

Editorial

Qual reforma política?

Como era de se esperar, transcorridos alguns meses, arrefeceram as grandes manifestações iniciadas em junho em todo o país. Não se pode dizer o mesmo, no entanto, de seus ecos e heranças positivas e negativas, temas que o IBCCRIM tem abordado em editoriais recentes.

Lembremo-nos de que os protestos emergiram como reivindicações no campo do transporte público em diversas cidades, e, a partir da violência ilegal com que foram respondidos por agentes policiais – cujo mais notado exemplo foi a hedionda noite de 13 de junho em São Paulo –, incorporaram uma indignação ampla e difusa contra certas práticas oficiais e contra formas correntes de fazer política no país.

É imperioso que se discuta a compatibilidade – ou a incompatibilidade – com a democracia do modelo de policiamento ostensivo atualmente vigente. Não menos salutar, porém, é a necessidade de se utilizar o momento para refletir, prospectivamente, sobre medidas necessárias a que o sistema político adquira maior higidez, fidelidade às regras democráticas e, com isso, também maior funcionalidade e legitimidade.

Há muito que a cena política brasileira se defronta – todos os dias – com práticas tão abomináveis quanto corriqueiras de desvios éticos e locupletamento do patrimônio público, ora em escalas menores ora em proporções gigantescas. Assim se solapam, entre outros valores fundamentais da convivência social, a igualdade de condições entre indivíduos e entre pessoas jurídicas para desenvolver-se e exercer direitos constitucionalmente previstos, bem como o princípio da confiança que deve reger as relações entre concidadãos e as deles com o Estado. O legado das raízes patrimonialistas de nossa cultura política parece conduzir, em uma sociedade cada vez mais aberta e plural, a um processo de desencantamento refletido na perda de credibilidade da classe política em geral, de partidos políticos e de instituições políticas e eleitorais que, no entanto, remanescem como essenciais à vida democrática. E aí reside um grande risco, ilustrado pela violência com que representantes de agremiações partidárias foram repelidos pela multidão em algumas das marchas.

Não se pode negar a existência de uma ruidosa sensação de impunidade amplamente difundida no seio social acerca de determinados ilícitos contra as instituições públicas, notadamente os crimes contra a Administração. Tampouco se nega, igualmente, o papel nocivo desempenhado por setores da imprensa a respeito do tema, não raro mais confundindo que informando leitores e telespectadores – os quais se veem impedidos de compreender a importância, alcance e fundamentos racionais do devido processo legal e outros direitos fundamentais de que são todos titulares. De todo modo, falar-se em impunidade no país do globo em que mais cresceram as taxas de encarceramento nas últimas décadas demonstra que algo está bastante errado, e deve ser corrigido.

Grandes escândalos envolvendo política e corrupção em anos recentes não são exclusividade

brasileira. Tem se repetido com certa frequência em países de circunstâncias similares como Chile e México, como também naqueles de instituições mais sólidas e maduras como Espanha, Alemanha e Reino Unido. E, invariavelmente, neles se percebe uma nota comum: a intrínseca relação entre a corrupção de grande escala e os modelos e possibilidades de financiamento de campanhas eleitorais cada vez mais caras.

Assim é que, no âmbito das atuais discussões sobre reforma política no Brasil, certamente o financiamento de campanhas deve merecer especial preocupação. Cumpre reduzir o custo de eleições e estabelecer maiores limitações e controles sobre doações, doadores e beneficiários e suas respectivas contabilidades oficiais e paralelas, aprofundando-se avanços trazidos pelas Leis 11.300/06 e 12.034/09. Não olvidemos que, para além do uso pródigo – e questionável – do fundo partidário e de subvenções oficiais, o financiamento eleitoral já possui informal natureza pública também no que se afirma ter origem puramente privada, ante a frequência com que financiadores recobram de financiados favorecimentos econômicos indevidos, chegando alguns, após eleitos, a atuar na burocracia oficial como verdadeiros despachantes de determinadas empresas, grupos econômicos e entidades associativas.

Há que se impor barreiras estritas a partidos politicamente insignificantes que, na prática, pouco fazem senão usufruir de recursos do fundo partidário e, em períodos eleitorais, *negociar* – ao largo de pretensões programáticas – com candidaturas competitivas o tempo de exposição televisiva que a eles caberia. Há, ainda, que se atentar à espúria relação que parlamentares mantêm com o orçamento anual do Poder Executivo em suas três esferas, outra fonte inesgotável de escândalos de corrupção. Por fim, cumpre aperfeiçoar o modelo representativo e indagar se, do ponto de vista da racionalidade da gestão pública, convém que a estrutura dos Poderes seja tão inchada e compreenda, de um lado, quatro dezenas de ministérios e, de outro, 513 deputados federais e 81 senadores frequentemente ávidos por ocupar mais e mais espaços nas estruturas (e orçamento) daqueles, em um inesgotável círculo vicioso.

Se é verdade que, face à natureza mesma de sua estrutura política, sociedades democráticas podem ser mais suscetíveis ao alastramento da corrupção,¹ e que esse fenômeno é sintoma da própria crise da democracia enquanto sistema de representação política,² cabe às instituições e governos envidarem esforços para reduzir tais males à medida mínima tolerável. O desafio, mais uma vez, está lançado, e, a bem das instituições e da democracia, esperamos seja cumprido.

Notas

(1) SANTOS, Boaventura de Souza *et al.* Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Oficinas do Centro de Estudos Sociais*, nº 65. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995, p. 22.

(2) *Idem, ibidem*, p. 25.

| Editorial

Carta ao Ministro Sidnei Beneti
René Ariel Dotti _____ 2

Protestos desengajados?
Laurindo Dias Minhoto _____ 2

A criminalização de movimentos
sociais na *Revolta do Vinagre*
Luciana Simas Chaves de Moraes ____ 4

(Re)pensando os sistemas processuais
em democracia: a estafa do tradicional
problema *inquisitório x acusatório*
Aury Lopes Jr. _____ 5

Busca e apreensão mediante uso de
malware
Luiz Augusto Sartori de Castro ____ 6

Direito Penal Econômico: sobre a
vítima e a reparação do dano
Daniel Laufer _____ 8

Notas à teoria do domínio do fato
Eduardo Viana _____ 10

Reflexões acerca da (im)possibilidade
de aplicação do crime de quadrilha ou
bando previsto no art. 288 do Código
Penal aos crimes militares cometidos
em serviço
Diogo Mentor de Mattos Rocha ____ 12

A questão da suspensão condicional
do processo nos casos de violência
doméstica e familiar contra a mulher
Orlandino Gleizer Klotz de Almeida 15

O mito da não existência de previsão
legal do princípio da insignificância
no Brasil
Eduardo Luiz Santos Cabette _____ 16

| Com a Palavra, o Estudante

O(s) discurso(s) do Direito Penal
na aplicação da pena
Pedro Pablo Oliveira Reis _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ ____ 1693

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1699

Superior Tribunal de Justiça_ 1699

Tribunal Regional Federal ____ 1699

Tribunal de Justiça _____ 1700

Carta ao Ministro Sidnei Beneti

Curitiba, 10 de junho de 2013

Excelentíssimo Senhor

Ministro **Sidnei Beneti**

DD. Presidente da Comissão de Reforma da Lei de Execução Penal

Recebi o honroso convite para participar da Audiência Pública a ser realizada no dia 17 de junho de 2013, às 14:00, no Senado Federal, para a discussão de “tópicos da Lei de Execução” como consta do respectivo ofício.

Como membro das comissões de Redação e de Revisão do Anteprojeto do qual resultou a Lei 7.210/1984, manifestei perante meus colegas de trabalho na época a minha apreensão com a efetividade das disposições do *disegno di legge* quanto à oferta, pelo Poder Público, dos estabelecimentos para o cumprimento da pena privativa de liberdade nos regimes semiaberto e aberto. Aquela preocupação se devia à frustração das determinações da Lei 6.416/1977, que deferiu às leis locais ou a provimentos da Magistratura regular os regimes de execução. Salvo raríssimas exceções, as unidades federativas e o Judiciário simplesmente ignoraram a lei. Aprovamos, então, a redação das normas que hoje constam do art. 203 e parágrafos da Lei de Execução Penal: “No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia os dispositivos não auto-aplicáveis. § 1.º Dentro do mesmo prazo deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei. § 2.º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para a instalação de casas de albergados. § 3.º O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos. § 4.º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança”.

A Lei 7.210/1984 entrou em vigor um mês antes do novo governo da União. As fundadas regras para uma adequada execução converteram-se em meras proclamações otimistas.

A *Casa do Albergado* foi uma ilusão que não saiu do papel e o *golpe de morte* no regime semiaberto tem sido a falta de estabelecimentos adequados (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar) para o trabalho dos condenados em comum durante o dia (CP, art. 35, §1º).⁽¹⁾ O resultado tem sido, frequentemente, a passagem do regime fechado diretamente para o aberto ensejando reiteradas e vigorosas críticas à justiça criminal, com o adendo de que o nosso país precisa de leis mais enérgicas.

Em mais de uma oportunidade tenho denunciado as vicissitudes do sistema penitenciário, a exemplo do artigo “Textos antigos: crise permanente”,⁽²⁾ e não percebo mudanças radicais que possam eliminar o conflito permanente entre o legislador e o administrador quando o assunto se refere ao cumprimento da Lei de Execução Penal.⁽³⁾

Tais razões, Senhor Ministro, levam-me a declinar do convite, cumprimentando-o – e também os ilustres membros da Comissão de Juristas – e formulando os melhores votos para o bom resultado dos novos esforços.

Cordialmente,

René Ariel Dotti

Notas:

- (1) Há, porém, honrosas exceções como o da Colônia Penal Industrial Agrícola do Paraná, cuja manutenção e bons resultados integram o conjunto altamente positivo de administração da Secretaria de Estado da Justiça, Dra. Maria Tereza Uille Gomes.
- (2) Publicado no meu livro *Casos criminais célebres*, São Paulo: RT, p. 343 e s.
- (3) Entre muitos, vale o seguinte exemplo: Desde o advento da Lei 7.210/1984 havia a previsão do § 1.º do art. 86 sobre a construção de estabelecimentos de segurança que somente estão sendo criados muito anos depois e em função da notoriedade do condenado Fernandinho Beira Mar.

René Ariel Dotti

Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007).

Professor Titular de Direito Penal.

Advogado.

Protestos desengajados?

Laurindo Dias Minhoto

Parafrazeando o poeta, talvez se pudesse dizer que “na vida de nossas retinas tão fatigadas”, as manifestações que inundam as praças públicas de inúmeras cidades brasileiras podem bem parecer não muito mais que uma forma vazia de sentido político, a expressão de última geração dos chamados “protestos desengajados”. Algo como um grande *happening* midiático, um simulacro de cidadania que na verdade encena nas ruas o consumo sob a capa da retomada da política. Curiosa espécie das manifestações do mundo da suposta pós-política que direciona parte da grita justamente contra “os políticos”, o alheamento do sistema partidário, o déficit de representação, a corrupção e a impotência da democracia.

E, decididamente, há muito a justificar esse modo de ver as coisas. Da demanda pelos 20 centavos, tomada em sua literalidade eloquente, à reivindicação por serviços “padrão Fifa”, que mal disfarça a colonização da gramática universalista dos direitos sociais

pela racionalidade do exclusionismo VIP, sem esquecer do paradoxo evidente na grita contra a carga tributária e na defesa simultânea de serviços públicos de qualidade, um breve olhar sobre o vasto leque de *slogans* presentes nas ruas sugere a mirada certa de quem vê nas manifestações, também, uma expressão da “relação matricial da nossa sociedade”, ou seja, a relação de consumo (GARCEZ, *Caderno Aliás, o Estado de S. Paulo*, 15/06). Com efeito, muitas das demandas apresentam caráter pontual, efêmero e atomizado, não sinalizando condições mínimas para a passagem do individual ao coletivo; antes, duplicam nas ruas o bate-boca desencontrado tão frequente nas redes sociais, algo como a expressão do individualismo possessivo no espaço público privatizado da era digital, o que elas também são.

