

D|L

DIREITO E LINGUAGEM

www.direitoelinguagem.com

Número 03 | 2024
Volume 01 | Ordinário

ISSN

3020-898X

DIREITO E LINGUAGEM

Número 03 2024
Volume 01 Ordinário

ISSN
3020-898X



@Direito e Linguagem, no 01, vol. 03, Ordinário, 2024

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN ORDINARIO

Editores jefe y directores de la Revista

Paulo César Busato, Universidad Pablo de Olavide, España.

Sarah Gonçalves Ribeiro, Pontificia Universidad Católica (PUCRS), Brasil.

Organizadores del volumen

Paulo César Busato, Universidad Pablo de Olavide, España.

Equipo editorial y Evaluador de la Revista

Pós-Doutor **Rubén Miranda Gonçalves** - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España; Pós-Doutora **Caty Vidales Rodriguez** - Universitat de Valencia, España; Doutor **Alfonso Galán Muñoz**, Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Américo Bedê Freire Júnior** - Uiversidad Las Palmas Gran Canaria, Espanha; Doutor **Luiz Osório Moraes Panza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Pós-Doutora **Priscilla Placha Sá** - Centro Universitário de Brasília, Brasil; Doutor **José Luis González Cussac** - Universidad de Valencia, Espanha; Pós- Doutor **Wagner Menezes** - Università de Pádova, Itália; Doutor **Rodrigo Leite Ferreira Cabral** - Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Fábio André Guaragni** - Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália; Pós-Doutora **Renata Ceschin Melfi de Macedo** - Unisinos, Brasil; Doutor **Arlen Souza**, Escola da Magistratura do Estado de

Rondônia, Brasil; Doutor **Cleide Calgaro** - Universidade de Caxias do Sul, Brasil; Doutor **Deilton Ribeiro Brasil** - Universidade de Itaúna MG (UIT), Brazil; **Doutor Enrique Acosta Pumarejo** - Universidad Internacional de La Rioja; Doutor **Jacson Luiz Zilio** – Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Doutor **Jorge Eduardo Braz de Amorim**, Universidad de Oviedo, España; Doutor **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidad de Santiago de Compostela, España; Doutora **Karla González Zambrano**, Universidad Internacional de La Rioja, España; Doutora **Leticia Mirelli Faleiro e Silva**, Universidade de Santiago de Compostela; Doutora **Manuel Palomares Herrera**, Universidad Internacional de La Rioja, España; Doutor **Márcio Soares Bercláz** - Universidade Federal do Paraná; Doutor. **Pablo Fernández García-Armero**, Universidade de A Coruña, Spain; Doutor **Paulo de Brito** - Universidade Lusófona, Portugal; Doutora **Priscila Luciene Santos de Lima**, Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutora **Vânia Siciliano Aieta**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Sérgio Valladão Ferraz** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Bruno Augusto Vigo Milanez** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Décio Franco David** - Universidade Estadual do Norte do Paraná (UNIVEL), Brasil; Doutor **Saló de Carvalho** - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Alaor Carlos Lopes Leite**, Ludwig-Maximilians Universität, Munich, Alemanha; Doutor **Marco Aurélio Nunes da Silveira** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Antonio José Teixeira Martins** - Universidade de Frankfurt (Goethe-Universität), Alemanha; Doutor **Gustavo Senna Miranda** - Universidade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Fábio da Silva Bozza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Sebastian Borges de Albuquerque Mello** - Universidade Federal da Bahia, Brasil; Pós-Doutor **Maurício Stegemann Dieter** - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Bruno Cortez Torres Castelo Branco** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Israel Domingos Jorio** - Faculdade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Rodrigo Régnier Chemim Guimarães** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutora **Allana Campos Marques Schrappe** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Vitor Stegemann Dieter** - University of Kent, Inglaterra; Doutora **Cláudia Roberta de Araújo Sampaio** - Universitat de Barcelona, Espanha; Pós-Doutor **Leandro Ayres França** - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil; Pós-Doutor **Júlio César Faria Zini** - Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; Doutor **Davi de Paiva Costa Tangerino** - Universidade de São Paulo, Brasil; Doutora **Elena Nuñez Castaño** - Universidad de Sevilla, Espanha; Pós- Doutor **Patrick Lemos Cacicedo**, Universidade de São Paulo, Brasil; Pós-Doutor **Rodrigo Duque Estrada Roig** - Universidade de Bolonha, Itália; Doutor **Frederico Horta** – Faculdade Federal de Minas Gerais; Doutora **Mariana Cesto** – Faculdade Federal do Paraná.

Asociación Juristas en Acción Xuristas en Acción

Santiago de Compostela, Galicia, España

ISSN: 3020-898X

SUMARIO

1. *Maria Elena Núñez Castaño*.....pp. 07-58
2. *George P. Fletcher*.....pp. 59-80
3. *José L. González Cussac*.....pp. 81-97

.

Política criminal e Estado de Direito: a afetação dos direitos fundamentais nas reformas penais

Criminal policy and the Rule of Law: the impact on fundamental rights in penal reforms

Maria Elena Núñez Castaño¹
Universidad de Sevilla

Sumário: 1. Introdução: a transformação do direito penal no século XXI; 2. Os direitos fundamentais ante as reformas legislativas; 2.1. O direito à liberdade de expressão e a sanção de ideias, opiniões ou discursos; 2.1.1. *A incidência da sanção dos crimes de expressão no direito à liberdade de expressão*; 2.1.2. *Os concretos tipos penais que se configuram como crimes de expressão, opinião ou discurso do ódio e de proteção de sentimentos*; 2.1.2.1. O art. 578 cp e o castigo da opinião; 2.1.2.2. A difusão de mensagens ou consignas terroristas (art. 579 do cp) e a punição do discurso público; 2.1.2.3. O art. 510 do CP: o discurso de ódio e o castigo dos sentimentos; 2.1.2.4. O assédio ante as clínicas de interrupção da gravidez (art. 172 quater do CP): a punição da expressão; 2.1.3. O direito a não declarar contra si mesmo e a não se declarar culpado: o castigo do silêncio e a falta de colaboração; 2.1.3.1. *Algumas considerações sobre o direito de não declarar contra si mesmo e de não se declarar culpado*. 2.1.4. *Os tipos penais que tipificam como delito o não declarar contra si mesmo e guardar silêncio*; 2.1.4.1. Ocultar informação sobre o paradeiro do cadáver; 2.1.4.2. O delito de enriquecimento injustificado; 2.1.5. A presunção de inocência e o sistema acusatório frente à nova configuração dos delitos contra a liberdade sexual; 3. Conclusões; 4. Referências.

Resumo: Este artigo analisa a afetação dos direitos fundamentais provocada pelas reformas no ordenamento jurídico-penal espanhol. Inicialmente, contextualiza-se a expansão do direito penal desde 1995, marcada pelo aumento dos tipos penais e pela antecipação das barreiras da intervenção penal. O estudo aprofunda-se nos subcapítulos, examinando como as recentes reformas afetam

¹Professora Titular de Direito Penal Universidad de Sevilla.

a liberdade de expressão, incluindo a criminalização de discursos de ódio e a repressão a opiniões que contrariem a moral ou a segurança pública, também chamados crimes de expressão. O artigo também aborda, com profundidade, o impacto das reformas no direito ao silêncio e à não autoincriminação, evidenciando a inclusão de tipos penais que punem a ausência de colaboração com autoridades, como no caso de ocultação de informações sobre o paradeiro de cadáveres e enriquecimento injustificado. Em suma, o trabalho examina criticamente a expansão e a intensificação do Direito penal como reflexo de uma sociedade orientada pelo medo e pelo controle social, em detrimento dos princípios de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Direito penal; direitos fundamentais; liberdade de expressão; Estado Democrático de Direito

Abstract: This article analyzes the impact of recent reforms in the Spanish criminal legal system on fundamental rights. Initially, it contextualizes the expansion of criminal law since 1995, marked by an increase in criminal offenses and the early extension of intervention thresholds. The study delves into subchapters examining how these reforms affect freedom of expression, including the criminalization of hate speech and the repression of opinions that contradict public morals or security, commonly known as crimes of expression. The article also explores, in depth, the impact of these reforms on the rights to silence and against self-incrimination, highlighting the inclusion of criminal offenses penalizing the lack of cooperation with authorities, such as withholding information on the location of bodies and unjustified enrichment. In sum, this work critically examines the expansion and intensification of criminal law as a reflection of a society driven by fear and social control, to the detriment of the principles of a Democratic Rule of Law.

Keywords: Criminal law; fundamental rights; freedom of speech; Democratic Rule of Law

1. INTRODUÇÃO: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO SÉCULO XXI²

Desde a aprovação do Código Penal de 1995 até os dias atuais, ocorreram inúmeras modificações, algumas com grande impacto e outras com menor repercussão, ao menos aparentemente. As motivações para cada uma

² Traduzido por Mariana de Aguiar Buerger. Doutoranda em Direito, Ciência Política e Criminologia na Universidade de Valência. Mestre em Garantias Penais e Delitos Socioeconômicos pela mesma instituição.

dessas reformas são diversas, mas no fundo respondem ao mesmo elemento fundamental: a reivindicação da sociedade (espontânea ou provocada) por um intervencionismo cada vez maior do Estado em matéria penal, uma maior ampliação dos comportamentos proibidos e uma maior afetação dos direitos e liberdades fundamentais.

Essas tendências não surgiram repentinamente no último quinquênio, mas se proliferou uma legislação tendente à restrição dos direitos das pessoas em prol de uma suposta e inatingível segurança exigida pela sociedade. De fato, a mudança de parâmetros já começou a ser percebida há mais de um quarto de século, desde a aprovação do Código Penal de 1995, que por si só implicava uma importante ampliação das condutas típicas. Inicialmente, essa ampliação se concentrou em uma inegável expansão do âmbito de aplicação do Direito penal (aumento dos bens jurídicos supraindividuais, crimes de perigo abstrato, etc.), mas que, pouco a pouco, foi se convertendo em um fenômeno radicalmente diferente, que resultou em uma intensificação da intervenção penal. Já não se tratava de proteger novos fenômenos que até então não eram contemplados pelo Código Penal, mas de adiantar desmesuradamente as barreiras de intervenção em relação a crimes tradicionalmente existentes, aumentando penas, recorrendo a crimes de suspeita ou de mera posse, com o fim de sancionar tudo o que pudesse contribuir para a produção de um risco presumido, potencial ou iminente de um bem jurídico.

Com isso, e ao longo do tempo, aquele Direito penal que era concebido como *ultima ratio* e intervenção mínima passou a ser *prima ratio* e, finalmente, como ocorre atualmente, converteu-se, em muitos aspectos, na *única ratio* para a aparente solução de conflitos. Essa mudança de paradigma no âmbito do Direito penal, embora pareça afetar somente o Direito penal, não é assim de maneira alguma. Todas essas mudanças na concepção do Direito penal como sistema de controle social, derivadas das mudanças e transformações sociais que paralelamente foram acontecendo, incidiram de maneira clara e notória na conformação dos princípios sustentadores de um Estado de Direito e dos parâmetros de delimitação no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, entre muitas outras mudanças nas relações entre Estado e indivíduo.

Certamente, os avanços sociais e tecnológicos próprios de uma sociedade de risco³ determinaram, em seu momento e, em algumas ocasiões, continuam determinando a necessidade de ampliar o âmbito de intervenção da legislação penal para responder a fenômenos que até então não haviam sido contemplados ou considerados como tais; e assim, por exemplo, o CP de 1995 introduziu novos tipos penais que protegiam bens jurídicos que, até o momento, não haviam encontrado respaldo no ordenamento penal (meio ambiente, ordenamento territorial, delitos societários etc.), ou, muito mais recentemente, a necessidade de incorporar novos objetos materiais do delito em figuras delitivas tradicionalmente existentes, porque esses avanços tecnológicos desterraram ou, ao menos, levaram a certo grau de desuso os conteúdos no preceito concreto. Obviamente, o ordenamento penal, como qualquer outro tipo de ordenamento, deve dar resposta aos avanços sociais e tecnológicos que de alguma maneira possam ter incidência sobre um bem jurídico concreto. Mas esse é o principal limite: a afetação do bem jurídico, a necessidade de proteção de um interesse objeto de tutela identificado, concreto e delimitado. Com isso, alguma das reformas penais que aconteceram desde a aprovação do CP 1995, e mesmo com o próprio Código Penal, encontram uma legitimidade absoluta.

Mas o problema é que as reformas penais e sociais, ou melhor dizendo, as mudanças sociais que determinam as reformas penais, não pararam por aí. Pelo contrário, sobre a base de responder a esses novos riscos tecnológicos, a intervenção do Direito penal foi sendo ampliada, inicialmente pouco a pouco, e nos últimos anos de forma vertiginosa, no âmbito das pessoas, provocando uma maior pressão em âmbitos tradicionalmente protegidos. Essa pressão se dá seja por uma resposta penal desproporcional, como um aumento injustificado das penas ou a introdução da prisão perpétua revisável que, à margem de sua declaração de constitucionalidade recente, na minha opinião, padece por ilegitimidade penal à medida em que vulnera o princípio de segurança jurídica (junto a muitos outros princípios informadores do Direito penal e de um Estado de Direito); seja pela adoção da barreira de intervenção penal em

³ Sobre a sociedade de risco e suas características, vide BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro/Jiménez/Borrás, Barcelona 1998, *passim*.

âmbitos absolutamente desconectados, não apenas da potencial afetação de um bem jurídico (como, por exemplo, o crime de *grooming*, as viagens com finalidade terrorista, etc.), mas até mesmo da possível existência de um bem jurídico, sancionando comportamentos que, em essência, constituem o exercício legítimo de um direito constitucionalmente reconhecido, mas que, devido à repulsa ou ao desagrado social que possam causar ou por meras razões instrumentais, visando facilitar a investigação de outros crimes, decidiu-se criminalizar (discurso de ódio, auto doutrinamento terrorista, não fornecer informações sobre o local onde um cadáver foi escondido, casos de assédio que consistem em gritar palavras de ordem ou usar faixas, difusão de mensagens terroristas, enriquecimento injustificado etc.).

A realidade é que só nos últimos cinco anos tivemos 16 reformas penais até o momento⁴, sendo sete delas no ano de 2022; reformas que respondem a uma mudança radical na sociedade em que vivemos, passando de uma sociedade de risco com a qual começamos o século, para uma sociedade do medo, onde se pretende erradicar, mediante criminalização e punição, tudo aquilo que se percebe como diferente ou discordante e, conseqüentemente, perigoso. Isso implica uma evidente variação no eixo central do Direito penal, a partir de uma perspectiva garantista e, em certo grau, abstencionista em relação

⁴ Assim, no período de 2019 a 2022, podem ser indicadas as seguintes Leis que reformam o Código Penal: LO 1/2019, de 20 de fevereiro, relativa à transposição de Diretivas da União Europeia nos âmbitos financeiros e de terrorismo e outras questões de índole internacional, como tráfico de órgãos, falsificação de moeda e delitos contra a Administração Pública; a LO 2/2019, de 1º de março, que modifica o Código Penal em matéria de imprudência na condução de veículo motorizado ou ciclomotor e sanção pelo abandono do local do acidente; a LO 2/2020, de 16 de dezembro, de modificação do Código Penal para a erradicação da esterilização forçada ou não consentida de pessoas com deficiência incapacitadas judicialmente; a LO 3/2021, de 24 de março, de regulação da eutanásia; a LO 5/2021, de 22 de abril, que revoga o art. 315.3 CP; a LO 6/2021, de 28 de abril, que modifica o Código Penal em matéria de branqueamento de capitais; a LO 8/2021, de 4 de junho, de proteção integral à infância e adolescência contra a violência; a LO 9/2021, de 1º de julho, de aplicação do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que estabelece uma cooperação reforçada para a criação da Procuradoria Europeia; a LO 4/2022, de 12 de abril, que penaliza o assédio a mulheres que recorrem a clínicas para a interrupção voluntária da gravidez; a LO 6/2022, de 12 de julho, relativa à igualdade de tratamento e não discriminação; a LO 9/2022, de 28 de julho, que modifica o Código Penal em matéria de furto; a LO 10/2022, de 6 de setembro, de Garantia Integral da Liberdade Sexual; a LO 11/2022, de 13 de setembro, que modifica o Código Penal em matéria de imprudência na condução de veículos a motor ou ciclomotor; a LO 13/2022, de 20 de dezembro, para agravar as penas previstas para os delitos de tráfico de seres humanos deslocados por conflito armado ou catástrofe humanitária; e a LO 14/2022, de 22 de dezembro, de transposição de diretivas europeias e outras disposições para a adaptação da legislação penal ao ordenamento da União Europeia e reforma dos delitos contra a integridade moral, desordens públicas e contrabando de armas de uso duplo.

aos direitos e liberdades fundamentais, para um sistema totalmente intervencionista, no qual todos esses direitos são passíveis de flexibilização e até de anulação em prol de algo semelhante a um interesse coletivo superior ou a um "bem comum", como se fosse uma nova descoberta. Há um claro convencimento (às vezes interessado, outras vezes "inocente") de que isso deve ser sustentado para contribuir para um Estado Democrático, um Estado de Direito e um Estado de Bem-Estar. No entanto, diferentemente do que se pode pensar e transmitir à sociedade, essa postura intervencionista não é novidade. De fato, ela se repetiu reiteradamente ao longo da história, durante o puritanismo e em estados totalitários. Não traz nada de bom nem de bem-estar para o cidadão, cujos direitos e liberdades são limitados ou restringidos, ficando instrumentalizados ao serviço do controle exercido pelos poderes públicos. Trata-se de um instrumento de facilitação, não de bem-estar; e, obviamente, não tem nada de Estado de Direito nem de Estado Democrático, pois sustenta a afetação de direitos fundamentais que são deslocados para uma segunda linha de proteção e podem ser flexibilizados em nome da proteção do que foi colocado em primeiro plano: a sensação de segurança dos cidadãos.

A transição da sociedade de risco para a sociedade de segurança cidadã e, atualmente, para a sociedade do medo, na qual o objetivo principal se centra na inocuização de tudo o que é percebido como perigoso, primeiro pelos legisladores ou pelos operadores sociais e jurídicos e, posteriormente, pela própria sociedade⁵; determina que se exija um maior intervencionismo estatal e um maior controle de determinados fenômenos e comportamentos, uma vez que são vistos como ameaças, dando lugar a uma espécie de "autorização" ao Estado para criminalizar todos esses comportamentos que poderiam potencialmente afetar a segurança dos cidadãos, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, permitindo não apenas a flexibilização desses direitos e garantias típicos de uma sociedade de segurança, mas a sua eliminação, na

⁵ PAREDES CASTAÑON, "Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización", *Terrorismo, Sistema penal y Derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 63; NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 111.

medida em que são percebidos como obstáculos para garantir a segurança e tranquilidade dos cidadãos. Adentramos nesse conhecido Direito penal no qual o que se sanciona são pensamentos, opiniões ou, inclusive, ações que de nenhuma forma são, nem mesmo potencialmente, ofensivas para qualquer bem jurídico presumido. Opta-se por um Direito penal moralista, no qual pecado e delito se confundem, e se propõe um mundo binário de anjos e demônios, bons e maus, com base no que a moral social ou o sentimento generalizado do momento considera.

Com base em tudo o que foi exposto, acredito que podemos identificar duas claras tendências político-criminais ao longo do século XXI que, de alguma forma, respondem ao que já foi denominado como a “expansão” e a “intensificação” do Direito penal⁶. No entanto, nos últimos anos, especialmente com o contínuo apertar de parafusos em nome da inocuização de tudo o que representa um possível “risco” para a concepção de sociedade que a maioria da comunidade tem, acabamos por entrar em uma sociedade do medo, na qual, através de um retorno a um puritanismo exacerbado, que determina uma evidente e, em muitos casos, aplaudida confusão entre o âmbito moral e/ou ético e o âmbito jurídico, desvirtuam-se completamente aqueles princípios inspiradores do Direito penal do século passado (intervenção mínima, *ultima ratio*, legalidade e até mesmo culpabilidade) em nome de algo que, como já foi mencionado, de modo algum poderá ser alcançado: a segurança absoluta.

Esse é o *iter criminis* que acompanhou a transformação do Direito penal durante o século XXI. Um caminho que nenhum de nós, que concebemos o Direito penal como o último recurso para resolver um conflito social, gostaria de ter iniciado, mas que, não só começamos, como também estamos plenamente inseridos nele, sem ter muita clareza (ou talvez, infelizmente, sim) de qual será o seu fim.

As últimas regulações penais não contribuem para garantir e/ou reconhecer direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, mas sim para sua flexibilização, restrição e, na maioria dos casos, anulação. E são muitos

⁶ Vide DIEZ RIPOLLES “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005; NUÑEZ CASTAÑO, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 11, 2009.

esses direitos fundamentais que foram afetados pelas diferentes reformas penais, que implicam uma clara violação dos postulados e parâmetros que derivam da configuração de um sistema social como um Estado Democrático de Direito.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ANTE AS REFORMAS LEGISLATIVAS

Resulta inegável, na minha opinião, é inegável a incoerência e a falta de eficácia ao encaminhar todos os instrumentos de controle social — essencialmente o legislativo e o judicial — para a obtenção de uma suposta paz social ou de uma inatingível segurança coletiva e individual, sobretudo quando isso implica, nesse caminho, a lesão e violação de princípios, direitos e garantias básicos e inalienáveis para qualquer cidadão, que constituem a essência mesma de um Estado Democrático. Agora, tão inegável e absurdo quanto isso é negar que as transformações sociais que expusemos ocorreram e que a sociedade, ou pelo menos uma grande parte dela, aceita qualquer tipo de medida que, ao menos aparentemente, pareça contribuir para alcançar essa meta de segurança, imunidade e tranquilidade⁷.

Como se destacou, há uma clara confusão entre o âmbito moral e o jurídico, entre pecado e delito⁸, o que leva à imediata judicialização ou criminalização de comportamentos, discursos ou opiniões que, até esse momento, eram simplesmente merecedores de reprovação ou rejeição social, mas de forma alguma constituíam crimes.

A origem dessa criminalização, na minha opinião, é evidente e reside na intolerância que se instalou em nossa sociedade em relação à divergência ou aos comportamentos considerados como "desviantes" que nos conduzem diretamente a um sentimento de medo em relação a essas condutas que são concebidas como ameaças externas e incontroláveis, tanto em relação aos

⁷ NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, 2022, p. 109.

⁸ Isso encontra correspondência com a concepção religiosa do proibido que já mencionava HOBBS, de maneira que, mesmo que todos os delitos sejam pecados, contudo, nem todos os pecados são delitos, cf. NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 110.

próprios cidadãos (embora seja difícil identificar em que aspecto concreto) quanto em relação ao próprio *status quo* social. É evidente que o único fundamento da intolerância é o medo; o medo de quem vive, age ou pensa de maneira diferente da que é considerada normalizada em uma sociedade ou coletivo, pois essa divergência no modo de agir pode acarretar uma mudança no funcionamento do nosso sistema social e a imposição de uma nova forma de conceber ou interpretar esse sistema. E, precisamente por isso, busca-se erradicar essas condutas, inocuizá-las, entendendo que, com isso, se elimina qualquer risco de mudança que suas ações, modos de vida ou ideias possam provocar.

Trata-se do fenómeno que PAREDES CASTAÑON⁹ denominou de *pânico moral*, que constitui um mecanismo adequado para concentrar, em cada momento, a atenção da cidadania sobre determinados comportamentos, delitivos ou não; na realidade, sobre qualquer comportamento que se desvie da linha marcada pelo setor majoritário e que, naquele momento, seja interessante transformar no centro das atenções. Essencialmente, consiste em identificar situações, sujeitos e potenciais consequências que, combinados, são percebidos ou apreciados como uma ameaça potencial.

Em essência, o silogismo lógico a que responde essa situação, que se intensificou nos últimos anos, seria o seguinte: a premissa maior é a identificação da presença de uma preocupação (maior ou menor, pois inicialmente não importa o grau dela), derivada de uma situação que não se conhece, não se controla ou não se compartilha; a premissa menor é a existência de determinados sujeitos, os chamados *folk devils* que, dependendo dos casos, reúnem certas características (delinquentes habituais, pedófilos, perseguidores, estupradores, fascistas, terroristas etc.) e em relação aos quais há a convicção (independentemente de corresponder ou não à realidade) de que estão na origem dos problemas que estão gerando a preocupação; e a consequência final do silogismo seria a provocação de uma clara situação de hostilidade contra eles, contra as condutas, formas de vida ou opiniões emitidas, que gera duas sub-consequências: a reação visceral por parte da sociedade, exigindo do Estado e

⁹ PAREDES CASTAÑON, "Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización", *Terrorismo, Sistema penal y derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 63.

dos poderes públicos a solução do problema por meio de um maior intervencionismo no âmbito pessoal dos indivíduos para garantir a paz e segurança; e, portanto, a tolerância frente às violações e restrições dos direitos fundamentais e liberdades públicas que sejam necessárias para garantir essa solução. Tudo isso sem considerar que, geralmente, esse pânico moral, essa situação de medo, foi criada pelo próprio Estado ou por grupos ou agentes de interesses sociais, políticos ou econômicos, que originam, aumentam ou exacerbam uma situação generalizada de preocupação ou ansiedade em torno de um tema concreto, em relação ao qual não é admitida qualquer divergência, sob o risco de se tornar outro dos elementos que devem ser inocuidados¹⁰. O centro da reprovação penal não está mais na realização de um ato e na violação dos direitos ou interesses de terceiros que ele possa implicar, mas na maneira de ser dos indivíduos — no que pensam, como vivem, como são —, considerando-se que são comportamentos reprováveis, pois não coincidem com o sentimento generalizado¹¹.

Uma clara manifestação desses posicionamentos e perspectivas pode ser percebida no âmbito penal com a tipificação do discurso de ódio ou terrorista (artigos 510, 578 e 579 do Código Penal) como crime de assédio entre os delitos contra a liberdade (art. 172 *quater* do CP), de condutas daqueles que se manifestam e gritam palavras de ordem diante de clínicas que realizam interrupções voluntárias da gravidez, sancionando aqueles que assediam mediante atos molestos, ofensivos, intimidatórios ou coercitivos que menosprezem sua liberdade. A incorporação de um crime denominado *assédio de rua*, que penaliza quem *se dirige a outra pessoa com expressões, comportamentos ou propostas de caráter sexual que criem uma situação objetivamente humilhante, hostil ou intimidatória para a vítima, sem que tais ações configurem outros delitos de maior gravidade* (art. 173.4, parágrafo 2º, do

¹⁰ PAREDES CASTAÑO, "Terrorismo y principio de intervención mínima", ob. cit., p. 66.

¹¹ Sinaliza GALAN MUÑOZ, "Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal", ob. cit., p. 45 que com isso *"reintroduzem-se novamente em nosso ordenamento o antigo e criticado Direito penal de autor, uma vez que penalizam seus responsáveis, ou pelo menos aumentam a pena que lhes será aplicada, não pelas condutas que realizam, mas pelas ideias e tendências internas discriminatórias com as quais as realizam."*

Código Penal), também constitui um claro reflexo disso. São manifestações que afetam claramente o direito à liberdade de expressão.

Entretanto, o direito à liberdade de expressão não é o único que pode ser afetado por essas novas regulações penais, embora talvez seja o mais evidente em termos de sua prática anulação, mas também podem ocorrer lesões a outros direitos constitucionalmente protegidos, como o *direito de não se autoincriminar e de não se declarar culpado* (art. 24.2 da Constituição Espanhola), que pode ser comprometido pela tipificação de comportamentos como o novo crime de *ocultação do local do cadáver* (art. 173.1, parágrafo 3º) ou o novo crime de *enriquecimento sem causa* (art. 438 bis), ou o *direito à presunção de inocência* (art. 24.2 da Constituição), como ocorre com a nova regulamentação dos crimes contra a liberdade sexual e a incorporação de um conceito de consentimento após a Lei Orgânica 10/2022 de Garantia integral da liberdade sexual.

2.1. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SANÇÃO DE IDEIAS, OPINIÕES OU DISCURSOS

3.1.1 A INCIDÊNCIA DA SANÇÃO DOS CRIMES DE EXPRESSÃO NO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O primeiro e, provavelmente, o direito fundamental que é essencialmente afetado por essa tendência legislativa instaurada em nosso ordenamento jurídico penal é o direito à liberdade de expressão, o direito de realizar um ato comunicativo de transmissão de um pensamento ou opinião e tentar convencer outros da correção dessa ideia. Em outras palavras, o que se instaura é a punição dos crimes de opinião, de expressão ou de discurso de ódio, nos quais o único elemento central é a mera emissão de expressões, opiniões ou discursos que têm um conteúdo reprovável, hostil ou ofensivo para determinados grupos ou para terceiros, ou simplesmente para a moral social dominante; e isso constitui o único fundamento de sua criminalização. Em última análise, a *ratio criminis* comum a todas essas figuras delitivas é constituída pela sanção daquilo (o ódio) que não é senão um sentimento, ou seja, um ato

emocional¹² que se exterioriza por meio de um ato comunicativo e que provoca nos outros um sentimento diverso: hostilidade, dor, discriminação etc., que tampouco encontra fundamento para sua proteção, uma vez que não é considerado um bem jurídico protegido. Nem um sentimento pode ser motivo de punição, nem um sentimento pode ser objeto de proteção penal, ou ao menos, não pode ser o único fundamento da tipificação penal¹³.

Na realidade, ao considerar esses tipos penais, ao tomar como referência a moral ou o sentimento geral dominante em um momento específico, nos deparamos com um conceito jurídico neutro que servirá de justificativa, fundamento e legitimação desses tipos penais, independentemente das concepções ideológicas, sociais ou morais que prevalecem em cada momento; dependerá apenas de quem controla o "sentir geral". A consequência é evidente: o recorte da liberdade de expressão e a transferência do conflito social e político para o processo penal¹⁴. A liberdade de expressão só poderia ser limitada porque já não seria liberdade de expressão quando incitar diretamente à prática de atos de violência que impliquem um perigo real e iminente para um bem jurídico individual e concreto (*clear and present danger* sustentado pelo teste de Brandemburgo)¹⁵.

Em definitivo, luta-se com a intolerância (entendida essa apenas como criminalização) contra o intolerante (entendido não apenas como aquele que sustenta postulados contrários a um sistema democrático, mas também todo aquele que é divergente, ofensivo ou ferino)¹⁶, que sustentou a tipificação dos

¹² FUENTES OSORIO, "El odio como delito", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 19-27, 2017, p. 3 e 4.

¹³ CARBONELL MATEU, "Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»", *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Valencia 2018, p. 1414.

¹⁴ GARCIA ARAN, "De las reformas bienintencionadas con resultado represivos: el delito de promoción del odio", *Represión penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Morales Prats/Tamarit Sumalla/Garcia Alberó (coords.), Aranzadi, 2018, p. 868.

¹⁵ Sobre a conformação do direito à liberdade de expressão e a incidência desses delitos na mesma, ver NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho Penal*, ob. cit., *passim*.

¹⁶ Trata-se da famosa paradoxo da tolerância de, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona 2006, nota 4 ao capítulo 7, p. 585. Um argumento que já critiquei anteriormente por entender que não se alinha com os postulados de um Estado de Direito, onde a base é justamente a

chamados crimes do discurso de ódio, que abrangem muitas e variadas facetas (não apenas aquelas tradicionalmente conhecidas, como os arts. 578, 579 e 510 do CP).

Obviamente, o direito à liberdade de expressão não pode ser concebido como um direito absoluto, ou seja, não ampara todo tipo de ato comunicativo que seja emitido, se esse comportamento incidir sobre outro direito ou bem jurídico. Mas não se deve esquecer que as garantias e os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente “*constituem limites que o poder do Estado não pode ultrapassar. E se os ultrapassa, já não se pode falar de Direito no sentido moderno do termo: a lei que permite que o poder do Estado exceda os limites que lhe impõem as liberdades constitucionais é uma lei que não respeita o Direito, uma lei juridicamente inválida*”¹⁷.

Nada disso é levado em consideração em relação à regulamentação típica que se realiza em nosso ordenamento jurídico, no qual nosso legislador optou essencialmente por sancionar um *modelo de hostilidade*¹⁸, fundamentado na concepção de que a emissão de um discurso hostil, ferino, ofensivo, discriminatório ou antidemocrático é uma *incitação idônea* para a criação de um determinado *clima de hostilidade, aversão ou ódio* contra uma pessoa ou grupo de pessoas. Dois são os elementos centrais nesse tipo de delitos: a incitação (direta ou indireta, dependendo dos casos) que implique a idoneidade para provocar um clima de hostilidade; em consequência, será suficiente com a constatação de que, no ato comunicativo concreto, se encontra presente essa ideia hostil com “idoneidade” incitadora de um clima de hostilidade.

