



**A CONTRIBUIÇÃO DE BETTIOL PARA A COMPREENSÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO: RESENHA CRÍTICA DA OBRA: *INSTITUIÇÕES DE DIREITO E PROCESSO PENAL*<sup>1</sup>, DE GIUSEPPE BETTIOL E RODOLFO BETTIOL**

**BETTIOL'S CONTRIBUTION FOR THE UNDERSTANDING OF BRAZILIAN'S CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A CRITICAL REVIEW OF THE BOOK: *INSTITUIÇÕES DE DIREITO E PROCESSO PENAL*, BY GIUSEPPE BETTIOL E RODOLFO BETTIOL**

Recebimento em 10/08/2017

Aceito em 08/09/2017

Paulo Gustavo Rodrigues<sup>2</sup>

**RESUMO**

Este trabalho pretende, através de uma resenha crítica da obra “Instituições de Direito e Processo Penal”, desvendar elementos da análise realizada por Giuseppe e Rodolfo Bettiol acerca do sistema de justiça criminal como um todo, para, a partir daí, problematizar alguns aspectos do nosso próprio sistema brasileiro.

**ABSTRACT**

This paper intends, through a critical review of the book “Instituições de Direito e Processo Penal”, unveil elements of the analysis performed by Giuseppe e Rodolfo Bettiol about the criminal justice system as a whole, as a way to, from that perspective, problematize some aspects of our own brazilian system.

<sup>1</sup> BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Trad: Amilcare Carletti. 1ª Ed. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

<sup>2</sup> Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da SEUNE (AL). Mestrando em Direito Público (UFAL). Especializado em Direito Penal Internacional (Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights) e Ciências Criminais (UNIDERP). Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).



## 1 INTRODUÇÃO DA OBRA E DOS AUTORES

Giuseppe Bettiol lançou “Instituições de Direito e Processo Penal”, em 1966, como uma obra direcionada aos seus estudantes da Faculdade de Ciências Políticas, visando problematizar o crime, a pena e o processo sob o ponto de vista filosófico e político-cultural.

Tendo ocupado por diversas vezes cargos políticos no Governo Italiano, seja como Constituinte, Ministro de Estado ou Parlamentar<sup>3</sup>, Giuseppe Bettiol não era estranho às minúcias das relações de poder, e, com essa bagagem, dedicou seus escritos a relacionar o direito à filosofia como forma de superação do aspecto puramente dogmático-formal, tornando-se um dos mais importantes juristas criminais da Itália.

Com seu falecimento, em maio de 1982, assumiu a tarefa de atualizar e revisar a obra seu filho Rodolfo Bettiol, advogado criminalista e professor, que passou a analisar as alterações na legislação processual italiana à luz dos ensinamentos já delineados por seu pai nos escritos iniciais do livro.

A primeira parte de “Instituições de Direito e Processo Penal” se dedica ao estudo do Direito Penal, sua relação com a política criminal, suas orientações políticas e seus princípios fundamentais, e, embora haja análises específicas do Direito Penal Italiano, são contribuições inestimáveis para os juristas criminais brasileiros, dado nosso Código Penal ser diretamente inspirado no Código Rocco Italiano de 1930.

A segunda parte da obra se concentra no Processo Penal, e, a partir das sucessivas mudanças legislativas do Código de Processo Penal daquele país, alguns aspectos podem estar um pouco obsoletos, como observado por Rodolfo Bettiol no prefácio à quarta edição (2008, p. 19). Entretanto, dada a intenção dos autores de superar a mera análise normativa e realizar uma discussão política acerca dos institutos, há sempre algo que possa ser abstraído de suas análises.

---

<sup>3</sup> Por informações biográficas consultar [http://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-bettiol\\_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-bettiol_(Dizionario-Biografico)/)



Ao final, a primeira edição brasileira (correspondente à sétima edição italiana) já traz um apêndice de atualização de Rodolfo Bettiol em que são exploradas as inovações legislativas ocorridas entre 2000 e 2001 no processo penal italiano.

A título de esclarecimento, dada a natureza conjunta do escrito da obra, quando essa resenha fizer referência a Bettiol, será ao autor principal Giuseppe, dado que são suas as ideias que construíram a integralidade do texto e é sua a ideologia que o permeia. Quando necessário, faremos referência às contribuições de Rodolfo Bettiol, mencionando-o especificamente.