Concordando em termos com essas análises, sublinho a seguir, no entanto, o que me parecem ser autênticas zonas de tensão e conflito – com potência de elaboração política – que, ao menos em parte,

extravasam a chave explicativa do consumo.

a) em relação à demanda específica de redução do preço das tarifas de transporte público, o foco na questão da mobilidade urbana comporta outros ingredientes indispensáveis à compreensão da escolha feita pelo MPL. Penso aqui, sobretudo, no que certa sociologia vem chamando de constituição de “sociedades de enclaves”, moldada por arquiteturas urbanas de secessão, de zonas de exclusão etc., que tem no centro o exercício do governo das populações sobre o controle de fluxos, circulações e mobilidades urbanas. Em muitas das principais cidades globais, a maior ou menor capacidade de deslocamento dos atores converte-se em um dos principais indicadores de estratificação social. Em cidades crescentemente polarizadas, para além de muros, guaritas, câmeras de vigilância e pontos de acesso, o preço da tarifa também se converte em uma das fronteiras com que se institui e reforça o *apartheid* urbano contemporâneo (algo que está na raiz dos protestos verificados na França em 2005);

b) quanto à organização de megaeventos como a Copa e as Olimpíadas, não me parece exatamente de menor importância o fato de que, no país do futebol, a crítica tenha encontrado condições tão favoráveis a ampla reverberação. Talvez seja o caso de distinguir aqui, no entanto, que boa parte das críticas se concentra na importante questão da alocação dos recursos públicos (o que não deixa de indicar por outra via a influência do consumo), deixando em segundo plano outro ponto ainda mais decisivo, a saber, o exercício do poder soberano em nosso território por um conglomerado empresarial transnacional que, para garantir lucros exorbitantes, fez instituir, com o beneplácito do sistema político nacional, um regime jurídico de exceção (Paulo Arantes, *Caderno Aliás, o Estado de S. Paulo*, 22/06). Nada impede, porém, que esta questão venha a ser discutida na grande mídia, de que aliás constitui indício o artigo de Romário publicado no jornal britânico *The Guardian* (24/06), em que o jogador investe contra a condução arbitrária do que chama de “Presidente Fifa”. Aqui, a questão do controle seletivo da mobilidade como técnica de gestão do *apartheid* urbano encontra o poder soberano, que no caso dos megaeventos institui, à base de zonas de exclusão, cordões de isolamento e remoções, a “mauricização” forçada das torcidas nos estádios mundo afora (a ótima expressão é do jornalista Xico Sá). Esses eventos, assim como as zonas urbanas revitalizadas das grandes cidades, constituem cada vez mais um espaço exclusivo, devidamente patrulhado (e militarizado) para garantir o acesso seguro do consumidor solvente;

c) no que diz respeito à grande mídia, além do reforço recíproco entre as manifestações e os produtos desse sistema, parece-me que se pode verificar uma clara tendência política de construir e reforçar distinções maniqueístas do tipo ordeiros v. desordeiros, maioria bem-comportada v. vândalos e arruaceiros. Essa demanda (agora sim,

difusa) por ordem tende a jogar água no moinho do temário caro à direita mais radical, como se viu nas agressões abertas a integrantes do MPL nas últimas manifestações, sem contar o papel que pode desempenhar no encaminhamento de uma postulação populista-autoritária ao próximo pleito presidencial, combinando o discurso de combate à corrupção com as demandas por redução da carga tributária e a intensificação da política de segurança pública, não obstante os efeitos catastróficos do encarceramento em massa em São Paulo (sabe-se muito bem, por exemplo, quanto a propalada redução dos homicídios se deve também, se não principalmente, à atuação do chamado crime organizado dentro e cada vez mais fora das prisões). Essa demonização repercutida por parte da grande mídia pode ter ainda o efeito perverso de – ao buscar separar o suposto joio do suposto trigo e zelar para que se evitem os atos de vandalismo policial verificados contra “manifestantes pacíficos”, jornalistas e setores da classe média –, no mesmo passo venha cancelar a concentração histórica desse vandalismo nos de sempre, os jovens pobres das periferias de nossas cidades. Também deve ser notado o modo como a repressão policial tem sido decisivo à eclosão de manifestações, desde os eventos de Los Angeles em 1992, passando por Paris, Londres, até o caso recentíssimo de uma das principais referências civilizatórias do Ocidente, a Suécia;

d) no que se refere à luta pela inscrição do transporte público no rol dos direitos sociais, em tempos de erosão acelerada do Estado de Bem-Estar e de suas estruturas políticas e jurídicas, é certo que ela corre o risco de se enredar na armadilha da conversão da vitória dos 20 centavos em mais uma vitória de pirro (aliás, o que poderia significar exatamente essa demanda “welfarista” em sociedades pós-welfare, particularmente no Brasil que não conheceu a forma Estado de Bem-Estar?); ao mesmo tempo, parece-me que ela pode funcionar também como motor do mal-estar de uma sociedade em que todas as esferas da vida se convertem crescentemente em mercadoria, entreabrindo outras possibilidades de conexão entre as manifestações no Brasil e os movimentos sociais de natureza global e antissistêmica.

Salvo engano, essas zonas de tensão, ao mesmo tempo em que remetem para além dos diques objetivos e analíticos do consumo, requerem, é certo, muita capacidade de processamento político e tradução institucional e não institucional, cujas condições de possibilidade nem de longe estão dadas. Para caminhar nessa direção, no entanto, é preciso avançar no esforço de compreensão dessa nova, bem-vinda e paradoxal “lucidez de massas” que se tem visto nas ruas do país.

Laurindo Dias Minhoto

Professor do Departamento de Sociologia da USP.



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Assessor da Presidência: Rafael Lira
1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa
Suplente: Átila Pimenta Coelho Machado
2.ª Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
Suplente: Cecília de Souza Santos
1.ª Secretária: Heloisa Estellita
Suplente: Leopoldo Stefano G. L. Louveira
2.º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade
Suplente: Fernando da Nobrega Cunha
1.º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob
Suplente: Danyelle da Silva Galvão

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi
Suplente: Renato Stanzola Vieira
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif
Suplente: Matheus Silveira Pupo

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Rudge Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Marta Saad

OUIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

A criminalização de movimentos sociais na Revolta do Vinagre

Luciana Simas Chaves de Moraes

Nos últimos meses, vivenciamos um momento histórico ímpar de explosão de manifestações populares em inúmeros pontos do Brasil, com forte repercussão internacional. Esse movimento social, que alguns cientistas políticos cunharam de *Revolta do Vinagre*⁽¹⁾ – em referência à estratégia de defesa dos manifestantes diante da indiscriminada emissão de gás lacrimogêneo por parte das forças de repressão – traz à baila reflexões acerca do papel institucional dos instrumentos policiais e judiciais na conjuntura contemporânea.

Ao longo dos séculos, o Direito foi organizado e aplicado como um instrumento de controle social, no sentido de garantir a ordem e o Estado. Diante desse pressuposto, os estudos da criminologia crítica⁽²⁾ problematizam especificamente as funções desenvolvidas pelo sistema penal na conservação e reprodução da realidade social. Busca-se retirar o véu ideológico de uma suposta neutralidade tecnicista da retórica jurídica, invocando procedimentos metodológicos e interpretativos que levem em conta os embates referentes à luta de classes, que estão subjacentes no processo de criminalização.⁽³⁾

Dessa forma, podemos constatar o caráter político das representações jurídicas, em especial no campo criminal, a partir da definição das condutas consideradas criminosas, da quantificação de penas e da manutenção de um modelo prisional excludente.⁽⁴⁾ O poder de delimitar os comportamentos desejáveis e, conseqüentemente, repelir as ações “inadequadas” é embasado pelo uso da força – física e/ou ideológica (quer seja por meios de repressão policial, ou por controle de veículos de comunicação de massa, por exemplo). E, então, cabe-nos indagar: quem define o que é o Direito?⁽⁵⁾ Ou melhor, quem são aqueles que delimitam as regras a serem seguidas pelos demais?

Numa sociedade capitalista, desigual por essência, a produção e aplicação das normas vai refletir esta desigualdade estrutural. Por conseqüência, não nos é difícil perceber que serão combatidas as condutas desafiadoras dos interesses daqueles que dominem o sistema. Ou seja, se vivemos em um modelo que se mantém pela exploração de muitos para garantia de lucro e concentração de riquezas nas mãos de poucos, será considerado “criminoso”, dentre outros, aquele que atue contra a propriedade e as instituições de manutenção de poder. E um dos braços de atuação do sistema penal é a instituição policial.⁽⁶⁾

Portanto, quando nos deparamos com agentes públicos criminalizando a atuação de movimentos sociais e noticiários construindo no imaginário social, de forma pejorativa, a atuação de jovens como “vândalos”, badmeiros etc.,⁽⁷⁾ temos o dever de questionar: a favor de quais grupos são

estipulados os padrões de controle social? Quais são os reais interesses que vão influenciar na definição de uma conduta como crime? Quem estipula realmente a gravidade do delito? Assim, quem sabe, possamos entender de maneira crítica os valores questionados nas incontáveis manifestações sociais – atuais e em vários outros momentos da nossa história –, sem nos deixarmos cair no discurso midiático repressor e acusatório.

Para entendermos a dinâmica social que produziu a quebra dos vidros de bancos, de órgãos públicos ou de lojas de luxo, não se pode olvidar o assassinato de 13 pessoas no mesmo período após a invasão das forças policiais em uma favela carioca e o desaparecimento de um homem após ter sido detido para esclarecimentos. O efetivo exercício da democracia, do direito à livre manifestação e do direito de defesa pressupõem uma leitura ampla da realidade social na qual estão inseridas as normas jurídicas.

Notas:

- (1) Expressão adotada por: MORAES, W.S. *Seminário: trabalho, revolução e lutas populares na América Latina*. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, OTAL – Observatório do Trabalho na América Latina, 03.0./2013.
- (2) A respeito, ver BARATA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. ZAFFARONI, E. R. *A criminologia como instrumento de intervenção na realidade*. Rio Grande do Sul: PUC-RS, 1990.
- (3) Nesse sentido, NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000. (Coleção Pensamento Criminológico).
- (4) Ver Wacquant, L. *Punir os pobres: a nova geração da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003; BAUMAN, Z. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- (5) Convém referência à obra de: LYRA FILHO, R. *O que é o direito*. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- (6) A respeito do papel da polícia e mecanismos de controle social, ver FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 16. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001. Cap. IX – “Sobre a prisão”.
- (7) Tal como foram criados, em outras ocasiões históricas, os estereótipos de comunista, do traficante, do pivete etc. Neste aspecto, destaca-se BATISTA, V. M. S. W. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Da mesma autora, *Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Luciana Simas Chaves de Moraes
Mestre em Sociologia e Direito pelo PPGSD/UFF.
Advogada.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS: Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda

Regina Vilares, Fernando Gardinali, Flávia Guimaraes Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanziola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Carolina Ziccardi Teixeira de Carvalho, Antonio Carlos Bellini Júnior, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássio Reboças de Moraes, Cecília Tripodi, Daniel Del Cid, Fabiano Yuji Takayanagi, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Suguimori

Santos, Indaiá Lima Mota, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapur Drummond, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sámia Zattar e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

Impressão: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.