3.1.2. OS CONCRETOS TIPOS PENAIS QUE SE CONFIGURAM COMO CRIMES DE EXPRESSÃO, OPINIÃO OU DISCURSO DO ÓDIO E DE PROTEÇÃO DE SENTIMENTOS

3.1.2.1. O ART. 578 CP E O CASTIGO DA OPINIÃO

discordância e a pluralidade e diversidade ideológica, cf. NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 31 a 35.

¹⁷ VIVES ANTÓN. “Garantías constitucionales y terrorismo”, ob. cit., p. 28.

¹⁸ GALAN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, ob. cit., p. 307.

O ponto de partida em relação à inclusão deste modelo concreto de criminalização é a introdução do delito de exaltação e justificação do terrorismo por meio da Lei Orgânica 7/2000, de 22 de dezembro, que sanciona a emissão ou transmissão de discursos ou opiniões que louvam ou justificam os terroristas ou suas ações, ou humilham ou desmerecem as vítimas desses delitos, conforme o art. 578 do CP¹⁹, que foi interpretado como uma espécie de *apologia de segundo grau*, que exigia exclusivamente a necessidade de um *risco genérico, indireto ou circunstancial*, adequado para a criação ou favorecimento de um *clima de aceitação social do terrorismo*. A referência ao clima provoca que o crime de exaltação responda à estrutura de um crime de discurso de ódio, onde o relevante é a contribuição para a criação de um determinado clima de apoio (aos terroristas) ou de hostilidade (às vítimas)²⁰. Portanto, a fim de dotar esse tipo penal de legitimidade, um setor doutrinário sustenta a necessidade de identificar uma série de elementos que implicam um plus de desvalor ao mero ato comunicativo: a existência de uma *incitação idônea indutora* de um risco genérico para os direitos ou bens jurídicos de terceiros, que ficariam constatados com a *criação de um determinado clima social*²¹.

O primeiro dos elementos requeridos refere-se à necessidade de uma incitação que induza um perigo ou risco para os direitos ou bens jurídicos de um terceiro, entendendo-se como suficiente que essa incitação seja *indireta*, desde que resulte adequada para produzir um risco genérico para outros bens ou direitos²². Isso determinará que só poderão ser punidos pelo art. 578 do CP aqueles casos em que se constate a adequação indutora da mensagem ou

¹⁹ Este artigo foi posteriormente reformado pela LO 2/2015, de 30 de março. Sobre o tema, veja GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligrosos discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018; NUÑEZ CASTAÑO, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

²⁰ GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., p. 265 e ss.; GARCIA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 154 e ss.

²¹ GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., p. 272-274.

²² GALAN MUÑOZ, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, ob. cit., p. 277 e 278.

discurso emitido para incitar a realização de atos terroristas violentos, bastando para isso que se trate de uma incitação indireta e que o risco seja genérico²³, de modo que resultaria ilegítima a punição da mera emissão da mensagem.

Sendo essa uma possível interpretação, nada impede a existência de outras, como a que entende suficiente a existência de meros atos comunicativos ou aquela que exige a incitação idônea para um clima social, ou como a que entende que somente será legítima (embora obviamente desnecessária) a incitação direta à realização de atos violentos. A diferença não reside – ao menos na minha opinião – na possibilidade de optar por uma ou outra, pois o tipo penal o permite, ao não estabelecer elementos específicos. A diferença, em verdade, reside no respeito à liberdade de expressão que decorre de cada uma delas, uma vez que as duas primeiras, por mais que insistam na adequação ou no clima social, sancionam os discursos ou expressões, enquanto a última exige um risco real ou iminente para bens jurídicos de terceiros, como incitação direta à realização de atos violentos e a perda do amparo constitucional.

É por isso que, já em relação à figura muito questionada da apologia, regulada no art. 18 do CP, exige-se a presença de uma incitação direta, respondendo com isso ao chamado *teste de Brandemburgo*, segundo o qual o Estado só pode proibir discursos quando incitam diretamente à prática de condutas típicas e sejam idôneos para incitar a tais ações²⁴. Porque nem mesmo a exigência da adequação indutora, entendida como a capacidade de quem emite o discurso de influenciar outros (os destinatários), que dependerá de várias circunstâncias históricas, sociais e políticas, será critério suficiente para identificar que tipo de discurso que exalta os terroristas ou suas ações, ou que humilha as vítimas, ficaria fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão, por mais repulsivo ou reprovável que nos possa parecer. E a indeterminação que se deriva dos elementos mencionados de incitação e clima social implica que a identificação de quais tipos de discursos podem ser sancionados conforme o art. 578 do CP e quais não podem ficar a critério do órgão judicial que julgar o caso

²³ GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., p. 293 e 294, quem rejeitava, dessa forma, aquelas interpretações que sustentavam que deveriam tratar-se de atos diretamente incitadores da prática de delitos concretos de terrorismo, cfr. ob. cit., p. 263. Na mesma linha, pronuncia-se ROLLNERT LIERN, “El enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 222.

²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Jueces para la Democracia*, n. 5, 2018, p. 15.

concreto e que, em atenção ao “clima social” ou “político” de cada momento ou mesmo às suas convicções ideológicas e/ou crenças, determinará se, de fato, corresponde ao exercício legítimo da liberdade de expressão ou não.

Críticas semelhantes podem ser feitas em relação ao segundo dos elementos mencionados: a criação de um clima social de hostilidade em relação às vítimas ou de apoio e reafirmação aos terroristas e suas ações, que poderiam induzir os receptores do discurso a realizar futuros atos violentos contra determinados coletivos. Uma primeira questão seria a própria possibilidade de conceber esses comportamentos como crimes do discurso de ódio, pois, por mais hostil ou ferino que possa ser seu conteúdo, dificilmente poderá ser percebida uma motivação discriminatória específica em relação a determinados coletivos; nem as vítimas do terrorismo nem os terroristas constituem um coletivo discriminado. As primeiras, por razões óbvias e inegáveis, recebem todo o apoio social ou institucional, e os segundos, porque o apoio de seus seguidores ou adeptos já é assegurado, sem que se sintam discriminados, mas justo o contrário. Além disso, há um segundo aspecto, que é a dificuldade de sustentar uma clara capacidade influenciadora de quem emite esse tipo de discursos em relação àqueles que os recebem.

Considero que, no afã de legitimar os crimes de expressão e, especificamente, o art. 578 do CP, parte-se de um ponto de partida equivocado ao tentar, *prima facie*, realizar uma interpretação restritiva dos diferentes elementos da figura delitiva concreta, quando, na verdade, deveria entender-se que qualquer discurso, seja qual for seu conteúdo, está amparado pela liberdade de expressão e que somente nos casos em que concorra determinadas circunstâncias (a incitação) que impliquem um risco (na minha opinião, real e iminente) para outro bem jurídico poderia ser eliminada a proteção constitucional e, conseqüentemente, sancionar o comportamento. Partindo dessa perspectiva, é assim que deveriam ser interpretados os diferentes elementos típicos, e assim, para aplicar o delito de exaltação do terrorismo, exigir-se-ia a necessidade de que exista uma incitação (direta, na minha opinião) adequada para a realização de comportamentos que impliquem um *clear and present danger* em relação a algum outro bem jurídico. Obviamente, *lege ferenda*, o adequado seria a sua

supressão ou, ao menos, modificação, que determinasse claramente a necessidade dos elementos que acabamos de expor.

3.1.2.2. A DIFUSÃO DE MENSAGENS OU CONSIGNAS TERRORISTAS (ART. 579 DO CP) E A PUNIÇÃO DO DISCURSO PÚBLICO

Outro exemplo de punição desse discurso terrorista, como modalidade do discurso de ódio, pode ser encontrado no crime contido no art. 579 do CP, que pune a difusão pública de mensagens ou consignas terroristas (art. 579.1 do CP). O primeiro dos problemas que surgiria em relação a esse tipo delitivo seria o de determinar o que deve ser considerado mensagens ou consignas terroristas, pois é preciso levar em conta que houve, pela Lei Orgânica 2/2015, uma notável ampliação do elemento teleológico do terrorismo, refletido no art. 573 do CP²⁵, que pode determinar que seja factível a punição de meros atos comunicativos difundidos publicamente que nada têm a ver com o que tradicionalmente é considerado terrorismo²⁶. Se resulta inaceitável, como se expôs ao longo deste trabalho, a mera sanção de ideias ou de sua expressão, mesmo que tenham adequação incitadora em relação ao terrorismo, quando as mensagens ou consignas nada têm a ver com ele, a criminalização do ato comunicativo, por muito que se difunda, já se torna absolutamente intolerável²⁷.

Certamente, a decisão de tipificar um comportamento concreto, ou melhor, as razões de política criminal que determinam a sanção de uma conduta concreta, ficam nas mãos dos poderes públicos²⁸, mas essas decisões tomadas pelo poder legislativo ou pelo poder político, partindo do pressuposto de que

²⁵ Ampliação que procede essencialmente da Resolução 2178 das Nações Unidas, e que também encontrou reflexo, após a reforma de 2015, na Diretiva 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho.

²⁶ RODRIGUEZ MOLINA, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 234.

²⁷ Destaca RODRIGUEZ MOLINA, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, ob. cit., p. 248, que esses tipos penais “*tornam-se absolutamente injustificáveis quando se referem a condutas que consistem na expressão de opiniões, pensamentos ou ideias que, podendo indiretamente apoiar ou amparar atos de terrorismo ou seus autores, não são senão o exercício da liberdade de expressão, de modo que sua sanção poderia implicar a consideração como terrorismo daquilo que é mera divergência ideológica*”.

²⁸ GONZALEZ CUSSAC, “Política y delito”, *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 26, Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

estamos em um Estado Democrático de Direito, concebido como uma democracia não militante, têm um limite normativo insuperável: a *Constituição*²⁹ e, conseqüentemente, os direitos fundamentais nela contidos, entre eles, e de maneira prioritária, a liberdade de expressão.

Poderia parecer que o legislador, de modo algum, pensava na sanção de mensagens ou consignas que não respondessem ao que tradicionalmente se concebia como terrorismo, mas o certo é que, quer pensasse ou não (e eu acredito que sim), a interpretação sistemática da regulamentação contida no art. 579.1 de difusão de mensagens e as finalidades previstas no art. 573 do CP em relação ao terrorismo permitiram não apenas que se pensasse, mas também que se tentasse aplicar esse tipo penal a casos que nada têm a ver com sua essência.

Certamente, a regulamentação típica do art. 579.1 é mais concreta do que a do 578, mas ainda assim não fica delimitado seu conteúdo e âmbito de aplicação, reproduzindo-se as mesmas críticas que foram mantidas em relação ao preceito anterior. Se é exigido que as incitações ou provocações sejam diretas à realização de atos de terrorismo, seria uma regulamentação absolutamente desnecessária, já que esses comportamentos estariam amparados nos arts. 17 e 18 do CP; se, por outro lado, considera-se suficiente a incitação indireta e adequada para a produção de um determinado clima social, voltamos novamente à punição de sentimentos: os de hostilidade de quem emite a mensagem e os de insegurança de quem é destinatário.

Agora bem, após a reforma operada pela Lei Orgânica 2/2015, a interpretação deve ser distinta em virtude de cada um dos apartados do art. 579 do CP a que nos referimos. O terceiro inciso do preceito tipifica de maneira expressa os atos de participação tentada ao sancionar expressamente "*os demais atos de provocação, conspiração e proposição para cometer algum dos delitos regulados neste capítulo*", de modo que se produziria um concurso de leis com os arts. 17 e 18 do CP a ser resolvido em virtude do princípio da especialidade a favor do art. 579.3 do CP.³⁰ No caso do segundo inciso, poderia

²⁹ GONZALEZ CUSSAC, "Política y delito", ob. cit., p. 20.

³⁰ NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 204-ss.

ser feita a mesma alegação, pois, a partir de uma interpretação sistemática do preceito, só poderia entender-se que se está referindo a casos de incitação direta (diante de numerosas pessoas), sob pena de deixar vazio de conteúdo o primeiro inciso do preceito, o que novamente teria perfeito acolhimento no art. 18.1 do CP. Assim, considero que a única interpretação possível será a de entender que o art. 579.2 do CP regula casos de incitação direta equiparável à provocação genérica do art. 18.1 do CP (com a qual, como já expus, já entraria em concurso de leis), enquanto o primeiro inciso do preceito regula os casos que impliquem ou envolvam uma incitação indireta, que acarretaria um risco potencial de realização de atos de terrorismo. Com base nisso, parece evidente que o inciso primeiro não pune comportamentos adequados para induzir outros a cometer um delito concreto que ou seriam uma apologia do art. 18 do CP ou seriam atos preparatórios puníveis do terceiro inciso; na verdade, o que estaria sendo sancionado seria uma espécie de incitação ou convocação genérica ao crime, com o claro e evidente perigo de que se acabem punindo meras condutas de adesão ideológica que tenham sido expressas publicamente. A tipificação desse comportamento é de difícil justificativa quando se trata do respeito aos direitos fundamentais.

Da perspectiva de *lege data*, e com o objetivo de evitar qualquer violação de direitos fundamentais, será imprescindível uma clara delimitação dos casos em que consignas ou mensagens que impliquem implícita ou explicitamente uma coincidência ideológica com os postulados terroristas, ou mesmo a mera difusão pública de um atentado terrorista ou a informação sobre determinados aspectos das atividades ou dos próprios terroristas, passam de um exercício da liberdade de expressão e/ou informação para se converterem em um crime de provocação terrorista, na minha opinião, no próprio sentido da provocação genérica ao crime. *De lege ferenda*, considero que o preceito deveria ser revogado por sua desnecessidade em relação aos parágrafos segundo e terceiro, já que as condutas neles reguladas teriam perfeito acolhimento nos arts. 17 e 18 do CP, e em relação ao parágrafo primeiro, porque implica uma anulação do direito fundamental à liberdade de expressão e à comunicação e transmissão de ideias e opiniões.

3.1.2.3. O ART. 510 DO CP: O DISCURSO DE ÓDIO E O CASTIGO DOS SENTIMENTOS

A Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, modifica de maneira notável a redação típica do art. 510.1, ampliando-a de maneira significativa, com uma clara e evidente violação da liberdade de expressão, uma vez que não se sanciona (ou ao menos não exclusivamente) a incitação a cometer atos ou delitos de ódio, mas sim a própria incitação a "odiar". De fato, o preceito, em seu parágrafo 1 a), pune *quem fomentar, promover ou incitar direta ou indiretamente ao ódio, hostilidade, discriminação ou violência contra um grupo*, o que implica a sanção do mero ato comunicativo. Mas ainda vai mais longe a reforma de 2015, incluindo no parágrafo 1 b) o que foi denominado de "*cadeia de difusão do discurso de incitação*"³¹.

Tudo isso está ligado a dois aspectos importantes que precisam ser ressaltados: o primeiro é que não se exige que a incitação (direta ou indireta) seja à realização de atos ou comportamentos violentos (tendo ou não efetividade, se os referidos atos são realizados ou não)³², mas sim à incitação a "sentimentos", ou seja, a fazer surgir ódio, hostilidade ou discriminação em relação a determinados coletivos; ou, o que é o mesmo, *incitar ao ódio*³³. Pode-se odiar tudo o que se quiser e até se pode transmitir esse ódio a outros sujeitos; o que não se pode é incitar, com base nesse ódio, à realização de comportamentos típicos que possam afetar um bem jurídico. No entanto, o que realmente está sendo sancionado é a incitação para fazer surgir em outros determinados sentimentos que nem mesmo precisam se manifestar externamente e muito menos se concretizar em atos de violência contra coletivos

³¹ LANDA GOROSTIZA, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza/Garro Carrera (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 64. Isso poderia determinar que o mero fato de retuitar um tuíte com esse tipo de conteúdo de uma terceira pessoa configurasse um delito previsto no art. 510.

³² MIRÓ LLINARES, "Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2022, p. 722.

³³ VALENCIA CANDALIJA, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 206

específicos. A proteção/proibição dos sentimentos dos sujeitos envolvidos, seja como vítimas ou como autores, não tem legitimidade nem fundamento em nosso ordenamento jurídico, e menos ainda pelo Direito penal³⁴. Precisamente por isso, LANDA GOROSTIZA³⁵ sustenta que a parte dos genericamente chamados delitos de ódio relacionados ao discurso é "*a mais delicada em termos de seu potencial de fricção com o livre exercício dos direitos fundamentais e, em particular, com a liberdade de expressão*".

A fim de dotar de legitimidade e, pelo menos, aportar uma aparente restrição à expansão incontrolada que a regulamentação típica determina, recorre-se à exigência de dois elementos fundamentais para interpretar o delito de discurso do ódio contido no art. 510.1 do CP: a incitação adequada e a criação de um clima de hostilidade. Dessa perspectiva, fica claro que, em essência e sem matizações adicionais, a sanção de todo discurso que se desvie do sentimento generalizado ou da moral social dominante possa ser considerada como crime pelo mero fato de ser emitido e difundido, o que torna imprescindível uma restrição do tipo penal que se sustenta na existência de um elemento tendencial que visa "*implicar setores crescentes da população em um enfrentamento coletivo*"³⁶ ou, o que é o mesmo, criar um *clima social de hostilidade*. Duas considerações: a primeira decorre da dificuldade de provar um elemento tendencial que permanece na esfera interna do sujeito, sem que se constate (nem se exija a presença) de uma exteriorização da finalidade concreta, como poderia ser a de incitar à realização de atos de violência; a segunda é um absoluto respaldo do que acaba de ser exposto, pois sustenta-se que o que se pune não é a incitação a atos de violência, mas a expansão de ideias desvaloradas³⁷.

Em uma tentativa de elidir essa desmedida amplitude interpretativa, recorre-se ao mencionado *teste de Rabat* ³⁸, no qual se exige a presença de

³⁴ LEON ALAPONT, "La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo", *El odio como motivación penal*, Teijón Alcalá (dir.), La Ley Wolter Kluwer, 2022, p. 214.

³⁵ LANDA GOROSTIZA, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza/Garro Carrera (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 221.

³⁶ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, ob. cit., p. 68.

³⁷ LANDA GOROSTIZA, "El discurso de odio criminalizado", ob. cit., p. 228.

³⁸ Plano de Ação de Rabat sobre a proibição da apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, hostilidade ou violência, de 5 de outubro de 2012.

tensões graves no contexto em que se emita o discurso, a análise da *capacidade de incitação* do emissor da mensagem, a sua *reiteração ou não*, o *meio ou modo de difusão empregado* e a *predisposição dos destinatários* para serem influenciados. Dessa proposição, derivam-se, em minha opinião, duas questões críticas: a primeira é que, novamente, se está tomando como referência meras circunstâncias potenciais e hipotéticas, que em alguns casos serão de impossível demonstração e, em outros, ficarão ao arbítrio de uma total subjetividade de quem julga ou de quem poderia ser a vítima; e, em segundo lugar, que, em nenhum momento, faz-se referência à necessidade de que se constate ao menos um potencial perigo para bens jurídicos alheios, mas tende-se a punir as mensagens com base em sua capacidade de influenciar outros e na criação de um suposto clima de hostilidade contra determinados grupos ou coletivos.

Por tudo isso, em relação ao delito do discurso do ódio contido no art. 510.1 do CP, de maneira alguma resulta possível realizar uma interpretação restritiva, pois é evidente que, para o legislador penal, resulta totalmente irrelevante o fato de que a incitação direta ou indireta que determine um clima social ou a afetação dos sentimentos de outrem implique sequer um potencial perigo de realização de atos violentos e/ou risco para interesses concretos de terceiros. Simplesmente se limita a sancionar o ato de transmitir um determinado tipo de ideias que possam convencer terceiros e que tenham como conteúdo o fato de sentir ódio, hostilidade ou discriminação em relação a outros³⁹.

Por essa razão, são numerosos os autores que, diante dessa situação, sustentam a ilegitimidade do tipo penal, na medida em que proíbe os discursos ou expressões pelo simples fato de serem adequadas para incitar ao ódio ou à hostilidade⁴⁰, pois se convertem em um potente instrumento de controle da discrepância social, política e ideológica, que atenta frontalmente contra o direito

³⁹ NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 278.

⁴⁰ GALAN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, ob. cit., p. 324; ROIG TORRES, *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, ob. cit., p. 220; MIRA BENAVENT, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Portilla Contreras/Pérez Cepeda (dir.), Ratio Legis, Universidad de Salamanca, 2016, p. 104 e 105.

à liberdade de expressão; e isso não pode ser justificado com base na existência de comentários ofensivos, repulsivos, ferinos ou hostis, pelo mero fato de serem tais, nem pela emissão de piadas de mau gosto ou por expressões críticas a um determinado sistema político⁴¹.

De lege data, a lesão do direito à liberdade de expressão está servida e, por isso, *lege ferenda*, resultaria absolutamente imprescindível exigir a derrogação desses delitos⁴².

3.1.2.4. O ASSÉDIO ANTE AS CLÍNICAS DE INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ (ART. 172 QUATER DO CP): A PUNIÇÃO DA EXPRESSÃO

São muitos os tipos penais que incidem sobre a liberdade de expressão, mas, por razões de extensão, gostaria de fazer uma breve referência a um último caso mais inovador, pois responde a uma recente reforma realizada pela Lei Orgânica 4/2022, de 12 de abril, na qual se incorpora, na sede de coações, um novo crime de assédio no art. 172 *quater* do CP, através do qual se pune expressamente quem assediar uma mulher mediante atos *molestos, ofensivos*,

⁴¹ CABELLOS ESPIERREZ, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 112, enero-abril, 2018, p. 82; CORRECHER MIRA, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017, p. 15 e 16; GALAN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, ob. cit., p. 47.

⁴² Sustentam a necessidade de sua supressão, entre outros, DIAZ Y GARCIA DE CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio”, ob. cit., p. 20; ALASTUEY DORON, “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 1995”, ob. cit., p.; MIRO LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres”, ob. cit., p. 52; ALCACER GUIRAO, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, ob. cit., p. 26; MIRA BENAVENT, “El delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p.317; CABELLOS ESPIERREZ, “Libertad de expresión y límites penales”, ob. cit., p. 47; CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico”, ob. cit., p. 1425; LEON ALAPONT, “Enaltecimiento y apología del franquismo”, ob. cit., p. 82; também dele, “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 24-01, 2022, p. 37; PASTRANA SANCHEZ, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 274; MENENDEZ CONCA, “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *Revista de Derecho Penal y criminología*, 3ª época, nº 22, 2019., p. 100; PENA GONZALEZ, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad”, *La Ley 8050/2019*, p. 7; PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura”, ob. cit., p. 92; também dele, “La represión penal del «discurso del odio»”, p. 723; ROIG TORRES, “El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán”, ob. cit., p. 23; também dela, “El delito de apología y exaltación del franquismo”, ob. cit., p. 5; CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad y libertad de expresión”, ob. cit., p. 7.

intimidatórios ou coercitivos que diminuam sua liberdade, desde que isso seja realizado com a *finalidade de obstaculizar a interrupção voluntária da gravidez*.

A *ratio criminis* deste preceito concreto e, na minha opinião, altamente questionável, encontra-se na situação provocada pelas manifestações diante das clínicas de interrupção da gravidez, organizadas por determinados coletivos ou até mesmo de maneira individual, que, posicionando-se em frente a estas, rezavam, levavam cartazes, proferiam insultos ou ameaças etc. Em minha opinião, embora a regulamentação afete diretamente direitos fundamentais daqueles que não compartilham a ideia de permitir a prática do aborto, essencialmente a liberdade de expressão (que, como já mencionamos, também abrange o fato de tentar convencer outro da correção de suas ideias), a argumentação apresentada no Preâmbulo da mencionada Lei não apenas é abertamente criticável por não oferecer um fundamento válido para a tipificação expressa dessa conduta, exceto a afetação da liberdade da pessoa, que já estava amparada no ordenamento jurídico, mas também não coincide com o que posteriormente se sustenta no preceito, por exemplo, não estabelece nenhuma *zona de segurança*.

Em primeiro lugar, o novo crime de assédio está regulado entre os delitos de coação, ou seja, os delitos contra a liberdade. Dessa forma, a finalidade, e isso vem expressamente contido no preceito, de quem realiza as diversas condutas típicas deve ser a de vulnerar a liberdade de quem comparece ou trabalha nas clínicas de interrupção da gravidez, com o objetivo de *obstaculizar o exercício do direito à interrupção*. Segundo o dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, "obstaculizar" deve ser entendido como *impedir ou dificultar a consecução de um propósito*, de modo que necessariamente a conduta levada a cabo deve perseguir direta e claramente esse objetivo e não outro diverso, como poderia ser convencer ou influenciar na decisão tomada para modificá-la, isso sim, sem recorrer a meios ilícitos e/ou violentos. Que a finalidade de quem realiza esse tipo de manifestações e condutas é *evitar* que ocorra o aborto é inegável, mas igualmente inegável é o direito que têm de manifestar sua opinião contrária e tentar evitá-lo por meio de atos comunicativos de expressão de ideias (palavras de ordem, cartazes, lemas, rezas etc.). Para que se possa apreciar a

concorrência desse tipo penal e, em respeito ao princípio constitucional da *proibição de excesso*, deve-se exigir que os atos diminuam efetivamente a liberdade das pessoas no exercício de seus direitos ou de sua profissão ou ofício⁴³.

Isso nos leva ao segundo problema, que é a mistura de comportamentos que é feita de maneira indistinta (na verdade, parece ser uma nova tendência que o legislador tem adotado nos últimos anos) ao equiparar *atos molestos e ofensivos* com *atos intimidatórios ou coercitivos*. Não são o mesmo e não podem ser, pois, por mais que se tentem fazer interpretações restritivas de um e/ou de outro, não se poderá chegar a uma equiparação no significado que implicam. Uns são meros atos comunicativos de expressão e transmissão de ideias, e outros são atos de ameaças ou coações que, por si mesmos, já configuram um tipo penal. Em outras palavras, se alguma das condutas realizadas pelos indivíduos diante das mencionadas clínicas consistir em intimidar, ameaçar ou coagir as pessoas que se dirigem a elas, com a finalidade de afetar ou lesionar sua liberdade, impedindo-as de realizar o que têm o direito, não seria necessária a regulamentação específica desse tipo penal, pois poderiam perfeitamente ser aplicados os delitos de coação e/ou ameaças, dependendo dos casos. Por exemplo, se um ou mais manifestantes ameaçarem as pessoas que se dirigem aos centros, informando que, se entrarem, terão algum tipo de consequência ao saírem, ou tentam segurá-las ou bloqueiam a porta para impedir o acesso, não seria necessário o novo delito do art. 172 *quater*, pois os delitos dos arts. 169 e seguintes e 172 poderiam ser perfeitamente aplicáveis, conforme as condutas realizadas. O mesmo pode ser dito se as expressões proferidas constituíssem um ataque direto à honra, como, por exemplo, chamá-las de "assassinas" ou "genocidas", podendo ser aplicados, em relação a esses comportamentos, os delitos de injúria. Em suma, considero que, ao menos os atos mais graves e lesivos, já estavam contemplados para poder ser sancionados pelo ordenamento jurídico, salvaguardando, assim, tanto o direito à liberdade quanto a honra de quem acude às mencionadas clínicas.

⁴³ CUERDA ARNAU, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed., González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 199.

Mas existe um segundo grupo de condutas que o legislador define como *atos molestos e ofensivos* e que, de fato, são a que se refere especificamente no Preâmbulo da Lei Orgânica 4/2022, ou seja, *abordar mulheres com fotografias de fetos de brinquedo e proclamações contra o aborto antes que entrem na clínica*. Em primeiro lugar, deve-se determinar o que se pretende significar com *abordar*, de modo que, se isso implica algum ato coercitivo, ameaçador ou intimidatório, valeria o exposto no parágrafo anterior. Caso contrário, ou seja, se os fatos consistirem em levar cartazes com fotografias de fetos mortos ou brinquedos idênticos, ou gritar palavras de ordem contra o aborto ou simplesmente rezar, mas sem realizar qualquer comportamento de acometimento direto contra as pessoas que acessam os centros, na minha opinião, desapareceria a potencial afetação da liberdade, para aparecer um novo *sentimento de perturbação, desconforto ou incômodo* que a pessoa em questão possa sentir. Em alguns casos, essa pessoa sentirá, em outros não. Mas, de modo algum, pode-se alegar que com isso se obstrua ou impeça a prática do aborto; trata-se, na verdade, de expressar ideias (contrárias à realização dessas práticas) tão legítimas (por mais que não as compartilhemos) quanto qualquer outra, e que *tentam influenciar ou convencer* outra pessoa por meios não coercitivos ou intimidatórios a fim de que mude sua decisão e, assim, evite levar a cabo a interrupção da gravidez. O que sim, se pode afirmar é que a expressão desses atos comunicativos pode (e geralmente o faz) ocasionar um *sentimento de hostilidade, perturbação ou incômodo* no sujeito a quem se destinam, mas, com isso, voltamos a perder a perspectiva de proteção de bens jurídicos para passar a amparar *sentimentos*.

O terceiro ponto a ser mencionado, em relação à incongruência entre o que é estabelecido no Preâmbulo e a regulamentação específica do tipo penal, refere-se às chamadas *zonas de segurança*. Parece derivar-se dessa afirmação que a realização de determinadas condutas seria proibida em um ambiente físico específico ao redor das clínicas, com o objetivo de assegurar a confidencialidade e a tranquilidade. No entanto, de modo algum o preceito faz referência a tal aspecto; ao contrário, tanto o primeiro parágrafo (referente às mulheres) quanto o segundo (relativo ao pessoal de saúde ou médico) não contêm qualquer

elemento relacionado ao espaço físico em que possam ocorrer atos molestos, ofensivos, intimidatórios ou coercitivos. Em suma, pareceria que se busca impedir que esse tipo de manifestação ocorra diante dos centros ou em suas proximidades, mas tal afirmação não encontra respaldo na redação do tipo penal. Tampouco entendo que essa limitação espacial pudesse ser legitimada pela Constituição, uma vez que isso implicaria não apenas a restrição do direito à liberdade de expressão já imposta por esse preceito, mas também dos direitos de manifestação e reunião, os quais, salvo por motivos de ordem pública, não podem ser espacialmente limitados.

Em síntese, como destaca CUERDA ARNAU⁴⁴, *“trata-se de uma opção político-criminal que não responde a razões de estrita necessidade”* e cuja incorporação não se mostrava necessária⁴⁵. De fato, como já foi mencionado, talvez de forma excessivamente reiterada, a tolerância com as opiniões alheias, independentemente de seu conteúdo, relevância ou alcance — e mesmo diante da existência de certo grau de agressividade verbal — é a essência de um sistema democrático. Como aponta corretamente LASCURAIN SANCHEZ⁴⁶, *“essa tolerância tem uma peculiar dimensão para o legislador penal, manifestando-se sob a forma de inação inclusive quem se quando quem se expressa o faz com um excesso ilícito”*. E certamente, pode ser que não concordemos com ações que perturbam mulheres no exercício de um direito amparado pela lei e carregado de alta conotação emocional, mas isso — ou seja, tentar evitar esse sentimento de perturbação ou incômodo — não constitui, de forma alguma, fundamento para a violação ou supressão do exercício de direitos fundamentais. Correta ou não, compartilhável ou não, sua opinião permanece como exercício legítimo da liberdade de expressão.

⁴⁴ CUERDA ARNAU, *ibidem*.

⁴⁵ Assinala LASCURAIN SANCHEZ, El delito de rezar, *Diario El Mundo*, 19 de maio de 2022, que o fato de se concordar ou não com as condutas de outros e de se considerar uma falta de urbanidade, educação ou empatia com os demais a realização de escraches, gritos de consignas ou orações em frente a clínicas de aborto, não fundamenta sua criminalização, pois *“enviar à prisão cidadãos que expressam e manifestam suas opiniões políticas dessa forma é um passo gigantesco — aquele que nos leva às fronteiras do antidemocrático”*.

⁴⁶ LASCURAIN SANCHEZ, El delito de rezar, *Diario El Mundo*, 19 de mayo de 2022.

3.1.3. O DIREITO A NÃO DECLARAR CONTRA SI MESMO E A NÃO SE DECLARAR CULPADO: O CASTIGO DO SILENCIO E A FALTA DE COLABORAÇÃO ⁴⁷

3.1.3.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE NÃO DECLARAR CONTRA SI MESMO E DE NÃO SE DECLARAR CULPADO.