Ademais, a menção à expressão “reato” se refere à terminologia obtida na tradução da obra e é equivalente à ideia de ilícito penal, como gênero no qual se unem as espécies delito e contravenção, como exposto pelo próprio autor na página 39.

Pretendemos, nesta resenha, não elaborar um apanhado crítico da integralidade do livro mas apontar que aspectos da obra de Bettiol podem contribuir para uma melhor compreensão do estágio atual do sistema de justiça criminal brasileiro. Assim como na obra, dividiremos a análise em direito penal material e processual.

## **1 A BUSCA PELA LEGITIMIDADE SUPRALEGAL DO DIREITO PENAL**

Sendo um livro direcionado a estudantes de Ciência Política, Bettiol deixa claro desde o início que sua metodologia não será de uma análise conceitual ou de sistematicidade dos institutos penais. Diz ele que “a sistematicidade do pensamento jurídico faz perder de vista a substância e a origem política dos problemas, das doutrinas, das construções mentais típicas do jurista” (p. 30). Ele busca, então, colher a razão cultural, política e jurídica destes conceitos, sempre os problematizando no contexto do choque de interesses da história.

Esta compreensão do direito penal como expressão de seu tempo, por ele desenvolvida, permite uma visão global e contextualizada. Apenas analisando a criminalização de condutas em uma perspectiva histórica, de evolução da sociedade capitalista industrial, por exemplo, podemos compreender uma legislação que pune na mesma proporção alguém que lesiona gravemente uma pessoa a ponto de causar-lhe



perigo de vida ou debilidade permanente em membro, sentido ou função (artigo 129, §1º) e alguém que simplesmente furta – sem qualquer lesão, violência ou ameaça, portanto - algum objeto durante a noite (artigo 155, §1º), pondo o patrimônio em um mesmo patamar de proteção estatal da vida e integridade física.

Da mesma forma, em uma história mais recente, não sobram casos de situações fáticas específicas de uma determinada época influenciando a criação de tipos penais, como o artigo 273, do Código Penal, modificado após o escândalo nacional dos anticoncepcionais de farinha, a chamada “Lei Carolina Dieckmann” que tipificou certos delitos informáticos ou, ainda, a lei que transformou o homicídio qualificado em crime hediondo após a morte da atriz Daniella Perez, na década de 90.

Bettiol compreende o Direito Penal como reflexo da história de uma civilização. Segundo ele, “o direito penal que é parte essencial da ordem jurídica encontra-se, então, em direta relação e em estrito liame com os momentos mais salientes da civilização de um povo” (pp. 60-61) e essa compreensão é essencial para o jurista que deseja superar a análise meramente dogmático-formal e aplicar o direito penal ciente do embate de forças políticas históricas que o orientam.

É sabido que nosso Código Penal de 1940, promulgado durante a ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, buscou inspiração, quase plena, no Código Rocco, editado na Itália em 1930 sob a égide do governo de Benito Mussolini, perdurando ambos até os dias de hoje, embora com significativas modificações.

Assim, as contribuições de Bettiol se tornam tão mais relevantes para o estudo do direito penal brasileiro quando se observa que ambos os países orientam seu sistema de justiça criminal em um instrumento de criminalização de fortes bases ideológicas fascistas que, embora alteradas a partir das quedas dos regimes ditatoriais, mantem elementos de pontos de partida extremamente problemáticos.

Nessa ótica, aderindo a uma tese hoje identificada como pós-positivista, Bettiol aponta a crise da positividade do direito e defende que a segurança jurídica e a certeza dos dogmas legais intocáveis abram espaço a uma mais sentida exigência de justiça, amparada em uma ordem jurídica superior substancialmente legítima. Defende, portanto, que as exigências políticas de seu tempo forçaram um certo renascimento da ideia de direito natural.



Compreendendo as problemáticas atreladas ao direito natural, Bettiol busca solucioná-las com um diálogo do direito penal com a filosofia, destacando as contribuições das tradições iluministas, escolásticas e existencialistas para a construção da legislação penal, especialmente a confluência de todas elas à noção de que “a pessoa humana tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou o coletivo não podem sacrificar *ad nutum*” (p. 32).