O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto. Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema *inquisitório x acusatório*

Aury Lopes Jr.

Historicamente os sistemas se distinguiam pela mera separação inicial das funções de acusar e julgar, sendo isso suficiente para o nível de evolução civilizatória atingida.⁽¹⁾

Posteriormente se desvelou a insuficiência de tal concepção, na medida em que o núcleo fundante do processo é a gestão da prova, tudo gira em torno da prova, enquanto instrumento de reconhecimento e captura psíquica do juiz. Superou-se a visão tradicional de que o sistema estava demarcado pela separação inicial das funções, repensando o próprio alcance do *ne procedat iudex ex officio*. Ademais, imprescindível afastar o juiz da iniciativa probatória em nome do contraditório e da necessária imparcialidade do julgador.

O problema é que estamos no século XXI e a complexidade das sociedades contemporâneas exige um constante ajuste e adaptação do Direito e do Processo. Esse é um dos maiores erros de algum setor da doutrina, que, arraigada em conceitos do século XVIII (e até antes...), não percebe a superação do discurso empregado.

Dessarte, pensamos que é o momento de passar para uma *terceira fase na concepção de sistemas processuais*. No primeiro momento, bastou a mera separação inicial das funções de acusar e julgar para dizer que o sistema era acusatório e, portanto, suficiente.

No segundo, compreendida a superação dessa visão, por ser reducionista e não dar conta do restante da fenomenologia processual, sustentou-se que o núcleo fundante era a gestão da prova: se nas mãos das partes, o processo era acusatório; se admitida a produção da prova de ofício, o processo seria marcadamente inquisitório.

Mas está na hora de partir para uma terceira fase, inclusive com o abandono dos termos “acusatório” e “inquisitório”, pois excessivamente “rotulados”, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis. Sem falar no eterno problema da “ambição de verdade” (Khaled)⁽²⁾ no processo, com a maquiagem conceitual que representou o giro da *verdade real* (absurda) para a *verdade formal* (ilusória). Considerando que ainda (sub)existem autores e atores judiciários que sustentam a mitológica “verdade real” para justificar suas práticas autoritárias, e muitos que acreditam “resolver o problema” partindo para a verdade processual/formal, é bastante complicado fazê-los compreender que o problema está na “verdade” e não no adjetivo que a ela se une (Carnelutti). O eterno debate entre “verdade possível x verdade inalcançável” arrasta-se sem solução e nenhum avanço relevante gera para o processo penal. É preciso pensar um processo liberto do peso da “verdade” (como explicaremos ao tratar da prova penal), em que a decisão penal é construída em contraditório, dentro das regras do jogo, demarcada pela prova lícitamente produzida. A “verdade” é contingencial e não fundante. Mas isso é outra grande revolução que se deve operar no senso comum teórico.

Por outro lado, chama a atenção o completo abandono dessa discussão (sistemas processuais) na doutrina estrangeira, pois superadas as premissas que a fundam. Atualmente, debruçam-se os autores noutra problemática: eficácia ou ineficácia do sistema de garantias da Constituição e também das convenções internacionais de direitos humanos.

Não se pode mais ficar debatendo de forma estéril (e às vezes histórica) conceitos e concepções do século XVIII, ou ainda mais remotos, deixando de lado as novas exigências sociais, processuais e, principalmente, democráticas e constitucionais.

É preciso, como explica **Cunha Martins**,⁽³⁾ *fazer um deslocamento prévio dos pressupostos da discussão*, sob pena de esbarrar no eterno re-dizer da centralidade e escassear as possibilidades de efetiva reconsideração do problema. A nova ordem democrática exige um rompimento, pois cria um verdadeiro obstáculo epistemológico. Daí o valor do *critério de democraticidade* de **Cunha Martins**,⁽⁴⁾ pois dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”.

O processo penal de inspiração democrática e constitucional tem apenas um princípio unificador: a *democraticidade*. Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional (como o são diversos dispositivos do CPP); tampouco pode ser misto, pois admitiríamos que ao menos metade dele é inconstitucional... Pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição. Mas o problema é: isso basta? E, novamente: o que se entende por acusatório? Por isso, mais do que acusatório, deve ser democrático, deve ser um *instrumento de garantia da democracia*.

Partindo da necessidade de termos um *processo penal democrático e constitucional*, precisamos observar se o sistema vigente tem *democraticidade*, se cria as condições necessárias para a efetivação das regras do jogo, especialmente do *contraditório* e, por conseguinte, da ampla defesa e imparcialidade do juiz. Mais do que isso, são garantias processuais umbilicalmente relacionadas, de modo que somente um sistema que assegure pleno contraditório permitirá a ampla defesa e ambos asseguram a imparcialidade do julgador.

O *sistema processual penal democrático* impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”. É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade. No modelo fundado na democraticidade, há um fortalecimento do “indivíduo”, um fortalecimento das partes processuais. A decisão, na linha de **Fazzalari**, é “construída em contraditório”, não sendo mais a jurisdição o centro da estrutura processual e tampouco o “poder” jurisdicional se legitima por si só. Recordemos que o conceito de democracia é multifacetário, mas sem dúvida tem como núcleo imantador o fortalecimento do indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado. Fortalecer o sujeito (de direitos) dentro e fora do processo é uma marca indelével do modelo democrático, que não pactua com a “coisificação” do ser. É verificar se o processo efetivamente serve de limite ao exercício de poder punitivo. É condicionar o exercício do poder de punir ao estrito respeito das regras do jogo.

Por fim, além da *oxigenação e filtragem constitucional*, é necessário problematizar acerca do *controle de convencionalidade das leis processuais penais*, ou seja, será que o CPP resiste a uma filtragem à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos?

Esses são os desafios do processo penal do século XXI.

Um sistema processual deve dar o máximo de respostas afirmativas à pergunta: o modelo é compatível com o cenário democrático-constitucional vigente? Esse é o ponto nevrálgico da virada paradigmática.

Noutra dimensão, o *sistema processual penal antidemocrático*

parte do “desamor ao contraditório”, estabelecendo os contornos de um processo que autoriza o ativismo judicial, com o juiz (ator) buscando a prova de ofício (art. 156), decretando prisões cautelares também de ofício (art. 311), condenando sem pedido (art. 385), rompendo a igualdade de tratamento e de oportunidades. Em decorrência, também fulmina a garantia da imparcialidade do juiz, pois é flagrante a contaminação. A legitimação da decisão se dá pelo fato de ser um ato de poder e não construída em contraditório (como no modelo anterior). As partes no processo não são os protagonistas, senão que o é o juiz, dono e senhor da “relação jurídica” (Bülow). Em última análise, o *desamor ao contraditório* determina a antidemocraticidade de um processo penal.

Nessa linha, o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório), pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório, dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos,

para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual penal democrático.

Notas:

- (1) Sobre o tema, consulte-se nossa obra *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105 ss.
- (2) Conforme Salah H. Khaled Jr. na obra *Ambição de verdade no processo penal*, publicada pela Editora JusPodivm, Salvador, 2009.
- (3) Conforme explica Rui Cunha Martins na obra *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*, p. 81 ss.
- (4) *Idem, ibidem*, p. 92.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual – Univ. Complutense de Madrid.
Professor Titular no Programa de Pós-Graduação
em Ciências Criminais da PUC-RS.
Advogado.

Busca e apreensão mediante uso de *malware*

Luiz Augusto Sartori de Castro

1. Introdução

Certa feita, durante um debate acadêmico, fui confrontado com a seguinte questão: poderia o Juiz decretar a busca e apreensão de documentos alocados em um dispositivo eletrônico, consignando que o seu cumprimento deva ocorrer por meio da utilização de um *malware*?

Na ocasião, ainda sem muito refletir sobre o tema, respondi negativamente, pois não se mostraria crível conferir legitimidade a uma ação – disseminação de *malware* com o fim de acessar dispositivo eletrônico – cuja prática não é recomendada pela Convenção de Budapeste (esta expressamente sugere que ela seja obstada), embora o Brasil não seja um de seus signatários.

À época não vigorava em nosso ordenamento jurídico a Lei 12.707/2012 (Lei Carolina Dieckmann), que, ao acrescentar ao Código Penal o art. 154-A, tentou criar – mesmo que pecando na técnica – um tipo penal que criminaliza o acesso a sistemas computacionais mediante violação indevida de mecanismo de segurança (tal como ao utilizar um *malware*), bem como a disseminação destes a qualquer título.

Passados alguns meses deste debate – donde restou prejudicado o aprofundamento do tema dado o contexto em que se inseria – e procedendo a uma análise mais acurada a este respeito, concluí que, de fato, a realização de uma busca e apreensão em um dispositivo eletrônico por meio da utilização de *malwares* seria absolutamente ilegal. Explico.

2. Malware. O que é isso?

De pronto e para que seja possível uma melhor compreensão do presente artigo, importa conceituar o termo *malware*, ainda desconhecido por muitos. Segundo o Centro de Estudos, Respostas e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil – Cert, os *malwares*, também denominados códigos maliciosos, “são programas especificamente desenvolvidos para executar ações danosas e atividades maliciosas em um computador. (...) Uma vez instalados, os códigos maliciosos passam a ter acesso aos dados armazenados no computador e podem executar ações em nome dos usuários, de acordo com as permissões de cada usuário (...)”.⁽¹⁾

O exemplo mais popular de *malware* é o chamado vírus, que infecta o dispositivo eletrônico e, o mais das vezes, corrompe os conteúdos

armazenados em sua memória. Outras espécies de *malwares*, menos conhecidas, são os *spywares*, os *trojans* (cavalo de Troia), os *worms*, o *botnet*, *backdoor* e *rootkit*.

No entanto, visando atender ao escopo pretendido com o presente artigo, a análise limitar-se-á apenas às espécies *spyware* e *trojan spy*, valendo registrar que este último possui diversas roupagens diferentes.

Pois bem. Recorrendo, novamente, às definições do Centro de Estudos, Respostas e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil – Cert, os *spywares* são programas que, uma vez executados em um dispositivo eletrônico (e.g. computador), visam monitorá-lo e⁽²⁾ “executar ações que podem comprometer a privacidade do usuário e a segurança do computador, como monitorar e capturar informações referentes à navegação do usuário ou inseridas em outros programas (por exemplo, conta de usuário e senha)”.

Já o *trojan* é “um programa que, além de executar as funções para as quais foi aparentemente projetado, também executa outras funções, normalmente maliciosas, e sem o conhecimento do usuário”, e, no caso do *trojan spy*, “instala programas ‘spyware’ e os utiliza para coletar informações sensíveis, como senhas e números de cartão de crédito, e enviá-las ao atacante”.⁽³⁾

Dito de um modo mais simplista, os *malwares* nada mais são do que programas “espiões” que permitem a um usuário externo e estranho aos padrões de usuários do dispositivo eletrônico acessar todo o conteúdo armazenado neste, notadamente sem que o usuário legítimo tenha conhecimento.

Note-se, porém, que nada obstante o contexto em que se inserem os códigos maliciosos, bem como os mitos que se formularam ao seu redor, a instalação dos *malwares* depende, sempre, de uma ação do legítimo usuário do dispositivo eletrônico.

Significa dizer, por conseguinte, que não é possível a infestação de um dispositivo eletrônico apenas por ação do agente externo (ataque), restando o acesso ou controle remoto prejudicado quando não há participação do usuário alvo do *malware*.

E eis justamente o motivo pelo qual entendo que a busca e apreensão valendo-se deste meio é absolutamente ilegal, ferindo de morte as mais comezinhas garantias constitucionais, como, por exemplo, o da não autoincriminação.

