

Novamente sobre a perspectiva funcionalista de Roxin, o bem jurídico deve agir como barreira para o direito penal que, como mencionado, respeitando a ideia de intervenção mínima e o princípio da proporcionalidade, deve restringir-se a tratar dos bens jurídicos mais importantes. Aquilo que ultrapassa essa barreira deve – numa perspectiva ideal – ser considerado ilegítimo, fora da esfera de atuação da norma criminal.

A esse respeito, Bechara (2014, p. 19) explica que o bem jurídico exerce uma dupla proteção do indivíduo. Ao mesmo tempo que o sujeito deve ser protegido pelo direito penal, é tão fundamental quanto que ele seja protegido da arbitrariedade da norma penal. Isso significa que a legitimidade da norma penal não poderia vir da própria norma proclamada arbitrariamente pelo legislador. É necessário, portanto, que a norma penal encontre limites materiais e não apenas formais para sua existência. Nesse contexto, a figura do bem jurídico é, como sugere Roxin (2018, p. 16-17), efetivo limite material à norma, sendo essa sua função; a do direito penal, por sua vez, é a proteção a um bem jurídico, de importância social global.

No entanto, como podemos perceber, com uma retomada histórica da teoria, retrocedendo a Binding, o bem jurídico pode também ser utilizado de forma totalmente oposta. Ao invés de limitar o uso do direito penal e proteger o indivíduo do arbítrio estatal, ele pode servir para justificar a intervenção, legitimando a existência da norma, partir de uma suposta proteção, que o Estado julga ser correta (Bozza, 2015. p. 115-116).<sup>4</sup> Em suma, o bem jurídico pode ser utilizado para justificar toda e qualquer interferência estatal, já que ele seria advindo do próprio ato normativo.

Essa utilização do bem jurídico como sustentáculo de normas penais vazias fica nítida em figuras como, para nos atermos a exemplos do próprio ordenamento brasileiro, determinados crimes ambientais, que tutelam a mera exposição de bens jurídicos a perigo e não uma lesão efetiva, ou que simplesmente dão roupagem a criminal a mero ilícito administrativo, como é o caso de alguns tipos penais demasiado abertos da Lei 9.605/1998, erroneamente inseridos no direito penal.

Embora não seja nosso objetivo analisar a fundo essa questão dos crimes ambientais em específico, parece evidente que não há, nesses exemplos, nenhum bem jurídico protegido, de fato, pelos tipos, embora não falem tentativas de encontrar bens tutelados que os justifiquem. Afinal, não apenas nesse, mas em diversos casos, a doutrina realiza uma ginástica argumentativa para encontrar bem jurídico que se encaixe, de forma mais ou menos satisfatória, no texto legal. Caso clássico também é o da Lei 9.613/1998, que suscita grandes discussões a respeito do bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro quando, em realidade, parece tratar-se de tipo penal vazio, utilizado como instrumento de política criminal. Ou seja, não há, na verdade, algo tutelado, e sim uma norma que se legitima por si mesma – existe porque o legislador a considera necessária, ainda que com isso não haja proteção efetiva de um bem jurídico.

Isso vai de encontro ao que Juarez Tavares (2007. p. 104) afirma que se exige do direito penal, ou seja, a absoluta clareza quanto ao objeto tutelado pela norma. Dessa maneira, a própria função do bem jurídico se esvazia em seu caráter de proteção do indivíduo. Nesses casos, o bem jurídico retrocede em sua história, servindo tão somente para

<sup>4</sup> “Assim, para Binding, bem jurídico é ‘tudo aquilo que para o legislador é valioso como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção, sem mudança senão perturbada, a comunidade tem interesse, na opinião do legislador, objetivando este protegê-lo por meio de suas normas frente às lesões ou exposições a perigo não desejadas. De acordo com esse pensamento, o bem jurídico é criado pelo próprio Direito. Não possui fundamentação que transcende o jurídico. Trata-se de pura criação do legislador, razão pela qual sua ofensa consiste numa infração ao dever de obediência que as pessoas possuem em relação ao Estado. É uma postura positivista, pois o Estado e o Direito é que estabelecem o que é bem jurídico.”.

legitimar uma ordem do Estado, funcionando, portanto, como um elemento pró-forma, que tem como finalidade impedir a contestação da norma.

A questão da tutela da moral tem estreita relação com o bem jurídico legitimador da norma penal vazia. Como veremos mais adiante, diversos crimes, em especial alguns delitos sexuais, protegem apenas a ideia de moralidade. No entanto, isso se esconde sob a justificativa de que tutelam algum bem jurídico, em geral caracterizado por indicações vagas.

### 2.3 Críticas

De toda sorte, fato é que a teoria do bem jurídico enfrenta críticas severas de alguns estudiosos da dogmática penal.