São muitos os direitos que diretamente são violados ou, ao menos, flexibilizados em prol de algo tão etéreo ou indeterminável quanto a tranquilidade da sociedade ou, o que é mais perigoso, a conformidade com a moral social dominante. Um exemplo claro de condutas rejeitadas e reprovadas pela sociedade, seja pelo sofrimento que podem causar, seja pela falta de colaboração com a Administração de Justiça que acarretam, são os dois tipos penais aos quais farei referência neste ponto e que, em minha opinião, suprimem completamente o direito previsto no art. 24.2 da Constituição Espanhola (CE) de *não declarar contra si mesmo e de não se declarar culpado*. Em essência, ao realizarmos uma breve análise de cada uma dessas figuras delitivas, ficará evidente que não há um bem jurídico concreto a ser protegido (seja porque já está resguardado por outros tipos penais, seja porque não é possível identificar qualquer interesse individual passível de proteção), e o que, em essência, servirá de fundamento para sua regulamentação penal será a falta de empatia ou solidariedade com as vítimas ou seus familiares, ou a ausência de colaboração com a administração na investigação de outro delito. Como exporei, em minha opinião, seja quem seja aquele que não colabore ou demonstre empatia (tanto se for o autor do delito prévio, como alguém que, conhecendo-o, não o comunica, o que implicaria um delito de encobrimento), o silêncio constitui apenas o exercício legítimo de um direito fundamental, reconhecido constitucionalmente no art. 24.2 CE, de não declarar contra si mesmo e de não se declarar culpado.

⁴⁷ Nota da tradutora: embora os direitos em questão sejam uma manifestação evidente do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que encontra correspondência específica no vocabulário jurídico do português brasileiro, foi mantida a tradução literal da Constituição Espanhola, com a finalidade de preservar o significado pleno do texto original da autora.

Obviamente, o exercício desse direito inegavelmente obstaculizará a investigação e o possível julgamento de outras condutas delitivas. No entanto, trata-se de um direito constitucional que, mesmo ao dificultar a atividade da Administração de Justiça, a investigação ou a descoberta de outros delitos, não perde sua proteção constitucional. Pelo contrário, é precisamente essa proteção que fundamenta o Estado de Direito. Sob essa perspectiva, manter o silêncio não ultrapassa, de forma alguma, os limites do direito previsto no art. 24.2 CE; pelo contrário, constitui a própria essência desse direito. Dessa perspectiva, *guardar silêncio* não excede, em momento algum, o contorno do direito contido no art. 24.2 da CE, senão, ao contrário, é sua essência⁴⁸.

Certamente, a doutrina se mostrou plural ao interpretar esse direito⁴⁹, entendendo que estão diretamente vinculados o direito à defesa, ao silêncio, a não declarar ou a declarar falsamente, à assistência letrada, a não ser obrigado a se declarar culpado ou a fornecer informações que facilitem a investigação de um delito no qual possa ter participado⁵⁰; assim, existe consenso doutrinário quanto à relação direta entre o direito de não declarar contra si mesmo e o direito ao silêncio⁵¹, de modo que se entende que a inexistência de uma obrigação de declarar (direito de não declarar contra si mesmo) implica o direito de permanecer em silêncio, de não responder perguntas, de responder apenas a algumas ou a determinados questionamentos dos agentes, com a finalidade (legítima sob a perspectiva do direito de defesa) de impedir a formação de um material probatório para a investigação e julgamento do delito⁵². Consequentemente, para os tipos penais que abordaremos, o direito ao silêncio ou de não declarar contra si mesmo está diretamente ligado ao *direito a não*

⁴⁸ Aponta o Tribunal Constitucional, na Sentença 127/2000, de 16 de maio, no seu Fundamento Jurídico Quarto, que “o direito a não contribuir com a própria incriminação é um componente do direito a guardar silêncio, a genérica advertência do direito a guardar silêncio pode ser considerada compreensiva da informação de que, ao declarante, assiste o direito a não declarar contra si mesmo e não se confessar culpado”.

⁴⁹ Vide, por todos, GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 263-ss.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 3, *Stuidia Ivridica*, Universidad de Coimbra, 2009, p. 1013 e 1014.

⁵¹ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 264 e ss., e 271 e ss.

⁵² JARIA I MANZANO, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, *Derecho Penal Constitucional*, Quintero Olivares (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 200.

*colaborar*⁵³, referindo-se ao direito de uma pessoa de não ajudar outros a alcançar um objetivo, em especial, o *direito do acusado de não auxiliar a acusação a lograr sua condenação*⁵⁴; e tudo isso abarcaria tanto uma atitude passiva quanto qualquer iniciativa ou ação que tenha por finalidade obstaculizar a investigação ou o processo.

Por isso, GALLARDO ROSADO⁵⁵ considera que do direito de não se autoincriminar derivam três consequências: a faculdade do imputado de se abster de falar, a voluntariedade de sua declaração e a liberdade de decidir durante sua declaração. Essas prerrogativas podem ser exercidas perante qualquer autoridade no que diz respeito à potencial prática de um ato delitivo, de modo que o delito deve ser provado sem que o investigado ou detido precise fornecer elementos para tal. O autor destaca que *“a colaboração do acusado ao prestar sua declaração depende exclusivamente da vontade que ele próprio tenha de utilizar esse instrumento declaratório como meio de defesa, de tal forma que não é possível obrigá-lo a manifestar nem seu pensamento nem um conteúdo específico deste com a finalidade de favorecer os objetivos da investigação”*⁵⁶.

A consequência, em minha opinião, é clara: de nenhuma forma se pode obrigar, pressionar ou coagir um sujeito a fornecer informações ou dados que possam implicar autoincriminação de qualquer tipo ou categoria. Outra coisa distinta violaria de maneira clara e direta o direito de defesa e todas as suas manifestações, em especial o direito ao silêncio, sobre o qual não existem limites nem temporais nem de conteúdo. E justamente por isso, resulta altamente questionável a possibilidade de incluir tipos delitivos cujo conteúdo essencial radica concretamente em guardar silêncio, ou seja, no exercício legítimo de um

⁵³ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 278 e 279.

⁵⁴ MORENO CATENA, “Sobre la presunción de inocencia”, *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015, p. 889, onde destaca que o direito ao silêncio se configura como um elemento básico tanto do direito de defesa e da não autoincriminação, como do direito à presunção de inocência..

⁵⁵ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 285 e 286.

⁵⁶ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 289.

direito fundamental. A pergunta é imediata: como pode ser crime o exercício de um direito protegido constitucionalmente dentro dos parâmetros legais previstos para tal?

Pois é possível, e isso é possível porque assim foi estabelecido pela LO 14/2022, de 23 de dezembro, ao incorporar ao nosso ordenamento jurídico duas figuras delitivas cujo elemento essencial é justamente o exercício do direito de não declarar contra si mesmo e de permanecer em silêncio, o que implica a falta de colaboração com a administração e a investigação dos delitos: uma modalidade de delito contra a integridade moral por ocultar informações sobre o paradeiro de um cadáver (art. 173.1, parágrafo segundo do Código Penal) e o novo delito de enriquecimento sem causa (art. 438 bis do Código Penal). Assim, o exercício de um direito fundamental passaria a ser considerado crime.

3.1.4. OS TIPOS PENAIIS QUE TIPIFICAM COMO DELITO O NÃO DECLARAR CONTRA SI MESMO E GUARDAR SILÊNCIO

3.1.4.1. OCULTAR INFORMAÇÃO SOBRE O PARADEIRO DO CADÁVER

A LO 14/2022 sanciona, no parágrafo segundo do art. 173.1 do Código Penal, como uma modalidade de crime contra a integridade moral, aqueles que, *tendo conhecimento do paradeiro do cadáver de uma pessoa, ocultem de forma reiterada essa informação dos seus familiares ou pessoas próximas*. Não posso deixar de transcrever algumas das argumentações apresentadas no Apartado IV do Preâmbulo da referida Lei como justificativa para a introdução dessa figura delitiva, pois, em alguns aspectos, são pelo menos rocambolescas e confusas.

Em primeiro lugar, afirma-se, por duas vezes, que se trata de uma figura agravada em relação à prevista no parágrafo primeiro do art. 173.1 do Código Penal, quando, na verdade, o parágrafo segundo começa afirmando que “igual pena será imposta...”, logicamente com igual pena se refere à prevista no parágrafo primeiro, que é o que, sim, estabelece um concreto marco penal, ainda que este seja talvez o menor dos problemas. O passo seguinte que se tenta dar no Preâmbulo é a identificação de um bem jurídico, tarefa que, aliás, resultaria desnecessária, já que, ao ser incluído como um crime contra a integridade moral,

esse deveria ser o bem jurídico protegido⁵⁷; mas assinala o texto legal que se castiga a ocultação do cadáver *“atendendo ao sofrimento que tal conduta possa causar aos familiares ou pessoas próximas da pessoa falecida. (...) Esta modificação obedece ao fato de que, quando ocorre a morte de um familiar ou pessoa próxima, a impossibilidade de dispor do corpo para realizar as honras fúnebres, prescritas por nossas tradições sociais e religiosas, causa uma dor adicional, especialmente agravada quando essa situação é provocada por um terceiro que deliberadamente oculta o cadáver. Assim, em alguns casos notórios nos quais os responsáveis por um homicídio ou assassinato se negaram a revelar o paradeiro do cadáver de sua vítima — mesmo já tendo sido condenados de forma definitiva e, portanto, sem que a revelação do paradeiro pudesse acarretar-lhes qualquer prejuízo penal —, ocorre uma ação que causa um dano específico aos familiares e pessoas próximas da vítima e que é particularmente reprovável”*⁵⁸ e, continua assinalando, que *“resulta necessário que, nesses e em outros casos semelhantes, o ato de ocultar o cadáver seja penalmente punido, independentemente da pena que corresponda, por sua vez, ao delito prévio que tenha causado a morte, pois se trata de um injusto adicional que merece uma resposta penal diferenciada”*. Vamos por partes, pois, em minha opinião, não seria possível indicar maior quantidade de inconsistências e incoerências jurídico-penais em tão pouco espaço.

Em primeiro lugar, parece que se identifica o objeto de tutela com o *sofrimento que o fato de não dispor do corpo da vítima pode ocasionar aos seus familiares*; novamente estamos diante de uma proteção do que não é senão um

⁵⁷ Diversa é a questão de saber se, como se analisará a seguir, a conduta descrita realmente pode ou não afetar, por si só, a integridade moral e, mesmo nos casos em que essa ofensa seja aceitável, se ela poderia ser considerada delito, uma vez que envolve o exercício de um direito fundamental, como o direito ao silêncio neste caso.

⁵⁸ Refere-se ao Caso Marta del Castillo, em que o problema não foi ocultar o cadáver, nem se recusarem a indicar seu paradeiro, mas as diferentes versões contraditórias que surgiram, o que resultou na aplicação de um delito contra a integridade moral devido ao *aumento voluntário da angústia dos familiares, decorrente da prolongada incerteza. Essa situação, indubitavelmente, agravou o sofrimento psíquico ou moral das vítimas, resultante das constantes mudanças nas declarações do acusado sobre o destino do corpo*, conforme sustentado pela STS 62/2013, de 29 de janeiro (Tol 3010065). No entanto, cabe destacar que a SAP de Sevilla 1/2012, de 13 de janeiro (Tol 2337688), referente ao mesmo caso, entendeu que não cabia caracterizar o delito contra a integridade, pois não foi comprovado que o autor *“teve a intenção de desonrar, envilecer e humilhar os familiares diretos da menor”*.

sentimento, neste caso sofrer. Se o que se pretende argumentar é que isso afeta a integridade moral, deve ser algo mais do que o mero sofrimento derivado da própria perda de um familiar de maneira violenta e da impossibilidade de encontrar seu cadáver, algum tipo de desvalor distinto à mera ocultação do cadáver e, ainda mais, algum tipo de desvalor acrescentado ao silêncio quanto ao seu paradeiro, mesmo que mantido de maneira reiterada. Trata-se de que o tipo penal só terá sentido quando a conduta realizada afetar claramente a integridade moral de outra pessoa⁵⁹, o que de modo algum pode ser sustentado em relação ao fato de ocultação do cadáver e ao silêncio, mesmo reiterado, de quem conhece seu paradeiro. Em primeiro lugar, porque a conduta, por si só, está claramente inserida no direito de defesa, no direito de não declarar contra si mesmo e no direito de permanecer em silêncio, e o exercício legítimo de um direito, por mais que possa causar maior dor ou sofrimento a outros, está amparado pela Constituição Espanhola; em segundo lugar, porque o ataque à integridade moral exige mais elementos que a mera realização da conduta descrita no tipo penal, isto é, ocultar de maneira reiterada a informação sobre o paradeiro do cadáver aos seus familiares, sendo necessária a nota de gravidade que deve ser constatada em todas as modalidades de delitos contra a integridade moral, de modo que fariam de fora condutas que podem gerar dor, mal-estar ou desassossego, mas que não possuem a relevância suficiente para constituir um atentado contra a integridade moral⁶⁰, e, além disso, a intenção do sujeito de atentar contra a dignidade, provocar humilhação e vexame nos familiares. E nenhum desses elementos pode ser deduzido automaticamente da realização da conduta descrita no tipo penal.

De fato, a incorporação dessa figura delitiva, como já foi exposto, responde à situação ocasionada no conhecido Caso Marta del Castillo, mas nele, quando o Tribunal Supremo condena por um delito contra a integridade moral, não o faz por ter ocultado o cadáver, nem por manter silêncio reiterado sobre

⁵⁹Assim, segundo a STS 561/2021, de 24 de junho (Tol 8505319), a integridade moral corresponde ao 'direito de não receber de outrem um tratamento que possa gerar uma situação de humilhação, objetificação ou envilecimento'. Isso implica a necessidade de que ocorra: a) um ato com conteúdo claramente vexatório para o sujeito passivo do delito, b) um sofrimento físico ou psíquico desse sujeito e c) um comportamento que seja degradante ou humilhante e afete a dignidade da pessoa afetada pelo delito.

⁶⁰ CUERDA ARNAU, "El nuevo delito contra la integridad moral", *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 26.

seu paradeiro, mas justamente pelo contrário, por "falar demais", dando versões sucessivas e diferentes sobre o paradeiro. O sofrimento e o atentado à dignidade não residem na ocultação ou no silêncio reiterado, mas, como assinala a STS 62/2013 (Tol 3010065), nas *"variações sucessivas do acusado sobre o destino do cadáver (...)* O determinante do ilícito em questão é, em qualquer caso, esse *incremento voluntário da dor dos familiares (...)* Gerando contínuas expectativas quanto à possível localização do corpo, sucessivamente frustradas, e sendo tal resultado conhecido «ex ante» pelo acusado, na medida em que ele sabia da falta de certeza de suas próprias declarações, feriu a integridade moral das vítimas (...) Ao dano moral inerente à perda de um familiar tão direto, ainda mais quando sua morte não é de etiologia acidental, mas violenta, soma-se, neste caso, a dor derivada dessas versões cambiantes sobre o ocorrido e sobre seu paradeiro, alheias ao autoencobrimento inerente ao direito de defesa, desprezando os sentimentos e a dignidade das vítimas"⁶¹, reconhecendo com isso que o silêncio em si mesmo, mesmo reiterado, responde ao direito de defesa e, mais especificamente, ao direito de não declarar contra si mesmo⁶². Por isso, afirma CUERDA ARNAU⁶³ que *"são esses matizes – e não a mera ocultação – que, da perspectiva da integridade moral, permitem considerar que, por um lado, essa conduta representa um grave e absoluto desprezo pelos entes próximos da vítima e, por outro, transcende os limites do direito de defesa e pode, por conseguinte, ser objeto de sanção penal"*, ao que deveria ser acrescentado, em minha opinião, não apenas a mera ocultação do cadáver, mas também o silêncio reiterado.

⁶¹ Negrito da autora.

⁶² De fato, a mencionada Sentença continua afirmando que *"o desvalor do maltrato que, com sua conduta ao longo do processo, foi causando projetou-se sobre os envolvidos, convertendo-os em vítimas de um tratamento vexatório que, sendo contínuo e persistente no tempo, gerou-lhes um grave sofrimento não só físico, mas especialmente psíquico, com evidente lesão à sua integridade moral. Esse dano aparece refletido no relato factual quando se associa a crueldade dessas versões cambiantes sobre o paradeiro ao resultado final de não poder dar sepultura, «causando, se possível, maior dor» ao já existente com a morte da menor (...)* Houve, portanto, um ataque efetivo ao bem jurídico que a norma analisada busca proteger e que esta Sala entende como manifestação direta da dignidade humana (arts. 10 e 15 CE)". Como se observa, o fundamento da punição por um delito contra a integridade moral reside no aumento do sofrimento causado intencionalmente ao fornecer versões divergentes sobre o assunto, pois, seguindo o Tribunal, tudo isso era desnecessário para o exercício do direito de defesa, mas, obviamente, não se limita ao simples ato de ocultar um cadáver ou de guardar silêncio de forma reiterada.

⁶³ CUERDA ARNAU, "El nuevo delito contra la integridad moral", ob. cit., p. 28.

Porque, na realidade, o tipo penal, independentemente do que se consigne na rocambolesca e incoerente fundamentação contida no Apartado IV do Preâmbulo, não pune a ocultação do cadáver, e não o faz porque não pode fazê-lo, pois, sustente-se o que se sustentar, por essa conduta não existe nenhuma injustiça adicional; trata-se de um ato posterior coapenado em relação ao atentado contra a vida, uma vez que estamos diante de um caso de autoencobrimento do delito cometido que, por razões evidentes, é impune na medida em que não afeta nenhum outro bem jurídico distinto da própria vida e porque, em essência, obstaculizar a descoberta do delito e das circunstâncias que o rodearam faz parte do direito genérico de defesa amparado pela Constituição Espanhola.

O que de fato se pune é o silêncio reiterado na medida em que se refere à ocultação da informação (não do corpo) sobre o paradeiro do cadáver, no caso de conhecê-la. Observa CUERDA ARNAU⁶⁴ que a *ocultação* à qual se refere o parágrafo segundo do art. 173.1 CP pode ser levada a cabo de distintas formas, mediante uma afirmação mentirosa, disfarçando a verdade ou a que, em minha opinião, pode ser mais habitual, por um comportamento omissivo que consiste em calar ou silenciar. Todas essas são formas essas são formas adequadas de comissão da ocultação a que faz referência o tipo penal, o problema é que todas elas são também formas adequadas de exercer legitimamente, como já expusemos, o direito de não declarar contra si mesmo, de guardar silêncio e o direito de defesa. Certamente, essa afirmação, enquanto autoencobrimento, resulta inegável a respeito dos autores e/ou partícipes no delito contra a vida prévio, à medida em que se encontram diretamente amparados pelo art. 24 da CE; o problema seria a respeito de terceiros alheios à morte porque, no caso de conhecerem o paradeiro do cadáver e o ocultarem, mais que cometer este delito, estaríamos diante de uma hipótese de encobrimento punível, salvo no caso dos familiares aos que se refere o art. 454 CP. Sustenta neste caso CUERDA ARNAU⁶⁵ que estaríamos diante de um concurso formal de delitos, já que “o objeto de tutela de ambas as infrações é distinto e não cabe estimar que estejamos diante de atos coapenados”; o problema, na minha opinião, é duplo:

⁶⁴ CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., p. 23 e ss.

⁶⁵ CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., p. 32.

em primeiro lugar, não fica claro qual é o bem jurídico ou objeto de tutela protegido no parágrafo segundo do art. 173.1 CP, porquanto a respeito do comportamento descrito nele, que mencionamos de diversas e reiteradas versões contraditórias e incertas que ocasionam maior sofrimento e humilhação aos familiares, não se pode identificar claramente um bem jurídico; e, em segundo lugar, porque ao aceitar a existência de distintos objetos de tutela, poderia perfeitamente alegar-se que a ocultação típica do art. 173.1 do CP pode configurar um autoencobrimento do delito de encobrimento do art. 451 do CP, e, consequentemente, poderíamos estar novamente diante do exercício do direito de defesa. E a isso se une um terceiro problema, que seria a possibilidade de entender que todos os casos em que haja um delito de encobrimento material, ajudando a ocultar o cadáver, de maneira automática se produza o delito do art. 173 em concurso. Na minha opinião, o que estaria em questão seria um concurso de leis a ser resolvido a favor do delito de encobrimento, que, entre outras coisas, possui um objeto de tutela claro, qual seja, a administração da justiça. E em relação aos familiares que ficam isentos de pena no caso de encobrimento em virtude do art. 454 do CP, acredito que tampouco seria aplicável o delito contido no art. 173.1, pois o mesmo fundamento da exclusão de pena do art. 454 seria transferível ao delito de ocultação de cadáver.

Tampouco o elemento seguinte que se observa no tipo penal permite enfraquecer a lesão do direito genérico de defesa que está sendo analisado, pelo menos a respeito dos casos nos que se mantém um silêncio reiterado ou, inclusive, quando se mente de maneira reiterada, mas mantendo a todo momento a mesma versão, pois isso não daria lugar, como vimos que sustenta o Tribunal Supremo, a uma afetação da integridade moral, distinta do sofrimento próprio de perder um ente querido e desconhecer onde se encontra seu corpo. Quer dizer, deve implicar, em primeiro lugar, uma gravidade do comportamento e, em segundo lugar, um específico desvalor distinto e diferente da perda do familiar e não saber onde se encontra; tal como observa CUERDA ARNAU⁶⁶ *“não basta qualquer ocultação em sentido estritamente literal, pois a vileza e o*

⁶⁶ CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., p. 26.

caráter humilhante inerente a todo ato contrário à integridade moral não dependem apenas do ato de ocultação, mas também do modo e do contexto em que este se produz”.

Sob a perspectiva de tudo o exposto, em minha opinião, resulta evidente que o novo delito introduzido pela LO 14/2022 viola, de maneira direta e total, os direitos fundamentais contidos no art. 24.2 da CE, aos quais fizemos referência reiterada, uma vez que o autoencobrimento consistente na ocultação do corpo em um delito contra a vida deve ser impune, pois não é possível exigir que o investigado ou acusado se autoincrimine nem colabore com a justiça para facilitar sua incriminação. E, em consequência, todo tipo de coerção de um testemunho contra si mesmo deveria ser vedado quanto à intervenção do legislador, e, portanto, toda previsão legal (este delito em específico) deveria ser considerada inconstitucional por violar direitos fundamentais. E isso poderia ser afirmado tanto em relação àquele que silencia reiteradamente quanto àquele que sustenta uma versão incerta reiteradamente; apenas quando de maneira ativa são realizadas condutas em que possam estar envolvidos outros elementos adicionais (diversas versões que provocam expectativas continuamente frustradas, confissões voltadas à humilhação e vexação dos familiares) poderia se afirmar que não correspondem ao direito de defesa, mas para isso não seria necessária a regulação específica deste tipo penal, pois já poderia ser sancionado de acordo com o primeiro parágrafo do art. 173.1 CP como delito contra a integridade moral⁶⁷.

3.1.4.2. O DELITO DE ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO

⁶⁷ Precisamente por isso, CUERDA ARNAU, em 'El nuevo delito contra la integridad moral', ob. cit., p. 37, concorda com a resolução do Tribunal Supremo no caso Marta del Castillo ao entender que o fato de '*oferecer reiteradamente versões falsas sobre o paradeiro do corpo é completamente desnecessário para exercer o direito constitucional e, ao contrário, representa um absoluto desprezo pela dignidade dos familiares e parentes próximos, cujo sofrimento pela morte é intensificado não apenas por não conseguirem encerrar o luto, mas também pelas expectativas frustradas de poder fazê-lo a partir de cada nova declaração*'. No entanto, a autora discorda da decisão no Caso de Gabriel (Ana Julia Quezada), STS 701/2020, de 16 de dezembro (Tol 7018241593), porque considera que '*a atuação exagerada e o fingimento por parte da autora da morte do menino, embora não sejam estritamente necessários em termos de defesa, são uma estratégia para mascarar a própria responsabilidade e confundir os investigadores, não parecendo visar um desprezo mesquinho e cruel pela dignidade dos familiares*'.

De forma muito breve, gostaria também de fazer referência ao novo delito incorporado no art. 438 bis CP pela LO 14/2022, relativo ao denominado enriquecimento injustificado⁶⁸, que sanciona a autoridade que, existindo diversas circunstâncias, *se negue abertamente a dar o devido cumprimento aos requerimentos dos órgãos competentes destinados a comprovar sua justificação*, configurando-se, assim, como um delito de desobediência e que, em minha opinião, também pode implicar a violação do direito de não autoincriminar-se.

RAGA RIVES⁶⁹ entende, acertadamente neste ponto, o que o novo delito não sanciona pela posse ilícita de bens, senão pela negativa reiterada a responder aos requerimentos dos órgãos competentes, e nisso se separa claramente nossa normativa das recomendações de origem supranacional. Obviamente, a posse de bens injustificado a respeito dos quais se presume origem ilícita já encontra perfeito acômodo no delito de lavagem, o que implicaria que, ao ser esta a conduta sancionada, nos encontrássemos diante de uma evidente sobreposição de normas penais, mediante a aplicação da perda de bens ou mesmo mediante figuras administrativas. De fato, o que a maior parte dos países do nosso entorno sanciona de diversas maneiras é a *posse injustificada* de bens⁷⁰. Precisamente por isso, foi regulado como um *delito de desobediência* que, na minha opinião, trata-se em realidade de um delito de

⁶⁸ A tipificação desse comportamento específico deriva do art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que destaca a necessidade de sancionar criminalmente o funcionário público que aumente seu patrimônio de forma injustificada, ao afirmar que *'em conformidade com sua constituição e os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outra índole necessárias para tipificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o aumento significativo do patrimônio de um funcionário público, em relação a seus rendimentos legítimos, que não possa ser razoavelmente justificado por ele'*. Desejo destacar um ponto preliminar, que será abordado novamente mais adiante: o que se propõe tipificar é o aumento significativo do patrimônio, isto é, a posse de bens injustificados, que, em muitos casos, poderia constituir um delito de lavagem de dinheiro, desde que se estabeleça sua origem delituosa — algo que não será simples. Em nenhum momento, contudo, se sugere sancionar, como faz nosso Código Penal, a negativa de justificar a origem dos bens, o que, em essência, responde exclusivamente à dificuldade probatória mencionada.

⁶⁹ RAGA RIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 197 e ss.

⁷⁰ Sobre as distintas regulações do Direito comparado, vide RAGA RIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, *ob. cit.*, p. 193 a 197.

suspeita⁷¹, de maneira que se pune a *negativa a cumprir os requerimentos dos órgãos competentes destinados a comprovar sua justificativa*, ou dito de outro modo, sanciona-se *não dar explicação da procedência dos bens*. Dessa descrição surgem muitas críticas que podem ser realizadas a respeito do preceito, como a já mencionada configuração como delito de suspeita que carrega uma presunção, altamente questionável, de que os bens têm uma origem ilícita ou provêm de uma atividade ilícita; mas, se há algo que, ao menos do meu ponto de vista, é insustentável, é a colisão com um direito fundamental, neste caso o direito a não declarar contra si mesmo como direta manifestação, como se expôs, do direito de defesa, contidos no artigo 24.2 da CE.

A respeito da inclusão do delito de enriquecimento ilícito, opuseram-se reiteradamente tanto a doutrina quanto a jurisprudência, por implicar importantes problemas de constitucionalidade⁷² à medida em que se estabelece uma presunção contrária essencialmente ao direito à presunção de inocência. Por isso, entende RAGA VIVES⁷³ que a atual regulação poderia ser constitucionalmente legítima, uma vez que “*o delito não exige a colaboração do acusado para provar os elementos do delito (...) Poderia parecer que esse problema não desapareceu, já que o acusado, sob ameaça de incorrer em um delito de desobediência (em um estado anterior), ver-se-á compelido a declarar a origem dos seus bens. O certo é que, diferentemente da regulação da ONU, aqui se parte de que existe uma obrigação legal, quando se ostenta uma determinada condição, de declarar bens. Essa obrigação é o pressuposto da infração, ainda que certamente a questão não fique isenta de dificuldades*”.

Precisamente a existência desta *obrigação legal* lhe permite afirmar que não se vulnera o direito à não autoincriminação e, para isso, realiza uma

⁷¹ Essa mesma argumentação foi sustentada por numerosos países, de fato, quase a totalidade dos pertencentes à União Europeia, considerando que se negava a presunção de inocência, RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 191.

⁷² BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-16, 2017, p. 20 e ss.; FABIAN CAPARROS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito España”, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, RODRIGUEZ GARCIA/CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, RODRIGUEZ LOPEZ (edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 604 e ss. E, entre otras, a STS de 27 de outubro de 2022 (Tol 9284246).

⁷³ RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 202.

comparação tanto com o delito de negativa a se submeter a testes de alcoolemia quanto com outros tipos penais. Assim, argumenta que, acudindo à STC 161/1997, de 2 de outubro (*Tol* 80785), a obrigação do teste de alcoolemia não implica que o sujeito esteja obrigado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo sua culpabilidade, mas sim a tolerar que seja submetido a uma perícia⁷⁴ que não lesaria o direito à não autoincriminação. À parte de que, ao menos na minha opinião, esta resolução do TC é altamente questionável⁷⁵ como também é o tipo penal contido no art. 383 do CP, na realidade, considero que não é um caso estruturalmente comparável ao que se está analisando: não é o mesmo “consentir” uma atuação alheia (neste caso, da Polícia mediante o teste de alcoolemia) que obrigar uma colaboração ativa com a Administração Pública ou a Administração da Justiça. E, entendo, tampouco resulta sustentável que a existência de uma obrigação legal, administrativa normalmente, de colaborar ou de transparência por parte de determinados sujeitos especialmente vinculados à Administração Pública possa determinar que a recusa em a cumprir se converta em delito, sob pena de violar o direito de não declarar contra si mesmo e o direito de defesa⁷⁶.

Ponhamos um exemplo: uma autoridade possui um patrimônio injustificado procedente seja de um delito de corrupção, seja de um delito de lavagem de dinheiro, e se nega a esclarecer a origem dos bens que possui, obviamente, como autor de um fato delitivo, está exercendo legitimamente seu

⁷⁴ RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 204 e 205.

⁷⁵ De fato, em relação à STC mencionada, existiu um Voto Particular sustentado pelos Magistrados Ruiz Vadillo e García-Mon, no qual se sustentava que o tipo penal analisado (negativa a submeter-se aos testes de alcoolemia) em realidade obrigava o sujeito a colaborar com a acusação para descobrir a verdade, o que resultava incompatível com o direito de defesa.

⁷⁶ De fato, não compartilho da posição de RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 207, ao afirmar que “*colaborar em uma determinada perícia ante o órgão requerente, sobretudo quando existe uma obrigação legal de fazê-lo, não parece contrariar a garantia de autoincriminação, sobretudo se se atende a que o procedimento é justamente estabelecido para cumprir com seus fins*”, e não o faço por várias razões, em primeiro lugar porque não estamos diante de nenhuma perícia, a perícia seria a obrigação de aportar documentação comprobatória dos rendimentos e patrimônio de determinados sujeitos vinculados e obrigados pela normativa sobre transparência, mas isso implicaria uma infração administrativa, nunca, até o momento, um delito; e em segundo lugar, porque a razão de que se facilita à Administração o que, em outro caso, resultaria difícil de provar, não constitui, na minha opinião, nem fundamento, nem justificação, nem muito menos objeto de tutela a respeito da introdução de um específico delito de desobediência nesse âmbito.

direito de defesa de não declarar contra si mesmo e de não se autoincriminar, pois, ou colaborar com a Administração, estaria fornecendo provas contra si. Neste caso, se sem a sua colaboração se pudesse esclarecer a existência do delito prévio, ele responderá pelo concurso de delitos entre este e o de enriquecimento injusto, porque não justificou seus bens; no caso de que não se pudesse provar o delito prévio, sempre teremos o delito de enriquecimento injusto pela sua falta de colaboração. Em uma linguagem mais coloquial, “a banca nunca perde”.

Em minha opinião, é indiscutível que, por mais que exista uma obrigação legal para determinados sujeitos de colaborar com a Administração Pública e de justiça, em prol de uma maior transparência e de um combate à corrupção, acima dessa obrigação encontra-se o direito fundamental de defesa e suas manifestações instrumentais derivadas do art. 24.2 da CE, ou seja, o direito de permanecer em silêncio e de não ser obrigado a apresentar provas que possam incriminá-lo⁷⁷. E precisamente por isso, considero que não resulta legítimo converter em delito uma conduta (permanecer em silêncio ou não colaborar com a administração de justiça) que constitui um direito fundamental amparado constitucionalmente. Questão distinta será o ato de valoração desse silêncio ou dessa negativa pelo órgão julgador em relação à possível imputação de um delito no qual tenham origem esses bens, mas isso não fundamenta a legitimidade de criminalizar o silêncio ou a falta de colaboração.

Obviamente, para “sancionar” esse tipo de comportamentos, é possível recorrer a outros instrumentos, como o Direito administrativo, o tributário, o confisco etc.⁷⁸, desde que se descumpram as obrigações que têm os sujeitos considerados como autoridade de declarar seu patrimônio para fins de controle público em prol da transparência e a respeito das quais se pode aplicar diversas consequências sob a perspectiva do Direito administrativo sancionador ou do Direito tributário. Mas o que não cabe, ao menos na minha opinião, é, a fim de facilitar a tarefa investigativa da administração da justiça, converter em delito o exercício de um direito fundamental. Sancionar penalmente o silêncio ou a

⁷⁷ BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., p. 22 e 23.