3. Da ilegalidade da busca e apreensão por meio de *malware*

Conforme cediço, a busca e a apreensão, embora possuam natureza jurídica diferente, em suma, são “em nosso direito processual penal, meio de obtenção de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios”.⁽⁴⁾

Com efeito, segundo dispõe o art. 240 do CPP, existem duas modalidades de busca e, conseqüentemente, de meios para se apreender a prova desejada, quais sejam, a domiciliar e a pessoal.

Ambas as modalidades, não se nega, impõem a expedição de mandado judicial para viabilizar o seu cumprimento, posto ser inegável que estas, levadas a efeito, restringem garantias fundamentais, a saber, aquelas previstas no art. 5.º, III, X e XII, da CF.

É bem verdade que o próprio Código aceita a possibilidade de se proceder à busca e apreensão sem a expedição do competente mandado judicial, *ex vi* os arts. 244 e 245 do CPP.

Contudo, como se viu, trata-se de verdadeira exceção, somente aceita em casos específicos e, ainda assim, mediante obediência a certas condições, sob pena de se macular a busca e, conseqüentemente, a apreensão com a pecha da nulidade.

Cite-se, a esse respeito, a possibilidade de se proceder à busca e apreensão domiciliar sem o mandado judicial, notadamente quando o seu morador permite a entrada do executor da medida no local para a realização desta.

Nestes casos, contudo, como bem adverte **Cleunice Bastos Pitombo**, a anuência “há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresso. Inadmissível a simples autorização tácita, a menos que de modo muito inequívoco se possa constatá-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração; ou de ostensiva não oposição à entrada. Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume”.⁽⁵⁾

No mesmo sentido é a exigência do próprio Código de Processo Penal para o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em especial os parágrafos de seu art. 245.

A este respeito, impende, novamente, citar a lição de **Cleunice Bastos Pitombo** ao advertir que “o executor da busca (autoridade judiciária, policial ou seus agentes), antes de iniciá-la, deve: (1) declarar a sua qualidade e objetivo da diligência (art. 245, § 1.º, do CPP); (2) exibir e ler o mandado de busca, tirante a autoridade judiciária; (3) intimar o morador: (a) abrir a porta (art. 245, caput) e (b) mostrar o que se procura (§ 5.º). Tal forma de proceder é de extrema relevância para validade do ato procedimental. O cuidado importa, também, a polícia, à polícia judiciária”.

Dessa forma, como conclui a citada autora em sua primorosa obra sobre o tema, “o morador deve, previamente, saber quem pretende entrar-lhe na casa e qual o objeto do varejamento”, não podendo “a autoridade ou agente entrar em casa alheia e iniciar a procura sem oferecer a oportunidade ao morador de exibir e entregar ou apresentar a coisa procurada”, sob pena de invalidar a busca.

Como se vê, assim, para que uma busca e apreensão seja considerada válida, mister se atentar para diversos requisitos, não apenas relacionados à fundamentação da decisão judicial que expede o mandado como também àqueles de ordem prática, que dizem respeito ao seu cumprimento.

E daí o porquê de assentar pela ilegalidade da realização de busca e apreensão tendo como meio a utilização de um *malware*.

Registre-se que, como já aqui exposto, nestes casos, diversamente do quanto ocorre nas tradicionais buscas e apreensões, dar-se-ia azo à possibilidade – para não dizer regra – de se executar a medida de maneira velada, sem a ciência do acusado.

Ter-se-ia, em referida hipótese, a insólita situação de o acusado sofrer uma busca e apreensão em seus dispositivos eletrônicos sem nunca ter ciência de sua ocorrência ou, ainda e, mais grave, não ter ciência do

conteúdo analisado pelos agentes executores, que por certo somente consignariam em auto próprio aquilo que eventualmente viesse a ser apreendido/copiado.

Em conseqüência, teria o acusado e seu defensor que conviver com a dúvida acerca do quanto de informação de seu dispositivo eletrônico tornou-se de conhecimento das autoridades.

Sim, porque a depender do grau de sofisticação do código malicioso, a sua detecção torna-se quase impossível aos antivírus e demais programas dedicados a combater a ação desses programas.

Ora, trata-se, sem titubear, de rematado absurdo.

Admitir que assim se proceda configura violenta infração a direitos fundamentais, na medida em que estar-se-ia negando a garantia da ampla defesa e do contraditório.

Seria o mesmo que retroagir aos regimes ditatoriais, em que os algozes dos acusados escondiam provas sorrateiramente, justamente para neutralizar suas defesas. Hoje, porém, o Pretório Excelso⁽⁶⁾ já sedimentou que *quod non est in actis, non est in mundo*. Como orienta a melhor doutrina, “as garantias do ‘devido processo legal’ não admitem prova secreta, sendo aberrantes e inconstitucionais disposições que assim determinarem”.⁽⁷⁾

Isto para não dizer que, ao se conceber que uma busca e apreensão seja realizada sem o conhecimento do acusado, abre-se margem para que provas sejam coletadas, sem que sejam consignadas em termo próprio, ficando a sua utilização a cargo do acusador, ferindo de morte o princípio da paridade de armas.

Some-se a tudo isso, outrossim, que o eventual aceite desse meio de busca e apreensão, sem qualquer dúvida, mitigaria do princípio da não autoincriminação, cuja origem, como cediço, remonta à Quinta Emenda que compõe o Bill of Rights norte-americano, de 1791, baseando-se no fato de que ninguém será constrangido a confessar a prática de crime ou produzir prova contra si próprio.

Vale salientar que atualmente a garantia contra a autoincriminação já está consagrada como elemento do devido processo legal (Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Miranda vs. Arizona*, 1966).

Aliás, o conteúdo em comentário é texto literal do art. 8, 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, e, sendo assim, equivale, nos termos do art. 5.º, parágrafos 2 e 3, da Carta Magna, a emendas constitucionais, sobrepondo a qualquer interesse processual secundário entabulado no Diploma Penal Adjetivo.

Diga-se isso pois, como explicitado no “item 2” do presente, em razão de inexistir meio de um *malware* infectar um sistema eletrônico sem que o seu legítimo usuário, de algum modo, ainda que inconsciente, permita, resta mais do que evidente que permitir a busca e apreensão por meio de código malicioso faz letra morta o princípio da não autoincriminação.

Isso mesmo, pois como bem pondera **João Cláudio Couceiro**, “o direito ao silêncio integra um direito maior de todo homem a não colaborar na produção de qualquer prova que procure prejudicá-lo. (...) e não tem o juiz o poder de determinar a realização do ato contra a vontade do acusado”.⁽⁸⁾

E nem poderia ser diferente, já que, como advertido por **Cleunice Bastos Pitombo**, a colheita da prova na busca e apreensão, embora prescindida da presença do acusado, caso seja necessária a sua ação (anuência), não pode ser obtida senão de modo voluntário e consciente deste.

Veda-se, por conseguinte, o uso de meio fraudulento ou artificioso visando reduzir a percepção do acusado quanto à efetiva realidade dos fatos, justamente o que ocorre quando se usa um *malware* para propiciar a realização de uma busca e apreensão.

É que os códigos maliciosos são sempre escamoteados, *e.g.* em *e-mails*, *links* etc., sem alardear a sua existência, até porque, do contrário, infere-se que, se o acusado conseguisse ter a certeza de que o acesso ao *e-mail* ou *link* fosse propiciar o meio para que se procedesse uma busca e apreensão em seu dispositivo móvel, este possivelmente agiria de modo diverso.

4. Conclusão

Como se vê, resta patenteado que inexistente espaço em nosso ordenamento jurídico para sequer cogitar a realização de uma busca e apreensão em dispositivos eletrônicos por meio de *malwares*, na exata medida em que aceitar o contrário coloca em xeque toda a lógica constitucional das garantias do acusado no processo penal, resumindo-as a letra morta, algo inconcebível em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, que inclusive as eleva a cláusulas pétreas.

Notas:

- (1) <<http://cartilha.cert.br/malware>>.
- (2) *Idem*.
- (3) *Idem*.

- (4) TUCCI, Rogério Lauria. *Elementos de direito processual penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 2, p. 312-7.
- (5) PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 133-134.
- (6) STF, 2.^a T., HC 735645-7, rel. Min. Maurício Correa, DJ 20.09.96.
- (7) GRINOVER, Ada Pellegrini. *RBCCrim*, n. 17, p. 122.
- (8) COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional ao direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004. p. 152-155.

Luiz Augusto Sartori de Castro

Pós-graduando em Direito Eletrônico na
Escola Paulista de Direito – EPD.

Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela
Universidade de Coimbra, Portugal (IBCCRIM).
Professor Assistente de Direito Penal na PUC-SP.

Direito Penal Econômico: sobre a vítima e a reparação do dano

Daniel Laufer

A vitimologia, conhecida como o âmbito de estudos relacionados à interação delinquente-vítima bem como o conjunto de atitudes e reações determinantes da vítima (vulnerabilidade, seleção, implemento de riscos), incluindo-se aqui a vitimização difusa e o relacionamento desta com a prevenção de formas de vitimização e reparação de danos (CÂMARA, 2008: 75), e a vitimodogmática – aportes dogmáticos aduzidos a partir da intervenção do sujeito lesionado na criação do risco (CANCIO MELIÁ, 2010: 393) – ocupam lugar de destaque no cenário jurídico-penal atual. Independentemente das discussões acerca de eventual autonomia da vitimologia diante da criminologia⁽¹⁾ ou ainda sobre as implicações da vitimodogmática (em especial a autocolocação da vítima em situação de risco) para a teoria da imputação,⁽²⁾ fato é que a vítima recobrou sua importância há muito relegada ao aspecto de mera espectadora dos processos judiciais e seus deslindes.

Ora, é notório que as vítimas/ofendidos não faziam parte das discussões de Direito Penal material (pense-se, por exemplo, nos sistemas de delito que precederam o funcionalismo), de Direito Penal adjetivo (medidas reparadoras à vítima ou ainda de representação processual – valendo aqui a menção às dificuldades práticas ainda atuais de processamento de uma queixa crime) e de criminologia (destinada a ter como objeto de estudo o arguido e não a vítima). Se assim foi, deixou de ser depois da Segunda Guerra Mundial e das perspectivas *ex post* sobre o Holocausto, a crescente criminalidade urbana (CÂMARA, 2008: 65-66) e, basicamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem pela ONU em 1948 (OLIVEIRA, 1999: 64), e em lugar do dualismo (crime-delinquente) hoje tem assento a tríade (crime-delinquente-vítima) (GRECO, 2004: 48).

Das inserções e estudos vitimológicos atuais podem ser depreendidas as seguintes contribuições (OLIVEIRA, 1999: 96) como a compreensão mais ampla do sistema criminal, uma melhor e mais real análise das taxas de criminalidade e da eficácia das instâncias formais de controle e o estudo dos processos de vitimização e suas consequências de modo a propiciar o reconhecimento dos direitos das vítimas.

Tal tendência fez eco na alteração do Código de Processo Penal no ano de 2008, mais precisamente ao ser alterada a redação do art. 387 para constar atualmente que o juiz, ao proferir sentença condenatória, “IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Assim, a realidade normativa atual evidencia a preocupação do legislador em

estabelecer a importância do diálogo com a vítima, neste particular mais empírico do que dogmático, muito embora os reflexos se deem em ambos os campos de conhecimento, inclusive com implicações processuais mais diretas a partir da possibilidade de implementação de medidas assecuratórias de caráter real.⁽³⁾ Deixando de lado a precariedade da norma, a qual disse muito menos do que deveria dizer,⁽⁴⁾ conclui-se que ao menos neste ponto realçou-se a necessidade de reparar o ofendido diante dos prejuízos sofridos.