O motivo, sobretudo, é a sua aparente incapacidade de embasar apropriadamente todas as normas penais das quais julgamos precisar. É possível encontrar hoje, em nosso ordenamento, diversos tipos penais, nos quais não se identifica nenhum bem jurídico e, ainda assim, fazem-se – supostamente – necessários ao funcionamento de uma sociedade democrática. Entre outros exemplos, Roxin (*apud* Bechara, 2014. p. 318-319) menciona os maus-tratos a animais. É um movimento de relativização da teoria do bem jurídico aceito pelo seu maior defensor.

Isso significa que a teoria do bem jurídico possui falhas, que se revelam mais e mais numerosas na sociedade de risco que instiga um novo direito penal, o qual exige – de forma controversa – a criminalização de novas condutas. Enquanto Roxin parece ver essas brechas como exceções, seus críticos, dentre eles, Jakobs, Hirsch e Stratenwerth, apontam, sob diversos argumentos, para um processo de falência da teoria do bem jurídico.

Em se tratando do mencionado novo direito penal, que criminaliza condutas que fogem à ideia clássica de delito, caso mais polêmico, mas ilustrativo, é a já mencionada lavagem de capitais, tipo penal que, em nossa visão, não tutela bem jurídico algum, embora pareça ser uma norma importante para a dinâmica social na atualidade, dadas as novas formas de criminalidade. Tal exemplo é útil para explicar a perspectiva de Jakobs sobre a questão do bem jurídico. Para ele, a legitimidade da norma não está no bem jurídico em si. Esse autor discorda de que a função do direito penal é proteger bens jurídicos, afinal, inúmeras são as situações em que eles não são protegidos em si. O que há, em sua perspectiva, é uma proteção, feita pelo direito, dentro das relações entre pessoas. Ou seja, o que existiria, em realidade, seria uma proteção da expectativa social de que não haja lesões a bens.

Com esse raciocínio, Jakobs (2001. p. 26) conclui que a legitimidade da norma está em si mesma, isto é, em seu próprio comando. A sua necessidade reside nela própria, e a função do direito penal é garantir a sua vigência.

Nem o próprio Roxin (*apud* Bechara, 2014. p. 318-319) escapa, ainda que involuntariamente, de reconhecer que a teoria do bem jurídico é falha e não consegue abarcar todos os tipos penais que surgem com a sociedade do risco e o novo direito penal. O mencionado maus-tratos aos animais, exceção inicialmente admitida por ele, justificar-se-ia, em que pese a ausência de bem jurídico, por uma solidariedade do ser humano, que se sensibilizaria com o tratamento sofrido por eles.

Schunemann, também um defensor da ideia de bem jurídico, reconhece a possibilidade de sua ausência para o caso específico da negação de Auschwitz e do holocausto judeu, situação que entende dever ser criminalizada de toda forma em razão de seu peso e contexto para o povo alemão.<sup>5</sup>

Com isso, fica evidente que a teoria do bem jurídico-penal não é absoluta, mesmo entre seus apoiadores. O direito penal se vê, hoje, pressionado a tutelar condutas que não faziam parte de sua esfera de atuação e não se encaixam nos moldes tradicionais da teoria do delito.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Tema debatido durante aula regular da disciplina Teoria do Bem Jurídico, ministrada pela professora titular Ana Elisa Silva Liberatore Bechara, no curso de pós-graduação *stricto sensu* em direito penal da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo (USP).

<sup>6</sup> Entendemos que esse movimento não é, necessariamente, ilegítimo. Em que pese o expansionismo penal hoje vivenciado, gerando usos indevidos do direito penal, não podemos despir as novas tendências de criminalização de toda a sua legitimidade, vez que são, em parte, fruto de novas necessidades da sociedade, que responde a novos tipos de criminalidade, até então desconhecidos, que não se encaixam, necessariamente, na teoria do delito tradicional. Essa insuficiência dos elementos tradicionais do delito pode ser verificada por meio dos mais diversos prismas, tais como, mas não somente, os recentes debates a respeito do elemento subjetivo do tipo, a criação de crimes de perigo abstrato e a própria ideia de bem jurídico, como é o caso do já citado crime de maus-tratos aos animais, na qual a pretensão social é legítima ainda que não haja um bem jurídico a ser tutelado.

A fresta aberta pela admissão da possibilidade de crimes sem bem jurídicos que sejam parte legítima do ordenamento fortalece a ideia de crise do bem jurídico ao fazer nascer um inevitável questionamento: seria possível pensar em outras normas na qual a presença desse elemento seja dispensável?

Isso gera um enfraquecimento da teoria universal tal como pensada por Roxin, pois coloca em dúvida a capacidade do bem jurídico de realizar seu papel de atuar como um elemento de limitação. Em verdade, podemos falar em uma crise de legitimidade do próprio direito penal das sociedades democráticas, que vê um de seus principais pilares tendo sua efetividade e razão de ser questionada por críticos como Jakobs.