Ele não busca construir, com essa ideia de superação do positivismo, um sistema abstrato de normas com o qual a realidade jurídica deve se conformar, mas de utilizar a ideia de “justiça” como basilar hermenêutico da atividade do legislador, especialmente o penal. Ele compreende o direito natural e a justiça como uma virtude social por excelência, “uma fonte substancial do direito penal positivo, isto é, diante de uma exigência à qual deve submeter-se a vontade do legislador que não queira acabar no arbítrio e na violência” (p. 34).

Embora se vincule, em trechos, a ideia de justiça a conceitos religiosos cristãos, sem delinearlos objetivamente para fins de orientação da atividade do intérprete, pode-se extrair importantes conclusões desta sua construção teórica.

Com as ideias apresentadas por Bettiol, pode-se desenvolver a tese de que o legislador penal está preso a uma justificação supralegal para tipificação, baseada em conceitos de justiça substancial construídos com base nas exigências político-culturais de determinado povo em determinado tempo. Da mesma forma que o legislador está vinculado a isto para a criminalização, também o Magistrado o está para realizar o julgamento, não sendo mais suficiente a simples *dura lex sed lex*. Cabe a ele uma avaliação de legitimação daquele comando criminalizador para justificar sua subsunção, ou, ao menos, o que se convencionou chamar de juízo de tipificação material.

Inobstante seu propósito problematizador, Bettiol não deixa de oferecer algumas noções básicas de certos conceitos penais, como o de reato, ou ilícito penal, que ele define como o “fato do homem que agride as condições de existência, de conservação, de desenvolvimento de uma sociedade num determinado momento da sua história” (p. 39), conceito este muito mais substancial do que formal e que, embora curto, demonstra uma vinculação de Bettiol à ideia de subsidiariedade do Direito Penal.



A inflação legislativo-criminal e a hipercriminalização de condutas, especialmente em voga em países periféricos como o Brasil, poderia ser repensada com base no conceito de crime e nos ideais pós-positivistas de Bettioli. Embora isso não esteja expresso em sua obra, vê-se que a compreensão do reato como uma ofensa grave a interesses que sustentam a sociedade e uma agressão às condições fundamentais da vida social conduzem à conclusão de ilegitimidade de diversos comandos incriminadores constantes em nossa legislação.

Não podemos mais pensar o direito penal como única solução para as mazelas sociais, mantendo no âmbito do sistema de justiça criminal condutas de baixa ou nenhuma lesividade social, cujos exemplos são incontáveis, mas sim fortalecer os demais âmbitos de atuação estatal e relegar ao sistema penal apenas aquelas condutas que, como delineadas por Bettioli, ofendam gravemente as estruturas de manutenção pacífica da estrutura social. A confiança hiperbolizada no direito penal assume, assim, traços totalitários, não condizentes com a evolução das sociedades ocidentais modernas.

Dentro da ideia de busca por uma justificação externa que confira legitimidade ao comando incriminador, vê-se haver uma obrigação ética do Magistrado em superar a mera subsunção formal de conduta para a análise da própria existência daquele tipo, de modo a se avaliar se o Direito Penal está funcionando como instrumento de controle social ilegítimo para manutenção das estruturas de poder ou se de fato ele está protegendo as condições fundamentais da vida social.

Por fim, igualmente relevante à compreensão da realidade jurídico-penal brasileira é a análise de Bettioli acerca das posições doutrinárias que buscam conciliar ideais das escolas clássica e positivista do Direito Penal. Não há, segundo ele, como conciliar as concepções positivistas de periculosidade com a função retributiva clássica da pena.

Sabe-se que nosso ordenamento jurídico ainda apresenta vestígios positivistas claros, especialmente ao manter a periculosidade como elemento de compreensão do crime. A jurisprudência continua a aceitar derivações deste conceito como fundamento da prisão cautelar, a dosimetria continua a levar em conta a personalidade e conduta social do agente como elementos de agravamento da pena e os juízes de execução continuam a exigir exames criminológicos na expectativa de identificar uma periculosidade que impeça a progressão de regime.



A manutenção de um ordenamento amparado em conceitos de periculosidade, puramente naturalísticos e, segundo Bettiol, sem qualquer substância moral, é tido por ele como ilegal e antidemocrático. A medida de direcionamento do agir jurídico para a periculosidade é tida de forma proporcional ao enfraquecimento da legalidade, já que há uma dificuldade de se determinar com exatidão o caso concreto ou o tipo de periculosidade sobre o qual se fundar o juízo de probabilidade (p. 57).