Esta e outras imposições normativas trazem implicações práticas para todas as espécies de delitos, convencionais ou não, econômicos ou não, graves ou não. Procuremos demonstrar, contudo, algumas especificidades inerentes aos delitos econômicos, aqui conceituados os tipos penais destinados a tutelar a ordem econômica considerada como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços (eis aqui o *sentido amplo* de delito econômico preconizado por Martínez-Buján Pérez [1998: 35]), para o fim de demonstrar que o precitado *redescobrimto da vítima* (CANCIO MELIÁ, 2010: 391) trouxe – ao menos na experiência legislativa e jurisprudencial – não apenas avanços como também retrocessos ao sistema penal esperado por todos, isto é, justo, proporcional e exercido com respeito aos princípios constitucionais da legalidade, proibição ao confisco, contraditório e ampla defesa.

O primeiro aspecto a ser destacado é a interpretação judicial atinente ao alcance do art. 387, IV, do CPP, mais especificamente no tocante à (im) possibilidade de que a fixação do valor mínimo para a reparação dos danos sofridos pelo ofendido seja fixada de ofício pelo Poder Judiciário. Ora, o espaço judicial para que se torne minimamente justo há de respeitar princípios e garantias constitucionais facilmente depreendidos, de tal modo que a atitude do magistrado em estipular valor reparatório sem que tenha ocorrido pedido expresso do Ministério Público, de seu assistente ou ainda do querelante ofende, incontestavelmente, as regras de um processo judicial equânime quanto aos instrumentos jurídicos de cada uma das partes e acusatório quanto ao princípio reitor do processo. A quebra da imparcialidade do juiz e a impossibilidade de a defesa discutir a pretensa reparação durante o *iter* processual falam por si (NUCCI, 2009: 701; LOPES JR., 2013: 1094). Aqui, portanto, a primeira constatação: a busca pela reparação mínima da vítima sem o respeito a princípios constitucionais, a indesejável maior identificação com a vítima, tal como preconizada por Garapon (1996: 102), mas com o alto custo de se menosprezar garantias individuais.

Ao contrário do que se possa pensar, a participação da vítima (e quando não dela, ao menos de seu maior representante penal, isto é, o Ministério Público) na discussão efetiva desta fixação de reparações mínimas atribui legitimidade à decisão judicial e não uma debilitação da posição do acusado. Ocorrendo o contrário, a imposição de uma reparação, em regra monetária, sem que as partes processuais tenham exposto seus argumentos e razões para uma segura decisão judicial, dá lugar à debilitação processual do arguido.⁽⁵⁾

A jurisprudência, todavia, não é unânime na interpretação do art. 387, IV, do CPP. Recentemente tem-se o entendimento louvável do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região⁽⁶⁾ em julgamento de delito contra a ordem tributária ao evidenciar que “*não obstante a aplicabilidade imediata do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, as consequências na esfera patrimonial do réu pressupõem a observância do princípio do devido processo legal, possibilitando à defesa, ante o conteúdo do pedido formal de indenização formulado pela vítima ou Ministério Público, a chance de debater os critérios a serem empregados pelo juízo na fixação do valor mínimo a ser pago*”.⁽⁷⁾ Já a mesma Corte Regional de Justiça, ao decidir apelação na qual a imputação versava sobre crimes financeiros (gestão fraudulenta e apropriação de valores de instituição financeira), aludiu a que “*a Quarta Seção deste Regional, em 16.02.2012, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0007157-37.2008.404.7100, por maioria, entendeu que tal reparação ressaí como efeito automático da condenação e independe de qualquer pedido para fins de contraditório*”.⁽⁸⁾

Mas não é só. A atenção para a reparação do dano sofrido pelo ofendido, ao menos na quadra do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, é singular. Vejamos. A orientação do TRF4 em crimes de evasão de divisas (art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei 7.492/1986) é de fixar – mesmo sem pedido ministerial – o percentual de 5% sobre o valor evadido (ou mantido no exterior) sob o auspício de, repita-se, reparar danos causados, tendo como base os *prejuízos* sofridos pelo ofendido. É justamente aí que reside o problema: tal norma processual – evidente o intento de tutelar interesses da vítima – exige análise circunstancial, sob o crivo do contraditório, para se identificar a existência de *danos, prejuízos e ofendido(s)*.

Partindo deste último conceito, tem-se que a configuração de quem é (são) o(s) ofendido(s) na ocorrência de delitos econômicos, *in casu* de evasão de divisas, é tarefa complexa e ímbar. No mesmo sentido, estabelecer a distinção entre os termos vítima, ofendido, sujeito passivo e lesado demandaria inúmeras linhas. Tomemos, então, sem que isso demonstre concordância, o termo *ofendido* como aquele percebido pelo Tribunal em questão, qual seja, o Banco Central do Brasil, instituição responsável pela política macroeconômica do Estado. Assim é, porquanto no *leading case* (Embargos Infringentes 2006.70.00.016298-3, rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, DE 07.06.2010) são mencionadas a Lei 4.131/1962 e as Resoluções 2.911/2001 e 3.181/2003, as quais regulam a imposição de sanções administrativas pelo Bacen ante o descumprimento de deveres cambiais pelos particulares. Todavia, independentemente da concordância ou não em se tomar o Banco Central como o ofendido em delitos de natureza cambial, não se vê o necessário diálogo com aquele órgão, justamente para que este se manifeste a respeito. Não se alegue a impossibilidade de tal procedimento, uma vez que o titular da ação penal pode muito bem, durante a instrução processual, por meio de ofícios e arrolamento de testemunhas, empreender medidas suficientes a esclarecer eventuais *danos e prejuízos* sofridos pelo sistema financeiro nacional.

Exsurtem, a partir desse proceder, alguns questionamentos lógicos. Da inércia quanto à coleta de dados do ofendido/vítima obtém-se uma decisão insegura no plano jurídico, pois não se sabe se o valor reparatório está aquém ou além do esperado. Os mais legalistas podem até afirmar que a norma processual do art. 387, IV, do CPP fala apenas em valor mínimo, o que não infirma a crítica aqui colocada: ao se distanciar a vítima do processo penal (eis que diálogo não há) olvidam-se os avanços legítimos da vitimologia já descritos anteriormente. De maneira mais direta: a mera retórica de tutela dos interesses da

vítima não traz efeitos positivos se distanciada da realidade dos fatos e, ao mesmo tempo, pode enveredar para uma sanção mais gravosa ao acusado sem fundamento para tanto.

E mais. A fixação de 5% sobre o valor evadido a título de reparação dos danos e prejuízos padece, com o devido respeito, justamente da confirmação empírica acerca desses *danos* e desses *prejuízos*, pois o bem jurídico tutelado é a regular execução da política cambial do Estado (SCHMIDT; FELDENS, 2006: 174 e 178). Fica, então, a dúvida: como quantificar o *dano* e o *prejuízo* – com o mínimo de certeza para atingir a reparação da vítima e também a vedação de punição sem parâmetro – ocorridos nos delitos de evasão de divisas e/ou manutenção de depósitos no exterior sem a comunicação ao Banco Central do Brasil em tempo oportuno? Ao contrário do proposto pelo E. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, não parece ser a melhor saída se valer de alíquotas de multas a serem pagas por ocasião do cometimento do paralelo ilícito administrativo, até porque a função das multas administrativas não é a de reparar o dano, mas sim de impor uma sanção. Aplicando-se a alíquota reparatória se continuará a reprimir e prevenir o fato, mister já desenvolvido pelas penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa (em sentido penal estrito).

Como se não bastasse, “... *sublinhe-se que, no delito de evasão de divisas, ao contrário do que ocorreria com crime fiscal, nem o valor remetido ao exterior, nem parte dele, é devido à União ou a ela pertence, de algum modo – é, sim, propriedade do particular (no caso, tratando-se de bem fungível, do seu portador). A União não é credora ou ‘co-proprietária’ do valor remetido para o exterior – é, sim, na qualidade de gestora do sistema monetário (art. 21, da Constituição Federal), ‘agente de fiscalização’, por assim dizer, do ato da remessa*”.⁽⁹⁾

Por derradeiro cumpre frisar mais uma singularidade da vítima nos delitos econômicos. Se a vítima representa o primeiro agente a reagir contra a delinquência (CÂMARA, 2008: 98), fazendo concretamente a função de selecionadora daqueles que serão levados às instâncias formais de controle (Polícia e Poder Judiciário) (CÂMARA, 2008: 87), isso explica o aumento da repressão dos delitos fiscais e financeiros, pois não há como negar o aparelhamento técnico e financeiro das instituições, em especial o COAF, o BACEN e a Receita Federal do Brasil. Mas, de outro lado, para que a repressão seja condizente com critérios de justiça, cumprindo o processo penal sua finalidade de condenar o culpado, proteger o inocente, assegurar que as formas procedimentais estejam distantes da arbitrariedade e que a decisão jurídica seja segura e estável (ROXIN, 2000: 4), a inter-relação efetiva com a vítima tende a ser um caminho defensável e adequado.

Notas:

- (1) Neste sentido vide CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima do crime*. São Paulo: RT/Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. p. 70; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- (2) Nesse sentido vide GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004; CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la teoría del delito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Coord.). *Direito penal*. São Paulo: RT, 2010. v. 2; TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La víctima en el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- (3) A respeito, vide em especial o texto de LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- (4) É com clareza que expõe AURY Lopes Jr. sobre os requisitos fundamentais para a fixação da reparação de danos, dentre eles a existência de pedido expresso na inicial acusatória, a necessidade de tal pedido ser submetido ao contraditório e à possibilidade de tal norma atingir fatos posteriores à sua edição. Considerando que tais pontos não foram trazidos de maneira expressa – muito embora seja a interpretação plausível –, disse a norma menos do que deveria, abrindo indevido espaço ao arbítrio. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1094.
- (5) Sobre a participação da vítima no processo penal e a refutação do argumento de que isso contrariaria diretamente interesses do acusado vide CANCIO MELIÁ. Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la teoría del delito cit., p. 395-397.
- (6) Fica aqui o registro de que a análise das decisões do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região tem um motivo: trata-se de Tribunal de vanguarda

no trato de questões criminais, nomeadamente em temas de direito penal tributário, financeiro e ambiental.

- (7) Ap. Crim. 0029466-86.2007.404.7100/RS, rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wovk Penteado, DE 22.03.2013. No mesmo julgado é feita menção à decisão do STJ de idêntico sentido: REsp 1236070/RS, 5.^a T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 11.05.2012.
- (8) Ap. Crim. 0006201-55.2007.404.7100/RS, rel. Juíza Fed. Convocada Salise Monteiro Sanhotene, DE 12.03.2013.
- (9) Trecho do voto dissidente proferido pela Juíza Fed. Cláudia Cristina Cristofani nos autos de Ap. Crim. 2006.70.00.016298-3/PR, o qual deu azo à interposição dos embargos infringentes mencionados neste texto.

Referências bibliográficas

- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima do crime*. São Paulo - Coimbra: RT - Ed. Coimbra, 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la teoría del delito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Coord.). *Direito penal*. São Paulo: RT, 2010. v. 2.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*. Justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004.

- LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2009.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela financeira nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La víctima en el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

Daniel Laufer

Doutorando em Direito Penal pela PUC-SP.

Professor de Direito Penal na PUC-PR.

Advogado.

Notas à teoria do domínio do fato

Eduardo Viana

I

A teoria do domínio do fato ganhou destaque nacional quando do julgamento da Ação Penal 470. Algumas referências feitas durante as longas sessões, contudo, não correspondiam à teorização do domínio do fato, circunstância, inclusive, que proporcionou manifestação pública de **Claus Roxin**, principal representante da teoria.