A partir daí, aproximando-se mais de nosso verdadeiro objeto de estudo, vem outro dilema: é legítimo aceitar que, em determinados casos, a moral substitua o bem jurídico? Pode o Estado atuar de maneira paternalista com relação aos indivíduos em determinadas situações, em que pese a inexistência do chamado *harm to others*? Ou, em outras palavras, o *harm to self*, gerando uma situação considerada amoral pela sociedade de maneira geral, é suficiente para justificar a intervenção penal? Isso é compatível com o cerne da teoria de Birnbaum, segundo o qual o delito deve ser tratado como lesão e, portanto, macular a um bem, não a um direito? (Bechara, 2014, p. 95). Caso as perguntas sejam respondidas de maneira afirmativa, ainda é possível considerar esse contexto como democrático?

Enfrentar esses questionamentos, por maior que seja a inquietude que provoquem, é essencial para que possamos alcançar uma conclusão a respeito da legitimidade do crime de casa de prostituição, bem como de qualquer outro delito que, ligado ou não aos crimes sexuais, esteja relacionado de alguma forma ao moralismo e ao paternalismo penal, tal como, por exemplo, a questão do consumo próprio de substância ilícita.

### 3 *Harm principle, harm to self, paternalismo legal e moralismo jurídico*

A necessidade de uma limitação para o uso do direito penal e da discricionariedade da norma pela própria norma não são, de forma alguma, exclusividade da tradição continental. Também os anglo-saxões enfrentaram a necessidade de encontrar limites materiais para a o uso das leis penais, de maneira a garantir que não fossem criadas figuras arbitrárias e vazias, que restrinjam a liberdade humana de maneira desnecessária.

É nesse contexto de necessidade de limitação que surge o chamado *harm principle*, segundo o qual “o comportamento reprovável pelo direito penal, necessariamente, deve representar um prejuízo tangível considerável a um interesse socialmente relevante”. Está presente, portanto, a ideia de lesão efetiva a algo eleito como prioridade (Martinelli; Lobato; Santos, 2015. p. 257).

Tal conceito foi elaborado por Mill (*apud* Costa, 2012. p. 140), para quem a intervenção estatal é justificada caso a conduta em questão provoque dano a outrem. Ou seja, a ideia do dano está voltada, sobretudo, ao prejuízo alheio, e não a uma autolesão consciente. Isso acontece porque os seres humanos possuem livre arbítrio e capacidade de autodeterminação, devendo ser livres para fazerem suas próprias opções em sua vida privada, desde que isso não prejudique interesse de terceiro.<sup>7</sup> É Martinelli quem explica que o referencial de Mill ao tecer a noção de *harm principle* era, principalmente, a liberdade humana, que deve ser limitada apenas em casos extremos e não a partir de um capricho do legislador (Martinelli; Lobato; Santos, 2015. p. 258). Assim, desse requisito de que a lesão a interesse juridicamente tutelado afete outrem que, com Feinberg, nasce a ideia de *self harm*.

Muito embora todas as ramificações guardem relação com a questão da tutela da moral, não é objetivo do presente artigo realizar uma análise aprofundada das diversas nuances e particularidades do *harm principle* presentes na extensa obra de Feinberg. No entanto, assim como se faz necessária uma breve exposição a respeito da ideia de bem jurídico para que se possa discutir se ele está presente no tipo penal da casa de prostituição, é essencial que se debata também em torno da noção de *self harm* para que se discuta se o art. 229, vez que diretamente ligado à própria noção de prostituição, não seria um fruto da autodeterminação dos indivíduos que não lesiona direito de terceiro.

<sup>7</sup> Resta clara, portanto, a influência liberal presente no conceito, vez que se encaixa perfeitamente à ideia de que os limites da liberdade individual estão, justamente, onde começa a liberdade do outro. Em Bechara, temos: “a separação entre tais esferas de liberdade por meio do *harm principle* determina as liberdades individuais na busca dos próprios desejos, desde que não haja dano a terceiros, o que é manifesto na expressão ‘*my freedom to move arm ends at your nose*’”. (Bechara, 2014. p. 277).

Assim, como mencionado, Feinberg apresenta a ideia de *self harm* como um derivado do *harm principle* (Costa, 2012. p. 140). Se apenas o *harm to others*, isto é, o dano a outra pessoa, qualquer que seja a sua natureza – físico, moral, emocional, financeiro etc. – pode ser objeto de norma penal, a conduta por meio da qual o agente lesiona a si mesmo – hipotética ou literalmente – não poderia ser considerada um substrato adequado para a interferência estatal. É necessário, portanto, que o dano extrapole a esfera individual e se projete externamente.