⁷⁸ BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., p. 26 e ss.

negativa reiterada de colaborar com a administração aportando dados dos quais possa derivar a incriminação em relação a outro delito anterior, na minha opinião, supõe de maneira evidente a vulneração de um direito fundamental que não permite respaldar a legitimidade da regulação penal, nem mesmo como delito de desobediência⁷⁹.

3.1.5. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO FRENTE À NOVA CONFIGURAÇÃO DOS DELITOS CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Um último aspecto que abordarei neste trabalho, relativo à afetação dos direitos fundamentais provocada pelas reformas penais na perspectiva da política criminal, é o relativo à modificação dos delitos contra a liberdade sexual levada a cabo pela LO 10/2022, de 6 de setembro, de garantia integral da liberdade sexual. São muitos os aspectos conflitantes que essa reforma penal levantou, entretanto, não faremos referência neste trabalho a esses problemas, mas nos centraremos na análise da incidência que a definição de consentimento fornecida pela referida lei pode ter, concretamente, sobre o direito à presunção de inocência, a inversão do ônus da prova e ao princípio acusatório, que não se encontra em discussão na potencial reforma atualmente em tramitação.

Uma das principais “virtudes” exaltadas pelos operadores políticos arquitetos desta Lei é que, *finalmente o consentimento foi colocado no centro dos crimes contra a liberdade sexual*. A afirmação não apenas não corresponde à realidade da regulação penal tradicional, como também é totalmente incorreta: o consentimento sempre foi o elemento central dos crimes contra a liberdade sexual, de fato, a existência de um consentimento válido, livre e voluntário

⁷⁹ BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., p. 34 e 35, destacava que “antes de pensar na incorporação deste delito ao ordenamento jurídico, é conveniente analisar sua necessidade e, em especial, se existem outros meios menos lesivos dos direitos dos cidadãos. É importante, por isso, explorar a via administrativa, que permite sancionar aqueles funcionários públicos que, obrigados a declarar seus bens, não o fazem quando experimentam um incremento em seu patrimônio. Entre as possíveis consequências jurídicas poderia ser incluída, desde logo, a perda (administrativa) dos bens”, entre outras possibilidades.

determinava a atipicidade do comportamento como resulta óbvio, porquanto toda pessoa tem direito a exercer sua capacidade de se autodeterminar sexualmente (e em qualquer outro aspecto da sua vida) como estime conveniente; em resumo, o consentimento sempre foi o eixo central que definia quando nos encontrávamos diante de um delito e quando não⁸⁰. Tampouco resulta certo que se devesse comprovar uma forte oposição ou resistência por parte da vítima, nem que não fosse suficiente a negativa daquela para configurar o atentado contra a liberdade sexual; de fato, o critério do *no means no* já está há muito tempo implantado tanto em nossa doutrina quanto, o que é mais importante, em nossa jurisprudência. Em resumo, a ausência de consentimento *sempre* e em todo caso, fosse no momento que fosse da relação sexual, determinou a perpetração de um delito sem necessidade de grandes violências nem resistências, nem de reiteraões sucessivas das negativas. Tratava-se e se trata simplesmente de *provar* que a conduta do sujeito ativo quebra a livre autodeterminação do sujeito passivo em matéria sexual⁸¹. Nem mais, nem menos. Mas justamente esse era o problema, a *prova*, porque obviamente e salvo casos midiáticos e concretos, os atentados contra a liberdade sexual costumam ser produzidos no âmbito da intimidade, de maneira que somente o agressor e o agredido são quem pode atestar o que realmente aconteceu na mencionada relação, se houve ou não consentimento⁸². Tratava-se, por tanto, da validade do testemunho de cada um dos envolvidos, validade que também havia sido claramente limitada pelos nossos Tribunais⁸³ exigindo a concorrência de uma série de critérios para determinar a existência ou não do consentimento, ou dito de outro modo, dar validade ao testemunho da vítima frente à

⁸⁰ ALVAREZ GARCIA, “Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 2023, p. 25; TORRES FERNANDEZ, “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual”, AGUSTINA (coord.), *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 28 e 29.

⁸¹ LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, AGUSTINA (coord.), *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 56.

⁸² No caso de violência, a prova provavelmente resulte mais simples, dado que pericialmente pode ser demonstrada sua existência na maioria dos casos. Por isso, afirma LASCURAIN SANCHEZ, *ibidem*, que “só poderá o juiz penal afirmar a falta de consentimento se o constata indubitavelmente, além de toda dúvida razoável”.

⁸³ Assim, por exemplo, as SSTS de 21 de maio de 2012, ou de 4 de novembro de 2021, entre outras.

argumentação do autor: credibilidade subjetiva (inexistência de um motor de ressentimento, inimizade, vingança, enfrentamento, interesse ou de qualquer outra índole), verossimilhança ou credibilidade objetiva (que o testemunho guarde lógica e coerência interna, e que ademais guarde coerência externa com os dados e meios de prova que estejam à margem da declaração da vítima) e persistência na imputação (que implique que não haja variações essenciais nas diferentes declarações da vítima, nem existam contrações ou vaguezas).

Justamente a exigência desses elementos determinou que certo setor doutrinário e social afirmasse que isso implicaria uma revitimização da pessoa agredida ao ter que reviver, em diversas ocasiões, o evento sofrido⁸⁴. Não nego que seja assim, mas também é assim em muitos outros delitos tão ou mais reprováveis que estes e que igualmente “obrigam” a vítima ou seus familiares a voltar a reviver uma e outra vez o fato concreto, e, nem por isso, quebramos as garantias de um Estado de Direito em relação aos autores do delito em questão. O problema, na minha opinião, é que tanto um delito contra a liberdade sexual quanto qualquer outro delito deve ser provado, e o recurso a esses critérios, que foram assinalados e adotados jurisprudencialmente há décadas, erige-se como uma garantia da presunção de inocência e como manifestação do princípio acusatório, segundo o qual o ônus da prova corresponde a quem acusa, base do sistema acusatório do nosso sistema processual e refletido na proteção constitucional da presunção de inocência. Obviamente, a vítima deveria enfrentar a necessidade de provar a veracidade de seu testemunho a fim de afastar a presunção de inocência que deve amparar o acusado, e o ônus da prova da existência do delito recai sobre quem acusa (a vítima ou o Ministério Público), e essa necessidade probatória implica necessariamente reviver uma situação de sofrimento e um inegável aumento da dor, mas não cabe outra possibilidade em prol do respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

⁸⁴ Nas palavras de LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., p. 56, “sabemos que a presunção de inocência tem preço, o da absolução de acusados culpados e aqui, ademais, normalmente, o doloroso testemunho da vítima (...) temo que não há modo de deixar de pagá-lo que não seja, por sua vez, mais custoso sob a perspectiva dos nossos valores”.

A nova definição de consentimento introduzida pela LO 10/2022, no inciso final do art. 178.1 CP, modifica notavelmente o panorama apresentado. Sem entrar em uma análise detalhada do seu conteúdo e da forma de manifestação (se expressa ou tácita, por atos conclusivos etc.)⁸⁵, o que é inegável é que se deu um giro de 180 graus, e do antigo “não é não” que carregava a ausência de consentimento provocado pela negativa, fosse ela expressa, implícita, por atos conclusivos de rejeição etc., passou-se a uma perspectiva positiva de “só o sim é sim”, de maneira que segundo estabelece o texto penal, *somente se entenderá que há consentimento quando se tenha manifestado livremente mediante atos que, em atenção às circunstâncias do caso, expressem de maneira clara a vontade da pessoa*. Passamos de que qualquer tipo de rejeição ou negativa explícita ou implícita determinasse a ausência de consentimento, que configura os delitos contra a liberdade sexual, à exigência de uma manifestação positiva do consentimento. E essa mudança de eixo não é de modo algum irrelevante, pois, na regulamentação anterior, era a acusação quem deveria provar que não havia existido consentimento e, portanto, seria mantida a presunção de inocência, enquanto com a atual regulação presume-se a ausência de consentimento⁸⁶, e só quando se demonstrar sua existência, nos termos indicados no texto penal, a conduta resultará atípica. Em outras palavras, exige-se, ainda que não se diga expressamente, que seja o suposto autor dos fatos quem demonstre que a suposta vítima consentiu a todo momento durante a relação sexual; ou seja, já não há presunção de inocência, já não há sistema acusatório e a obrigação de provar de quem acusa, mas estamos diante de um sistema inquisitivo, no qual se parte da culpabilidade do sujeito, recaindo o ônus da prova sobre o acusado e convertendo-se em uma *probatio diabólica* porque careceria de meios bastantes e adequados para tanto (não nos esqueçamos de que os critérios

⁸⁵ A esse respeito, assinala LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., p. 55, que em atenção à regulação legal “*somente haverá um consentimento excludente da tipicidade quando o consentimento seja ativo, expreso e claro*”.

⁸⁶ Segundo indica LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., p. 57, se trataria de uma presunção *iuris et de iure* de que não concorre consentimento “*se ele não for manifestado mediante atos que expressem de maneira clara a vontade de participar da relação sexual*”, e em relação ao silêncio ou à passividade sustenta que estamos ante uma presunção *iuris tantum* que tampouco resulta de acordo com o direito constitucional, ao implicar que se inverta o ônus da prova.

estabelecidos pela jurisprudência servem para dar veracidade à declaração da vítima, não à do acusado). Com isso, e embora não tenha sido estabelecido assim expressamente, estão sendo violados direitos fundamentais derivados diretamente do direito à presunção de inocência e dos princípios do sistema acusatório⁸⁷.

Se o que se pretendia era evitar que casos nos quais a vítima se via impossibilitada de se autodeterminar e consentir ou não consentir, como nos casos de vulnerabilidade ou submissão química⁸⁸, por exemplo, bastaria destacar que, nessas hipóteses, em todo caso se entenderia como agressão sexual derivada do desamparo e/ou incapacidade de defesa da vítima que não podia manifestar de modo algum a sua vontade, nem em sentido positivo nem em sentido negativo.

No fundo, ao menos na minha opinião, o que se está introduzindo não é um elemento típico dos delitos contra a liberdade sexual, que já era o eixo central na regulamentação anterior, mas sim uma norma de valoração processual da prova, no sentido mencionado: a presunção de que não há consentimento diante de uma denúncia e a carga da prova recaindo sobre o acusado, que deve refutar a imputação que lhe é atribuída. Em suma, a vulneração da presunção de inocência.

4. CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto até este momento, são duas as ideias principais que se podem extrair. A primeira é que o legislador optou por colocar todos os instrumentos de controle social, principalmente o penal, a serviço da obtenção de uma inexistente e inalcançável segurança, concebida como a

⁸⁷ Considera que a incluso deste conceito afirmativo de consentimento não implica uma inversão do ônus da prova TORRES FERNANDEZ, “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual”, ob. cit., p. 29, indicando que o ônus da prova corresponde à acusação.

⁸⁸ Nota da tradutora: o original em espanhol, “sumisión química”, refere-se às situações em que a vítima foi involuntária e inconscientemente submetida ao uso de entorpecentes químicos. Diferentemente da “embriaguez accidental” à qual se referem a doutrina e a jurisprudência brasileiras, no caso da submissão química, fala-se na ação dolosa daquele que submete a vítima ao entorpecente em questão com a intenção de praticar crimes. Por essa razão, manteve-se a expressão “submissão química”.

erradicação de tudo aquilo que é discrepante ou resulta contrário ou rejeitável pela moral social. Com isso, é a moral social a que se converte no instrumento de decisão daquilo que deve ser proibido e do que não. E, em segundo lugar, que para alcançar essa enteléquia, não existe inconveniente algum em lesionar, vulnerar ou erradicar os direitos e garantias básicas e definidoras de um Estado Democrático de Direito.

Ambas as ideias dão lugar a uma conclusão clara: a absoluta confusão do legislador penal atual entre moral e delito, de maneira que tudo aquilo que se desvie do socialmente adequado é automaticamente concebido como um perigo e, sobre essa mesma base, criminalizado a fim de erradicar e inocuizar a ameaça externa que se percebe. O problema é que nem o perigo existe, nem há ameaça externa para a sociedade ou suas bases e sistemas democráticos derivada de um dissidente, discrepante ou mesmo desviado, porque nenhum deles tem, por si só, a idoneidade nem a capacidade de lesionar o Estado Democrático, seu sistema e seus valores. Pelo contrário, constitui de fato uma ameaça, desta vez interna porquanto procede do próprio Estado, uma legislação criminalizadora, preventiva e securitária na qual não existe inconveniente algum em vulnerar os direitos e liberdades fundamentais e as garantias constitucionalmente reconhecidas em prol de “proteger” o sistema. Ou seja, o sistema democrático só pode ser destruído pelo próprio sistema democrático e pela sua legislação, ao vulnerar os princípios que o informam.

Como já se indicou, uma clara manifestação dessas tendências legislativas atuais, que respondem a reclamações de diversos setores sociais, políticos e midiáticos e que implicam uma grave e relevante interferência no exercício e respeito aos direitos fundamentais, são os diversos delitos que analisamos ao longo de todos este trabalho. Regulações que, como expus, não apenas afetam, a ponto de praticamente erradicá-los, o direito à liberdade de expressão, o direito de não declarar contra si mesmo e o de não se declarar culpado ou o direito à presunção de inocência, mas também atingem o próprio sistema democrático, a própria concepção que, como sociedade, devemos ter. Não podemos, não devemos advogar nem permitir outra sociedade que não seja a que se sustenta nesses parâmetros básicos de uma sociedade democrática, porque isso somente implicaria uma coisa: que a sociedade democrática, que o

Estado Democrático se autodestruísse para se transformar em qualquer outra coisa, mas certamente não em uma democracia.

Por isso, considero que a única opção viável em relação a essa situação é retornar àquela legislação garantista e respeitosa dos direitos e liberdades, e isso não significa dizer que o Direito penal não deva fazer frente a novos fenômenos ou novos âmbitos que devam ser protegidos; o que isso quer dizer é que essa proteção penal deve ocorrer somente quando for absolutamente necessária e a única opção possível (*ultima ratio*) e, o que talvez seja mais importante, respeitando sempre e em todo caso o livre exercício dos direitos fundamentais. Para isso, deve-se partir de uma premissa absolutamente irrenunciável: aquilo que é o exercício legítimo de um direito, por mais que nos desagrade ou nos resulte reprovável ou censurável moralmente, nunca, em hipótese alguma, pode ser constitutivo de delito. Sob esta perspectiva, e como venho destacando, a única via constitucional e democrática possível é a derrogação da maioria dos delitos que expusemos e a reformulação de outros deles, de maneira que estejam em conformidade e sejam respeitosos com os princípios básicos de um Estado Democrático de Direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALASTUEY DOBÓN, Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), n. 18-14, pág. 1-38. 2016
- ALCACER GUIRAO, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Crítica penal y poder, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n. 18, 2019.
- ALVAREZ GARCIA, “Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 2023.
- BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro/Jiménez/Borrás, Barcelona 1998.

- BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-16, 2017.
- CABELLOS ESPIERREZ, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 112, janeiro-abril, 2018.
- CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»”, *Liber Amicorum, Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Mª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.
- CORRECHER MIRA, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017
- CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023
- CUERDA ARNAU, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed., González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho penal*, n.º 8, 2007.
- DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código penal: Necesidad de limitar”, *Boletín Límites a la Libertad de expresión, Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 5, 2018.
- DIEZ RIPOLLES, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Jueces para la Democracia*, 5., 2018.

- FABIAN CAPARROS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito España”, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Rodriguez Garcia/Carrizo Gonzalez-Castell, Rodriguez Lopez (edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- FUENTES OSORIO, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 19-27, 2017
- GALAN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, *Revista Penal*, vol. 12, n. 23, 2023.
- GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, n. 46, 2020, p. 41-66.
- GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018.
- GALAN MUÑOZ, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.) *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GARCIA ARAN, “De las reformas bienintencionadas con resultado represivos: el delito de promoción del odio”, *Represión penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Morales Prats/Tamarit Sumalla/Garcia Alberó (coords.), Aranzadi, 2018.
- GARCIA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZALEZ CUSSAC, “Política y delito”, *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 26, Tirant lo Blanch, 2019.

- JARIA I MANZANO, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, *Derecho Penal Constitucional*, Quintero Olivares (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LANDA GOROSTIZA, “El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP”, *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza/Garro Carrera (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Agustina (coord.), Atelier, Barcelona, 2023
- LASCURAIN SANCHEZ, El delito de rezoar, *Diario El Mundo*, 19 de maio de 2022.
- LEON ALAPONT, “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo”, *El odio como motivación penal*, Teijón Alcalá (dir.), La Ley Wolter Kluwer, 2022.
- MENENDEZ CONCA, “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 22, 2019.
- MIRA BENAVENT, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Portilla Contreras/Pérez Cepeda (dir.), Ratio Legis, Universidad de Salamanca, 2016
- MIRÓ LLINARES, "Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", *Cometer delitos em 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Miró Llinares (dir.), Marcial Pons, 2022.
- MORENO CATENA, “Sobre la presunción de inocencia”, *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015.

- MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 3, Studia Iuridica, Universidad de Coimbra, 2009.
- NUÑEZ CASTAÑO, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- NUÑEZ CASTAÑO, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 11, 2009.
- NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022
- PAREDES CASTAÑON, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, *Terrorismo, Sistema penal y Derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- PASTRANA SANCHEZ, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020
- PENA GONZALEZ, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9468, 2019.
- PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Miró Llinares (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017.
- RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- RODRIGUEZ MOLINA, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- ROIG TORRES, "El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste com la regulación alemana", *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020.
- ROIG TORRES, "El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 23, 2021.
- ROLLNERT LIERN, "El enaltecimiento del terrorismo desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Político*, 109, 2020, p. 191-228.
- TORRES FERNANDEZ, "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual", *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Agustina (coord.), Atelier, Barcelona, 2023
- VALENCIA CANDALIJA, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el futbol*, Tecnos, Madrid, 2021.
- VIVES ANTÓN. "Garantías constitucionales y terrorismo", *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

© ***Direito e Linguagem*** nº 1, vol. 3. Ordinário (2024), pp. 59-80
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.14506797

Punição e indenização

Punishment and Compensation

George P. Fletcher^{1 2}

Columbia University Law School

Sumário: 1. Introdução; 2. Perspectivas extrínsecas e intrínsecas; 3. A perspectiva intrínseca é necessária?; 4. Aspectos filosóficos da punição e da indenização; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo analisa as conexões conceituais entre punição e indenização, destacando suas diferenças e semelhanças no contexto jurídico. George P. Fletcher argumenta que ambos os conceitos possuem dimensões extrínsecas e intrínsecas. A perspectiva extrínseca foca nos efeitos das sanções, como a dissuasão e a mudança de comportamento, enquanto a intrínseca analisa a adequação da sanção ao ato ilícito ou ao dano causado. Fletcher critica a abordagem econômica da jurisprudência por ignorar a dimensão intrínseca, enfatizando a necessidade de justiça corretiva para garantir a reparação moral e material às vítimas. Além disso, o autor confronta teorias utilitaristas e deontológicas, propondo uma visão integrada que considera tanto os resultados sociais quanto a equidade intrínseca. O artigo desafia abordagens tradicionais, propondo

¹ Columbia University Law School, Cardozo Professor of Jurisprudence desde 1994.

² Traduzido por *Samuel Ebel Braga Ramos*. Doutor em Direito pela UFPR. Advogado em Curitiba/PR. E-mail: samuel@sebr.adv.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8687113410420623>

uma análise conceitual como base para compreender melhor a estrutura normativa da punição e da indenização em sistemas jurídicos contemporâneos.

Palavras-Chave: Punição. Indenização. Dissuasão. Justiça.

Abstract: The article analyzes the conceptual connections between punishment and compensation, highlighting their differences and similarities within the legal context. George P. Fletcher argues that both concepts possess extrinsic and intrinsic dimensions. The extrinsic perspective focuses on the effects of sanctions, such as deterrence and behavioral change, while the intrinsic perspective examines the proportionality of the sanction to the wrongful act or damage caused. Fletcher critiques the economic approach in jurisprudence for neglecting the intrinsic dimension, emphasizing the need for corrective justice to ensure moral and material reparation for victims. Furthermore, the author confronts utilitarian and deontological theories, proposing an integrated view that considers both social outcomes and intrinsic fairness. The article challenges traditional approaches, advocating for a conceptual analysis as a foundation for better understanding the normative structure of punishment and compensation in contemporary legal systems.

Keywords: Punishment. Compensation. Deterrence. Justice.

1. INTRODUÇÃO

Quando romancistas e filósofos se voltam para o trabalho dos advogados, eles tendem a se concentrar em determinadas questões e ignorar outras. Dois processos – a *punição* e a *indenização* - estão no centro de nosso sistema jurídico, mas somente o formato tem atraído a

atenção de mentes literárias e filosóficas.

As questões de delito, culpa e expiação são de fascínio infinito não apenas para Dostoiévski e Duerrenmatt, mas para qualquer escritor que busque compreender os fundamentos de nossa vida moral. Para os filósofos, o conceito de punição se tornou um campo de provas do conflito ainda mais amplo entre as teorias morais deontológicas e utilitárias. Os deontologistas sustentam que punir o crime é correto e justo em si mesmo. Os utilitaristas insistem que o bem da punição dos criminosos depende da consequência benéfica da dissuasão e da incapacitação. Também para advogados, o conceito de punição ocupa o centro do palco como padrão para distinguir os processos criminais das ações civis. Quando uma sanção constitui punição, o Estado deve fornecer as estruturas processuais de um julgamento criminal.

Os tribunais enfrentam a questão de saber se determinadas sanções, como deportação e multas punitivas, constituem o tipo de punição característico de julgamentos criminais.

A noção igualmente importante de indenização não desfruta de nenhum desses aspectos. Os filósofos não investigam o significado da indenização enquanto escrevem incessantemente sobre a natureza da punição. Como advogados, falamos diariamente sobre indenizar as vítimas de acidentes e de programas governamentais, mas a questão se os fundos transferidos constituem uma indenização de outra coisa raramente nos preocupa. O fato de ignorarmos a natureza da indenização não deve nos confundir. A indenização dos danos por meio de indenização compulsória não tem o apelo dramático do crime e da punição. No entanto, as distinções entre as instituições de transferência de riqueza são importantes, tanto do ponto de vista moral quanto político. Os critérios para a classificação da indenização do bem-estar e da tributação redistributiva merecem nossa atenção. Esses critérios trazem à

tona características críticas e não discutidas de nossas instituições jurídicas.

Se a punição ocupa a interseção entre as teorias morais deontológicas e utilitárias, a indenização pode reivindicar a mesma distinção. Exigimos que os autores de delitos indenizem suas vítimas porque elas merecem uma indenização monetária por seus danos ou, alternativamente, por que desejamos estimular mudanças no comportamento que gera acidentes? As teorias deontológicas insistem que a indenização pelos danos causados é correta e um fim em si mesma. As teorias utilitaristas sustentam que a indenização das vítimas faz sentido apenas como um meio de promover objetivos sociais, como reduzir os custos dos acidentes e incentivar comportamentos socialmente úteis. Uma análise adequada da indenização não exige que nos comprometemos, como uma questão moral, seja em uma teoria utilitarista ou deontológica. Neste artigo, oferecerei uma descrição conceitual da indenização, que acaba por incluir os elementos de uma teoria deontológica. O método de investigação se assemelha ao trabalho filosófico sobre o conceito de punição. O resultado da investigação está em conformidade, estruturalmente, com os pontos de vista que enfatizam o componente retributivo intrínseco das sanções propriamente chamadas de punição. A pergunta que guia nossa investigação, então, não é “Qual é o propósito da indenização?”, mas sim “Qual é a natureza da indenização”? Essa pergunta convida a uma análise conceitual da indenização em vez de uma escolha moral explícita entre teorias morais utilitaristas e deontológicas.

2. PERSPECTIVAS EXTRÍNSECAS E INTRÍNSECAS

De início, gostaria de introduzir uma distinção terminológica que

me ajudará a fazer referência a várias teorias das indenizações e punição. O aspecto extrínseco da punição e da indenização compulsória se refere ao impacto da sanção sobre o comportamento futuro, seja do réu ou de outras pessoas. O aspecto intrínseco é inerente à relação entre a sanção e o ato ilícito ou prejudicial pelo qual a sanção é imposta. Esse aspecto tanto da punição quanto da indenização se expressa em questionamentos sobre se a sanção é adequada ou apropriada. A questão intrínseca da punição é se ela responde de forma justa ao ato ilícito do ator. A preocupação análoga sobre a indenização é se ela serve para retificar o dano sofrido pela vítima. Observe que essas duas questões intrínsecas trazem indícios de magia no processo legal. A punição elimina magicamente o erro; ela permite que o criminoso pague sua dívida com a sociedade. A indenização, da mesma forma, elimina o dano causado à vítima; o mero pagamento de dinheiro faz o tempo voltar e coloca a vítima na posição em que ela estaria se o dano não tivesse ocorrido.

Essa mágica intrínseca leva alguns observadores a duvidar se o trocadilho ou o pagamento ou a indenização faz sentido de qualquer forma, exceto por seu potencial intrínseco impacto sobre o comportamento futuro. Essas sanções presumivelmente têm um impacto externo, enquanto o componente intrínseco e mágico permanece em dúvida. A concretude da perspectiva extrínseca tende a apoiar as teorias utilitaristas, tanto de punição quanto de indenização. Essas teorias consideram a perspectiva extrínseca como a única consideração relevante.

Concentrar-se exclusivamente no aspecto extrínseco da punição e da indenização pode evitar certos argumentos brandos sobre a retificação dos erros do passado, mas somente às custas de alegações imprecisas e não comprováveis de impacto social. Ninguém ainda descobriu uma maneira de determinar o impacto dissuasivo relativo de um

único incidente de punição ou da exigência de indenização. De forma ainda mais crítica, o ponto de vista extrínseco obscurece distinções importantes entre sanções paralelas que podem ter o mesmo impacto social hipotético. Do ponto de vista extrínseco, há uma dificuldade considerável em distinguir entre punição e compromisso civil. No campo da indenização, a mesma perspectiva extrínseca ofusca os contornos da indenização tanto do ponto de vista do réu quanto do autor da ação. Se o impacto é tudo o que importa, então o pagamento de uma indenização pelo réu e o pagamento de uma multa parecem ser de igual importância. Se receber dinheiro é tudo o que importa, então o fato de a autora receber uma indenização dificilmente difere em natureza do fato de ela receber pagamentos de incentivo, auxílio ou bem-estar. A questão subjacente é se devemos incluir essas distinções em qualquer relato ou modelo que gerarmos de nossos processos jurídicos. Argumentarei que qualquer teoria do direito que ignore esse lado intrínseco, seja da punição ou da indenização, não consegue captar nossa realidade jurídica.

Embora ninguém, até onde eu saiba, tenha oferecido uma teoria de indenização paralela às elegantes teorias de punição, vários autores influentes assumiram posições implícitas sobre a natureza e a relevância da indenização. De fato, duas das escolas mais importantes da jurisprudência contemporânea se baseiam em posições implícitas sobre a natureza e o papel da indenização. Na escola de jurisprudência econômica, tipificada pelo trabalho de Calabresi e Posner, a indenização acaba sendo relevante. Na literatura filosófica oposta, caracterizada pelo trabalho de Robert Nozick, a distinção entre indenização e recompensa prova ser uma premissa crítica de uma teoria política libertária. A fim de obter alguma perspectiva sobre o conceito de indenização, devemos nos aprofundar para considerar essas visões divergentes sobre a relevância da perspectiva intrínseca e do conceito de indenização.

3. A PERSPECTIVA INTRÍNSECA É NECESSÁRIA?

Conforme Calabresi e Posner abordam a lei de responsabilidade civil, a investigação relevante consiste no impacto externo das sanções monetárias, nunca no exame do aspecto intrínseco da indenização. Forçar um réu a pagar em dinheiro pode estimular os tomadores de risco com situação semelhante a investir mais em segurança ou a ser mais cuidadosos no futuro, mas é irrelevante que, no caso específico, a indenização flua do réu para a vítima. O dinheiro poderia, também, ter sido pago como multa ao Estado.

Se a eficiência econômica fosse a única preocupação do sistema de responsabilidade civil, essa conclusão seria plausível. A transferência de ativos de uma parte para a outra não tem significado econômico. É claro que a realocação de riqueza apresenta questões distributivas, mas os economistas admitem que, em seus objetivos profissionais, eles não sabem nada sobre justiça distributiva ou sobre qualquer outra forma de justiça. Assim, a abordagem econômica do direito civil suprime a questão intrínseca de se a indenização por danos corrige a perda sofrida.

Um sistema de pensamento absurdo surgiu ao analisar se o governo deve pagar uma indenização às pessoas cuja propriedade é supostamente tomada no curso da regulamentação e de outras ações governamentais. A quinta emenda exige uma indenização justa àqueles cuja propriedade é tomada, direta ou indiretamente, para o bem público, mas à medida que Michelman e Ackerman desenvolvem suas versões de jurisprudência econômica, a obrigação de compensar deve depender exclusivamente do fato de que comprar aqueles que entram com ações judiciais é a maneira socialmente menos custosa de resolver o conflito.

O custo social de indenizar ou não indenizar inclui os custos administrativos do processamento das reivindicações e os possíveis

custos de desmoralização para aqueles que não são indenizados. Mas os custos sociais não incluem a despesa de transferência de ativos do governo para o indivíduo. Novamente, do ponto de vista econômico, a mera redistribuição da riqueza não representa um custo social. Mais uma vez, observamos que a jurisprudência econômica ignora sistematicamente o aspecto intrínseco da indenização.

Se a jurisprudência econômica ignora o aspecto compensatório dos pagamentos obrigatórios, a escola oposta considera o aspecto intrínseco da indenização como um conceito central para determinar as funções de um estado justo. Para entender esse ponto, devemos nos voltar para as teorias de Rawls e Nozick.

No mundo maravilhosamente simplificado da economia aplicada ao direito, todas as questões jurídicas se dividem em duas categorias: eficiência econômica e distribuição de riqueza. Essa bifurcação ignora a distinção fundamental entre justiça corretiva e distributiva. A justiça corretiva exige a transferência de ativos para corrigir algum dano pelo qual a parte pagadora é devidamente responsabilizada.

A justiça distributiva, por outro lado, determina a distribuição de bens para estabelecer o ponto de partida para a cooperação social voluntária. Na monumental obra de Rawls, a preocupação central é a justiça distributiva, e não a corretiva. A premissa básica de Rawls é que todos os desvios da distribuição igualitária de riqueza devem ser justificados. Ele ignora a questão da justiça corretiva, pois essas questões não surgem ao estabelecer a estrutura para a cooperação social, mas apenas para corrigir distúrbios concretos que ocorrem no curso da vida social.

No entanto, na poderosa réplica de Nozick a Rawls, o conceito de justiça corretiva torna-se o fio de prumo para estabelecer um patamar de relações justas e voluntárias, livres de coerção injusta. Para Nozick,

tributar os ativos legitimamente detidos pelo rico equivale a uma violação do direito natural de propriedade. Em contrapartida, exigir uma indenização por um dano causado é uma forma aceitável de coerção. A indenização simplesmente corrige um dano pelo qual a parte pagadora é justamente considerada responsável. Embora seja coercitiva, a indenização exigida não viola os direitos naturais de ninguém. Na verdade, a não exigência de indenização, quando justamente devida, representaria uma violação do direito da vítima à reparação de seus danos.

Na estrutura do argumento de Nozick, a distinção entre justiça corretiva e distributiva, entre indenização e redistribuição, é mais proeminente no desenvolvimento de um modelo de processos voluntários e justos que levaria a um estado mínimo, o *Night Watchman*³. O desafio para os libertários é desenvolver um modelo de Estado que não implique nem a perda injusta da liberdade nem a redistribuição da riqueza.