Com a publicação do acórdão, nada mais salutar que enunciar as linhas gerais do domínio do fato para que o leitor tenha o cabedal mínimo de informações necessárias para formar juízo crítico acerca das referências feitas pela Corte Suprema à mencionada teoria.

II

Antes de falar sobre os elementos que integram a teoria do domínio do fato,⁽¹⁾ impende uma primeira aproximação. Vamos pôr as coisas em seus devidos lugares: a teoria do domínio do fato não objetiva resolver um problema processual penal. Sua função precípua é estabelecer os limites e, por isso mesmo, distinguir a autoria da mera participação. Então, de sua aplicação, só será possível mudar o critério de imputação do crime: o agente que, à luz das teorias tradicionais, responderia como partícipe, poderá, sob o prisma do domínio do fato, ser considerado autor.

O caldo cultural que favorece o florescimento da teoria é a realidade que emerge das desastrosas práticas criminosas do nacional socialismo. E, neste ponto, o filme “O Leitor”, de Stephen Daldry, é significativo. O tema que tangencia a película é o julgamento dos supostos executores de uma chacina de mulheres judias, incineradas dentro de uma capela, durante o conturbado período da Segunda Grande Guerra. Indagados, pois, sobre os assassinatos em comento, todos os executores falaram que agiram sob o domínio e ordem de uma terceira agente, a qual, no filme, era a protagonista.

A questão que, aqui, sobreleva: os executores e mandantes, naquele momento histórico, foram reconhecidos como meros partícipes; tornara-se, pois, mais que urgente modelar uma nova teoria a giz da autoria da mera participação.

III

Ao contrário do que se tem afirmado no Brasil, o domínio do fato não é teoria de um único autor, tampouco uniforme. Com efeito, existem diversos representantes e distintas formas de compreensão

dos seus elementos. Assim, por exemplo, há domínio do fato em **Welzel, Maurach, Gössel e Roxin**.

Permito-me, aqui, um pequeno parêntese para melhor compreender as observações do item II.

O percurso histórico para distinguir autoria da participação é visivelmente acidentado e, sem dúvida, constitui um dos pontos em franco desenvolvimento dentro da teoria do delito.

Como ponto de arranque, deve-se compreender a autoria como pedra fundamental a partir da qual se ergue todo o edifício teórico do concurso de agentes. O problema situa-se em determinar quem é autor e quem é partícipe na hipótese de realização típica conjunta.

Deixando de lado posturas *negacionistas*, e apesar de incorrer em simplificação, é possível considerar dois grupos de teorias diferenciadoras: subjetivas (a) e objetivas (b).

(a) Para os adeptos do subjetivismo, que **Schünemann** chama de *monstros dogmáticos*, o zoneamento entre o autor e partícipe é dado pelo ânimo com que cada um intervenha no fato. Autor é quem atue com ânimo de autor (*animus auctoris*), com interesse pessoal na causação do resultado; partícipe é quem tenha atuado, apenas, com ânimo participativo (*animus socii*), apenas intervém no fato do outro.

Tal concepção provocou reação dos juristas por prender-se a uma fórmula que proporcionava soluções dogmaticamente inaceitáveis. Foi o que ocorreu, entre outros, com o caso da *banheira*: mãe de filho concebido fora do matrimônio pediu à irmã para matar a criança. Esta, com suas próprias mãos e sem ajuda de ninguém, afogou a criança em uma banheira. Por apenas intervir no caso da outra, a executora foi considerada mera partícipe.

Essa delegação ao subjetivo pode proporcionar soluções esdrúxulas. Recorrendo ao exemplo de **Gössel**, na hipótese de um homicídio a pedido da vítima, o autor seria a própria vítima e partícipe quem lhe retirou a vida. Daí por que tal teoria não merece acolhida.

(b) No tronco das teorias objetivas vou me limitar à *objetiva-formal*, ainda preponderante aqui no Brasil. Com denominação dada por **Birkmeyer**, considera a disposição interna do autor irrelevante. Autor será aquele que realiza pessoalmente a ação descrita no núcleo do tipo.

As críticas dirigidas a essa teoria são muitas, especialmente nos casos de *autoria mediata*, afinal, nesses casos, o autor não realiza de própria

mão o tipo penal, senão vale-se de um terceiro para executá-lo: B envia seu filho C à casa da sogra, D, para entregar-lhe bombons envenenados. A autoria de B não é explicada.

Apar das objeções, a teoria objetiva-formal respeita incondicionalmente o princípio da legalidade, servindo como ponto de partida e limite obrigatório de toda a elaboração dogmática do conceito de autoria.⁽²⁾

IV

No *mos welzianus* encontramos a primeira ideia de domínio do fato, especialmente em escrito publicado em 1939.

Se a ação humana final, que é essência do finalismo, está estruturada no aspecto cognitivo e na sua exteriorização, parece claro que o domínio do processo causal do crime conduz à produção de um resultado que só pode estar na cabeça do autor!

Welzel defende que o autor final é o senhor de sua decisão e da sua realização e, com isso, senhor sobre o fato, sobre a finalidade. Segundo sua concepção, a característica geral de autor é: *o domínio final do fato. Dono do fato é quem leva adiante, com finalidade consciente, sua decisão de vontade.*⁽³⁾ Os partícipes têm domínio sobre sua participação, mas não sobre o fato em si.

Em **Welzel** a teoria tem limitado alcance, afinal ele não aceitava que o *homem de trás* pudesse chegar à categoria de autor. Com efeito, afirmava que *“quem determina a um autor um fato, não é, senão, indutor”*.⁽⁴⁾ Eis, aqui, como veremos, uma visível cisão com o pensamento roxiniano.

Roxin desenvolve a teoria do domínio do fato desde seu escrito de habilitação.⁽⁵⁾ E aqui, já de saída, é preciso esclarecer que o domínio do fato não pretende ser uma teoria geral, aplicável para toda e qualquer espécie de crime. Assim, por exemplo, ela é inaplicável à categoria dos crimes culposos, e por quê? Porque, nesses casos, o agente não deseja o resultado, logo, não posso dominar aquilo que não quero; também é inaplicável aos crimes especiais próprios, a exemplo do peculato, pois não basta, aqui, o domínio do fato, é preciso uma qualidade especial do sujeito ativo.⁽⁶⁾

Essas precisões nos conduzem à conclusão do domínio do fato como “conceito” aberto, por detrás dos refinamentos necessários em cada uma das diversas formas de autoria. Não é um “conceito” fixo, tampouco indeterminado.⁽⁷⁾ Não é, pois, uma *varinha de condão*, mas conceito que se ajusta, em regra, aos crimes comissivos dolosos.

O domínio do fato, em **Roxin**, parte da clássica afirmação de que *autor é a figura central do processo de atuação*. Didaticamente, poderíamos classificá-lo em dois grandes blocos: 1) o domínio *stricto sensu* e 2) o domínio *lato sensu*.

Na primeira hipótese, situam-se os delitos em que há: *a.* autoria direta: com as próprias mãos; *b.* autoria mediata: quando há o domínio da vontade (erro/coação); *c.* autoria mediata com base nos aparatos organizados de poder.

O domínio do fato, *lato sensu*, é aquele aplicável às hipóteses de coautoria; **Roxin** chama de *domínio funcional do fato*. Neste grupo, há uma divisão de tarefas em que todos são igualmente indispensáveis ao êxito do empreendimento criminoso.

No tocante à participação, não seria equivocado apontar para a residualidade no conceito, ou seja, partícipe será aquele que dá uma contribuição jurídico-penalmente relevante ao fato, mas não o suficiente para atrair para si o *domínio do fato*.

Concentremo-nos, então, no *domínio da organização como forma de autoria mediata*, pois é neste ponto que se entrecruza a Ação Penal n. 470.

V

O domínio da vontade, em virtude dos aparatos organizados de poder, foi estruturado, pela primeira vez, no ano de 1963, devido ao processo movido na justiça de Israel contra Eichmann, que, durante a Segunda Guerra Mundial, era o responsável pelo transporte dos judeus aos campos de concentração. A tese central é que, em uma organização delitativa, o *homem de trás* pode ser responsabilizado como autor mediato, ainda que os executores sejam penalmente responsáveis.⁽⁸⁾

Desde então, a doutrina tem se tornado dominante, sendo formalmente admitida pelo Tribunal alemão em 1994, no caso dos soldados do muro. Por ordenar que os soldados do muro de Berlim atirassem, para matar, em quem tentasse ultrapassá-lo, os membros do Conselho de Segurança do governo da Alemanha Oriental foram condenados como autores mediatos, os soldados por autores diretos de homicídio doloso. Portanto, duas autorias concomitantes.

Alguns afirmam que, na hipótese de executores penalmente responsáveis, há de se reconhecer a coautoria;⁽⁹⁾ outros, contudo, apontam para a simples indução.⁽¹⁰⁾

Ambas as propostas de resistência assentam-se, essencialmente, no argumento de que não pode haver autoria mediata se há, na ponta da lança, um *“autor-executor”* penalmente responsável. Esta dupla atribuição de autoria resultaria na sentença *autor atrás de autor*, o que é irrazoável.⁽¹¹⁾

Roxin contra-argumenta: (a) a tese da coautoria deve ser refutada, porque faltaria a execução conjunta do fato; (b) a indução não merece acolhida porque o peso das contribuições sobre um fato, no marco dos aparatos organizados de poder, se dá em relação inversa à tradicional categoria da indução, ou seja, em uma organização delitativa, o homem de trás – que seria mero indutor – tem poder determinante de decisão sobre o “se” e o “como” do fato, ao passo que o executor é meramente um *burocrata*.

A par dessa resistência, se se aceita o domínio da organização, como espécie de autoria mediata, é preciso recorrer às condições sob as quais será possível identificá-la.

O primeiro requisito é o *poder de mando* (1). Assim formulado, só é autor mediato aquele que, dentro de uma organização, tem autoridade para dar ordens (ainda que existam distintos níveis de hierarquia). Dessa forma, domina o fato, por exemplo, o comandante do campo de concentração; assim, os soldados só podem ser castigados a título de partícipes. Portanto, tecnicamente, não basta ser mandante para ter o domínio do fato, é preciso que o indivíduo tenha o poder de mando.

O segundo requisito – que, talvez, tenha sido o que mais sofreu variações desde sua formulação inicial em 1963 – é que o aparato de poder esteja desvinculado (à margem) do ordenamento jurídico (2). Refere-se **Roxin** a uma *desvinculação com o direito, no marco de uma valoração atualizada dos tipos penais praticados por meio do aparato de poder*.⁽¹²⁾

E é justamente essa desvinculação estrita e funcionalizada em benefício do *homem de trás* que, em grande parte, saca a capacidade da teoria para explicar a delinquência econômica.⁽¹³⁾ Daí por que **Roxin** enuncia a tese em discussão, como marco teórico-explicativo da autoria delitativa mediata, dentro de uma criminalidade do Estado e de organizações terroristas.

Finalmente, o terceiro requisito, o mais importante, que é uma derivação necessária dos dois primeiros, é a *fungibilidade* (substitutividade) do executor *mediato* (3). Segundo tese de **Roxin**, a fungibilidade reside, precisamente, no fato de que muitos executores potenciais estão disponíveis ao aparato organizado de poder. Na grande maioria das vezes, inclusive, o executor, embora não possa ser desconectado da ação de execução, não é mais que um *anônimo*, uma engrenagem “dispensável”. E, neste ponto, cabe um parêntese contra-argumentativo.