É no terceiro volume de sua obra a respeito do limite da moral que Feinberg introduz a ideia de paternalismo. Na definição apresentada por Dworkin (2012. p. 9), paternalismo é “a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões exclusivamente ligadas ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida”. Em outras palavras, é, justamente, a interferência estatal na capacidade de autodeterminação dos indivíduos por razões que não provocam dano ou ofensa a terceiros, quer sejam eles sujeitos determinados ou abstratamente entendidos como parte da sociedade.

Feinberg (2007. p. 17) divide o paternalismo em duas grandes categorias distintas. A primeira delas é o paternalismo presumivelmente censurável, em que adultos são tratados como se fossem crianças e que se subdivide em paternalismo benevolente e paternalismo não benevolente. Enquanto o benevolente denomina situações em que isso é feito para o próprio bem dos indivíduos, no não benevolente isso é feito para o bem de terceiros. A segunda grande categoria é o paternalismo presumivelmente não censurável, em que pessoas de alguma forma impotentes ou vulneráveis são protegidas de perigos externos, de forma similar ao que os pais fazem com os filhos. O paternalismo benevolente presumivelmente censurável seria o verdadeiro paternalismo legal. Esse tipo de paternalismo, por sua vez, poderia ser dividido em paternalismo direto e paternalismo indireto, sendo o primeiro aquele na qual a proibição incide sobre o sujeito protegido, enquanto no segundo a norma recai sobre outra pessoa, que pratica a conduta em concordância com o sujeito protegido.

Expostos os diferentes tipos de paternalismo, passa-se ao moralismo jurídico, que é a criminalização de um comportamento moralmente errado, que não provoca lesões, mas que é proibido por, entre outras razões, uma imposição da moralidade. Para Feinberg (*apud* Martinelli, 2015, p. 255-290), isto é, de maneira geral, reprovável, embora existam ressalvas relacionadas aos interesses da sociedade. É nesse momento que o autor condena a exploração de uma pessoa pela outra, inclusive aquela em que o indivíduo A retira os ganhos do indivíduo B como meio de vida. Essa descrição remete diretamente ao tipo penal previsto no art. 230, que descreve o crime de rufianismo. No entanto, como veremos adiante, a exploração, no sentido de atuação parasitária que se aproveita das fraquezas de um dos envolvidos nessa relação, não é, necessariamente, requisito da conduta do art. 230 do Código Penal.

É preciso esclarecer que, em que pese o paternalismo legal e o moralismo jurídico apresentados nascerem no direito de tradição *common law*, reconhecer sua incidência no sistema brasileiro não significa uma tentativa de substituir ou complementar a teoria do bem jurídico com o *harm principle* anglo-saxão, pois, muito embora possuam similaridades, a teoria do direito continental é mais ampla e abarca situações que o princípio de Mill não se dispõe (Bechara, 2014. p. 280). Assim, usar a ideia de paternalismo e de moralismo como subsídio para explicar os tipos penais ligados à prostituição não significa, em absoluto, abrir mão da argumentação baseada no bem jurídico desses tipos.

#### 4 O crime de casa de prostituição do art. 229 e o bem jurídico tutelado

Por razões históricas, bem explicitadas por Silveira (2006), a prostituição não é diretamente criminalizada. No entanto, no caso brasileiro, as condutas a ela relacionadas são tuteladas pelo direito penal, sob o argumento de que estar-se-ia protegendo a exploração de mulheres. Assim, são condutas típicas a mediação para servir à lascívia de outrem (art. 227), o favorecimento da prostituição (art. 228), a casa de prostituição (art. 229) e o rufianismo (art. 230). É possível realizar discussões a respeito do bem jurídico protegido e da moralidade em qualquer um desses tipos. No entanto, o presente artigo tem como objeto apenas o crime de casa de prostituição do art. 229.

A reforma de 2009 provocou alterações em todos os crimes relacionados à prostituição. No caso do art. 229, sua redação, anteriormente à reforma, lia-se da seguinte maneira: art. 229: Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Após o advento da Lei 12.015/2009, o texto passou por uma reformulação e o art. 229 ganhou outra definição. Vejamos:

Art. 229: 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. Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

A respeito da mudança, Marcão (2010. p. 32) explica que embora a alteração tenha atualizado a linguagem do tipo penal, ele ainda se refere à mesma conduta, qual seja, a manutenção de estabelecimento dedicado à prática da prostituição. O que ele faz é, tão somente, excluir do tipo locais destinados ao encontro sexual que não se dá por meio da prostituição e sim do consentimento não oneroso entre as partes, como, por exemplo, motéis. No entanto, é possível argumentar que a alteração linguística não foi a única a ter lugar. O legislador teve o cuidado de colocar em foco a exploração sexual, o que repercute diretamente na questão do bem jurídico que é objeto do presente trabalho.