A noção positivista de periculosidade orienta, então, segundo Bettiol, a superação de reatos (furto, corrupção, homicídio) para formulações legislativas de “tipos de delinquentes” (ladrão, corruptor, homicida) ou de categoria (reincidente, delinquente profissional, etc), em razão do grau de periculosidade social que ele demonstra (p. 54), o que se observa diariamente na prática jurisdicional brasileira que frequentemente forma a conclusão a respeito de determinado crime com base não nos fatos mas no histórico e na personalidade do acusado.

Deve-se trabalhar, portanto, para superar a visão ainda impregnada em nosso ordenamento de um direito penal que se prenda à figura do autor ao invés do fato por ele praticado, sem que isso signifique, para Bettiol, uma completa desconsideração com o indivíduo na fixação da pena.

Mesmo compreendendo a pena em seu caráter retributivo (p. 78), fruto de uma visão religiosa que a encara como uma suprema exigência de se pagar o mal com o mal (aqui entendido em sentido físico e não moral, já que é uma expressão de justiça e não vingança), Bettiol não ignora a necessidade de moldar a pena a quem ela se direciona, o homem. Diz ele que “o castigo não pode ser entendido como pura reação de retribuição fora da consideração que ele incide sobre uma natureza ética como é a natureza do homem” (p. 79), daí surgindo a necessidade de individualização da pena.

Bettiol ainda trata a individualização da pena como um axioma, mas não como consequência de uma compreensão da pena como prevenção especial, “mas como corolário da natureza retributiva da pena que deve operar, concreto, em uma personalidade humana bem definida” (p. 79).

Assim, no âmbito do Direito Penal, é inegável a contribuição de Bettiol para uma discussão que busque repensar as tipificações, e o sistema de justiça criminal como um todo, a partir de critérios supralegais de justiça e não da mera subsunção lógico-formal,



sempre pensando a pena a partir do indivíduo, mas nunca de forma patológica, e sim como exigência ética de proporcionalidade da reação estatal.

## 2 O EQUILÍBRIO DE FORÇAS NO PROCESSO PENAL

Na segunda parte, já atualizada e modificada por Rodolfo Bettiol, os autores demonstram claramente como a escolha de um modelo processual é evidentemente uma escolha política, em que se disputam as garantias do indivíduo e o limite que o Estado se impõe na repressão do reato e no controle social.

Eles identificam uma estrita relação entre a forma de Estado e a forma do processo, de modo que a relação do Estado-Cidadão pode se desequilibrar em favor do primeiro, ocasião em que as garantias defensivas são enfraquecidas e o processo tende à inquisitorialidade, ou em favor do segundo, caso em que se ampliam as garantias em prol de um sistema acusatório.

Os autores não olvidam, contudo, incluir o elemento prático jurisdicional na análise, já que reconhecem que a práxis concreta também participa na formação do direito. Concluem com isso que “o processo está ligado a cultura do tempo e na cultura estão ínsitos os princípios da lógica que levam à decisão jurisdicional” (p. 165).

É essencial compreender o processo penal como uma expressão política, e, assim, identificar os momentos em que ele se apresenta mais como uma demonstração de poder do que como uma relação dialógica entre as partes para a construção de uma decisão justa.

Isso se mostra, inicialmente, com a existência de um procedimento inquisitivo para colheita de provas. Assim como no direito processual italiano, também o brasileiro possui uma fase inicial extraprocessual em que são produzidas as provas, posteriormente confirmadas ou rejeitadas na fase da instrução. Este primeiro momento, em regra exercido no curso de um inquérito policial, é regido pela ótica inquisitiva, em que as funções são concentradas na figura de uma única autoridade (delegado de polícia) e ao suspeito não é atribuída a integralidade das garantias defensivas constitucionais, já que não há acusação formal contra ele.

Quando se chega ao momento da instrução processual, chamada de debates pelos autores italianos, as provas, em regra, já estão todas produzidas de forma inquisitorial.



Observam os autores que o Ministério Público e o Juiz, os representantes do Estado no Processo Penal, assumem a feição de donos da instrução, atribuindo-se à defesa a função formal de introdução de temas de prova. Entretanto, substancialmente, à defesa é reservado apenas o papel de argumentar sobre as provas já antes adquirida. O que deveria ser um debate assume o papel de controle dos resultados da instrução.