O obstáculo para um estado puramente voluntário seria, obviamente, os cidadãos que preferissem não se juntar ao estado central e, em vez disso, administrar seus próprios tribunais e aplicar suas próprias sentenças. De acordo com Nozick, forçar esses independentes a abrir

³ Nota do tradutor: Um *estado de vigia noturno*, também denominado Estado mínimo ou minarquia, é um modelo de governo com funções limitadas, baseado em princípios libertários. Seus defensores, conhecidos como minarquistas, sustentam que a principal função do Estado é garantir o respeito ao princípio da não agressão. Nesse sentido, o Estado deve se restringir a prover serviços essenciais como defesa militar, segurança pública e um sistema judiciário, com o objetivo de proteger os cidadãos contra agressões, roubos, violações contratuais, fraudes e garantir o cumprimento das leis de propriedade. Essa concepção é amplamente defendida por libertários de direita, particularmente nos Estados Unidos, em que está associada às filosofias políticas libertária e objetivista. Em outros contextos internacionais, o minarquismo também é promovido por socialistas libertários não anarquistas e libertários de esquerda. O conceito foi amplamente discutido e popularizado pelo filósofo Robert Nozick em sua obra *“Anarquia, Estado e Utopia”* de 1974. O Reino Unido do século XIX é frequentemente citado como um exemplo histórico dessa forma de governo, tendo sido descrito pelo historiador Charles Townshend como um modelo emblemático de estado mínimo.

mão de seus tribunais e de sua polícia privada seria uma intrusão em seus direitos naturais. E se eles fossem coercitivamente absorvidos pelo estado, o estado teria que conceder a eles sua proteção de manutenção da paz e seus serviços de resolução de disputas. As pessoas involuntariamente sujeitas ao monopólio da força do Estado presumivelmente não pagariam pelo acesso aos tribunais do Estado. Mas se elas não pagassem, a implicação seria que outros cidadãos voluntários teriam que pagar uma sobretaxa para apoiar os serviços oferecidos aos membros involuntários. Nozick conclui que essa sobretaxa representaria uma redistribuição de riqueza. Os membros voluntários estariam, de fato, subsidiando os membros involuntários. Um estado baseado no princípio do subsídio seria manchado pela redistribuição injusta de riqueza.

Para superar esses dois impedimentos a um estado justo e mínimo, Nozick toma emprestados os princípios de indenização e proibição da tradição da lei comum. O argumento para proibir tribunais e polícia independentes é que esses tribunais independentes exporiam os cidadãos voluntários do estado emergente a riscos excessivos de julgamentos arbitrários. Como algumas atividades perigosas são proibidas como incômodos, um estado emergente poderia legitimamente proibir tribunais e polícias independentes que não são conhecidos por serem confiáveis e justos permanece o problema de caracterizar os serviços gratuitos para membros involuntários de modo a evitar a mácula da redistribuição.

O argumento de Nozick é que, como os indivíduos são privados de seu direito natural de fazer valer suas próprias reivindicações, os serviços gratuitos do Estado devem ser vistos como uma forma de indenização. Nozick faz uma analogia entre epiléticos proibidos de dirigir e independentes proibidos de administrar seus próprios tribunais. Ambas as proibições são baseadas no medo de que o exercício de um direito

básico coloque outras pessoas em perigo excessivo. Nozick argumenta que os epiléticos devem ser compensados por serem privados do direito de dirigir e, portanto, por extensão do mesmo princípio, os independentes têm direito a uma indenização por terem sido privados de seus tribunais. A indenização consiste nos serviços gratuitos oferecidos pelo Estado. O argumento de Nozick precisa ser reforçado em vários pontos. Meu objetivo ao expor esse argumento não é endossar sua conclusão de que um estado pode evoluir sem a redistribuição da riqueza, mas para demonstrar a importância de distinguir entre redistribuição e indenização no desenvolvimento de uma teoria política.

É justo dizer que os autores que mencionei moldam o debate básico em nossas faculdades de direito atualmente. A escola de jurisprudência econômica ignora o aspecto intrínseco da indenização, pois, como suas premissas implicam, uma mudança na riqueza não tem significado econômico. Por outro lado, os teóricos que defendem a distinção entre justiça corretiva e distributiva tendem a considerar a indenização coercitiva como imune às preocupações libertárias tradicionais. É imperativo que tomemos uma posição em relação a esse conflito. As questões são substanciais e metodológicas. O que está em jogo é a maneira como pensamos sobre nossas instituições jurídicas. E a forma como pensamos tem implicações de longo alcance para o que consideramos como usos aceitáveis do poder legal.

4. ASPECTOS FILOSÓFICOS DA PUNIÇÃO E DA INDENIZAÇÃO

Como podemos determinar se a perspectiva intrínseca é necessária para um relato adequado da indenização? Sugiro que sigamos o exemplo da literatura filosófica sobre punição e tentemos aplicar seus ensinamentos ao conceito relacionado de indenização. As duas noções,

afinal, estão intimamente relacionadas. Sob a perspectiva extrínseca, ambas funcionam como sanções impostas contra pessoas que, em termos gerais, causam danos ou colocam outros em perigo. Da perspectiva intrínseca, a punição busca retificar o desequilíbrio público gerado pelo ato ilícito do réu, enquanto a indenização compulsória busca retificar o desequilíbrio privado gerado pelo fato de o réu causar danos. O problema em ambos os contextos consiste em refinar essa descrição geral dos dois remédios.

Na literatura filosófica sobre punição, duas questões recorrentes se apresentam. A primeira se concentra na relação necessária entre a pessoa que pune e o infrator; a segunda, nas razões para exigir que o infrator sofra. Vamos analisar essas duas questões, primeiro com relação à punição e, depois, por extensão, ao processo de exigir indenização.

Suponha que alguém tenha feito algo moralmente errado. Queremos fazer algo a respeito. Se agirmos contra um malfeitor, o sofrimento que prevemos nem sempre equivale, conceitualmente, a uma punição. Para um exemplo de autoajuda que não equivale a punição, pense no boicote proposto contra a *Nestlé Corporation* por comercializar sua fórmula infantil em países subdesenvolvidos.

Muitas pessoas argumentaram que o fato de a *Nestlé* expandir seu mercado dessa forma constitui um erro moral. O efeito é induzir as mulheres pobres dos países subdesenvolvidos a gastar seus recursos com fórmulas em vez de nutrir seus filhos com seu leite natural. Se o boicote for bem-sucedido, ele infligirá inquestionavelmente danos econômicos à *Nestlé Corporation*. Do ponto de vista externo, esse dano parece muito com uma punição. O efeito da perda de lucros sobre a *Nestlé Corporation* se assemelharia à imposição de uma multa pelo governo por um ato ilícito. No entanto, independentemente de seu poder econômico, as pessoas físicas que realizam um boicote não podem, na natureza das

coisas, punir a *Nestlé Corporation*.

Da mesma forma, o boicote dos Estados Unidos aos Jogos Olímpicos não poderia, de fato, equivaler a uma punição à União Soviética por invadir o Afeganistão. O motivo pelo qual esses boicotes não equivalem a uma punição é que a pessoa que busca punir é igual ao suposto infrator. Os iguais não podem punir uns aos outros. A punição pressupõe uma autoridade superior que julga a conduta do outro como errada. Deus pode punir o homem; o Estado pode punir seus cidadãos; os pais podem punir seus filhos. Esse ponto sobre autoridade é um ponto conceitual. É uma afirmação sobre a natureza da punição, não uma tese normativa sobre como devemos interpretar o conceito.

O conceito de indenização se presta a uma ficção conceitual análoga. Se alguém sofreu ferimentos em um acidente ou desastre natural, qualquer pessoa pode oferecer assistência para ajudar a reduzir o sofrimento da vítima, mas nem todos que oferecem dinheiro ou outras formas de riqueza estão em posição de compensar a parte ferida. Suponhamos que um incêndio atinja uma aldeia navajo e que encontremos dinheiro para ajudar aliviar o sofrimento da vítima.

Podemos ajudar as vítimas com nossos fundos, mas, por uma questão conceitual, não as compensamos. Se um incendiário tivesse provocado o incêndio e, se fosse obrigada a pagar pelos danos, no entanto, seus pagamentos constituiriam uma indenização. Essa distinção sutil convida a outras. Suponhamos que os aldeões tenham seguro de vida e recebam os recursos de suas apólices. Em geral, não nos referiríamos aos fundos pagos pela companhia de seguros como indenização.

Por que não? Afirmo que essas variações do problema se enquadram em um padrão descrito por uma relação necessária entre a parte pagadora e o evento prejudicial. A parte pagadora deve ter alguma

responsabilidade pelo dano causado. Se oferecermos alívio aos aldeões, o faremos sem qualquer sugestão de responsabilidade pelo incêndio. Ele se aplica à seguradora de incêndio, que simplesmente age para cumprir sua obrigação contratual. Mas o incendiário obviamente está em uma relação de responsabilidade e, portanto, seu pagamento constitui uma indenização.

As alternativas conceituais à indenização assumem diversas formas. Podemos chamar os fundos que oferecemos aos aldeões de “caridade”, ou se o governo fornecesse os fundos, “assistência” seria o termo correto. Os recursos pagos pela companhia de seguros não seriam nem indenização nem assistência, nem bem-estar nem caridade.

A característica distintiva da transação de seguro é o fato de as partes seguradas direito de receber os recursos de suas apólices. Observe que a maioria dos casos de pagamento obrigatório constitui indenização, mas o exemplo do seguro contra incêndio é uma exceção. Nesse caso, o direito contratual do segurado retira o pagamento das categorias de assistência social e auxílio, mas o fato de a empresa não ter uma relação responsável com o incêndio impede que descrevamos o pagamento como indenização.

Na segunda perspectiva, que derivamos da literatura filosófica sobre punição, nos concentramos no motivo da ação judicial ou administrativa. Uma série de sanções atende a todos os critérios externos de punição. *Impeachment*, deportação, expulsão da Ordem - todas elas, nas palavras de H.L.A. Hart, “envolvem dor ou outras consequências normalmente consideradas desagradáveis”. Todos eles ocorrem na relação de autoridade exigida e todos eles atendem às condições necessárias e suficientes de Hart para a punição. No entanto, sabemos intuitivamente que nenhuma delas constitui punição.

Considere o *impeachment* e a condenação de oficiais civis dos

Estados Unidos. Essa sanção é imposta por altos crimes e contravenções e, no entanto, a remoção do cargo não constitui punição por esses crimes. Se isso acontecesse, esperaríamos que a cláusula de dupla penalização impedisse o processo criminal subsequente do funcionário afastado. No entanto, a cláusula da dupla incriminação não se aplica. Se o *impeachment* representasse uma forma de pagar a dívida com a sociedade, poderíamos esperar que o poder de perdão do Presidente se aplicasse ao crime relevante e, assim, eliminasse a dívida que precisa ser paga. No entanto, por exceção expressa na Constituição, o poder de perdão não se aplica a *impeachments*. Como explicar que uma sanção possa beirar a punição e, ainda assim, ficar aquém dela? A explicação, acredito, está no motivo do *impeachment* e da destituição do cargo.

O objetivo desse remédio não é anular o erro, mas proteger o público removendo o funcionário público infrator. O significado do crime grave ou da contravenção é que ele fornece evidências de falta de confiabilidade e confiabilidade no cargo.

Pode ser que o estigma do *impeachment* seja maior do que o da revogação por eleição popular, mas o peso da sanção recai sobre a proteção social em vez da retribuição por atos ilícitos. Como medida de separação e proteção, o impeachment não se qualifica como punição. A mesma análise explica por que, legal e filosoficamente, a deportação e a expulsão do cargo estão fora do alcance da punição e, portanto, podem ser impostas sem todas as proteções processuais de um julgamento criminal.

Ao me referir a esse conjunto de questões como o motivo da sanção, não quero dizer que os juízes individuais necessariamente têm um motivo específico em mente quando impõem uma sentença. Em vez disso, o motivo deve ser inferido a partir dos atributos da sanção, tanto da forma como foram concebidos quanto da forma como se cristalizaram na

prática. A qualidade do *impeachment* e da deportação se torna evidente em comparação com uma sanção relacionada, a expatriação, que a Suprema Corte trata como punição. A expatriação por delito é submetida ao tipo de escrutínio normalmente reservado para sanções criminais.

A deportação e a expatriação são importantes. A dor e a privação implícitas na deportação são incidentais ao objetivo de separar um estrangeiro infrator do país, a separação compulsória cumpre seu objetivo de proteger a sociedade. A expatriação, por outro lado, não realiza nada, exceto a desgraça do cidadão desonrado. O cidadão expatriado permanece em casa; se ele for perigoso, continuará sendo perigoso mesmo como estrangeiro residente. Se houver algum benefício social decorrente da expatriação, será apenas como resultado do mecanismo adicional de exemplo e dissuasão. Se outras pessoas testemunharem a desonra de um cidadão, é possível que se abstenham de cometer o mesmo crime.

A tese emergente é que, se uma sanção protege automaticamente a sociedade ao remover alguém de uma posição em que ele nos coloca em perigo, então a sanção tem um componente não punitivo. Se, ao contrário, a sanção funciona principalmente para desonrar e estigmatizar o infrator, então estamos inclinados a ver a sanção como punição. *Impeachment*, deportação e expulsão da Ordem dos Advogados se enquadram na categoria de sanções que, em sua própria imposição, atingem um objetivo socialmente desejável de separar o infrator de uma função ou de um local onde ele possa ser perigoso. A expatriação se assemelha mais ao *jogging*, à pena capital e ao confinamento penitencial. Essas são sanções criadas para desonrar e estigmatizar o infrator e, por meio desse ato de rotulagem, talvez reformar o infrator e incentivar outros a se absterem de comportamentos semelhantes.

A dificuldade dessa análise, devo observar, é que ela não

consegue, à primeira vista, explicar por que consideramos a prisão como uma forma de punição. Na medida em que o confinamento na prisão serve apenas para separar os infratores perigosos da sociedade, a prisão funciona de forma muito semelhante à deportação por um período específico. Talvez o efeito estigmatizante da prisão seja suficiente para explicar por que essa forma de separação difere dos casos que consideramos não punitivos. Alternativamente, o confinamento pode ser uma forma especial de separação, muito mais intrusiva à liberdade do que simplesmente remover alguém de um cargo ou de uma sociedade específica. Embora eu ache que minha descrição geral da punição esteja correta, concordo que o caso central da prisão pode exigir uma análise distinta.

Meu objetivo aqui é ilustrar um método de análise que, em minha opinião, traz lições importantes para a compreensão da estrutura de indenização na lei. Lembre-se da confiança de Nozick na distinção entre indenização e redistribuição. Como decidimos se um determinado pagamento constitui um ou outro?

Não é suficiente apontar para um incidente anterior de causar como o estímulo para o pagamento exigido. Temos que colocar a questão adicional pergunta: o que o pagamento faz! A analogia com os mecanismos de separação se desfaz nesse ponto, pois não há uma maneira fácil de inspecionar um pagamento monetário para determinar o que ele realiza. Temos que refletir sobre os critérios para avaliar o valor do pagamento. Será que olhamos para a riqueza relativa dos piratas ao avaliar os danos? Se o fizermos, dificilmente poderemos negar a sugestão de que o pagamento efetua uma redistribuição de riqueza.

Por outro lado, se limitarmos nosso foco à transação que causa o dano, o pagamento funciona mais como uma medida de indenização. Será que aplicamos o princípio de que o réu deve aceitar a vítima como a

encontra? Em caso afirmativo, novamente parece que o motivo da sanção é corrigir os efeitos do dano na vítima específica. As medidas redistributivas não consideram a vítima em sua particularidade concreta; em vez disso, elas tratam a vítima como um membro da classe de pessoas que merecem uma parcela maior da riqueza da sociedade.

Assim, se considerarmos a idade e a capacidade de ganho da vítima em particular, estruturamos o pagamento obrigatório para destacar o efeito compensatório.

Em nossos sistemas de exigência de indenização às vítimas de atos ilícitos e de tomadas governamentais, não permitimos provas da riqueza relativa das partes. Em vez disso, exigimos, especialmente no sistema de responsabilidade civil, que o réu aceite a vítima como ela a encontra. Isso sugere que a função dos pagamentos de responsabilidade civil é indenizar e não redistribuir a riqueza. É claro que poderíamos mudar o sistema para que ele operasse de forma diferente, mas meu objetivo aqui é analisar os requisitos de um modelo que explicaria nossas práticas. Argumentos revolucionários são reservados para aqueles que podem nos convencer, por uma questão de princípio, de que o que estamos fazendo agora está errado.

5. CONCLUSÃO

Se eu tiver oferecido uma descrição adequada da indenização conforme esse conceito se cristalizou em nossas práticas jurídicas, então uma característica dessa descrição nos leva de volta ao conflito entre a análise econômica e filosófica da indenização. Os critérios para aferir o pagamento - fundamental para entender se é indenização ou redistribuição - coincidem com o que chamamos anteriormente de aspecto intrínseco da indenização. A perspectiva extrínseca nos diz apenas que a

indenização é como muitas outras ações que têm o efeito de transferir riqueza de uma pessoa para outra. A perspectiva intrínseca nos informa se o pagamento responde adequadamente a uma determinada vítima ferida em uma ocasião específica.

Agora, lembre-se do contraste no início deste artigo entre a jurisprudência econômica, que ignora a perspectiva intrínseca da indenização, e a escola filosófica tipificada pelo trabalho de Nozick, que se baseia na perspectiva intrínseca ao elaborar uma teoria política. Se meu relato sobre a indenização for correto, segue-se que a jurisprudência econômica não pode oferecer um relato fiel dos conceitos que realmente empregamos na discussão de problemas jurídicos. Nenhum sistema de pensamento que ignore a perspectiva intrínseca, seja na punição ou na indenização, pode capturar as distinções que usamos todos os dias na abordagem de problemas jurídicos.

Sua rejeição categórica das descrições econômicas de nosso sistema jurídico poderia bem que poderia provocar uma objeção incisiva. Como é possível, pode-se dizer, que por punição.

Ao me envolver em uma análise conceitual, posso resolver as questões normativas que preocupam todo lavrador receptivo? Qual é o objetivo da lei de responsabilidade civil? Ele serve apenas para fornecer indenização ou para minimizar os custos de acidentes? Qual é o objetivo da cláusula de domínio eminente? É para garantir a propriedade privada contra a redistribuição ou é para minimizar os custos sociais dos programas governamentais? Essas questões normativas estão na linha de frente de toda discussão teórica. Como é possível simplesmente ignorá-las com um argumento sobre a estrutura da indenização?

A objeção é poderosa e, de fato, vai ao cerne das disputas atuais sobre justiça e eficiência como valores jurídicos. A busca pelo propósito "correto" do direito penal, da responsabilidade civil, da primeira emenda

e, na verdade, de todas as instituições do nosso sistema jurídico, domina o discurso teórico. No entanto, em minha opinião, essa busca é mal concebida.

Em primeiro lugar, a busca do propósito certo direciona nossa atenção para o impacto, ou a perspectiva extrínseca, de nossas instituições jurídicas. O propósito “certo” consiste sempre na busca de algum objetivo proposto pelo teórico. A preocupação com essas metas ou políticas obscurece os limites entre instituições paralelas, todas elas com objetivos específicos, dos quais favorecem o mesmo objetivo. Do ponto de vista da proteção social, podemos dificilmente distinguir entre punição, impeachment e deportação. No entanto, a vida da argumentação jurídica consiste precisamente na elaboração de distinções desse tipo, investigando a essência de conceitos relacionados e estabelecendo os limites entre eles. Este é o simples fato com o qual nos deparamos toda vez que pensamos sobre discurso nos termos da primeira emenda, sobre buscas nos termos da quarta emenda, sobre o conceito de testemunho na análise do privilégio contra a autoincriminação e sobre punição criminal nos termos da sexta emenda. O hábito de fazer distinções define o ofício do advogado, e qualquer modo de pensamento que obscureça os limites de conceitos relacionados não fala aos advogados, mas a outras pessoas que se preocupam mais com semelhanças funcionais do que com a estrutura das ideias. A preocupação com propósitos e metas, em suma, com a perspectiva extrínseca, obscurece as distinções, pois nos afasta das considerações intrínsecas que são necessárias para distinguir instituições diferentes que tendem a ter o mesmo impacto externo.

Minha segunda resposta àqueles que defendem o foco em propósitos em vez de distinções conceituais começa com um ponto da teoria política. Parto do pressuposto de uma sociedade heterogênea, na qual todos nós buscamos diversos objetivos. A função das instituições

jurídicas é justamente permitir que indivíduos com objetivos diversos se envolvam em uma cooperação pacífica e eficaz, que retirem a ênfase dos propósitos e motivos. A validade de um contrato não depende dos propósitos das partes. Não importa o motivo pelo qual uma pessoa toma dinheiro emprestado, mas apenas o fato de tê-lo tomado emprestado. Da mesma forma, a responsabilidade civil por agressão não se baseia no motivo pelo qual A deu um chute em B, mas apenas no fato de que A intencionalmente deu um chute em B. De modo geral, os motivos são igualmente irrelevantes na avaliação da responsabilidade criminal. Desconsiderar os objetivos finais permite estabelecer um conjunto de princípios que funcionem como o menor denominador comum entre as diversas posturas e motivos. É exatamente disso que precisamos em uma sociedade na qual buscamos cooperar, apesar de termos propósitos particulares.

Da mesma forma, devemos reconhecer que cada teórico tem uma explicação preferida sobre porque punimos os criminosos, porque exigimos uma indenização por aquisições e porque protegemos a liberdade de expressão. Exatamente como a validade dos contratos não depende dos objetivos finais das partes, a análise de nossas instituições não deve incorporar os objetivos preferidos deste ou daquele grupo de teóricos. Em vez disso, devemos ver o direito penal, a lei de responsabilidade civil, a lei de aquisição e outras instituições como o denominador comum de propósitos concorrentes. É por isso que insisti em uma análise conceitual da punição e da indenização, em vez de uma visão dessas sanções atreladas a algum objetivo que todos nós deveríamos ter como certo. A perspectiva intrínseca não parte de uma meta, mas da realidade dos conceitos cristalizados no discurso jurídico cotidiano. É no exame desse discurso que descobrimos a estrutura implícita de nossos conceitos e promovemos uma visão do direito livre de

propósitos aprovados comercialmente. A medida que nos afastamos dos propósitos privados, desenvolvemos um método jurídico que está em conformidade com a maneira como os advogados realmente pensam e argumentam. Mas o mais importante é que, ao reconhecer que uma análise adequada da punição e da indenização não precisa incorporar um objetivo social específico, incentivamos a diversidade de propósitos por trás de uma instituição comum. Mantemos a unidade de nosso sistema jurídico ao mesmo tempo em que favorecemos a individualidade e a liberdade humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FLETCHER, George P. **Punishment and Compensation**. 14 Creighton Law Review, 691, 1981.

© **Direito e Linguagem** nº 1, vol. 3. Ordinário (2024), pp. 81-97
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.14012655

A capacidade de ação da pessoa jurídica

The legal entity's capacity to act

José L. González Cussac^{1 2}

Universidad de Valencia

Sumário: 1. Introdução; 2. Sujeito de direito e sujeito de direito penal; 3. Uma aproximação a partir da concepção significativa da ação; 4. Sujeito ativo e tipo de ação; 5. Sujeito ativo e o termo cometer o delito; 6. Conclusão; 7 Referências.

Resumo: A filosofia da linguagem aplicada ao Direito penal permite uma mais acurada compreensão das categorias jurídicas do delito; dentre elas, também a ação. Neste contexto, a concepção significativa da ação aproxima linguagem e o sistema de imputação, de modo que se institua um tratamento igualitário entre pessoas físicas e jurídicas, reconhecendo-as como sujeitos de Direito penal e capazes de ação.

Palavras-Chave: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas; capacidade de ação; filosofia da linguagem; concepção significativa da ação.

Abstract: The philosophy of language applied to criminal law allows for a more accurate understanding of the legal categories of crime, including action. In this context, the meaningful conception of action brings language and the system of imputation closer together, so that equal treatment is established between individuals and legal entities, recognizing them as subjects of criminal law and capable of action.

¹Catedrático de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España).

²Tradução por Guilherme Henrique Gonçalves, Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Brasil).

Keywords: Criminal liability of legal entities; capacity for action; philosophy of language; Meaningful conception of action.

1. INTRODUÇÃO³

A introdução da responsabilidade penal de pessoas jurídicas nos ordenamentos positivos representa um grande desafio teórico e prático. Para responder a esse desafio e contribuir para a aplicação racional desse novo modelo de atribuição de sanções penais a um sujeito coletivo, diversas abordagens e propostas foram formuladas.

O presente trabalho aborda uma das categorias centrais da teoria jurídica do delito: a capacidade de ação. E o faz a partir da filosofia da linguagem, vale dizer, a partir de uma corrente de pensamento que compreende de forma radicalmente distinta a ideia de ação.

2. SUJEITO DE DIREITO E SUJEITO DE DIREITO PENAL

A principal questão que pretendo desenvolver nestas breves páginas é verificar até que ponto a *concepção significativa de ação* permite considerar que uma pessoa jurídica também atua, ou seja, que é sujeito de uma ação. Este desenvolvimento é feito aqui de forma independente da formulação legal positiva e da referência expressa à pessoa física no termo "cometer" o delito⁴, na regulação espanhola. Trata-se, portanto, de uma especulação teórica que, talvez, possa ser útil para futuras legislações.

O que interessa aqui é verificar se, em qualquer caso, essa doutrina poderia ser aplicada em uma legislação que atribua expressamente a comissão de delitos à pessoa jurídica. Em outros termos, se um tipo concreto (tipo de ação) poderia ser considerado como o significado de uma ação da pessoa jurídica. Isto é, como o tipo de ação concreto. Essa análise permitiria superar não apenas o antigo obstáculo dogmático da capacidade de ação imposto às pessoas jurídicas, como também, o que é mais importante, as exigências de caráter

³Originalmente publicado em "Estudios Jurídicos en Memoria de la Profesora Dra. Elena Górriz Royo" (dir. José L. González Cussac; coord. José León Alapont), Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 429 a 441.

⁴GÓRRIZ ROYO, E. "Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo", *InDret*, nº. 4, 2019, p. 1 e ss.

constitucional, possibilitando um modelo de autorresponsabilidade pelo delito concretamente cometido⁵. É muito importante sublinhar, como Busato tem insistido, a necessidade de conectar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica ao desvalor de ação e ao desvalor de resultado do concreto fato delitivo⁶.

A favor desta compreensão, argumenta-se que as pessoas jurídicas são sujeitos de Direito porque o ordenamento jurídico lhes confere tal *status*. Não há nenhuma dúvida a esse respeito, na medida em que são consideradas sujeitos plenamente independentes das pessoas físicas; e a sua vontade, formada por procedimentos legais ou estatutários, é reconhecida e possui plenos efeitos jurídicos. Esta premissa é indiscutível, pois em outras disciplinas jurídicas se reconhece plena capacidade às entidades dotadas de personalidade jurídica, sendo consideradas sujeitos de direitos e obrigações tanto públicas quanto privadas⁷.

Portanto, pode-se reconhecer que as pessoas jurídicas como sujeitos de Direito; no entanto, ainda assim remanescem dúvidas se o são no âmbito penal. Essa excepcionalidade constituiria uma situação anômala e, como exposto na doutrina, implica uma desigualdade injustificável⁸. A partir daqui surgem várias dúvidas: é justificável, coerente e lógico sustentar que as pessoas jurídicas são sujeitos em todo o Direito, exceto no Direito penal? Então, quais seriam as razões para manter essa assimetria? Razões políticas, constitucionais, legais, dogmáticas?

Em minha avaliação, é difícil justificar um tratamento desigual às pessoas jurídicas no Direito penal. Não vejo nenhum impedimento de caráter

⁵ Já me pronunciei sobre essa questão, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Represión Penal y Estado de Derecho”. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (F. Morales Prats; J. M^a. Tamarit Sumalla; R. García Alberó, coordinadores), Pamplona (Aranzadi), 2019, p. 565 a 576.

⁶ BUSATO, P. C. “*Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 97 e ss. Em sentido similar, mas partindo de outras premissas, GALÁN MUÑOZ, A. “*Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 257 e ss., considera necessária a conexão causal entre a infração do dever preventivo e a realização do concreto delito. Porque a pessoa jurídica não responde apenas pela infração do dever preventivo, mas pela sua conexão com o dano ou perigo produzido.

⁷ Pela sua posterior influência deve se destacar a defesa desta ideia por TIEDEMANN, K. “*Temas de Derecho penal económico y ambiental*”, Lima: Idemsa, 1999. p. 219.

⁸ BUSATO, P. C. “*Tres tesis...*”, *op. cit.*, 2019, p. 19 e ss.

constitucional para que sejam consideradas sujeitos de Direito penal. Naturalmente, outra questão é *como* essa imputação se desenvolverá juridicamente; contudo, é possível generalizar essa advertência para qualquer matéria e para qualquer sujeito. Portanto, ela não afeta diretamente a essência da questão, que é a hipotética existência de razões constitucionais que impeçam considerar as pessoas jurídicas como sujeitos de Direito penal. Na verdade, há muitas décadas e, inclusive, na atualidade, elas têm o *status* de sujeitos de Direito administrativo sancionador.

Por outro lado, pode-se reproduzir a intensa discussão político-criminal sobre essa opção, mas não considero que existam obstáculos intransponíveis, visto que parte do mundo já seguiu este caminho. Além disso, diversos organismos internacionais "recomendam" adotar um modelo de responsabilidade criminal. Logo, a decisão de considerá-las como sujeitos de Direito penal é politicamente defensável. Da mesma forma, a partir de uma visão do ordenamento jurídico enquanto uma unidade, parece mais coerente seguir a tendência comum e também considerá-las sujeitos de Direito na ordem jurídico-penal, em vez de manter a excepcionalidade. Sem dúvida, são mais visíveis as razões em favor da uniformidade, por coerência interna do sistema legal e pela necessidade de harmonização entre suas partes.

Por fim, partindo de uma concepção instrumental da dogmática, diria que, se uma ferramenta não pode ser útil a uma aplicação racional e constitucional da lei, é preciso substituí-la por outra que o seja. Nesse sentido, não compartilho da opção de opor obstáculos dogmáticos meta-constitucionais, meta-legais ou meta-político-criminais.

Entretanto, nessa discussão parece imprescindível introduzir uma importante distinção. De fato, sequer seria juridicamente equivalente ser *sujeito de Direito* e ser *sujeito de Direito penal*. Por brevidade, apresentarei um simples exemplo: o nascituro, ou um menor de idade, são *sujeitos de Direito*, mas não são *sujeitos de Direito penal*. Naturalmente, refiro-me a não serem sujeitos ativos de Direito penal, que é o problema que nos interessa. Isso é assim porque para ser tratado normativamente como *sujeito (ativo) de Direito penal*, é necessário que pelo menos três condições estejam presentes: a) que exista uma infração

(legalidade/tipicidade); b) que exista capacidade de ação; e, c) que exista capacidade de infringir uma norma.

Portanto, essa abordagem à questão deve ser complementada pelo entendimento da seguinte sequência: sujeito de Direito penal; capacidade de ação; capacidade de infringir uma norma; sujeito ativo; e autor. A tese aqui apresentada estabeleceria a conexão nos seguintes termos: o Direito como um todo, incluindo o Direito penal (ainda que parcialmente), considera a pessoa jurídica como sujeito. Por enquanto, embora a legislação a considere juridicamente responsável, não lhe atribui a comissão de fatos delitivos⁹. Todavia, diante de uma futura regulamentação, a *doutrina da ação significativa* poderia oferecer uma razoável explicação a respeito da capacidade de ação e, consequentemente, do seu reconhecimento como sujeitos ativos de delito. Em síntese, é possível afirmar que as pessoas jurídicas *atuam* ou que *cometem* delitos. Uma primeira precisão, à qual voltaremos em seguida: adiro à tese daqueles que não equiparam *cometer* com *executar* a ação. Em outras palavras, *cometer* é um termo amplo que engloba tanto atos de autoria quanto atos de participação, enquanto *executar* a ação se circunscreve exclusivamente aos autores materiais.

Com todas as distinções anteriores, ainda caberia indagar se estaríamos sugerindo que uma pessoa jurídica pode *atuar* ou *cometer* um delito exatamente da mesma maneira que uma pessoa física o faria? Insisto que esta é uma pergunta baseada em uma hipotética legislação futura. Isso porque, diante do modelo legal atualmente vigente, essa pergunta se mostra desnecessária, dado que o art. 31 bis do Código Penal espanhol não o exige de modo algum.

⁹ LEÓN ALAPONT, J. “*La responsabilidad penal de los partidos políticos*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 278 e ss.

3. UMA APROXIMAÇÃO A PARTIR DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Outros autores já percorreram este caminho, especialmente Carbonell Mateu¹⁰, que formulou uma proposta decidida a favor do reconhecimento da capacidade das pessoas jurídicas para serem sujeitos ativos de delitos, por possuírem capacidade de ação. Naturalmente, ele chegou a essa tese também por meio do desenvolvimento da doutrina da "ação significativa" de Vives Antón, o que também foi seguido por Busato¹¹. Para todos esses autores, se não reconhecemos a capacidade de ação da pessoa jurídica, sua condição de sujeito de Direito penal, não conseguiremos abandonar um sistema de imputação baseado na heterorresponsabilidade, ou seja, no delito cometido por uma pessoa física.

No entanto, essa proposta, originada a partir da filosofia da linguagem, recebeu diversas críticas. Aqui, pretendo examinar as duas mais explícitas e importantes.