De toda sorte, em que pese essa sutil mas importante alteração, é importante destacar que o texto segue sem fazer qualquer diferenciação clara entre a prostituição baseada na autodeterminação e na liberdade sexual, caso no qual o tipo penal funcionaria apenas como um desincentivo generalizado, moralista e indireto à prostituição e à exploração de hipossuficiente fragilizado por terceiro que é constringido a se prostituir em determinado estabelecimento.

A diferença reside, então, no que o legislador quer dizer, implicitamente, por exploração sexual. Se o intuito for referir-se à atividade de explorar o próprio corpo na forma da prostituição, ainda que a mulher a pratique sem vícios de consentimento e vontade, a interpretação será uma. Essa seria o que podemos chamar de exploração pressuposta, cujo conceito é diverso daquele presente em Feinberg como um justificante da ação da norma, a qual podemos chamar de exploração de fato. Quem esclarece que o legislador se alinha à hipótese de legislação pressuposta é Martinelli (2014. p. 465), para quem:

Deve-se questionar se aquele que exerce a prostituição o faz em razão de sua autodeterminação sexual ou em razão de uma situação de vulnerabilidade. A nova reforma do Código Penal refere-se à prostituição como forma de exploração sexual. A utilização recorrente da expressão “prostituição e outras formas de exploração sexual” permite essa interpretação. Pode-se dizer que o legislador generalizou a condição da pessoa prostituída como alguém sempre explorado. Em razão disso, os tipos penais abrangem as situações nas quais há, inclusive, consentimento do ofendido. Não há distinção entre o livre exercício da atividade e as condições de fraude, violência ou grave ameaça.

Feita essa ressalva e concluindo que exploração sexual significa prostituição de qual forma e sob qualquer justificativa ou condição, passaremos ao ponto central da discussão. Qual seria, então, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 229 do Código Penal?

O primeiro argumento a ser enfrentado é aquele utilizado pelo STF no HC 104.467/RS, de 2011, no qual a Corte fala, expressamente, em uma tutela da moralidade sexual e dos bons costumes pelo tipo penal do art. 229. A ministra relatora chega a afirmar que se trata de bem jurídico de elevada importância para a sociedade, o que gera críticas por parte de Greco (2011. p. 444-445), que entende que o Supremo Tribunal Federal perdeu uma excelente oportunidade de dar ao art. 229 um interpretação mais precisa do que ele deveria tutelar.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça aparenta seguir a posição de Greco, pois em aparente mudança de posicionamento no REsp 1.683.375, de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2020, o Tribunal da Cidadania posicionou-se da seguinte maneira:

É cediço que a mercancia sexual voluntária por maior de idade não atrai a incidência do Direito Penal. Assim, crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual. E é por isso mesmo que o bem jurídico tutelado não é a moral pública mas sim a dignidade sexual como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, dentre os quais, o do artigo 229. E o sujeito passivo do delito não é a sociedade mas sim a pessoa explorada, vítima da exploração sexual. Destarte, entendo que para a configuração do delito é necessário o tolhimento à liberdade da pessoa.

Ainda no mesmo voto, a ministra finaliza indicando que, no caso em questão, as mulheres que trabalhavam no local tinham plena liberdade para realizar ou não programas sexuais, razão pela qual tratar-se-ia de fato atípico, ausente a exploração prevista pelo art. 229.

Ora, por toda a argumentação já exposta quando do conceito e definição de bem jurídico, percebemos que moralidade sexual e bons costumes não podem ser assim considerados, vez que protegem apenas um senso de moralidade, o que não é objeto do direito penal num Estado Democrático de Direito. Não há, portanto, razão objetiva para sustentá-los. Dizer, em alto e bom som, que o crime de casa de prostituição protege a moral sexual e os bons costumes é uma afirmação não de sua legitimidade frente ao sistema, mas sim uma confissão do caráter completamente vazio da norma. A moral e os bons costumes não são aptos a serem denominados bens jurídicos, não cabendo para os casos de exploração pressuposta nem para os de exploração de fato.

A segunda hipótese que se pode trabalhar, e que surge intuitivamente, é aquela em que se protege a dignidade humana, ao proteger a dignidade sexual de quem pratica a prostituição. No entanto, ela não se encaixa como bem jurídico tutelado para todas as situações que o tipo, como vimos, se propõe a abarcar. Aqui, a questão que vimos com relação à exploração sexual provoca seus primeiros efeitos concretos. Concluiu-se que o legislador abarca, no tipo penal do art. 229, todo e qualquer estabelecimento no qual alguém possa exercer a prostituição, independentemente de fazê-lo por livre e espontânea vontade ou não. Isso, logicamente, divide a problemática em dois polos:

- (i) para os casos em que a casa de prostituição é um local onde a autodeterminação é livre;
- (ii) para os casos em que o estabelecimento for local para uma exploração propriamente dita.

Para o primeiro caso, não há nenhum bem jurídico que possa ser tutelado. Nem mesmo a dignidade sexual, pelos motivos que serão vistos, pode ser aceita como justificativa. No entanto, para os segundos, é possível aceitar essa tutela.