Como, no plano dos fatos, é plausível a tese de que ninguém domina completamente a realização do fato delituoso, a fungibilidade do executor abre um especial flanco para críticas. Vou sintetizar em uma hipótese aventada por **Herzberg**: no caso dos atiradores do muro, *não seria possível que o soldado da frenteira, motivado pelo sentimento de solidariedade e objetivando deixar a vítima escapar, pudesse, simplesmente, errar o tiro ou mirar para outro lado?* **Roxin** duplica asseverando que se esta possibilidade existisse, então não seria uma organização apta a funcionar. Por isso, sempre há de haver no aparato de poder um sistema de vigilância recíproca.⁽¹⁴⁾

Junto com os critérios do *poder de mando, desvinculação com o direito e fungibilidade*, há que se assinalar fatores que **Roxin** qualifica como elevada sujeição do executor para realizar o comando (4).

Este aspecto deve ser compreendido nos seguintes termos: aquele

que, em um aparato organizado de poder, desvinculado do direito, leva adiante a realização típica, encontra-se submetido a numerosas influências específicas da organização, as quais o fazem mais preparado para a tarefa que outros potenciais delinquentes e, por isso mesmo, eleva-se, sobremaneira, a probabilidade de seu êxito, perante uma ordem oriunda da organização.⁽¹⁵⁾

Sendo assim, há que se compreender esse fator como decisivo para uma participação, quase que irreflexiva, do executor direto do comando emitido pelo *homem de trás*; uma espécie de *consciência ideológica coletiva*, criada e alimentada pelas estruturas dos aparatos de poder, em nível de *penetração dérmica* na psique do executor. Em sentido figurado, a saída da organização equivaleria à síndrome do membro fantasma, que ocorre quando as pessoas não têm mais um membro, mas é como se ele estivesse ali (sentem até dores).

Não há falar, é preciso deixar em evidência, em exclusão da responsabilidade pela obediência hierárquica – ou qualquer outra causa elidente de responsabilidade penal – daquele que atua *imediatamente*. Nem poderia, afinal, se o executor aderiu *voluntariamente* à estrutura de poder, não poderia, agora, valer-se dela para afastar a responsabilidade jurídico-penal, sobre si imputável.

Um último ponto que merece registro é o seguinte: aquele que detém o domínio do fato seguirá com ele. O que não tem o domínio, ainda que tenha vontade de autor, ainda que queira o fato como próprio, não o atrai para si. Mas é certo, ao mesmo tempo, que sem dolo não existe o domínio do fato! Sempre será preciso a demonstração do elemento subjetivo geral. Sempre será exigível a demonstração da ordem, do comando.

VI

Ao fim e ao cabo, é possível identificar ganhos na teoria do domínio do fato, sem elevá-la, contudo, à categoria de infalibilidade. Com efeito, a multiplicidade das intervenções delitivas, proporcionadas pela sociedade de risco, sugere cautela e sucessivas concretizações de modelos abstratos, com o intuito de promover a responsabilidade jurídico-penal, no marco do Estado Democrático de Direito, respeitante, por certo e por óbvio, ao princípio da culpabilidade.

Notas:

- (1) A expressão *domínio do fato* apareceu, pela primeira vez, com HEGLER, em 1915.
- (2) Nesse sentido Jorge de Figueiredo Dias e Claus Roxin.
- (3) WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte General. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 104-105, § 15.
- (4) *Ibidem*, p. 105 e ss., § 15.
- (5) Obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963). Há duas traduções para o espanhol. Consultei ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho*

penal. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.

- (6) Para estes crimes, que ROXIN denomina de infração de dever, são aplicáveis outros critérios.
- (7) Assim, cf. ALBERTO DONNA, Edgardo. *La autoría y la participación criminal*. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2002. p. 36.
- (8) ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Trad. de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 242.
- (9) MUÑOZ CONDE e JESCHECK. Com pequena variação quanto à posição de Roxin, ambos defendem que o homem de trás deve ser qualificado “*intuitivamente*” como autor.
- (10) HERZBERG e KÖHLER.
- (11) ROXIN, Claus. El dominio de organización...cit., p. 244.
- (12) *Idem, ibidem*, p. 245.
- (13) Aplicando a teoria à criminalidade econômica, cf. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, n. 9, 2002, p. 74 ss.
- (14) ROXIN, Claus. El dominio de organización...cit., p. 246.
- (15) Para aprofundamentos cf. ROXIN, Claus. *Ibidem*, p. 246-247; do mesmo autor, *Autoría...cit.*, passim.

Referências bibliográficas

- ALBERTO DONNA, Edgardo. *La autoría y la participación criminal*. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2002.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?* *Revista Penal*, n. 9, 2002, p. 59-98.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- _____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Trad. de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 242-248.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

Eduardo Viana

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ.
Professor assistente de Direito Penal da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC-BA).
Professor da Escola dos Magistrados da Bahia (EMAB).

Reflexões acerca da (im)possibilidade de aplicação do crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do Código Penal aos crimes militares cometidos em serviço

Diogo Mentor de Mattos Rocha

I – Introdução

O presente artigo tem por objetivo aprofundar a discussão acerca da impossibilidade de aplicação do crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do CP, ao militar em serviço.

Muito embora a jurisprudência tenha se consolidado no sentido de que o crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do CP, malgrado

não encontre correspondência no CPM, é aplicável ao militar em serviço em razão do princípio da subsidiariedade, esse não nos parece o melhor entendimento acerca da *quaestio*.

II – Da evolução histórica do garantismo penal

Com efeito, a evolução do controle social e, inserido neste conceito,

do próprio Direito Penal e Processual Penal fez com que passássemos de um Estado absolutamente totalitário e perseguidor a um Estado garantista, no qual os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser observados a todo custo.

No passado a persecução penal era desenvolvida segundo a vontade do soberano, assim como as penas aplicadas o eram segundo o seu entendimento. Tanto assim que a própria doutrina penal afirma que o primeiro livro de processo penal de que se tem relato na história era, na verdade, um verdadeiro manual de tortura.

Entretanto, com o desenvolvimento da ciência penal e da própria noção de estado de direito, de ordenamento jurídico e de garantias fundamentais, a ciência do controle social conseguiu alcançar – a duras penas – o modelo garantista atualmente vigente.

Nessa toada, para uma melhor compreensão do cenário em que se coloca a tese da inaplicabilidade do art. 288 do Código Penal aos crimes cometidos por militares em serviço, faz-se necessária uma pequena digressão histórica acerca do desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais.

Norberto Bobbio, em sua *Teoria do ordenamento jurídico*, nos ensinava que (*verbis*):

“As normas de um ordenamento não estão todas em um mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento”⁽¹⁾ (destaque do original).

A partir desse conceito de ordenamento, bem como da teoria piramidal de **Hans Kelsen**, pode-se concluir que no Estado Constitucional de Direito as normas que o compõem devem sempre estar de acordo com os preceitos constitucionais, na medida em que é a Constituição que se encontra no ápice da pirâmide normativa, dela fluindo o fundamento de validade de todas as demais normas, de maneira a se formar um todo unitário, ou seja, um sistema jurídico interligado.

É justamente a partir deste entendimento que **Luigi Ferrajoli** vai buscar os fundamentos do seu modelo garantista, segundo o qual os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos previstos na Constituição devem ser observados em todos os momentos, seja pelo legislador – que ao editar uma norma deve estar atento às regras constitucionais –, seja pelo magistrado – que ao prestar a jurisdição deve fazê-lo sem olvidar as mencionadas garantias.

Vejamos, nesse sentido, as lições do professor **Saló de Carvalho** sobre o tema, *verbi et verbi*:

“A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”⁽²⁾ (original sem destaques).

Com efeito, no ordenamento jurídico pátrio os direitos e garantias

fundamentais estão previstos, dentre outros, no art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que em seu inc. XXXIX prevê que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

É justamente aqui que reside a pedra de toque para a tese ora trazida à baila: não se pode, sob pretexto algum, vulnerar o princípio da legalidade, que é uma garantia fundamental do cidadão e sobre a qual recai o status de intangibilidade defendido por **Ferrajoli**.

III – Do princípio da legalidade como meio de proteção do cidadão

Segundo as lições do professor **Rogério Greco**, o princípio da legalidade caminha lado a lado com o próprio Estado de Direito, tratando-se de um mecanismo de defesa do cidadão contra a voracidade opressora do Estado.

Vejamos as lições do aludido mestre, *in expressis*:

“Estado de direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei”.⁽³⁾

Nesse mesmo sentido é o magistério do professor **Lênio Streck**, segundo o qual, *verbis*, *“o Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – têm a seus dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado”*⁽⁴⁾ (destacamos).

Também brilhante é a lição do professor **Paulo Bonavides** acerca da *quaestio*, senão vejamos:

“O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal ou se reputa legibus solutus e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas”⁽⁵⁾ (destaques nossos).

É a partir desse entendimento que em 1801 **Anselm Von Feuerbach** cunha a expressão latina que melhor traduz o conceito do princípio da legalidade, qual seja, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.⁽⁶⁾

Nessa esteira, a doutrina majoritária vem replicando o entendimento de que o princípio da legalidade (repise-se: garantia fundamental prevista no art. 5.º, XXXIX, da CRFB/88) nada mais é do que a reserva legal somada à anterioridade, na medida em que o aludido dispositivo constitucional fala em “lei anterior” (*praevia lege*).

É justamente aqui que reside a pedra de toque para a tese ora trazida à baila: não se pode, sob pretexto algum, vulnerar o princípio da legalidade, que é uma garantia fundamental do cidadão e sobre a qual recai o status de intangibilidade defendido por Ferrajoli.

Assim, para que as garras da repressão estatal sejam lançadas sobre o indivíduo mostra-se necessária uma lei prévia e válida, a qual qualifique aquele determinado fato como crime, de maneira que, dessa forma, se mantenha a segurança do cidadão no sentido de não ser punido por uma conduta que sequer sabia ser proibida.

É exatamente isso que se percebe na hipótese em estudo.

Vale dizer, punir o militar pelo crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal beira o absurdo, visto que se trata de uma punição por fato não previsto na lei a si aplicável – qual seja, o Código Penal Militar –, o que se mostra absolutamente inadmissível por aviltar não só o princípio da legalidade previsto no art. 5.º, XXXIX, da CRFB/1988, mas o próprio Estado de Direito, conforme se sustentou nas linhas anteriores.

Com efeito, é de notória sabença que, quando se está diante de um conflito aparente de normas, o princípio da especialidade afasta a aplicação da norma geral quando o caso em estudo possui algum elemento especializante que atraia a aplicação da norma especial. Tal regra é expressa pelo brocardo latino *lex specialis derogat generali*.

Ora, se o elemento especializante é o fato de o crime ter sido praticado por militar em serviço, deve ser aplicada a norma prevista na legislação especial, que, neste caso, é o Código Penal Militar.

Ocorre que no Código Penal Militar não há nenhuma previsão para o crime de quadrilha ou bando, o que impede qualquer tipo de punição a esse título.

Conforme ressaltado no início deste trabalho, a jurisprudência, atenta ao fato de que o Código Penal Militar não prevê o crime de quadrilha ou bando, vem aplicando, em casos que tais, o tipo penal previsto no art. 288 do CP, sob o argumento de que, neste caso, aplica-se o princípio da subsidiariedade para a solução do conflito aparente de normas, isto é, em não havendo previsão na lei especial deve-se aplicar a lei geral.

Ocorre que o princípio da subsidiariedade somente poderá ser aplicado para beneficiar o réu, mas nunca para agravar a sua situação, sob pena de assim o fazendo se macular, por via oblíqua, o princípio da legalidade, pois se estaria punindo alguém por algo não previsto na lei que lhe é aplicável.