Em primeiro lugar, Rodriguez Mourullo objeta o desenvolvimento inicial da tese de Carbonell Mateu, que *"por essa via, no final das contas, perde-se toda percepção da realidade empírica e incorre em uma concepção ultranormativizada difícil de compartilhar. Porque a ação não é puro significado, mas um comportamento humano com um determinado significado"*. Ele conclui que essa concepção conduz a um tratamento igualitário - com nuances mínimas - para pessoas físicas e jurídicas, que prescinde das diferenças empíricas que existem entre a pessoa natural e a pessoa jurídica¹². Recentemente, Vives Antón entrou no debate ao recordar que nunca afirmou que as ações seriam puros significados, tampouco o substrato de um sentido, senão que um sentido de um

¹⁰ CARBONELL MATEU, J. C. *"Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, In "Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón" (Drs: Carbonell Mateu; González Cussac; Orts Berenguer; Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 301 e ss.; CARBONELL MATEU, J. C. *"CARBONELL MATEU, J. C.: 'La persona jurídica como sujeto activo del delito'"*, In Livro-Homenagem ao Professor Diego Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 2020, p. 595 e ss. De opinião similar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *"Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general"*, 5ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 612 e ss.

¹¹ BUSATO, P. C. *"Tres tesis..."*, Op. cit. 2019.

¹² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática"*, Tribuna nº 6, abril-junho, 2011, p. 7 e ss.

substrato, "e, por este caminho, nem se perde nem se pode perder toda a percepção da realidade empírica, mas apenas aquela percepção da realidade empírica que a erige no núcleo definidor da ação. A ação se define (não poderia ser de outro modo) pelo seu sentido"¹³.

Como se observa, a crítica de Rodriguez Mourullo não aponta especificamente para a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas ao próprio fundamento da *concepção significativa da ação*.

Mais recentemente, Díaz y García Conlledo objetou a aplicação concreta que Busato desenvolveu dessa matéria. Em uma tentativa de redução ao absurdo (*reductio ad absurdum*), utilizando o argumento conhecido de atribuir também sentido a certos acontecimentos naturais, vícios, enfermidades, animais ou grupos, vale dizer, como se também todos eles *atuassem*. Por exemplo, entre outras frases, utiliza as seguintes: "a lua me feriu com sua luz melancólica", "o sol me cegou com seus raios", "o álcool o matou", "um touro o feriu gravemente"; "um raio o matou"; "o jogo o arruinou" etc.¹⁴ O autor adverte que é insuficiente formular essas proposições para poder atribuir responsabilidade às pessoas jurídicas¹⁵.

Não é este o momento para debater se essas frases atribuídas a animais, vícios ou fenômenos naturais têm ou não o sentido na linguagem comum que os tornem comparáveis a uma conduta humana. Não é esse o ponto que nos interessa. O que é determinante no Direito penal é se podemos atribuir consequências a esses "fatos". Já há algum tempo renunciamos a fazê-lo em relação a animais e fenômenos naturais. Por variadas e óbvias razões científicas, culturais e porque pensamos que não são suscetíveis de regulamentação por normas. Por isso, sobretudo desde o Iluminismo, o Direito penal limitou-se a regular condutas apenas de pessoas humanas. Mas quem sabe qual será a

¹³ VIVES ANTÓN, T. S. "Ley, lenguaje y libertad. Sobre el determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal", In *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia* (compiladora M^a. L^a. Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 250-251.

¹⁴ A crítica concreta pode ser lida em DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático", In GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. pp. 111 e ss.

¹⁵ Também inclui argumentos, muito breves, sobre culpabilidade, dos quais não posso me ocupar neste trabalho.

decisão que tomaremos no futuro, por exemplo, em relação à robótica e à inteligência artificial.

No entanto, é necessário retornar aos exemplos de Díaz y García Conlledo, pois eles nos permitem avançar na avaliação da tese aqui proposta. De fato, todos concordamos que os acontecimentos naturais estão fora do Direito penal, enquanto as condutas humanas estão sujeitas às suas normas. A crítica, portanto, radica na ideia de que a "concepção significativa" não poderia explicar por que não se castigam também os acontecimentos naturais, se também possuem sentido ou significado.

A primeira resposta a essa crítica reside justamente na diferença entre ações e fatos, ou seja, entre as *leis da cidade* e as *leis da natureza*. Essa diferença não está em nenhuma entidade ou processo físico ou psíquico "*que a justifique, buscando um substrato da imputação de sentido, sem perceber que, ao proceder dessa forma confundimos duas questões: a da capacidade da ação e a da ação mesma*"¹⁶. Assim, em relação à capacidade de ação, inquestionavelmente, é possível identificar um substrato no ser humano, mesmo que seja puramente biológico (e não espiritual), que o distingue dos outros seres vivos. No entanto, a capacidade de ação não se satisfaz com o mero recurso a uma resposta fragmentada sustentada nesse substrato biológico. Por isso, a concepção significativa apela ao *sentido* das ações, à possibilidade de serem reguladas por normas e ao primado da liberdade, tudo isso em um contexto social. É aí que residem os pressupostos da capacidade de ação.

Por outro lado, buscar por um substrato que diferencie a ação humana e os acontecimentos do mundo físico conduz ao absurdo, "*porque o significado não existe, não é nenhuma classe de objeto do mundo que percebemos, mas se limita a significar*"¹⁷.

A *concepção significativa da ação* se distancia de outras concepções dogmáticas, entre outros motivos, justamente pelo critério que emprega para diferenciar ações de acontecimentos naturais. De fato, não se fundamenta em critérios ontológicos, físicos ou mentais. O essencial é, na verdade, a ideia de "liberdade de ação", que constitui o ponto de união entre a ação e a norma.

¹⁶ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 222.

¹⁷ VIVES ANTÓN, T. S. "*Fundamentos...*", *Op. cit.*, 2011, p. 223 e 224.

Porque só se concedermos, mesmo que um mínimo, de margem de indeterminação ao comportamento humano, poderemos afirmar que é passível de ser submetido a regras. Em outras palavras, a diferença entre acontecimentos naturais e ações está principalmente no fato de que estas últimas não estão completamente determinadas por leis causais, sendo que essa mínima margem de liberdade permite afirmar que as ações humanas são regidas por normas¹⁸.

Uma vez advertida a diferença que a doutrina da concepção significativa estabelece entre acontecimentos naturais e condutas humanas, é necessário retornar aos exemplos anteriormente formulados e compará-los com outros próprios. Assim, os exemplos propostos por Díaz y García Conlledo - "*a lua me feriu com sua luz melancólica*", "*o sol me cegou com seus raios*", "*o álcool o matou*", "*um touro o feriu gravemente*"; "*um raio o matou*"; "*o jogo o arruinou*" etc. - não representam nenhum problema para discriminar a relevância penal, também pelas razões apontadas, a partir da concepção significativa. Na realidade, ninguém se preocupa com o fato de o Direito penal punir ou não a lua, o sol, os raios, o jogo ou um animal. E não nos preocupamos porque, ainda que quiséssemos, não poderíamos regulamentar esses acontecimentos mediante normas. O que nos preocupa e debatemos é se devemos punir as pessoas jurídicas, pois estas, enquanto constructos normativos, podem sim ser regulamentadas. E então os exemplos devem ser outros: "*a sociedade R quebrou*"; "*a sociedade W contaminou o ar*"; "*a sociedade Z defraudou a seguridade social*"; "*a sociedade Ñ vendeu dados pessoais*"; "*a sociedade H elidiu o pagamento de seus tributos*"; "*a sociedade J lavou capitais*", ...

Da leitura desses exemplos, dentre tantos outros que poderiam ser oferecidos, as perguntas devem ser outras. Primeira: tratam-se de acontecimentos naturais ou de ações humanas? Ou, pelo menos, estão mais próximos de um acontecimento natural ou de uma ação humana? Podem ser objeto de regulamentação conforme as normas ou estão causalmente determinados por leis naturais? O decisivo é se são algo, ou seja, se possuem um substrato biológico, ou, pelo contrário, reside na questão de se possuem um

¹⁸ VIVES ANTÓN, T. S. "*Fundamentos...*", *Op. cit.*, 2011, p. 345.

significado normativo? É possível seguir sustentando que, embora possuam significado e consequências para todas disciplinas jurídicas, não o terão para o Direito penal porque uma determinada concepção dogmática da ação o descarta?

Em minha avaliação, a doutrina da ação significativa permite admitir a capacidade de ação das pessoas jurídicas porque não se concebe a partir de postulados ontológicos, físicos ou mentais. Como resumiu Carbonell Mateu, "*a ação é o seu significado e a sua característica - o que a distingue dos acontecimentos - é a sua submissão a regras*"¹⁹. Segundo esse enfoque, as pessoas jurídicas estão sujeitas a normas; são, então, sujeitos de Direito, de modo que este lhes atribui direitos e obrigações. Definitivamente, podem adequar-se ou infringir as normas dentro de suas competências em um contexto social determinado.

Busato expressa isso de forma muito clara: "*Se o limite é o sentido e, hoje, é possível empregar, com sentido jurídico, a expressão: 'a companhia X defraudou seus balancetes', é porque vivemos em um contexto em que tal uso é compartilhado por práticas afirmadas*"²⁰.

Neste contexto, merece atenção a seguinte consideração da primeira Circular da Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria²¹, que por sua clareza eu a transcrevo e subscrevo: "*Em último lugar, e se bem é certo que a questão não deve ser resolvida apelando a um positivismo meramente formal - pois se trata de uma matéria que pode levar implícitas profundas implicações dogmáticas -, a realidade é que, em um Estado Constitucional como é o nosso, o fato de que o delito seja obra do ser humano, da pessoa jurídica ou de ambos, não se deve a razões ontológicas, tampouco à própria natureza das coisas, mas a uma decisão do Direito positivo, como principal ferramenta que é, de impulso e concreção de uma determinada política criminal*"²².

Pois bem. Continuemos avançando, mas considerando, como adverte Vives Antón, o paradoxo de tentar operar com um conceito unitário de ação,

¹⁹ CARBONELL MATEU, J. C. "*La persona jurídica como sujeto activo del delito*", *Op. cit.*, 2020, p. 598.

²⁰ BUSATO, P. C. "*Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación*" em *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 56.

²¹ Circular 1/2011 da FGE.

²² Circular FGE 1/2011, p. 9.

comum a todas as ações, que, se fosse possível, deveria refletir algo que todas elas possuam em comum: um significado genérico e que deveria ser determinado antes de responder à pergunta sobre qual é a ação específica que se está examinando. A isso se acrescenta que *"não havendo nada que todas as ações tenham em comum, como tampouco nenhuma classe de sentido genérico que todas elas realizem, o paradoxo se desfaz: a resposta à pergunta acerca de se algo é ou não uma ação deve começar determinando qual classe de ação específica se trata"*. Ele também adverte que é logicamente impossível formular um conceito geral de ação *"que atenda às características comuns a todas as ações, porque, se a essência da ação está no sentido ou no significado, não há nada que os diferentes significados possam ter em comum"*²³.

4. SUJEITO ATIVO E TIPO DE AÇÃO

Ao aceitar a argumentação mencionada, superada a sua capacidade de ação, a pergunta agora não deveria ser se as pessoas jurídicas têm capacidade genérica de atuar de forma penalmente relevante. A questão agora deve ser formulada com maior precisão, e de acordo com a própria *concepção significativa*, deve-se questionar mais especificamente se são capazes de realizar a ação típica específica que é analisada [*"que se enjuicia"*] no caso concreto, conforme a um determinado tipo de ação.

De fato, porque cada tipo de ação contém algumas características específicas que são o que nos permitem atribuir o significado normativo. E, portanto, em cada tipo delitivo analisado, a resposta pode ser muito diferente, pois pode estar formulada exigindo qualidades pessoais ou características da conduta típica que resultem absolutamente incompatíveis com um comportamento societário. Por exemplo, se o tipo exige que a ação seja executada por um familiar ou que consista na condução temerária de um veículo automotor. De modo que nos encontraremos diante de condutas que dificilmente poderemos afirmar que são realizadas exatamente da mesma forma por uma

²³ VIVES ANTÓN, T. S. *"Fundamentos..."*, Op. cit., 2011, p. 542.

pessoa física e por uma pessoa jurídica; ou, inclusive, sequer poderemos dizer que foram executadas por estas últimas. Logo, a discussão deve ser colocada tendo em vista cada comportamento conforme a sua descrição típica e não frente a um conceito *pré-jurídico* e geral de ação.

Contudo, esse enfoque se aplica exatamente da mesma maneira às pessoas físicas, às quais ninguém nega capacidade de ação e, no entanto, tampouco se poderia afirmar que possam praticar todos os tipos de ação. De fato, porque considero que a capacidade de ação está relacionada à categoria de sujeito ativo, e não à de autor; a esse respeito retornaremos adiante com o termo *cometer* o delito. Não obstante, em resumo, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas são *sujeitos de Direito*. E para serem consideradas *sujeitos (ativos) de Direito penal* requer-se que satisfaçam prévias exigências de legalidade/infração/tipicidade, que tenham capacidade de ação e que possuam capacidade de infringir uma norma.

Pois bem, a partir da filosofia da linguagem não há motivo que nos impeça de considerar que as pessoas jurídicas possuam capacidade de ação ou, mais precisamente, a capacidade de realizar algumas ações típicas. Com efeito, ao não partir de um conceito geral de ação, tampouco seria correto afirmar que possuam alguma forma de capacidade geral de ação. Precisamente o que se sustenta é que a resposta depende da descrição de cada tipo de ação.

5. SUJEITO ATIVO E O TERMO *COMETER* O DELITO

Em relação ao texto legal vigente, em outros trabalhos sobre essa matéria desenvolvi o emprego de uma compreensão ampla do termo *cometer o delito*²⁴. Em todo caso, essa questão nos remete a uma antiga discussão doutrinária sobre o que se deve entender por "realização" dos atos típicos e, com isso, quanto à discussão geral sobre autoria e participação²⁵.

Como já sustentou Vives Antón, "*cometer*" ou "*realizar*" não equivalem a "*executar a ação*". Esta segunda expressão possui um significado muito mais

²⁴ Amplamente em GÓRRIZ ROYO, E. M^a. "*El concepto de autor en Derecho penal*", Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 82 e ss.

²⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

restrito e equivale a materializar a ação, a "*colocá-la em prática*" ["*ponerla en obra*"], vale dizer, circunscreve-se à autoria em sentido estrito ou material e trata-se de uma regra descritiva. Por outro lado, "*realizar*" ou "*cometer*" são termos mais amplos, abstratos e até mesmo difusos, que incluem tanto as modalidades de autoria como também as de participação²⁶. Além disso, pode-se compreendê-las de forma ainda mais ampla, isto é, como uma regra valorativa mediante a qual se atribui não apenas autoria, como também qualquer título de responsabilidade criminal. Contudo, todas essas modalidades podem gerar responsabilidade penal, que não se limita exclusivamente àqueles que materialmente executam a ação típica.

Portanto, as pessoas jurídicas respondem por sua conduta acessória, comissiva ou omissiva, na realização do fato principal praticado pela pessoa física. Em síntese, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas teria uma natureza jurídica próxima a uma regra geral de extensão de punibilidade. Em certa medida, guarda parentesco com uma regra similar à participação, a uma contribuição acessória ao fato delitivo. Convém insistir novamente na necessidade de diferenciar entre ser responsável penalmente; *cometer* o fato delitivo; e ser autor material dele.

Em uma perspectiva de futuro, a *doutrina significativa da ação* permite atribuir a comissão de ações delitivas diretamente às pessoas jurídicas e a fazê-lo a título de autoria em sentido material. Obviamente, e de forma coerente com essa concepção, não se pode afirmar que seja possível realizar essa atribuição em relação a todas as ações típicas, o que seria uma manifesta contradição interna. Pode-se fazê-lo com relação a algumas ações, dependendo de suas descrições, dos atalhos e das armadilhas de sua concreta descrição típica. Por exemplo, de acordo com o uso comum da linguagem, pode-se dizer que uma sociedade defraudou, enganou ou contaminou; mas dificilmente se diria que uma sociedade estuprou ["*violou*"] ou que conduziu de forma temerária.

²⁶ VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en lo delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid: Publicações do Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977. p. 160.

Portanto, como desenvolveram Carbonell Mateu, Martínez-Buján Pérez e Busato, a partir dessa teoria é possível construir razoavelmente um modelo teórico de autêntica autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso porque permite considerá-las como *sujeitos (ativos) de Direito penal*, na medida que possuem plena capacidade de ação para *cometer*, como autores materiais, algumas ações típicas. Para outras ações não atribuíveis a título de autoria, caberia a opção de serem imputadas a título de participação.

Em resumo, *cometer* como equivalente de realizar, inclui não apenas os atos executivos de produção material e direta do evento, mas também contribuições ideais ou indiretas. Neste sentido, não há nada que impeça afirmar que as pessoas jurídicas *cometem* o fato delitivo.

Também se chega a esta conclusão pelo desenvolvimento da categoria de autoria elaborada pela *concepção significativa da ação*. Vives Antón já havia diferenciado um conceito material e um conceito formal de autor. Ou, caso se prefira, distinguindo entre a autoria como categoria descritiva e autoria como categoria atributiva (valorativa). A primeira descreve quem realiza a ação. A segunda atribui responsabilidade como autor. Pois bem, partindo desta tese, Górriz Royo e Martínez-Buján Pérez elaboraram duas propostas, que me permito aplicar ao tema ora analisado, considerando que podem resultar de grande utilidade.

Em primeiro lugar, defendem o critério de "*acessoriedade mínima objetiva*", em oposição ao critério mais amplo da "*acessoriedade limitada*". Essa opção oferece resultados diferentes para validar a participação de terceiros intervenientes no fato imputado. Por conseguinte, o título da imputação é circunscrito à execução de uma ação [formalmente - N.T.] típica e [materialmente - N.T.] ofensiva, sem transferir ou requerer do partícipe nenhum outro requisito adicional. Além disso, partindo da autoria em sentido lógico-gramatical, diferenciam-se atos executivos de atos consumativos. Assim, uma vez que o autor inicie a execução de uma ação [formalmente - N.T.] típica e [materialmente - N.T.] ofensiva, já se admite a participação de terceiros²⁷.

²⁷ GÓRRIZ ROYO, E. M^a. "*Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima*", en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 97; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, "*La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y del CP español)*", Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 107

Acredito que esta perspectiva, fundamentada na filosofia da linguagem, pelo menos contribui para o debate, tanto prático quanto teórico. Também penso que existem razões pelas quais a perspectiva oferecida pela *concepción significativa da ação* contribui para melhorar tanto a aplicação da lei vigente quanto a de uma futura legislação. Assim, por um lado, permite uma aplicação da lei sem ultrapassar o seu teor literal e sempre dentro de parâmetros constitucionais; enquanto, por outro lado, também possibilita uma elaboração teórica coerente e mais satisfatória do que a atual com os pressupostos de um Direito penal constitucionalmente orientado. Ou seja, mantendo um critério unitário justificante da responsabilidade penal, tanto de pessoas físicas quanto jurídicas: a função de tutela de bens jurídicos.

6. CONCLUSÃO

Nas linhas anteriores, creio ter exposto que, se no futuro algum ordenamento jurídico positivo atribuir diretamente responsabilidade penal a uma pessoa jurídica sem a necessidade de requerer um prévio “fato de conexão” com a atuação de uma pessoa física, desde a compreensão da ação significativa formulada a partir da filosofia da ação, seria perfeitamente possível sua interpretação literal e sempre em conformidade com as exigências constitucionais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BUSATO, P. C. “*Concepción significativa de la acción y su rendimiento crítico para el sistema de imputación*” en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- BUSATO, P. C. “*Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “*Autoría, autoría mediata y coautoría a la luz de la concepción significativa del delito*”, In *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 127 e 136.

- CARBONELL MATEU, J. C. “*Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, In “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón” (Dir.: Carbonell Mateu; González Cussac; Orts Berenguer; Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- CARBONELL MATEU, J. C. “CARBONELL MATEU, J. C.: “*La persona jurídica como sujeto activo del delito*”, In Livro-Homenagem ao Professor Diego Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 2020.
- DÍAZ & GARCÍA CONLLEDO, M.: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático*”, In GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GALÁN MUÑOZ, A. “*Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GÓRRIZ ROYO, E. M^a. “Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima”, en *Lenguaje y dogmática penal* (J. L. González Cussac, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GÓRRIZ ROYO, E. M^a. “*El concepto de autor en Derecho penal*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GÓRRIZ ROYO, E. “*Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, *InDret*, nº. 4, 2019.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “*El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en “Represión Penal y Estado de Derecho”. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares (F. Morales Prats; J. M^a. Tamarit Sumalla; R. García Alberó, coordinadores), Pamplona (Aranzadi), 2019.

- LEÓN ALAPONT, J. *“La responsabilidad penal de los partidos políticos”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, “La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y del CP español)”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *“Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general”*, 5ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”*, Tribuna nº 6, abril-junho, 2011.
- TIEDEMANN, K. *“Temas de Derecho penal económico y ambiental”*, Lima: Idemsa, 1999.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en lo delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid: Publicações do Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VIVES ANTÓN, T. S. *“Ley, lenguaje y libertad. Sobre el determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal”*, In *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia* (compiladora M^a. L^a. Cuerda Arnau), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

© *Direito e Linguagem* nº 3, vol. 1. Ordinário (2024), pp. 98-112
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.14996242

O conceito de déficit semântico do tipo penal a partir da filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein

The Concept of Semantic Deficit in Criminal Typification from the Perspective of Ludwig Wittgenstein's Analytical Philosophy.

Jônatas Alexandre Rocha Júnior¹

Universidade Federal do Ceará.

Sumário: 1. Introdução; 2. Funções do tipo no Direito Penal; 3. Déficit semântico do tipo a partir da filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein; 3.1. O pensamento do segundo Wiggstein; 3.2. O déficit semântico dos tipos penais à luz da filosofia da linguagem ordinária; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o conceito de déficit semântico do tipo a partir da filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein. Para tal, inicia conceituando o tipo no direito e enquanto substrato da teoria do delito, abordando a relevância do tema a partir das funções do tipo numa perspectiva constitucional. Em seguida, apresenta o pensamento de Wittgenstein em suas duas fases, dando ênfase à filosofia da linguagem ordinária. Por fim, a partir das bases do pensamento do filósofo, o trabalho propõe um conceito de *déficit* semântico do tipo penal, utilizando como parâmetro a correspondência dos termos utilizados no preceito do tipo com a linguagem comum.

Palavras-chave: Taxatividade. Tipo penal. Wittgenstein.

Abstract: This study examines the concept of semantic deficit in criminal offense definitions through the lens of Ludwig Wittgenstein's analytical philosophy. To this end, it begins by conceptualizing the notion of offense within legal doctrine and as a fundamental element of criminal theory, highlighting its significance from a constitutional perspective. Next, it explores Wittgenstein's philosophy in both its early and later stages, with particular emphasis on ordinary language philosophy. Finally, drawing on the philosopher's theoretical foundations, the study proposes

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

a definition of semantic deficit in criminal offenses, using as a parameter the correspondence between the terms employed in statutory provisions and common language.

Keywords: Taxativity. Criminal Offense Definition. Wittgenstein.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de tipo é basilar para o direito. Em última análise, o raciocínio silogístico característico da aplicação das normas fundamenta-se na noção de aplicação de tipos abstratos a casos concretos. Essa percepção é tão relevante para a compreensão do fenômeno jurídico que está presente no pensamento de Pontes de Miranda² e Paulo de Barros Carvalho³, além de outros nomes relevantes no campo da teoria do direito.

Com efeito, o tipo é o resultado de um processo de abstração generalizante⁴. Isto é, a partir das particularidades individuais da realidade, colhendo-se o que é comum e repetitivo, se chega a um padrão normativo ideal. Quando condutas ou fatos se amoldam a esse padrão, o direito responde prescrevendo uma dada consequência jurídica. Essa consequência, por sua vez, é imposta por uma coação que idealmente altera a realidade, com o fim de que ela se adeque ao que está prescrito no tipo, em uma interação circular.

Nesse processo, a linguagem desempenha um papel fundamental. Por meio dela é possível identificar e descrever a reiteração desses comportamentos ou fenômenos fáticos. Além disso, a enunciação do tipo e a prescrição de sua consequência são processos que se dão linguisticamente. O direito, enquanto conjunto de expressões emanadas por órgãos de autoridade no exercício de

² O conceito mais importante da teoria do direito de Pontes de Miranda é o de incidência, que pode ser sintetizado na seguinte proposição: para dado suporte fático, a norma preceitua uma consequência jurídica; materializando-se o suporte fático da norma, ela imediatamente produz efeitos, fazendo valer a consequência anteriormente preceituada. Vide: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

³ Ao tratar da regra matriz de incidência, o autor trabalha os conceitos de hipótese e consequência, também em um raciocínio silogístico. Vide: CARVALHO, Paulo Barros de. *Curso de direito tributário*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Ebook.

⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 31, 30/31, 1987/1988, págs. 213-260.

poder, se dá por meio de processos de significação que são, em essência, linguísticos⁵.

Assim, qualquer ruído de comunicação ou interpretação no processo de tipificação é potencialmente ofensivo à função social do direito. Nesse contexto, o presente trabalho pretende formular um conceito de *déficit* semântico do tipo a partir do pensamento de Ludwig Wigenstein, de modo a, a partir da filosofia da linguagem ordinária, fixar parâmetros para aferir se estão ou não preenchidos os requisitos mínimos de taxatividade, exigidos pelo princípio constitucional da legalidade.

Considerando a importância dos tipos para o campo do direito penal, bem como a significação social do exercício do poder punitivo por meio dele exercido, para fins de recorte, este trabalho dará ênfase ao fenômeno do *déficit* linguístico aplicado a esse campo do direito, a despeito dos conceitos abordados serem potencialmente relevantes em outros ramos, como no direito tributário ou administrativo sancionador.

2. FUNÇÕES DO TIPO NO DIREITO PENAL

O direito penal, influenciado pelo positivismo jurídico⁶, numa perspectiva operacional, utiliza o método analítico, antes próprio das ciências naturais, para definir os critérios de imputação dos delitos⁷. O método analítico consiste em decompor um fenômeno complexo em partes mais simples, a fim de que seja viável apreendê-lo e sistematizá-lo⁸.

O crime é um fenômeno complexo. Suas causas e consequências, objeto da criminologia, são multifatoriais; as variáveis que o circundam são de difícil cognição⁹. Não obstante, para fins de aplicação do direito penal, o conceito analítico de crime decompõe e simplifica sua existência a um conjunto delimitado

⁵ WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. p. 24.

⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P. 106.

⁷ REBOUÇAS, Sérgio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 83.

⁸ VALELEJO, Manuel Jaén. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. ISSN 0210-3001, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, págs. 57-70.

⁹ Vide: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

de fatos naturalísticos, jurídicos e psíquicos, previamente estabelecidos pela dogmática ou ciência do direito.

Destarte, o Código Penal Brasileiro expressamente adota a teoria finalista da ação para definir o crime analiticamente, conceituando-o, por conseguinte, como fato típico, antijurídico, praticado por agente culpável¹⁰. O estudo da antijuridicidade/culpabilidade escapa dos estritos limites deste trabalho. Mas o fato típico é relevante, por sua relação com o tipo penal.

Diz-se que há fato típico quando existe conduta, nexa causal, resultado e tipicidade¹¹. A tipicidade, pilar do fato típico, consiste na “subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime”¹². Desse modo, a tipicidade separa condutas penalmente irrelevantes daquelas que terão significação penal, a partir dos critérios estabelecidos pelo tipo.

Assim, considerando que o tipo delimita as fronteiras do ilícito, a segurança jurídica de dado sistema penal está condicionada aos tipos penais satisfazerem exigências mínimas de clareza e precisão¹³, na medida em que, somente nessas circunstâncias, é possível ao cidadão orientar suas condutas pelo direito. Nas palavras de Assis de Toledo, para que a lei desempenhe seu papel pedagógico, deve ser facilmente acessível a todos¹⁴.

Segundo Nilo Batista, o princípio da legalidade pode ser compreendido “não apenas na acepção da `previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado`, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do `sentimento de segurança jurídica` que postula Zaffaroni”¹⁵. Isto é, a precisão na definição dos preceitos dos tipos permite que o cidadão atue com segurança na realidade social.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1)*. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

¹¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. Ebook.

¹² TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 84.

¹³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Nuñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

¹⁴ Op. Cit. p. 21-29.

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 67.

O tipo penal, dessa forma, desempenha um papel fundamental no escopo de um Estado de Direito: delimitar o conteúdo do ilícito. E o faz por meio da linguagem. Nesse contexto, para que desempenhe esse papel, a dogmática estabelece alguns critérios de clareza e precisão que devem ser satisfeitos, consubstanciados no postulado “*lex certa*”, ou princípio da taxatividade¹⁶.

O princípio de taxatividade exige que os preceitos penais sejam formulados com precisão, atuando em três direções: na perspectiva da comunidade, permitindo que as pessoas conheçam claramente as condutas proibidas e as consequências legais, na do legislador, que deve criar leis penais detalhadas, evitando termos vagos que permitam interpretações arbitrárias; e na do julgador, garantindo que a aplicação da lei seja restrita ao que foi explicitamente previsto, vedando a analogia *in malam partem*¹⁷.

Nessa linha, Beccaria já acreditava que a obscuridade das leis contribuía com o aumento exponencial da criminalidade¹⁸. Posteriormente, Feuerbach lançou as bases para o princípio da legalidade e seus correlatos ao formular o brocardo “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*”¹⁹. A partir desse ponto, o exercício do poder punitivo não é mais considerado vingança pública, mas efetivamente surge o direito penal enquanto uso racionalizado do poder de punir²⁰.

Tamanha é a importância dessas balizas que o Estado totalitário nazifascista alemão desconstruiu a república de Weimar a partir da paulatina inserção de conceitos vagos no ordenamento jurídico, especialmente com o fim de que a lei se adequasse à ideologia nacional-socialista²¹. No âmbito penal, os inimigos do regime foram amplamente perseguidos por meio da criação de crimes habituais, cuja legitimação baseou-se em conceitos vagos e

¹⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 109

¹⁷ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. PAZ, Miguel Ángel Nuñez. OLIVEIRA, William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. Op. Cit. pp. 87-88.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36.

¹⁹ DE BEM, Leonardo Schimitt. MARTINELLI, João Paulo. *Direito penal: lições fundamentais: parte geral*. 7. Ed. Belo Horizonte: D’Placito, 2022. p. 85.

²⁰ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 72.

²¹ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thompson Reuters, 2021. p. 133.

indeterminados, como “pessoas estranhas à comunidade” ou “culpabilidade por condução de vida”²².

Logo, a ausência de precisão linguística na determinação dos preceitos dos tipos, em última instância, viola a legitimidade democrática da norma, a separação de poderes e representa um risco à própria democracia²³. Por essa razão, é imprescindível que existam critérios para que se afira o que significa, rigorosamente, a taxatividade. Para esse fim, a filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein pode fornecer referências importantes, como será demonstrado adiante.

3. DÉFICIT SEMÂNTICO DO TIPO A PARTIR DA FILOSOFIA ANALÍTICA DE LUDWIG WITTGENSTEIN

Antes de adentrar na aplicação das ideias do filósofo ao conceito que se pretende construir no presente trabalho, mister uma breve digressão sobre as linhas gerais do pensamento de Ludwig Wittgenstein, em especial, sobre a obra *Investigações Filosóficas*, que, conforme será exposto, muito tem a contribuir com a construção de uma teoria constitucional da taxatividade dos tipos penais.

3.1 O PENSAMENTO DO SEGUNDO WIGGENSTEIN

O pensamento de Ludwig Wiggstein é dividido pela literatura especializada em ao menos duas fases²⁴. Em que pesem terem o mesmo objeto- a linguagem-, pode-se dizer que a segunda fase da obra do filósofo austríaco está em clara oposição à primeira²⁵. Para Oliveira, “Wittgenstein desenvolve seu pensamento na segunda fase como uma crítica radical à tradição filosófica

²² CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2005. p. 51.

²³ Idem. p. 88.

²⁴ Em que pese alguns especialistas defenderem um Wittgenstein intermediário. Vide: ZALTA, Edward N. (org.). “Ludwig Wittgenstein”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/Entries/wittgenstein/>. Acesso em: 04 set. 2024.

²⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 117.

ocidental da linguagem, cuja expressão última havia sido precisamente o *Tractatus*²⁶.

O filósofo, em linhas gerais, representa uma continuidade da tradição empirista inglesa, predominantemente anti-metafísica, sendo, assim, um expoente da filosofia analítica²⁷, tradição filosófica caracterizada pelo enfoque na análise conceitual e lógica da linguagem, e pela preocupação em esclarecer problemas filosóficos com clareza, rigor argumentativo e método crítico²⁸.

Destarte, o primeiro Wiggstein, em sua empreitada de responder aos grandes problemas filosóficos de seu tempo, conclui o *Tractatus Logico-Philosophicus*, principal obra desse período, alegando que “acerca daquilo que não se pode falar, tem que se ficar em silêncio”²⁹. Em outros termos, a tese defendida é que os limites do mundo correspondem estritamente aos limites da linguagem, pois o que não pode ser expresso pela lógica não pode ser pensado e, portanto, não pode ser objeto da filosofia.