Para o primeiro grupo, uma série de argumentos justifica a negação da dignidade sexual como bem jurídico protegido.

Em primeiro lugar, a dignidade humana, de maneira geral, é um conceito que está, diretamente, ligado à capacidade de autodeterminação das pessoas. A dignidade é, também poder exercer a profissão, seja ela qual for, de maneira segura e com estrutura. *Contrario sensu*, argumenta-se, assim, que ao proteger aquilo que pensa ser digno, o legislador lesa o próprio livre arbítrio do destinatário da norma de prostituir-se onde e da forma que bem desejar, maculando uma noção mais geral de dignidade.

Em segundo, porque, caso essa preocupação com a dignidade da pessoa livre e consciente que exerce a atividade correspondesse à realidade, a própria criminalização da casa de prostituição cairia por terra, vez que a possibilidade de exercer a atividade em local seguro e conhecido traria maior segurança a essas mulheres. O que ocorre é, tão somente, um claro desestímulo legal à atividade, criminalizando o que se encontra ao seu redor. Ademais, se esse argumento fosse verdadeiro, a própria prostituição em si seria legalizada, pois, por esse raciocínio, seria ela também uma afronta à dignidade sexual.

Por fim, a ideia da proteção à dignidade sexual nesse caso parte de um pressuposto paternalista de acordo com o qual o indivíduo que se prostitui não sabe o que é melhor para si. Sobre essa questão, Estellita afirma que há uma nítida ilegitimidade da norma advinda de seu moralismo. Além disso, complementa que no crime de casa de prostituição há um paternalismo indireto, pois visa proteger a prostituta de sua própria atividade ao desincentivá-la de tal prática por meio da proibição de que o faça em local específico (Estellita, 2007. p. 18). Assim, embora paternalismo e moralismo sejam coisas distintas, parece que, no caso, a base para a norma paternalista é a moral, vez que não se identifica nenhum bem jurídico tutelado de fato.

Descarta-se, então, a possibilidade de termos qualquer bem jurídico legítimo para a tutela da casa de prostituição na qual a atividade se dá de maneira livre. A dignidade sexual não se encaixa de forma adequada e o moralismo é, como já consolidado, inaceitável.

Seguimos, então, para o segundo grupo de casos, constituído pelas situações em que o sujeito explorado trabalha em determinado estabelecimento de maneira forçada, ou, pelo menos, sem um consentimento que se possa chamar de válido.

A esse respeito, evidentemente que, em situações em que há exploração de um indivíduo sob o outro, numa relação baseada na coação e no constrangimento, não há que se falar em paternalismo ou ausência de bem jurídico, já que, aí sim, existe uma necessidade clara da tutela da dignidade sexual. Assim, da mesma forma que, sob uma perspectiva anglo-saxã, o moralismo jurídico de Feinberg serve para justificar a criminalização da figura do rufião que explora a prostituta, aproveitando-se de sua fragilidade para tolher sua autodeterminação – o consentimento, se é que existe, é viciado –, também, a partir da teoria do bem jurídico, há conduta a ser criminalizada, pois há interesse socialmente relevante a ser protegido, vez que ninguém pode ser tolhido, contra sua vontade, dos frutos de seu trabalho, muito menos de sua capacidade de ir e vir como desejar. O mesmo raciocínio se pode estender à casa de prostituição.

Dessa maneira, a conclusão à qual chegamos é que, dentro do próprio art. 229, existem dois universos, distintos, a serem tratados. O primeiro deles diz respeito à casa de prostituição como local onde indivíduos adultos realizam tal atividade de forma livre e consensual. Nesse caso, atentaria contra a teoria do bem jurídico-penal falar em criminalização, vez que há, se muito uma reprovabilidade moral e não uma lesão a determinado interesse essencial da sociedade. O paternalismo possui uma série de nuances, mas pode estabelecer-se, como regra geral, que não cabe ao Estado proteger, fazendo uso do direito penal, indivíduos adultos que realizem escolhas conscientes. Criminalizar casa de prostituição parece ser uma forma evidente de paternalismo censurável, baseado em uma concepção moral de que a prostituição não é benéfica ao indivíduo.

Já o segundo universo citado trata da exploração sexual de mulheres vulneráveis por terceiros, que atue de forma a restringir sua liberdade de ir e vir e de se autodeterminar. Aqui há, de fato, uma lesão à dignidade sexual do sujeito, que deve ser protegido pelo Estado de Direito, pois pode-se falar em consentimento viciado, o que gera, como vimos, um paternalismo não censurável. É essa a posição encampada pelo STJ no REsp 1.683.375, sua mais recente análise aprofundada a respeito da questão no que tange o artigo 229.