Nesse contexto, em que a defesa substancialmente apenas verifica e contradita o que foi produzido pelo Estado, ao invés de lhe ser possibilitada a participação ativa na construção da verdade jurídica dos fatos, vê-se que quanto mais se puder estender o sistema acusatório para a fase inicial de colheitas de provas, mais democrático e legítimo será o Processo Penal.

Permitir que o processo se torne apenas uma convalidação de um procedimento inquisitivo, como é comum na práxis judiciária brasileira, é uma desvirtuação dos princípios fundamentais orientadores de um processo democrático, de modo que, desde a fase preliminar investigatória, quão mais garantias ou direitos defensivos se puderem reconhecer ao suspeito, quão maior for sua participação também na produção ou sugestão de produção de provas, tão menor será o conflito de poder e tão mais dialógico e legítimo será o processo.

Ademais, para além de buscar retroagir a lógica acusatória para a fase pré-processual, é importante buscar impedir que a lógica inquisitiva possua ultra atividade para atingir a instrução.

Na obra em análise, os autores identificam diversas condutas processuais que refletem a ideologia do sistema inquisitivo, dentre elas a iniciativa probatória do Juiz prevista no artigo 190 do Código Italiano. Esta disposição é tratada pelos autores como “um *vulnus* para a configuração de um processo que se quer governado essencialmente pela iniciativa das partes” (p. 212), e, embora haja hipóteses que se legitimem no caso concreto, é tida como certa a mácula na imparcialidade do Juiz, já que, em regra, é uma conduta corretora de uma acusação ou defesa fracas.

Por fim, cumpre destacar a posição dos autores quanto ao livre convencimento do juiz, visto como uma disposição que – caso desregulada – abre espaços para os maiores arbítrios, já que permite a decisão judicial fundada em convicções ou intuições não controláveis ou criticáveis. Segundo eles, “o processo é um fato social, envolve o



indivíduo e a coletividade, exige um critério de comunicação comum das convicções” (p. 215), numa posição que remete às exigências de justificação externa dos teóricos da argumentação.

Não basta a coerência interna do julgado, mas também um diálogo com a sociedade no sentido de comunicação das razões que levaram o julgador àquele juízo condenatório ou absolutório. O Direito, enquanto produto e produtor da cultura, não pode se ver livre do controle da coletividade.

Apenas compreendendo o Processo Penal como expressão política e como fato social é que se pode trabalhar para equilibrar as forças nele conflitantes e se construir uma persecução penal legítima e democrática.

## CONCLUSÃO

A obra “Instituições de Direito Penal e Processo Penal” é, portanto, essencial a qualquer estudioso das ciências penais, independentemente de ela se dedicar a uma análise da legislação penal e processual italiana, já que seu propósito perpassa o estudo puramente normativo para abranger a compreensão do funcionamento da estrutura de justiça criminal de qualquer Estado.

Os autores trazem ao direito penal a discussão, então embrionária, do pós-positivismo, pretendendo a superação do modelo subsuntivo lógico-formal para a busca de uma legitimação supralegal das tipificações penais, amparada em critérios abstratos de justiça e direito natural que, embora não suficientemente objetivados na obra, contribuem para um repensar do processo de incriminação.

Ademais, destrinchando de que forma os aspectos políticos, históricos e culturais de uma sociedade influenciam no Direito Penal, os autores permitem ao leitor uma compreensão mais abrangente do fenômeno criminoso, cada vez mais contribuindo para uma desvinculação de uma ideia patológica do indivíduo.

Na esfera processual, a obra contribui para descortinar o conflito de interesses e forças que orbitam a relação entre as partes e o tratamento dos sujeitos processuais. Visualizando o modelo processual de um país a partir de sua natureza política, pode-se observar melhor como os Estados que se superlativam em face do cidadão usualmente



dispõe de legislações menos garantistas, enquanto aqueles mais preocupados com direitos individuais do que com a proteção estatal tem modelo processual mais benéfico aos acusados.

A compreensão das minúcias políticas do processo é fundamental para a busca de um equilíbrio de forças entre as partes em conflito, de modo a se consolidar um modelo democrático e legítimo de persecução penal, e para esta compreensão é indispensável a leitura da obra ora analisada.

## REFERÊNCIA

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. Instituições de direito e processo penal. Trad: Amilcare Carletti. 1ª Ed. São Paulo: Editora Pillares, 2008.