Neste primeiro momento, a abordagem, no que diz respeito a linguagem, é pictórica. Isto é, se toda a análise proposta no Tratado parte da noção de proposição, tem-se a proposição como uma exata representação dos fatos, na linha do que se denominou teoria objetivista da linguagem³⁰. Representar, neste caso, significa apresentar fielmente, tal como faz uma pintura ou fotografia. Por isso, o termo “pictórica”³¹.

Assim, o filósofo, em sua incipiente fase, inferiu que tudo o que pode ser expresso pela linguagem necessariamente corresponde aos fatos, de modo que a linguagem pode descrever a realidade com precisão, utilizando-se de estruturas lógicas; há, assim, perfeita correspondência lógica entre as estruturas linguísticas e a realidade; cabe ao filósofo tão somente constatar-la³².

²⁶ Idem. Idibem.

²⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Wittgenstein e o desaparecimento da filosofia. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.6, n.1/2, 1975, pp.83-97.

²⁸ GLOCK, Hans-Johann. *O que é filosofia analítica?* Porto Alegre: Penso, 2011. Ebook.

²⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. 6. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 142.

³⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 121.

³¹ LIMA JÚNIOR, Manoel Ferreira. O Lugar dos Fatos na Teoria Pictórica. *Argumentos*, Ano 2, n.º 3 – 2010. pp. 46-50.

³² JANKE, Wolfgang. *A revolução filosófica de Wittgenstein: uma introdução ao Tractatus logico-philosophicus*. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 1995. p. 34.

Convicto de que tinha resolvido todos os problemas filosóficos relevantes, após um período como professor na Inglaterra, Wittgenstein abandonou a filosofia e passou a dedicar-se a atividades cotidianas³³. Sem embargo, suas experiências dessa época o levaram a paulatinamente rever suas posições anteriores, ressignificando seu entendimento sobre a natureza e uso da linguagem.

Se no *Tractatus* a proposição era uma imagem isomorfa dos fatos por ela representados, em sua nova concepção, a proposição deixa de ser um modelo exato da realidade para ser uma hipótese, ou seja, uma representação que pode ser contextualmente alterada conforme as circunstâncias³⁴. Desse modo, se antes havia uma correspondência exata entre proposição e fato, agora não necessariamente.

Daí, o significado das palavras não é uma imagem mental, mas o seu uso em um determinado contexto, estando, por conseguinte, indissolivelmente condicionado ao conjunto de ações, usos e instituições que circundam o ato de fala³⁵. A partir de suas experiências cotidianas, o filósofo lançou as bases para a filosofia da linguagem ordinária, contraposta à teoria objetivista da linguagem que outrora defendeu³⁶.

Tal conceituação considera a centralidade da linguagem na vida humana, expressa até mesmo em sociedades pré-linguísticas, mesmo nas articulações intersubjetivas mais íntimas³⁷. Contudo, o segundo Wittgenstein preocupa-se em entender a fundo a verdadeira natureza da linguagem. Criticando a ideia de imagens mentais pré-existentes na psique do sujeito cognoscente, o filósofo alega que o significado das palavras decorre de um dado contexto social³⁸.

³³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 94.

³⁴ MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. 2. Ed. São Paulo: Moderna, 2009. p. 46.

³⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A metafísica do ser primordial: L. B. Puntel e o desafio de repensar a metafísica hoje*. São Paulo: Loyola, 2019. p. 73.

³⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 126.

³⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Comunicação, Ética e Cidadania. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.36, n.1/2, 2005, pp.73-88.

³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 166.

Dessa forma, para o Wittgenstein tardio, a linguagem é essencialmente *práxis*, de modo que a questão fundamental passa a ser “como a linguagem é usada”. O agir comunicativo, assim, é um ato direcionado à ação, e não uma representação de um objeto pré-definido aprioristicamente³⁹.

No entanto, seu estudo enquanto objeto é viável na medida em que existe uma “rede complexa de semelhança entre usos” de dadas palavras, que possibilita ao sujeito compreender o significado do que é dito em um determinado jogo de palavras, em outros termos, em dada conjectura fática⁴⁰.

Isto é, em suas *investigações filosóficas*, o austríaco abandona a ideia de uma linguagem com estrutura fixa, dando ênfase à *práxis*, entendida como realização da razão na relação sujeito-objeto⁴¹. Não obstante, ao entender que é possível compreender a linguagem a partir de seu uso compartilhado, Wittgenstein rechaça o relativismo absoluto, presente em outras matrizes filosóficas⁴².

O sujeito, assim, não é mais transcendental, mas ele próprio está inserido num mundo em que os conceitos estão intrinsecamente relacionados às convenções e práticas sociais contextualmente variáveis⁴³. Desse modo, a despeito de uma palavra ter a mesma grafia e som, seu significado dependerá do uso. Wittgenstein, no que diz respeito à linguagem, substancializa a célebre frase de Ortega y Gasset: “yo soy yo y mi circunstancia”⁴⁴.

3.2 O DÉFICIT SEMÂNTICO DOS TIPOS PENAIIS À LUZ DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA.

Como visto no primeiro capítulo, a precisão terminológica dos tipos penais e sua compreensão pelo jurisdicionado são fundamentais para garantia de segurança jurídica e, em última instância, para a própria legitimação do poder

³⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A metafísica do ser primordial: L. B. Puntel e o desafio de repensar a metafísica hoje*. São Paulo: Loyola, 2019. p. 74.

⁴⁰ Idem. p. 75.

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Filosofia enquanto autorreflexão da razão. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.4, n.1, pp.65-92.

⁴² CONTE, Jaimir. O conceito de linguagem em Wittgenstein: uma análise das Investigações Filosóficas. *Veritas - Revista de Filosofia da PUCRS*, v. 49, n. 2, p. 85-102, 2004.

⁴³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 95.

⁴⁴ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Revista de Occidente, 1914. p. 43.

punitivo; mormente quando levado em conta que a culpabilidade do agente é aferida a partir de sua capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta e orientar-se em sentido contrário⁴⁵.

Em paralelo, o advento do modo de produção capitalista culminou numa crescente elevação dos riscos sociais. Para Ulrich Beck, em uma sociedade pós-industrial “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”⁴⁶. Isto é, a marcha para o progresso tem como efeito colateral uma produção sistemática e generalizada de situações arriscadas contra bens juridicamente relevantes para a sociedade, como a vida, a integridade física, a incolumidade pública etc.⁴⁷.

Nesse contexto, o direito penal, cujos principais institutos foram criados em um contexto totalmente diverso, adapta-se a essa nova realidade fazendo uso de tipos penais vagos, indeterminados e abstratos⁴⁸. O emprego de tais técnicas, conforme a doutrina majoritária, não é por si só ilegal⁴⁹. O problema surge quando a imprecisão e indeterminação destes tipos penais é tão ampla que é impossível ao jurisdicionado orientar-se pelo direito.

Como tipo penal representativo do fenômeno, tem-se o delito de gestão temerária, positivado no art. 4º, parágrafo único da Lei n.º 7.492/1986 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional), cuja redação é a seguinte: “se [a gestão] é temerária”. Para Sérgio Rebouças: “cuida-se aqui genuinamente de um tipo vago, com alcance normativo incontrollável, diante da excessiva abertura

⁴⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 44.

⁴⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. Ed. São Paulo: Editora 34. p. 23.

⁴⁷ Para compreender o fenômeno, basta pensar sobre como o ato de ser um simples pedestre é cada vez mais arriscado na proporção em que as tecnologias de mobilidade se desenvolvem. Um cidadão do Séc. XXI corre um incalculável número de riscos em comparação a um transeunte medieval. Quem é atropelado por um automóvel está muito mais suscetível a morrer do que quem é atropelado por um cavalo. Tal raciocínio estende-se ao uso das inúmeras tecnologias disponíveis. Basta pensar que alguns minutos de exposição às correntes elétricas que alimentam eletrodomésticos do cotidiano são mais do que suficientes para levar um ser humano a óbito.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 11.

⁴⁹ REBOUÇAS, Sérgio. Op. Cit. p. 173.

da elementar temerário, que pode até mesmo invadir o âmbito da culpa stricto sensu em um tipo que se pretende doloso”⁵⁰.

Tem-se aí um tipo cuja abertura conceitual viola a taxatividade. Nesse contexto, a partir da filosofia de Wittgenstein, é possível identificar o que exatamente na redação desse tipo legal culminou em tamanho *déficit* semântico. Para isso, o ponto de partida será as premissas traçadas anteriormente, isto é, a filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein.

O neopositivismo jurídico, influenciado pela teoria objetivista da linguagem, aproxima-se das ideias do primeiro Wittgenstein na medida em que defende o uso de uma linguagem técnica ideal, dissociada da linguagem cotidiana e capaz de apresentar os conceitos com precisão quase inerrante, sendo, portanto, mais vantajosa ao jurista. Contudo, nas palavras de Warat, o Wittgenstein tardio “passa a acreditar que linguagem natural é correta e que as dificuldades linguísticas surgem porque os filósofos a reconstituem deficientemente”⁵¹.

Defender a primeira tese e, portanto, filiar-se ao neopositivismo sem restrições, é aproximar-se de correntes mais autoritárias. Se a linguagem utilizada na elaboração da norma não considera seus destinatários, tal norma possui duvidosa legitimidade democrática⁵². Além disso, por propositalmente fazer uso de uma linguagem que não é comum ao destinatário da norma, dificilmente atenderá minimamente ao que é exigido pelo princípio da taxatividade penal⁵³.

Por outro lado, se a análise parte dos pressupostos da filosofia da linguagem compartilhada, defendida pelo segundo Wittgenstein, é possível aferir que o tipo penal da gestão temerária, bem como outros tipos igualmente vagos, não satisfaz aos pressupostos de taxatividade porque ignora os diversos jogos

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Cândido. REBOUÇAS, Sérgio. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. p. 122.

⁵¹ WARAT, Luís Alberto. Op. Cit. p. 65.

⁵² HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 311.

⁵³ Não se nega as contribuições do positivismo jurídico para o direito, em especial para o direito penal. Contudo, a corrente neopositivista que aqui se rechaça é aquela que se vincula a criação de uma linguagem técnica alienante, isto é, absolutamente divorciada do uso comum da língua.

de linguagem de uso das palavras que o compõe, ou seja não considera seu uso compartilhado⁵⁴.

Dessa forma, se uma palavra pode ter usos diversos conforme o seu contexto, o legislador deve, ao redigir um tipo penal, apontar com precisão o contexto em que a palavra está sendo utilizada ou escolher palavras que, em conjunto, conduzam o destinatário da norma ao contexto no qual o seu significado possa ser aferido com clareza e precisão, sob pena de violação ao princípio da taxatividade.

Assim, considerando que o uso comum da palavra possibilita ao interlocutor identificar determinados padrões, o legislador não pode ignorar por completo o uso padrão que a sociedade dá a determinado termo. A elementar “temerária”, por exemplo, tem seu significado condicionado ao contexto em que é utilizada, e não *a priori*, como demonstrou Wittgenstein. Portar uma arma numa comunidade pacífica pode ser temerário, mas se o indivíduo a porta em um campo de guerra, é prudente.

Dessa forma, o jogo de palavras utilizado, “se [a gestão da instituição financeira] é temerária”, possui certo *déficit* semântico na medida em que não conduz o destinatário da norma a um contexto em que ele possa, a partir do uso compartilhado da fala, aferir o que é ou não temerário e, portanto, orientar sua conduta conforme aquilo que o direito lhe exige.

O delito de homicídio, por outro lado (matar alguém), a despeito de ter uma redação curta, possibilita ao jurisdicionado deduzir o conteúdo do injusto de uma simples leitura, na medida em que o uso compartilhado da palavra “matar” ao lado de “alguém” implica o ato de levar um sujeito humano a óbito, tal que qualquer leitor, sem maiores dificuldades, infere o significado da norma.

Logo, à luz do segundo Wigenstein, há *déficit* semântico de dado tipo penal sempre que não for possível deduzir, das palavras empregadas, um contexto, em consonância com o seu uso comum e cotidiano, que possibilite ao destinatário da norma entender, com precisão, o significado empregado e o exato e preciso conteúdo do injusto penal.

⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. Cit. p. 73.

4. CONCLUSÃO

A partir da filosofia do segundo Wittgenstein, é possível aferir parâmetros para que se constate se determinado tipo penal atende aos requisitos mínimos exigidos pelo princípio da taxatividade. Sempre que o legislador se dissocia do uso comum de determinada palavra, ou não indica o contexto que possibilite ao leitor da norma deduzir o significado dos termos empregados, configura-se um cenário de leis penas ambíguas, vagas e demasiadamente abstratas, que são, por conseguinte, inconstitucionais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.
- ALBUQUERQUE, Cândido. REBOUÇAS, Sérgio. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/1986 e à Lei 6.385/1976*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1)*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Paulo Barros de. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

- CONTE, Jaimir. O conceito de linguagem em Wittgenstein: uma análise das Investigações Filosóficas. *Veritas - Revista de Filosofia da PUCRS*, v. 49, n. 2, p. 85-102, 2004.
- DE BEM, Leonardo Schimitt. MARTINELLI, João Paulo. *Direito penal: lições fundamentais: parte geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Placito, 2022.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 31, 30/31, 1987/1988, págs. 213-260.
- GLOCK, Hans-Johann. *O que é filosofia analítica?* Porto Alegre: Penso, 2011.
- HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JANKE, Wolfgang. *A revolução filosófica de Wittgenstein: uma introdução ao Tractatus logico-philosophicus*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1995.
- LIMA JÚNIOR, Manoel Ferreira. O Lugar dos Fatos na Teoria Pictórica. *Argumentos*, Ano 2, n.º 3, 2010. pp. 46-50.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal estado e constituição*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2009.
- OLIVEIRA, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A metafísica do ser primordial: L. B. Puntel e o desafio de repensar a metafísica hoje*. São Paulo: Loyola, 2019.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Comunicação, Ética e Cidadania. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.36, n.1/2, 2005, pp.73-88.

- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Filosofia enquanto autorreflexão da razão. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v.4, n.1, pp.65-92.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Wittgenstein e o desaparecimento da filosofia. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 6, n. 1/2, 1975. pp. 83-97.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Revista de Occidente, 1914.
- REBOUÇAS, Sérgio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2006.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- VALELEJO, Manuel Jaén. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 48, Fascículo/Mês 1, 1995, págs. 57-70.
- WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultura, 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- ZALTA, Edward N. (org.). "Ludwig Wittgenstein". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/Entries/wittgenstein/>. Acesso em: 04 set. 2024.

© ***Direito e Linguagem*** nº 3, vol. 1. Ordinário (2024), pp. 113-134
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.15225402

O caso do “mata-leão”: dolo eventual ou culpa grave?

The “chokehold” case: dolus eventualis or gross negligence?

Bruno Cortez Torres Castelo Branco¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria do consentimento: o autor tinha motivos pessoais inibidores para desaprovar o resultado? 3. Teoria da representação: o autor projetou mentalmente a possibilidade de produção do resultado? 4. A teoria do levar a sério: o autor reconheceu mentalmente o perigo de causar o resultado e mesmo assim decidiu agir? 5. A teoria da vontade de evitação não ativada: o autor adotou medidas de contenção (contrafatores) para prevenir a produção do resultado? 6. Teoria do perigo protegido (coberto) ou desprotegido (descoberto): o perigo estava sob controle e o resultado poderia ser evitado por uma conduta mais cautelosa do autor, de terceiros ou da própria vítima? 7. A teoria da avaliação pessoal do perigo: o autor tinha tempo suficiente para tomar uma decisão refletida sobre o perigo criado pela ação? 8. Teoria da evitabilidade individual do perigo: o autor era capaz de prever e evitar o resultado com maior facilidade? 9. Teoria do perigo concreto ao bem jurídico: o autor reconheceu o risco iminente de produção do resultado? 10. Teoria do perigo qualificado: o modo de agir do autor demonstrou a alta probabilidade do resultado desde o ponto de vista de uma pessoa racional? 11. Teoria significativa do delito: os indicadores externos da ação transmitem o sentido socialmente compartilhado de um compromisso com a produção do resultado? 12. Conclusão 13. Referências bibliográficas

Resumo: Este ensaio se estrutura da seguinte forma: primeiro, expõe-se, de forma sucinta, um caso concreto, julgado pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (TJMMG), relacionado à prática do crime de homicídio culposo consumado, por imperícia no emprego de técnica de estrangulamento (“mata-leão”) a uma pessoa que opôs resistência física durante a abordagem policial; em seguida, coloca-se em discussão o elemento subjetivo da conduta (dolo eventual ou

¹ Doutor e mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (Brasil).

culpa grave) a partir de diferentes concepções dogmáticas sobre o tema; ao final, problematiza-se o acerto da decisão do tribunal, conforme os critérios de interpretação contextual desde o marco da teoria significativa do delito.

Palavras-chave: intencionalidade; dolo eventual; culpa grave; filosofia da linguagem; teoria significativa.

Abstract: This essay is structured as follows: first, it succinctly presents a concrete case adjudicated by the Military Court of Justice of Minas Gerais (TJMMG), concerning the commission of negligent homicide due to lack of skill in applying a chokehold technique on a person who physically resisted during a police approach. Next, it discusses the subjective element of the conduct (eventual intent or gross negligence) based on different dogmatic conceptions of the topic. Finally, it questions the soundness of the court's decision according to the criteria of contextual interpretation within the framework of the meaningful theory of crime.

Keywords: intentionality; dolus eventualis; gross negligence; philosophy of language; meaningful theory.

1. INTRODUÇÃO

Seis policiais militares revistavam alguns civis nas imediações de um bar e, em seguida, decidiram fazer uma abordagem dentro do estabelecimento. “D”, o proprietário do local, passou a questionar energicamente a inexistência de mandado judicial para essa revista, empurrando e chutando os militares. Na tentativa de imobilizar e algemar “D”, o policial “E” segurou-o por trás, envolveu o seu braço no pescoço de “D” e aplicou a técnica chamada de “mata-leão” (ou “Hadaka-jime”), mas só afrouxou a constrição no pescoço da vítima quando o seu superior hierárquico, presente no local, determinou. Nesse momento, “D” já estava praticamente inerte e prontamente caiu ao chão, já com a respiração baixa e em convulsão. Embora levado ao hospital pelos policiais, chegou morto em razão da asfixia mecânica.

Após o autor ser absolvido em primeira instância por insuficiência de provas, o Ministério Público apelou argumentando a existência de provas da sua imperícia, porque: (i) não afrouxou o golpe para controlar a intensidade da constrição do pescoço e evitar a produção da asfixia mecânica, de modo que era objetivamente previsível o resultado de morte para quem aprendeu a correta aplicação da técnica²; e (ii) não foi

² Conforme o Manual Técnico Profissional n. 3.04.13/2013 da Polícia Militar de Minas Gerais, a técnica de estrangulamento conhecida como “mata-leão” deve ser assim aplicada: “Consiste em um forçamento da articulação do ombro do conduzido, através de um apoio na articulação do cotovelo, com o objetivo de manter o seu controle pela resposta ao estímulo de dor. (...) Com aproximação por trás: - O policial se aproxima na diagonal, pela retaguarda do suspeito, preferencialmente após a distração deste, por outro policial. - Aproximará uma das mãos na direção do punho, e a outra no tríceps oposto do suspeito. - Simultaneamente, com a outra mão, puxa o punho do suspeito e direciona para cima do seu braço, que está segurando o tríceps do

capaz de discernir entre o primeiro momento de resistência ativa da vítima à prisão e o instante posterior de reação instintiva devido à asfixia, quando provavelmente se debatia porque fora iniciado seu processo de morte.

Na segunda instância, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (TJMMG) acolheu a tese acusatória e condenou o réu por homicídio culposo. Ao avaliar os conhecimentos e habilidades técnicas dominadas pelo autor, bem como as espécies de lesões apontadas no laudo pericial (hemorragia intra-alveolar), a Corte castrense concluiu que o réu não agiu conforme o treinamento que recebeu no curso de formação profissional, na medida em que empreendeu força excessiva, apta ao estrangulamento, e por tempo superior ao necessário.³

2. TEORIA DO CONSENTIMENTO: O AUTOR TINHA MOTIVOS PESSOAIS INIBIDORES PARA DESAPROVAR O RESULTADO?

A teoria do consentimento, disseminada em fins do século XIX pela jurisprudência do Supremo Tribunal do Império alemão (*Reichsgericht*), delimita o dolo eventual e a culpa consciente com base na atitude psíquica do agente frente ao resultado: (i) se ele o “aprova”, é porque internamente “quis” esse acontecimento e agiu dolosamente; (ii) se ele não “aprova” mentalmente o resultado, é porque esperava sinceramente que o evento não se verificaria e atuou de modo imprudente.⁴

E qual o método a ser aplicado pelo juiz para determinar que o autor “aprovou” o resultado? Recorre-se a um raciocínio hipotético conhecido como “Fórmula de Frank”: o agente desistiria da ação se tivesse a certeza de que o resultado ocorreria? Se, no caso concreto, identificarem-se contramotivos pessoais que funcionariam como potenciais inibidores da ação do sujeito (uma “pena natural”, como a autolesão ou a morte do próprio filho), isso significa que ele também tinha algo muito valioso a perder

suspeito, fornecendo o ângulo para a torção. - O policial, então, com a chave de braço encaixada, faz o apoio do ombro do suspeito com sua outra mão livre. - Caso o conduzido esteja muito resistente, esta mão que está em apoio, no ombro do suspeito, se desloca em direção ao ombro oposto, envolvendo o pescoço do suspeito, fornecendo, assim, de maneira segura, uma opção de estrangulamento, caso seja necessário”. In: BRASIL. *Manual técnico-profissional n. 3.04.13/2013: defesa pessoal policial*. Belo Horizonte: PMMG - Comando-Geral, 2013. p. 137-144.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (TJMMG). Apelação Criminal n. 0001332-82.2017.9.13.0002. Desembargador Osmar Duarte Marcelino. Data de Julgamento: 23/08/2022. Unânime.

⁴ ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Trad. de Luzón Peña, Miguel Conlledo e Javier Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 430.

e, por isso, não “aprova” o resultado, de modo que haverá culpa consciente. Mas, se for possível afirmar que o agente, embora certo do resultado, tinha motivos para continuar a agir “seja como for, der no que der”, então responderá a título de dolo eventual.⁵

Aplicando-se a teoria do consentimento ao caso concreto, conclui-se que: (i) inicialmente, devemos determinar se o policial “aprovou” o resultado, isto é, se ele se contentou psiquicamente (agradou-se) com a morte da vítima, o que significaria que estava disposto a aceitar esse resultado como uma provável consequência da ação (dolo eventual), ou se, pelo contrário, não tinha motivos pessoais para desejar ou querer esse resultado, caso soubesse que a morte da vítima era uma consequência necessária do golpe de estrangulamento (culpa consciente), o que revela o excessivo subjetivismo desta teoria; (ii) no caso concreto, o autor não tinha motivos pessoais para querer o resultado morte, o que se demonstra pela tentativa inicial de verbalização para convencer o ofendido a cessar a injusta agressão aos policiais e o emprego de meios de controle de contato (como tentar puxar os pulsos para trás) antes do uso da técnica de estrangulamento (“mata-leão”), além do fato de ter prestado imediato socorro; (iii) assim, utilizando a “Fórmula de Frank”, verificamos que, hipoteticamente, o policial desistiria da ação de estrangulamento caso soubesse, antecipadamente, que o resultado morte necessariamente ocorreria, isto é, não prosseguiria “seja como for, der no que der”, de modo que a sua vontade incondicionada era apenas a de imobilizar e algemar a vítima ante o oferecimento de resistência ativa à abordagem policial, e não a de causar a asfixia mecânica do ofendido; (iv) ademais, o policial esperava sinceramente conseguir evitar o resultado, já que era um militar treinado e a vítima, de compleição física robusta, opunha resistência ativa desde o início da abordagem, o que o levou a confundir a reação instintiva pela falta de ar com a permanência do estado de injusta agressão; (v) por conseguinte, deve o autor responder por culpa consciente, já que o resultado era previsível e poderia ser evitado por uma conduta mais cautelosa no emprego do golpe de “mata-leão”, ou mesmo por sua substituição por outra técnica menos arriscada diante da resistência ativa que o ofendido continuava a oferecer.

3. TEORIA DA REPRESENTAÇÃO: O AUTOR PROJETOU MENTALMENTE A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DO RESULTADO?

O limite entre o dolo direito e o dolo eventual, para Mezger, não é rígido ou absoluto, porque o âmbito do dolo eventual é o âmbito da “dúvida”. Por isso, aquilo que

⁵ FRANK, R. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2004. p. 61.

é considerado “necessário” (inevitável) significa apenas o grau mais alto de probabilidade do resultado. Em determinadas circunstâncias, o resultado pode exprimir uma consequência necessária (intrínseca) da ação; mas, em outro contexto, esse mesmo resultado pode informar apenas uma consequência possível (colateral) do modo de agir do autor⁶.

Nesse sentido, identifica duas impropriedades lógicas em relação à teoria do consentimento, segundo a qual há dolo eventual quando o sujeito aprova o resultado alcançado ou se contenta com este: primeiro, não seria possível consentir com algo que não se deseja (ex: quem dirige um automóvel em alta velocidade para chegar mais rápido a sua casa não “deseja” causar a morte dos caronas; logo, nunca haveria, em hipóteses como essas, dolo eventual); segundo, não caberia consentir com um fato que não depende da própria vontade (ex: se “A”, 18 anos, mantém relação sexual com “B”, mesmo estando em dúvida se “B” é menor de 14 anos, não é correto afirmar que “A” consentiu na eventualidade de que a vítima ainda seja absolutamente vulnerável, porque essa circunstância não pode ser modificada por sua vontade)⁷.

No que tange à teoria da probabilidade, para a qual há dolo eventual se o autor representa o alto grau de probabilidade de causação do resultado, Mezger também lança agudas críticas: primeiro, porque fatos considerados muito prováveis podem não ser queridos (desejados) pelo autor (ex: um paciente, com um quadro clínico debilitado, morre durante uma cirurgia bastante complexa, realizada pelo médico como última alternativa para tentar salvá-lo); segundo, porque há fatos que, embora improváveis, podem ser desejados pelo autor (ex: a morte da vítima com um tiro à longa distância do alvo).⁸

Assim, para a teoria da vontade, não basta a mera afirmação de que o autor “deveria” ter pensado na possibilidade abstrata de causação do resultado, ou de que “teria” agido da mesma maneira mesmo na hipótese de conhecer a certeza do resultado. Para se reconhecer dolo eventual, deve-se comprovar que o agente representou, em sua mente, a efetiva e concreta possibilidade de produção do resultado.⁹

De outro lado, há crime culposo se o autor não quer nem toma para si o fato, pois desconsidera um dever pessoal e individual de precaução e, por isso, não evita a

⁶ MEZGER, E. *Derecho Penal*: Parte General. Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 230.

⁷ MEZGER, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 232.

⁸ MEZGER, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 233.

⁹ MEZGER, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 234.

ação.¹⁰ Na culpa consciente, o agente prevê as consequências da ação praticada, mas confia seriamente na possibilidade de evitá-las. Já na culpa inconsciente, o autor nem sequer prevê as possíveis consequências da conduta praticada.¹¹ Mezger ressalta ainda que a culpa consciente nem sempre é mais gravosa do que a culpa inconsciente, porque são as capacidades individuais do autor que permitem avaliar o grau de reprovabilidade da conduta no caso concreto, e não a mera previsibilidade abstrata do resultado.¹²

Aplicando-se a teoria da representação ao caso-piloto, conclui-se que: (i) a alta probabilidade estatística da ocorrência do resultado morte não é suficiente para atribuir dolo eventual à conduta do autor que utiliza o golpe de estrangulamento, enquanto a análise do desejo ou motivação pessoal do agente são elementos desnecessários; (ii) o policial militar, ao empregar o golpe de "mata-leão" e somente soltar o abordado depois de instado por seu superior hierárquico, mesmo possuindo o treinamento adequado para o uso correto e seguro da técnica, representou em sua mente a efetiva e concreta possibilidade de causar a morte da vítima por asfixia mecânica e, portanto, deve responder por dolo eventual; (iii) por outro lado, se o autor agiu com a leviana esperança de que, apesar do perigo conhecido de asfixia, o resultado poderia ser evitado em razão da robusta compleição física da vítima e por não ter percebido que, em dado momento, a resistência física oposta pelo abordado se mantinha como uma reação instintiva à falta de ar, então deve responder por culpa consciente, porque poderia prever esse risco e evitar a produção do resultado mediante um comportamento mais cauteloso, como a medição dos sinais vitais da vítima ou a substituição do golpe por técnica menos arriscada, como o uso de golpes traumáticos em regiões não letais, ou ainda solicitar o auxílio de outros policiais para contê-lo.

4. A TEORIA DO LEVAR A SÉRIO: O AUTOR RECONHECEU MENTALMENTE O PERIGO DE CAUSAR O RESULTADO E MESMO ASSIM DECIDIU AGIR?

A teoria do levar a sério, difundida por Günter Stratenwerth¹³, não investiga se o autor hipoteticamente aprovaria o resultado, caso soubesse que este seguramente

¹⁰ MEZGER, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 256.

¹¹ MEZGER, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 257.

¹² MEZGER, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 260.

¹³ STRATENWERTH, G. *Derecho Penal: Parte General*, I. Trad. de Gladys Romero. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas, 1982. p. 108-111.

ocorreria, mas as circunstâncias fáticas da ação, a fim de identificar a postura psíquica do sujeito frente a uma situação de grave ameaça ao bem jurídico.

O agente representou e reconheceu o perigo concreto da ação? Então, deve ser imputado dolo eventual. Se projetou mentalmente o perigo real de dano ao bem jurídico, sabia que não detinha o controle sobre o curso causal da ação e, ainda assim, decidiu atuar, é porque o resultado fazia parte do seu plano ou meta (finalidade) e, por conseguinte, levou a sério a possibilidade de realização de um perigo por ele conhecido.

O agente supôs irracionalmente que o perigo de dano era meramente abstrato? Então, deve ser imputada a culpa consciente. Se ele pensava que detinha o domínio do curso causal no caso concreto e, por isso, acreditava levemente que o bem jurídico não seria ofendido, é porque o resultado não fazia parte do seu plano ou meta (finalidade) e, portanto, não levou a sério a possibilidade de realização de um perigo por ele conhecido.

Aplicando-se a teoria do levar a sério ao caso-piloto, conclui-se que: (i) o policial aplicou o golpe de “mata-leão” para imobilizar a vítima, um homem alto e forte, depois de tentar verbalizar e convencê-lo a cessar a resistência ativa à abordagem, mas apenas soltou o ofendido quando recebeu ordem de seu superior hierárquico, prolongando demasiadamente a constrição do pescoço; (ii) o autor reconheceu o perigo de morte por asfixia mecânica, pois conhecia o risco inerente ao emprego da técnica de “mata-leão”, por se tratar de uma área sensível do corpo humano, o que justificaria a atribuição de dolo eventual; (iii) o perigo ao bem jurídico, no entanto, deve ser aferido conforme a percepção subjetiva (representação psíquica) do próprio autor, de modo que, se o agente acreditou levemente que poderia evitar o resultado devido à robusta complexão física da vítima e da exaltação e persistente resistência ativa oferecida por esta, de modo que apenas calculou mal a intensidade e duração do golpe de “mata-leão”, então a morte do ofendido não fazia parte do seu plano (finalidade); (iv) logo, como o autor não levou a sério a realização do tipo, deve responder por culpa consciente, pois o resultado morte era uma consequência previsível do emprego do golpe de mata-leão e poderia ser evitado pelo uso de outras técnicas de imobilização disponíveis, dada a existência de outros militares no local.

5. A TEORIA DA VONTADE DE EVITAÇÃO NÃO ATIVADA: O AUTOR ADOTOU MEDIDAS DE CONTENÇÃO (CONTRAFATORES) PARA PREVENIR A PRODUÇÃO DO RESULTADO?

A teoria da vontade de evitação não ativada, de Armin Kaufmann¹⁴, estrutura-se a partir da dicotomia entre vontade de realização e vontade de evitação, tanto das consequências principais (dolo direto) quanto das acessórias (dolo eventual).

Ao contrário da teoria do consentimento e do levar a sério o perigo, não se procura desvelar a mera vontade psíquica do sujeito: é imprescindível a observação de comportamentos que expressem a vontade concreta de bloquear o perigo de dano que ele sabia que poderia acontecer.

O que importa é o que ele realmente fez, e não o que desejava fazer ou a esperança irracional de que tudo sairia bem. Se comprovado que o agente ativou contrafactores ou medidas preventivas com chances reais de impedir a produção do resultado (ex: saiu para passear com um cachorro bravo sem focinheira, mas usou coleira e adestrou o animal), é porque externalizou uma “poderosa vontade” de evitação que anula a vontade de realização do tipo (dolo), restando a possibilidade de responsabilidade culposa.