Portanto, a realidade é que há, sim, bem jurídico válido na norma do art. 229 do Código Penal. No entanto, esse bem jurídico não se aplica a todas as situações abarcadas pelo tipo penal, o que torna o caso bem mais complexo do que se poderia pensar à primeira vista.

## 5 Considerações finais

Uma das principais questões do debate a respeito do crime de casa de prostituição é, sem dúvida, a moralidade e a possibilidade dela ser entendida como bem jurídico.

A esse respeito, de uma maneira geral, interessante a posição de Jakobs (2001. p. 32) a respeito do tema. Ao invés de rechaçar completamente a tutela penal sobre a moral, o autor, a partir de premissa de que a legitimidade da norma está nela mesma, critica o maniqueísmo existente em torno desses dois conceitos. Em sua visão, os limites entre moral e bem jurídico não estão tão claros. Para ilustrar sua posição, fala sobre o processo de descriminalização do adultério e da homossexualidade na Alemanha do pós-guerra, explicando que, na época, o legislador não entendia que tais tipos penais constituíam meras infrações morais, mas sim que havia motivos importantes e práticos para sua criminalização. Em verdade, Jakobs acredita que nenhum Estado democrático tutele deliberadamente a moral, mas sim busca inserir-se em determinadas situações que julga necessitarem de tutela penal.

Em outras palavras, Jakobs (2001. p. 32) parece crer que a tutela da moral nunca se dá de forma consciente, e sim por um interesse do direito penal de proteger algo concreto. A norma não seria, portanto, fruto de um moralismo sem propósito, mas sim um meio de proteger algo que, na época, acreditava-se ser de suma importância social. A norma era um comando legítimo, pois dava proteção a uma expectativa social que era considerada válida naquele contexto.

A conclusão inevitável de seu raciocínio é que, com a mudança de prioridades de determinada sociedade, é natural que o que antes se considerava objeto essencial de proteção passa a ser visto como mero moralismo, num processo natural de transformação.

Diferente aparenta ser a perspectiva de Roxin (2018. p. 12) a respeito das mudanças nos crimes sexuais na Alemanha da segunda metade do século XX. Quando o autor coloca que houve uma tentativa de “limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico” e que a ideia central do movimento foi que não seria papel do

direito penal tutelar a moral, a convicções político-religiosas etc., o que se entende é que houve uma substituição de um direito extremamente baseado em moralismos por um que aceita a necessidade do bem juridicamente protegido. A mudança ocorrida, sob essa visão, não seria primordialmente social, e sim paradigmática da forma de encarar a própria função da norma penal.

Assim, como se pode perceber, esses dois autores partem de premissas completamente diferentes a respeito de onde reside a razão de ser de uma norma penal. Enquanto o primeiro entende que não há tutela consciente da moral e sim uma mudança nos valores da sociedade que influenciam a legitimidade de determinada lei, o segundo parece referir-se à tentativa de superação de um direito penal que protege a moralidade e não bens jurídicos como uma evolução mais consciente, que se esforça para deixar de lado uma concepção obsoleta de função da norma, e não uma mudança referente ao seu objeto.

No entanto, os raciocínios de Jakobs e Roxin encontram um ponto de convergência. Qualquer que seja o viés, fato é que uma tutela consciente e deliberada da moral, a partir do direito penal, ou qualquer outro ramo do direito, não deve ser aceita num Estado democrático, vez que esse não pode ser o objeto da norma.

Resta claro que o polêmico e paternalista art. 229, no que tange a criminalização de um estabelecimento derivado de uma opção consciente e livre de seus usuários, não é legítimo. Mesmo a partir de uma perspectiva anglo-saxã do que seria uma intervenção penal admissível, não seria possível identificar aqui forma alguma *harm to others*. Isso, obviamente, se houver apego à essência do conceito lapidado por Feinberg, já que, como visto, com a crise desse fator limitador da lei penal, ele pode ser alargado de forma a perder sua própria função de refrear o poderio estatal. Em suma, se não há bem jurídico presente e não há dano a terceiros, há que se preservar a autonomia dos cidadãos. Ao Estado não deve ser legítimo atuar de forma paternalista, utilizando a ferramenta do direito penal, privando o indivíduo de seu direito à autodeterminação.

A conclusão a respeito desse aspecto da controvérsia vem com Martinelli, que afirma, a certa feita, que o direito penal baseado na ideia de bem jurídico como função da norma precisa, necessariamente, respeitar limites ao poder punitivo, dentre os quais pode-se citar os princípios da lesividade, proporcionalidade, subsidiariedade e culpabilidade. O tipo penal objeto de análise do presente artigo pode ser criticado, à luz da teoria do bem jurídico, sob quase todos esses aspectos. O comportamento – mais uma vez, partindo-se do pressuposto de que não há aqui vício de vontade ou consentimento – não é, como vimos, lesivo a bem jurídico algum. Decorrente disso, verifica-se a desproporcionalidade flagrante em impor uma pena, qualquer que seja ela, a um comportamento que o direito penal, sendo *ultima ratio*, nem deveria tutelar (Martinelli; Lobato; Santos, 2015. p. 256).