Aplicando-se a teoria da vontade de evitação não ativada ao caso-piloto, conclui-se que: (i) o policial conhecia o modo correto e seguro de emprego de técnicas de imobilização, mas aplicou o golpe de “mata-leão” com força e tempo excessivos, uma vez que apenas soltou a vítima quando recebeu uma ordem do seu superior hierárquico; (ii) o autor conhecia o modo correto e seguro de emprego da técnica de estrangulamento, de modo que conhecia o perigo de asfixia inerente a esse método de imobilização; (iii) o autor, portanto, não adotou outras medidas de contenção (contrafactores) potencialmente capazes de impedir a consequência colateral da ação, como monitorar continuamente os sinais vitais do abordado, afrouxar o golpe, ou mesmo usar outras técnicas (queda ao solo ou golpes traumáticos em região não letal), ou solicitar a intervenção de outros militares presentes, razão pela qual não manifestou, de modo objetivo, a vontade concreta de evitação do resultado colateral da ação; (iv) assim, deve responder por dolo eventual, a não ser que tenha colocado em marcha algum contrafator que gere, pelo menos, uma *dúvida razoável* sobre a eficácia ou idoneidade do seu poder de evitação do resultado (a exemplo da prévia tentativa de verbalização e uso diferenciado da força antes do estrangulamento, bem como a prestação de socorro

¹⁴ KAUFMANN, A. El dolo eventual en la estructura del delito. Trad. de R. F. Suárez Montes. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 13, n. 2, 1960. p. 199.

enquanto a vítima ainda estava com vida, como de fato ocorreu), hipótese em que deve responder por culpa consciente.

6. TEORIA DO PERIGO PROTEGIDO (COBERTO) OU DESPROTEGIDO (DESCOBERTO): O PERIGO ESTAVA SOB CONTROLE E O RESULTADO PODERIA SER EVITADO POR UMA CONDUTA MAIS CAUTELOSA DO AUTOR, DE TERCEIROS OU DA PRÓPRIA VÍTIMA?

De acordo com a teoria do perigo protegido (coberto) ou desprotegido (descoberto) de Herzberg, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente não está na postura interna do sujeito frente ao resultado (se o “aprova” hipoteticamente ou se “confiava levemente” que nada de mal ocorreria), mas sim na qualidade objetiva do perigo criado para o bem jurídico.¹⁵

O critério para mensurar a qualidade do perigo ao bem jurídico é dado pela concreta possibilidade de evitação do resultado, que se desdobra em três classes:

a) Perigo não coberto, desprotegido ou inevitável: situação na qual a ofensa ao bem jurídico apenas poderia ser evitada por fatores aleatórios (sorte ou mero acaso). Imputa-se, nesse caso, dolo eventual, pois, como o desdobramento do curso causal não mais poderia ser impedido ou controlado por outra medida de cautela do autor, da própria vítima ou de terceiro, o bem jurídico quedaria completamente vulnerável (desprotegido).

b) Perigo coberto, protegido ou evitável: situação em que o perigo poderia ser concretamente evitado e mantido sob controle por um comportamento atento da própria vítima, do autor ou de um terceiro em posição de garantidor. Como o bem jurídico não fica completamente desprotegido, o resultado deve ser imputado a título de culpa consciente.

c) Perigo remoto: é uma espécie de perigo descoberto ou desprotegido, mas cuja realização do resultado, embora previsível, era extremamente improvável para um observador externo. Em regra, o agente também responderia por culpa consciente, a não ser o que o bem jurídico tenha sido exposto a um perigo que de nenhum modo poderia ser controlado pelo autor, pela vítima ou por terceiro em posição de garantidor.

Aplicando-se a teoria do perigo protegido ou desprotegido ao caso-piloto, conclui-se que: (i) o policial, ao aplicar o “mata-leão” a fim de imobilizar o ofendido, criou

¹⁵ ROXIN, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 444.

o perigo de morte por asfixia; (ii) esse perigo, no entanto, era evitável, porque após a criação do perigo, o autor ainda poderia controlar e afrouxar a intensidade da constrição do pescoço da vítima a tempo de impedir o resultado; (iii) o bem jurídico, portanto, não estava completamente vulnerável (desprotegido), porque o policial poderia ter adotado um comportamento mais atento para evitar o resultado, como monitorar os sinais vitais do abordado, ou inclusive usar instrumento de menor potencial ofensivo disponível no momento, como a tonfa (cassetete) ou golpes traumáticos em regiões não vitais (membros superiores e inferiores); (iv) ademais, a própria vítima poderia ter assumido um comportamento mais prudente, pois a resistência ativa por ela oferecida no curso de toda a abordagem policial demandou o uso de força para sua contenção, bem como acelerou o seu esgotamento físico e perda de fôlego, o que incrementou o perigo de dano; (v) assim, a conduta do policial revela a criação de um perigo protegido ao bem jurídico (culpa consciente), porque a evitação do resultado não dependia exclusivamente da intervenção de fatores absolutamente aleatórios (sorte/azar) e fora do controle humano.

7. A TEORIA DA AVALIAÇÃO PESSOAL DO PERIGO: O AUTOR TINHA TEMPO SUFICIENTE PARA TOMAR UMA DECISÃO REFLETIDA SOBRE O PERIGO CRIADO PELA AÇÃO?

Frisch propõe o critério da avaliação pessoal do perigo para definir o elemento subjetivo do tipo: há dolo eventual, se o agente representou o perigo concreto ao bem jurídico e, mesmo assim, decidiu agir por conta própria, porque tinha consciência de que o resultado era uma consequência possível e imediata da ação, ainda que não o desejasse internamente; há culpa consciente, se o sujeito cometeu um erro de cálculo e, por isso, inferiu que o resultado não iria se produzir (“confiança irracional”), ou culpa consciente, se ele nem sequer tomou qualquer posição frente a esse resultado, porque imaginava que uma “boa saída” era possível.¹⁶

Em relação às ações rápidas, em que o sujeito precisa tomar uma decisão instantânea e sem muita reflexão, Frisch entende que não há tempo suficiente para mensurar adequadamente o perigo e a real possibilidade de produção do resultado. Nessas circunstâncias, não seria possível afirmar que o autor tomou uma decisão a favor da violação do bem jurídico, excluindo-se o dolo eventual.¹⁷

¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. In: BUSATO, P. C. *Dolo e Direito Penal* (Org.). São Paulo: Tirant Brasil, 2019. p. 57.

¹⁷ CABRAL, R. L. F. *Dolo y Lenguaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 138.

Aplicando-se a teoria da avaliação pessoal do risco ao caso-piloto, conclui-se que: (i) o policial tinha plena consciência do perigo de asfixia ao aplicar o golpe de “mata-leão” na pessoa abordada, porque detinha o treinamento necessário e sabia a maneira correta e segura de empregar essa técnica de imobilização; ; (ii) é irrelevante se o policial tinha ou não motivos para desejar a morte da vítima, pois conhecia o risco de asfixia mecânica decorrente do uso prolongado da técnica de estrangulamento; (iii) o comportamento do autor refletiu a tomada de uma decisão consciente contra o bem jurídico, porque não envolveu uma ação rápida e irrefletida, que exigisse uma pronta e imediata resposta em poucos segundos, já que o policial tinha o tempo minimamente necessário para ponderar o incremento do perigo e substituir o estrangulamento por outro método de contenção menos arriscado e à sua disposição no momento, como o uso de técnicas de queda ao solo, chutes e socos, ou golpes de tonfa (bastão), em região não letal do corpo humano (membros superiores e inferiores), o que justificaria a sua punição por dolo eventual; (v) todavia, se o policial projetou uma crença irracional irracionalmente que o resultado não ocorreria, em razão da compleição e vigor física da vítima, por exemplo, então a imputação correta seria a título de “culpa consciente aparente”.

8. TEORIA DA EVITABILIDADE INDIVIDUAL DO PERIGO: O AUTOR ERA CAPAZ DE PREVER E EVITAR O RESULTADO COM MAIOR FACILIDADE?

A teoria da evitabilidade individual do perigo, na formulação de Jakobs, atribui dolo eventual ou culpa consciente conforme a maior ou menor facilidade para conhecer a evitabilidade de um perigo não permitido à estabilidade ou vigência do ordenamento jurídico. Para tanto, leva em conta as capacidades individuais do sujeito concreto, e não as de um “homem médio”, exigindo *mais de quem pode mais, e menos de quem pode menos*.¹⁸ Outrossim, elimina o elemento volitivo (vontade) do dolo, aferindo tão somente o elemento cognitivo, isto é, o conhecimento individual do sujeito acerca do perigo criado, a partir de parâmetros normativos.

A graduação desse nível de conhecimento da evitabilidade do perigo obedece, pois, aos seguintes critérios:¹⁹

¹⁸ JAKOBS, G. *Derecho Penal: Parte General* (Fundamentos y teoría de la imputación). 2ª ed. Trad. de Joaquim Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 172.

¹⁹ JAKOBS, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 393.

1. Qual era o papel social desempenhado pelo autor no contexto da ação (pai, policial militar, bombeiro militar, médico etc.)?
2. Qual era o comportamento que se poderia legitimamente esperar do autor com base no seu papel social?
3. As características e competências individuais do autor (idade, altura, acuidade visual, profissão, experiência, conhecimentos especiais etc.) facilitavam ou reduziam a sua capacidade de prever e evitar o perigo não permitido?
4. O perigo não permitido criado envolveu um risco à integridade física da vítima, ou a outro interesse jurídico de elevada dignidade ou importância social?
5. A proximidade temporal entre o perigo criado e o resultado dele decorrente era direta (imediate) ou distante (mediata)?

Desse modo, Jakobs imputa dolo eventual quando comprovado que o autor não manifestou o “mínimo interesse” de evitar o dano, pois: (i) violou o seu papel social; (ii) o seu comportamento quebrou a legítima expectativa de fidelidade ao Direito; (iii) suas características individuais facilitavam o reconhecimento do perigo não permitido; (iv) o bem exposto ao perigo era de elevada dignidade (vida ou integridade física) e por isso o autor deveria ser mais cauteloso; (v) entre ação e resultado existia uma relação de proximidade ou imediate temporal.

Por outro lado, Jakobs atribui culpa ou imprudência se demonstrado que: (i) o autor violou o seu papel social; (ii) o seu comportamento quebrou a legítima expectativa de fidelidade ao Direito; (iii) suas características individuais não facilitavam o reconhecimento do perigo não permitido; (iv) o perigo não criou um risco à integridade física da vítima; (v) entre ação e resultado havia uma relação de distanciamento temporal.

Aplicando-se a teoria da evitabilidade individual do perigo ao caso-piloto, conclui-se que: (i) o policial violou seu papel social, pois detinha os conhecimentos técnicos necessários para a aplicação correta e segura da técnica de estrangulamento (“mata-leão”); (ii) seu comportamento frustrou a legítima expectativa social de que atuasse com extrema diligência para cumprir a missão constitucional de garantir a incolumidade das pessoas; (iii) suas características pessoais, como treinamento e força física, facilitavam a percepção do perigo não permitido; (iv) o bem exposto a perigo era de elevada importância e dignidade (vida); (v) a probabilidade de realização do perigo era muito próxima ou imediata ao ato de estrangular o pescoço da pessoa abordada (proximidade temporal); (vi) bastaria o “mínimo interesse” de sua parte para evitar o dano, como afrouxar a chave de braço para controlar a intensidade da constrição do pescoço da

vítima ou aplicar outros instrumentos de menor potencial ofensivo, como golpes traumáticos em região não letal do corpo humano (socos, chutes, queda ao solo, bastão ou tonfa, spray de pimenta) ou técnicas de intervenção coletiva (como segurar os braços e pernas do abordado); (vii) desse modo, deve-se imputar o resultado a título de dolo eventual, pois o réu tinha maior facilidade para conhecer e evitar o resultado, ainda que não o quisesse ou desejasse internamente.

9. TEORIA DO PERIGO CONCRETO AO BEM JURÍDICO: O AUTOR RECONHECEU O RISCO IMINENTE DE PRODUÇÃO DO RESULTADO?

Schmidhäuser relaciona a criação de um perigo concreto (real) ao bem jurídico com o dolo eventual e, por outro lado, a criação de um perigo abstrato ao bem jurídico com a imprudência.²⁰

Assim, o dolo eventual existiria quando o autor atua consciente da *possibilidade concreta* de realizar o perigo para o bem jurídico em questão (“*quando pensa*” que sua ação pode efetivamente produzir o resultado). Ou seja: se o autor considera as circunstâncias fáticas como possíveis de causar um risco iminente ao bem jurídico, justifica-se a imputação por dolo eventual.

A culpa consciente, por outro lado, é definida como um estado no qual o autor reconhece apenas um perigo abstrato em sua conduta, mas acredita, por considerações irracionais ou uma reflexão rápida, que a ofensa ao bem jurídico não ocorrerá no caso específico.

Em suma, temos que, para Schmidhäuser, o dolo manifesta o desvalor atual da ação conforme a experiência específica do autor, enquanto a imprudência expressa a possibilidade subjetiva dessa experiência.²¹

Aplicando-se a teoria do perigo concreto ao caso-piloto, conclui-se que: (i) o policial, ao continuar a aplicação do golpe de estrangulamento por tempo demasiado e apenas soltar o abordado quando finalmente recebeu uma ordem do seu superior hierárquico, atuou consciente da possibilidade concreta de realizar o perigo para o bem jurídico, ou seja, considerou as circunstâncias fáticas como possíveis de causar um risco iminente à vida da vítima (perigo concreto); (ii) todavia, se o autor reconheceu apenas um perigo remoto, seja por uma crença irracional na possibilidade de evitar o resultado, seja por uma rápida reflexão, em fração de segundos, no sentido de que o dano não

²⁰ SCHMIDHÄUSER, E. *Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit*. GA, 1957. p. 312-313.

²¹ TAVARES, J. *Teoria do Crime Culposos*. Florianópolis: Tirant, 2018. p. 117.

ocorreria (dada a compleição física avantajada da vítima e a crença de que o método de imobilização escolhido seria menos danoso que o uso de tonfa, socos ou arma de fogo, por exemplo), restaria excluído o dolo eventual, mantendo-se a possibilidade de responsabilidade por crime culposos, já que o resultado era previsível e evitável conforme a experiência individual, ainda que abstratamente.

10. TEORIA DO PERIGO QUALIFICADO: O MODO DE AGIR DO AUTOR DEMONSTROU A ALTA PROBABILIDADE DO RESULTADO DESDE O PONTO DE VISTA DE UMA PESSOA RACIONAL?

A intensidade do perigo para o bem jurídico, de acordo com Puppe, não deve ser medida a partir da intenção psíquica do sujeito (se ele aprovou o resultado internamente ou confiou sinceramente que não ocorreria), mas se o perigo criado pela maneira de agir, na interpretação de uma pessoa racional, era uma estratégia idônea para realizar o resultado e, portanto, afasta qualquer argumento de que ele não quis a consequência colateral da ação.²²

Ingeborg Puppe afirma que o risco é uma característica inerente a quase toda ação humana (pegar na mão de um estranho, ligar um aparelho eletrônico na tomada, conduzir um automóvel etc.). Assim, todo dolo seria necessariamente eventual, porque sempre envolve a assunção de um risco ou a probabilidade de causar um resultado. E vai além: também a conduta imprudente envolveria a assunção de um risco, já que a relação entre dolo e culpa não é de oposição entre dois estados mentais (querer x não querer), mas apenas em relação à magnitude ou intensidade da probabilidade do perigo criado ao bem jurídico e conhecido pelo autor: perigo qualificado (doloso) ou perigo leviano (culposos).²³

O autor conhece o perigo criado? O autor criou o perigo conhecido por ele? O modo de agir do autor criou riscos que uma pessoa racional normalmente não aceitaria correr, porque muito provavelmente causaria a produção do resultado? Então, atribui-se a qualidade de perigo doloso à conduta.

Por outro lado, o modo de agir do autor criou riscos que, ordinariamente, não seriam racionalmente idôneos à realização do tipo, pois um homem racional normalmente aceitaria correr esse risco, em razão da baixa probabilidade de violação do bem jurídico? Então, atribui-se a qualidade de perigo culposos.²⁴

²² PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 9.

²³ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa, ob. cit.*, p. 95.

²⁴ PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa, ob. cit.*, p. 81-83.

Alguns critérios podem auxiliar na interpretação da idoneidade do modo de agir para realizar o perigo: (i) a potencialidade lesiva do instrumento ou meio empregado (spray de pimenta, bomba de gás lacrimogêneo, bastão, estrangulamento, arma de choque, calibre da arma de fogo, etc); (ii) a região do corpo afetada (pescoço, cabeça, ombro ou membros); (iii) intensidade da agressão (quantidade de disparos ou golpes); (iv) a duração da agressão (tempo transcorrido entre o início e o final da execução); (v) o local e horário da ação (lugar ermo que dificultaria o socorro ou via pública movimentada); (vi) a visibilidade do autor (local claro ou escuro); (vii) a distância entre autor e vítima (tiro à curta ou longa distância, por exemplo); (viii) conhecimentos especiais do autor (perícia no manuseio da arma de fogo, por exemplo); (ix) condições pessoais da vítima (idade, compleição física, estado de saúde etc.).

Aplicando-se a teoria do perigo qualificado ao caso-piloto, conclui-se que: (i) o método de agir do autor (ação de estrangulamento) é uma técnica de imobilização prevista no manual técnico-policial, de modo que, a princípio, constituía um risco razoável que o autor poderia assumir a fim de conter uma pessoa que oferecia resistência ativa à abordagem policial; (ii) o autor, porém, conhecia o perigo de morte inerente ao golpe de “mata-leão”, porque recebeu treinamento profissional adequado, bem como poderia prever o potencial lesivo e a intensidade da agressão decorrentes da constrição no pescoço da vítima por tempo excessivo, apenas cessando a ação e soltando o ofendido após receber uma ordem do seu superior hierárquico; (iii) um policial sensato teria monitorado os sinais vitais do abordado e afrouxado a constrição do pescoço, pois era esperado que, alguns segundos após o golpe, a vítima começasse a se debater e esboçar reação instintiva por falta de ar, circunstância que era objetivamente previsível a uma pessoa com os conhecimentos especiais do autor; (iv) em razão da idoneidade do método de agir escolhido pelo autor para causar o resultado morte com alta probabilidade, desde a perspectiva de uma pessoa racional e prudente, o policial criou um perigo qualificado (doloso) ao bem jurídico.

11. TEORIA SIGNIFICATIVA DO DELITO: OS INDICADORES EXTERNOS DA AÇÃO TRANSMITEM O SENTIDO SOCIALMENTE COMPARTILHADO DE UM COMPROMISSO COM A PRODUÇÃO DO RESULTADO?

Toda ação é linguagem. Aquilo que aconteceu, para ser compreendido, precisa ser reconstruído por meio da articulação de palavras no inquérito policial, nas petições das partes e na sentença. Contudo, não é propriamente a palavra (ou a ação) que

importa, isoladamente, mas o seu *significado no jogo de linguagem*, no contexto de uso, como ressalta Wittgenstein.²⁵

Cada uma das concepções dogmáticas sobre dolo traz consigo diretrizes normativas (motivação para agir, ativação de contrafatores, evitabilidade do perigo, ações rápidas, qualidade do perigo), mas também lacunas e objeções. No entanto, se lidas contextualmente a partir dos usos cotidianos da linguagem, estas teorias informam um conjunto de critérios externos valiosos para interpretação do elemento subjetivo do tipo de ação, pois fornecem razões socialmente compartilhadas para o reconhecimento e atribuição da intencionalidade inscrita na ação (dolo ou culpa).

A pergunta acerca de “como posso seguir uma regra”, diz Vives Antón, “não é uma pergunta pelas causas, mas pelas *razões* que guiam minha conduta”²⁶. É absolutamente inviável a pretensão de distinção entre dolo eventual e imprudência segundo critérios acessíveis tão somente ao autor do fato. A imputação decorre da *transmissão de sentido* de compromisso ou descompromisso para com a atuação que resulta na violação do bem jurídico, enfatiza Paulo Busato.²⁷

Com isso, reduz-se significativamente o risco de subjetivismo das decisões judiciais, substituindo-se o “decido conforme minha consciência” por argumentos racionalmente fundamentados nas circunstâncias objetivas da ação e competências individuais do autor (domínio da técnica). Isso porque a argumentação é o tipo de fala em que os participantes problematizam a validade do discurso, submetendo-o a críticas, para defendê-lo ou recusá-lo, como explica Fernando Galvão.²⁸

À vista disso, um relevante limite conceitual entre dolo eventual e culpa grave (ressalto que a esfera da consciência ou inconsciência é pessoal e inacessível a terceiros, de modo que a responsabilidade penal só pode ter por referência a gravidade do desvalor de ação, e não a mente do sujeito) é a adoção de medidas de contenção do risco, isto é, a ativação de contrafatores capazes de evitar a produção do resultado. Isso porque a ativação de medidas de prevenção transmite o sentido público de que o autor não demonstrou compromisso com a produção do resultado (dolo), mas descompromisso com o dever de cuidado exigido do sujeito concreto no contexto da ação (culpa grave).

²⁵ WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. §120.

²⁶ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant, 2011. p. 331.

²⁷ BUSATO, P. C. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2022. p. 86.

²⁸ GALVÃO, F. *Direito Penal: Parte Geral*. 17ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2024. p. 24.

No caso-piloto, o policial optou por um meio não letal (uso diferenciado da força²⁹), em vez do uso de instrumentos contundentes (tonfa) ou perfurocontundentes (arma de fogo), e tinha o treinamento necessário para empregar o método de estrangulamento. Se o policial dominava as competências teóricas e práticas necessárias para o uso do golpe de imobilização nas circunstâncias em que atuou, então tinha elementos objetivos (racionais) para duvidar do resultado.

De fato, identificamos no caso-piloto o sentido de culpa grave, pois o autor violou as normas de cuidado mais básicas ou elementares no contexto da ação, cuja observância era esperada até mesmo daquele profissional menos prudente ou cauteloso. Não há indicadores externos que fundamentariam a atribuição de simples culpa leve, atípica para o Direito Penal, pois esta se relaciona com o cuidado que ordinariamente seria levado em conta por toda pessoa razoavelmente diligente, mas que, no contexto da ação, não era tão claro e evidente para uma pessoa dotada dos conhecimentos e habilidades especiais do autor, ou quando o resultado decorre do mero esquecimento ou momentânea distração.³⁰

O policial que utiliza um golpe de “mata-leão” para imobilizar e algemar uma pessoa que resiste ativamente à abordagem, mas não percebe que ela passa a se debater por estar sem ar, soltando-a apenas quando seu superior hierárquico assim determina, causando a morte da vítima por asfixia, não incorre em mero esquecimento ou distração momentânea.

Não obstante, o autor dominava a técnica adequada para aplicar o estrangulamento de maneira segura e dele se esperava a mais básica e elementar atenção para monitorar os sinais vitais da vítima e relaxar a constrição cervical ao redor do pescoço do abordado, ou aplicar outras técnicas em regiões não letais do corpo humano (queda ao chão, socos, chutes e golpes de bastão, gás de pimenta, intervenção coletiva, etc), a fim de evitar o resultado morte como consequência colateral da ação.

Em síntese, aplicando-se ao caso-piloto os indicadores externos da ação conforme a teoria significativa, conclui-se que: (i) motivação e indiferença: o autor, ao

²⁹ “Caracteriza-se pelo uso da força de maneira seletiva. Trata-se de um processo dinâmico, no qual o nível de força pode aumentar ou diminuir, em função de uma escolha consciente do policial militar, de acordo com as circunstâncias presentes em uma determinada intervenção. Este dinamismo se denomina uso diferenciado da força. Não é conveniente utilizar a terminologia “uso progressivo de força”, porque o termo progressivo nos remete à ideia somente de elevação (de escalada, de subida, atitude ascensional), sendo que, em muitos casos, o uso “regressivo” de força é apropriado, quando verificada a diminuição da violência do agressor.” In: BRASIL. *Manual Técnico-Profissional n. 3.04.01/2020: Intervenção Policial, Processo de Comunicação e Uso da Força*. Belo Horizonte: Assessoria Estratégica de Operações (PM3), 2020. p. 58.

³⁰ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha. Sentença n. 2533/2020, de 22 de julho de 2020.

empregar a técnica de estrangulamento, tinha como objetivo a contenção da vítima, que resistia ativamente à abordagem policial. Não havia um motivo pessoal para querer a morte da vítima, e o fato de ter prestado socorro imediato, mesmo que ineficaz, demonstra que sua atitude não foi de indiferença ou apatia frente ao perigo; (ii) ativação de contrafactores: a decisão do autor de usar o "mata-leão" somente foi tomada após a ineficácia de outras técnicas menos letais, como a verbalização e o controle de contato, dada a persistente resistência ativa da vítima; (iii) proximidade temporal entre criação e realização do perigo: o perigo de asfixia, embora previsível, não era iminente, porque a morte da vítima, em condições normais, ocorreria após um período razoável de constrição, o que não foi o caso, pois o estrangulamento durou apenas alguns segundos; (iv) perigo coberto, protegido ou controlável: o bem jurídico não estava completamente desprotegido e o resultado era evitável, porque possíveis medidas de cautela poderiam ser adotadas pelo autor (uso de outro instrumento de contenção, como a tonfa, spray de pimenta), por terceiros (técnica de intervenção coletiva com auxílio dos outros policiais) e pela própria vítima (a cessação da resistência ativa reduziria o seu esgotamento físico e desaceleraria a perda de fôlego, diminuindo as chances de asfixia); (v) perigo leviano ou não qualificado: seria razoável esperar que um policial dotado dos mesmos conhecimentos especiais do autor também assumisse o risco de empregar a técnica de estrangulamento para conter uma pessoa que resiste ativamente a uma abordagem, pois esse modo de agir está previsto e autorizado no manual técnico-profissional e poderia ser usado de forma minimamente segura, reduzindo significativamente a alta probabilidade do resultado morte; (vi) domínio da técnica e razões para não levar a sério o perigo ao bem jurídico: a ação do autor não transmitiu o sentido de compromisso com a produção do resultado, porque ele tinha razões objetivas (fundamentadas) para duvidar do resultado morte: aprendeu e treinou o uso correto da técnica de estrangulamento ("mata-leão"); o abordado, um homem alto e forte, continuava a oferecer resistência ativa e ainda não estava algemado, colocando em risco a integridade física dos militares; e a constrição cervical durou apenas alguns segundos, de modo que o próprio comportamento da vítima contribuiu para acelerar a sua perda de fôlego mais rapidamente e incrementar o risco de asfixia, que ao final se verificou; (vii) perigo abstrato ao bem jurídico: a técnica dominada pelo autor e a resistência ativa da vítima levaram o autor a reconhecer apenas o perigo abstrato (remoto) de causar a asfixia da vítima, e não o perigo concreto (real) de sua realização; (viii) política-criminal e ausência de decisão contrária ao bem jurídico: a ação do autor não demonstrou que ele conhecia a alta probabilidade do resultado, pois tinha razões fundamentadas para acreditar que seria capaz de evitar a morte do abordado aplicando a técnica de estrangulamento por apenas alguns segundos e diante da compleição física

do abordado, de modo que uma punição mais severa a título de dolo não se faz necessária para dissuadir e prevenir a reiteração de condutas semelhantes.

Todos esses indicadores justificam, portanto, a imputação de uma ação não intencional ou descompromissada com o resultado lesivo ao bem jurídico (crime culposos), porque o autor adotou medidas de contenção idôneas de controle do perigo ao bem jurídico, não o abandonando à própria sorte.

12. CONCLUSÃO

A modesta pretensão deste texto era apresentar um panorama da teoria geral do delito sobre os diferentes conceitos de dolo, a fim de demonstrar as respostas e lacunas que cada concepção doutrinária traz consigo, isoladamente, para a interpretação do elemento subjetivo da ação. Se lidas contextualmente a partir dos usos cotidianos da linguagem, porém, estas teorias podem informar um conjunto de indicadores parciais valiosos para a concretização e otimização da pretensão de justiça na *maior medida possível*, ao submeter a uma análise dialética todos os argumentos, favoráveis e desfavoráveis ao autor, fornecendo razões socialmente compartilhadas para se imputar a intencionalidade inscrita na ação (dolo ou culpa). Com isso, elimina-se, ou ao menos reduz-se, o subjetivismo psicológico das decisões judiciais que pretendem desvelar o que supostamente estaria oculto na mente do réu.

Dentre esses indicadores parciais normativos de atribuição da intencionalidade da ação no caso concreto, catalogamos os seguintes:

Indicadores ou critérios parciais para atribuição da intencionalidade normativa da ação: (i) a previsão do resultado deve ser avaliada com base nas técnicas dominadas pelo autor, e não apenas na experiência comum; (ii) o maior treinamento e domínio da técnica permitem ao autor assumir perigos de maior intensidade, porque é capaz de acionar contrafatos ou medidas de contenção para evitar a produção do resultado; (iii) o contexto da ação e os conhecimentos do autor determinam a idoneidade das medidas de contenção do perigo; (iv) a análise da intencionalidade da ação deve considerar as semelhanças e dissimelhanças com outras situações arriscadas para atribuir o sentido de dolo ou culpa; (v) o perigo desprotegido ou inevitável justifica a imputação de dolo eventual, pois a evitabilidade do perigo depende apenas de fatores aleatórios (sorte/azar), enquanto o perigo coberto pode caracterizar imprudência, já que o bem jurídico não está absolutamente vulnerável; (vi) a relação de proximidade espacial e temporal entre ação e resultado; (vii) a mera “confiança irracional” do autor na evitação

do resultado é insuficiente para afastar o compromisso com a produção do resultado, porque são exigidas razões fundamentadas para se duvidar do resultado; (viii) ação rápidas, nas quais o autor não possui tempo necessário para refletir sobre como evitar a criação e realização de perigo ao bem jurídico; (ix) a motivação ou finalidade da ação pode ou não ser um indicador parcial relevante para a atribuição de sentido da ação, quando o tipo descrever elementos subjetivos especiais.

Assim, entendo que a decisão do TJMMG que condenou o autor por homicídio culposo está em plena sintonia com os postulados da concepção significativa: o policial executou mal um método de imobilização (estrangulamento) que ele aprendeu na Academia de Polícia (domínio da técnica), e, por isso, tinha razões fundamentadas para duvidar da produção do resultado morte.

Embora a ação do policial não fosse propriamente uma espécie de ação rápida e sem tempo para reflexão, tampouco expressou uma mera *confiança irracional* de que tudo sairia bem, nem o bem jurídico estava completamente descoberto ou desprotegido, pois um comportamento mais atento do autor (afrouxamento do golpe ou substituição por outros métodos de contenção menos lesivos) ou da própria vítima (não oferecer resistência ativa e, assim, não acelerar o seu esgotamento físico e perda de fôlego) poderia evitar eficazmente o efeito colateral previsível da conduta.

Desse modo, como a ação do policial não transmitiu o sentido de compromisso com a produção do resultado, e sim o descompromisso com o dever objetivo-subjetivo de cuidado dirigido especificamente ao autor, então a condenação por homicídio culposo concretizou, na maior medida possível, a pretensão global de justiça que deve nortear o processo de imputação de responsabilidade penal do fato.

13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Manual técnico-profissional n 3.04.13/2013*: defesa pessoal policial.

Belo Horizonte: PMMG - Comando-Geral, 2013.

BRASIL. *Manual Técnico-Profissional n. 3.04.01/2020*: Intervenção Policial, Processo de Comunicação e Uso da Força. Belo Horizonte: Assessoria Estratégica de Operações (PM3), 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (TJMMG).

Apelação Criminal n. 0001332-82.2017.9.13.0002. Des. Osmar Duarte Marcelino. Data de Julgamento: 23/08/2022. Unânime.

- BUSATO, P. C. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2022.
- CABRAL, R. L. F. *Dolo y Lenguaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha. Sentença n. 2533/2020, de 22 de julho de 2020.
- FRANK, R. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2004.
- GALVÃO, F. *Direito Penal: Parte Geral*. 17ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2024.
- KAUFMANN, A. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Trad. de R. F. Suárez Montes. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 13, n. 2, 1960.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. In: BUSATO, P. C. (Org). *Dolo e Direito Penal*. São Paulo: Tirant Brasil, 2019.
- MEZGER, E. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.
- PUPPE, I. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Trad. de Luzón Peña, Miguel Conlledo e Javier Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SCHMIDHÄUSER, E. *Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit*. GA, 1957.
- STRATENWERTH, G. *Derecho Penal: Parte General*, I. Trad. de Gladys Romero. Madrid: Editoriales Derechos Reunidas, 1982.
- TAVARES, J. *Teoria do Crime Culposos*. Florianópolis: Tirant, 2018.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant, 2011.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.