Todavia, não se pode negar que o art. 229 também abarca situações em que se verificar uma restrição à liberdade, à capacidade de autodeterminação, à manifestação de vontade ou mesmo uma ameaça à integridade física. Para esses casos, não a moral, mas a dignidade sexual pode ser entendida como bem jurídico passível de tutela.

O tipo penal em questão encontra-se, então, em situação curiosa. É, para alguns casos, legítimo e, para outros, ilegítimo.

Para isso, duas são as soluções mais razoáveis.

A primeira é a evidente reformulação da norma, de maneira a fazê-la mais claramente, diminuindo seu alcance e adequando-a aos pressupostos democráticos, de modo a excluir as situações em que há possibilidade de autodeterminação de quem exerce atividade de prostituição.

A segunda delas é a interpretação do tipo penal, mantendo-se sua redação, sob a luz da teoria limitadora do bem jurídico, isto é, partindo dos pressupostos de que todo tipo penal deve corresponder a um bem jurídico sob sua proteção e de que moral não é bem jurídico.

Essa é a saída que parece sugerir Greco (2011. p. 453), ao falar em interpretação teleológica da norma no que tange a leitura do conceito de exploração sexual. Assim, uma sugestão seria reduzir a incidência do tipo penal. É essa, afinal, a função da teoria do bem jurídico, limitando os arbítrios do legislador de modo que não interfira de forma desnecessária e paternalista na vida dos cidadãos. No supracitado voto da ministra Maria Thereza de Assis Moura, enxerga-se, ainda que de forma implícita, um uso do bem jurídico como limitação do espectro normativo.

Como espera-se que tenha ficado claro, questões referentes à criminalização de condutas humanas nunca são simples. A teoria do bem jurídico nada mais é do que uma tentativa de imprimir alguma racionalidade na produção legal, servindo como bússola para indicar onde o direito penal deve incidir e, sobretudo, onde não é o seu lugar. Embora hoje tenhamos descartado a moral como bem jurídico, não fazia muito tempo ela era perfeitamente aceita como justificativa para a intervenção penal. Isso pode ser visto na retrospectiva histórica da Alemanha do pós-guerra ou, mais perto tanto geográfica quanto temporalmente, com a decisão do STF em sede do HC 104.467, aqui já comentada, na qual foi dito expressamente que a moralidade sexual era objeto de proteção do art. 229 do Código Penal.

No entanto, em que pesem as afirmações de que não deve haver crime sem bem jurídico, é importante lembrar que o próprio Roxin, como expusemos, admite exceções. Isso não significa abrir mão da teoria do bem jurídico como um todo, mas sim cuidar para que essas ditas exceções continuem a ser vistas dessa maneira. Essa brecha é perigosíssima quando se trata de um Estado democrático.

Concluindo com a própria questão da casa de prostituição que gerou todos esses questionamentos, é papel da doutrina exigir uma redação legal – ou, não sendo esse caso, uma interpretação – do tipo que não viole a teoria do bem jurídico ao, de forma ostensivamente paternalista, blindar de dano aquilo que o legislador entende por comportamento moral. Aceitar a maneira como o art. 229 está redigido e como ele é interpretado, em determinadas ocasiões, pela jurisprudência, é dar um passo para trás tanto na teoria do bem jurídico-penal quanto no Estado democrático.

## 6 Referências

- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BOZZA, Fabio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *O fenômeno da lavagem de dinheiro e o bem jurídico protegido*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 177-211, jan./jun. 2010.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Princípios da fragmentariedade e da adequação social e crime de casa de prostituição. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 11, n. 18, p. 163- 177, jan./jun. 2012.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. 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.
- DWORKIN, Gerald. Paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 7-25, 2012.
- ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 179, p. 17-19, out. 2007.
- GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 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. 19, n. 92, p. 431-457, set./out. 2011.

- JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 23-42, 2001.
- LYRA, José Francisco Dias da Costa. O paternalismo jurídico-penal e a (in)constitucionalidade do crime de manter estabelecimento destinado à prostituição ou à exploração sexual (art. 229 do CP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 13-36, nov./dez. 2014.
- MARCÃO, Renato. Casa de prostituição – o crime do art. 229 do Código Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 31-36, out./nov. 2010.
- MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade e crimes sexuais. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 457-472, set./out. 2014.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 255-290, jul./ago. 2015.
- PEREIRA, Alessandra Margotti dos Santos. Criminalização das casas de prostituição e demais atividades de lenocínio: a herança moralista da legislação penal brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, p. 139-177, jul./set. 2017.
- ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- TAVARES, Juarez. Bem jurídico e função em direito penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 46, p. 104-108, out./nov. 2007.