Vejam, nesse contexto, as lições do professor Rogério Greco, *in verbis*:

“Pelo princípio da subsidiariedade, a norma dita subsidiária é considerada, na expressão de Hungria, como um ‘soldado de reserva’, isto é, na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma principal mais grave, aplica-se a norma subsidiária menos grave”⁽⁷⁾ (original sem destaques).

Em situações como as aqui analisadas, em que há uma absoluta ausência de incriminação do crime de quadrilha ou bando na norma especial, a aplicação do tipo penal previsto na norma subsidiária torna-se evidentemente mais gravosa para o réu, o que não se pode admitir em nenhuma hipótese.

Noutras palavras, a aplicação do art. 288 do Código Penal sob o pretexto de se tratar de norma subsidiária nada mais é do que uma manobra, um subterfúgio para punição de um fato ao alvedrio do julgador, sem que haja uma manifestação legislativa que autorize esta punição.

O que se está aqui afirmando é que aos militares em serviço deve ser aplicada a norma especial, que é o Código Penal Militar; assim, não havendo tipificação nessa norma principal do crime de quadrilha ou bando, não há que se falar em aplicação subsidiária do Código Penal, sob pena de, assim o fazendo, ferir de morte o princípio da legalidade e o próprio Estado de Direito.

Qualquer entendimento diverso atrairia ao édito condenatório a pecha da inconstitucionalidade, por ultrajar uma garantia fundamental do cidadão, que é a impossibilidade de ser condenado por algo que a lei a si aplicável não tipifica como crime.

Em última análise, tratando-se de norma penal-processual incriminadora e, ainda, em homenagem ao princípio da legalidade estrita, tal norma não pode receber interpretação extensiva *in malam partem*, de

modo que se o legislador não incluiu o crime de quadrilha ou bando no Código Penal Militar também não poderá o intérprete fazê-lo, sob pena de se violar a separação das funções constitucionais do Estado (cláusula pétreia), usurpando-se a função típica do Poder Legislativo.

IV – Conclusão

Nunca é demais lembrar que ao magistrado foi incumbida a missão maior de garantia dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República. Nesse diapasão, ao vestir a toga o magistrado deve internalizar em sua consciência o dever de afastar-se da opinião pública – ou, melhor dizendo, da “opinião publicada” – e de primar pela sua imparcialidade, principalmente no que diz respeito à interpretação da norma penal incriminadora.

O trabalho de hermenêutica deve ser técnico e balizado pelas garantias fundamentais do cidadão, evitando-se ao máximo que se parta da solução desejada em busca dos fundamentos que a ensejariam.

O juiz tem a árdua atribuição de conter o ímpeto acusador inerente a todo cidadão, de modo a garantir uma análise justa e imparcial de cada caso que lhe é apresentado.

É justamente nessa esteira que deve ser analisada a (im)possibilidade de tipificação do crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do Código Penal em caso de crimes militares praticados em serviço, sob pena de se macular mortalmente o princípio da legalidade.

Notas:

(*) Nota da Coordenação: o presente artigo foi enviado pelo autor e avaliado pelo Conselho Editorial antes da publicação da Lei nº 12.850, em vigor desde fins de setembro, que alterou a descrição típica e a denominação do crime do art. 288 do CP para *associação criminosa* – e não mais *quadrilha ou bando*. Entendeu-se, porém, que as alterações legislativas não interferem no objeto central do artigo, razão por que se houve por mantê-lo nesta edição do *Boletim*.

- (1) BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 49.
- (2) CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17.
- (3) GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – parte geral. 14. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 93.
- (4) STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 83-84.
- (5) BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 112.
- (6) Conforme se extrai das lições do Professor Nilo Batista em: *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.66.
- (7) GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral* cit., p. 28.

Referências bibliográficas

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – parte geral. 14. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Diogo Mentor de Mattos Rocha

Mestrando em Direito e Desenvolvimento
pela Universidade Candido Mendes.

Especialista em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior
do Ministério Público – ISMP.

Advogado.

A questão da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher

Orlandino Gleizer Klotz de Almeida

Como se sabe, nos crimes cuja pena restritiva de liberdade mínima cominada é igual ou inferior a um ano cabe a chamada suspensão condicional do processo. Trata-se de medida despenalizadora que, incorporada à sistemática processual penal brasileira pelo art. 89 da Lei 9.099/1995, aplica-se a qualquer delito que não apenas aos de menor potencial ofensivo,⁽¹⁾ alvos da citada lei.

Parece, no âmbito da discussão que se pretende traçar, desnecessário um debate a respeito da natureza jurídica da medida, razão pela qual basta afirmar que, para a melhor doutrina,⁽²⁾ trata-se de direito subjetivo dos acusados no processo penal, uma vez que, preenchidos os pressupostos exigidos pela lei, o Ministério Público passa a ter obrigação/dever de oferecer a proposta.

Com o advento da Lei 11.340/2006, famigerada Lei Maria da Penha, que regula o procedimento dos casos de violência contra a mulher em âmbito doméstico e familiar, passou-se a discutir intensamente o alcance e a constitucionalidade de seu art. 41, que, em tese, afasta a incidência da Lei 9.099/1995 aos casos de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A discussão a respeito da constitucionalidade, recentemente, perdeu um pouco de sua intensidade com o julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, que, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, de relatoria do Min. Marco Aurélio, dando procedência ao pedido, entendeu, formal e materialmente, constitucional a norma do art. 41, da Lei 11.340/2006.⁽³⁾

Não é o que ocorre, no entanto, com relação à questão do alcance da norma. Isso porque, mesmo que seja considerada constitucional a vedação à aplicação da Lei 9.099/1995 aos casos de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, se deve verificar o que de fato faz parte da lei e o que não faz.

A lei agrupa um conjunto de normas e, em alguns casos, pode servir apenas de veículo para a incorporação dessas normas ao ordenamento, sem que estejam ligadas essencialmente ao conteúdo material principal da lei.

Pode-se dizer que é o caso da norma do art. 89, da Lei 9.099/1995, que cria um instituto processual aplicável a todos os acusados da prática de fatos que se subsumam a crimes que se adaptem aos pressupostos para concessão, mesmo que não sejam crimes de menor potencial ofensivo e, por isso, não estejam sob o âmbito dos Juizados Especiais Criminais, escopo principal da lei em referência. Sendo assim, não guarda qualquer ligação com a citada lei, salvo a fonte, mais nada.

É o que ensina **Tourinho Filho**:⁽⁴⁾ “a suspensão condicional do processo é aplicável às infrações punidas com reclusão, detenção, sujeitas ou não a procedimentos especiais (...)”. E o Professor **Gustavo Badaró**:⁽⁵⁾ “(...) não é um instituto de aplicação exclusiva no Juizado Especial Criminal (...)”.⁽⁶⁾

A afirmação anterior traduz o entendimento adotado, por exemplo, pelo Superior Tribunal de Justiça,⁽⁷⁾ mesmo antes do julgamento da ADC 19, pela Alta Corte.

Percebe-se que os tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, não adentravam no mérito da constitucionalidade da norma do art. 41, da Lei 11.340/2006, para justificar a incidência da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher,

mas partiam do fato de que o legislador utilizou a Lei 9.099/1995 apenas como veículo para inserir uma figura ao ordenamento jurídico, o que nenhuma diferença faria se fosse declarada constitucional ou não.

Sabe-se que, no controle de constitucionalidade um dos mecanismos é a interpretação conforme a Constituição (talvez, o menos invasivo), apto a três funções: (a) escolha entre várias soluções; (b) correção dos sentidos literais possíveis; e (c) revisão da lei.

Dessa forma, há que se dar uma interpretação conforme a Constituição à norma do art. 41, da Lei 11.340/2006, para proceder a uma correção dos sentidos literais da referida regra, traçando-se os parâmetros de sua extensão. Até porque o princípio constitucional da proporcionalidade encontra-se em conflito com o fato de não ser possível a incidência do benefício em comento, uma vez que outros benefícios semelhantes,⁽⁸⁾ como a suspensão condicional da pena, apenas por se apresentarem em outra “manjedoura”, são plenamente aplicáveis aos mesmos casos.

Percebe-se, assim, que o provimento jurisdicional emanado do julgamento da ADC 19, pelo Supremo Tribunal Federal, tem causado equívocos em sua interpretação.

Mesmo que fosse esse o intuito da Alta Corte (afastar a incidência da suspensão condicional do processo aos casos objeto da Lei 11.340/2006), o que se admite por hipótese, percebe-se que não era o do legislador, que, ao precisar de um veículo para a incorporação de uma figura ao ordenamento jurídico-penal como um todo, utilizou a Lei 9.099/1995 com esse fim somente. Talvez, apenas porque muitos dos casos em que tal benefício pudesse encontrar aplicação estariam sob o âmbito de atuação dos Juizados Especiais Criminais (e, por esse motivo, faria sentido sua inserção nesse contexto), mas, certamente, não para vincular essa medida a este arcabouço, o que se denota pela própria ressalva contida no art. 89 da Lei 9.099/1995, de que é aplicável nos crimes abrangidos ou não pela lei.

Sendo assim, a *mens legis* do art. 41, da Lei 11.340/2006, que não se discute estar ou não em desacordo com a ordem constitucional, até porque não faz a menor diferença para a questão ora posta, não parece ter sido a de afastar a aplicação de uma medida geral do ordenamento, senão as específicas dos casos de menor potencial ofensivo, que poderiam estar, na visão do legislador, em desacordo com suas necessidades de reprovação aos crimes de violência contra a mulher.

Cabe dizer, ainda, que toda essa discussão gira em torno, tão somente, dos crimes praticados com violência, já que o art. 41, da Lei 11.340/2006, não afasta a aplicação da Lei 9.099/1995 aos fatos não violentos, muito menos àqueles tipificados como contravenções penais. Admitir-se o contrário é ampliar a inteligência da norma em prejuízo do acusado.⁽⁹⁾

Por fim, tais demonstrações, ao que parece, não deixam margem à dúvida, que, mesmo que houvesse, deveria favorecer os acusados em decorrência da máxima do *in dubio pro reo*, tão esquecida nos processos de interpretação de normas penais e processuais penais na atualidade.⁽¹⁰⁾

Notas:

- (1) O próprio art. 89, da Lei 9.099/1995 faz menção clara ao raio de ação da medida: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido

condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

- (2) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e a sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2, p. 252-253.
- (3) A título de informação, a ação foi de iniciativa da Presidência da República, e funcionaram como *amicus curiae* o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Ipê – Instituto para a Promoção da Equidade, Instituto Antígona e Instituto Brasileiro de Direito de Família.
- (4) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 714.
- (5) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 452.
- (6) No mesmo sentido, o professor André Nicolitt: “O instituto da suspensão condicional do processo, como se percebe, não se cinge apenas aos crimes de menor potencial ofensivo, mas ao contrário se espria pelo ordenamento” (NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 323).
- (7) “A suspensão condicional do processo comparece no bojo da Lei 9.099/1995 de maneira apenas incidental, dado que não pertence substancialmente à planificação dos Juizados Especiais” (negrito nosso) (STJ, HC 185930/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 14/12/2010, DJe 23.05.2011).
- (8) A semelhança, aqui, reside no fato de serem dois institutos despenalizadores, que acabam por gerar uma suspensão, seja da pena ou do processo, não permitindo que os efeitos deletérios da punição recaiam sobre o acusado. Sabe-se, no entanto, que não se trata de idênticos institutos, porque na

suspensão condicional do processo há, ainda, tão somente uma pretensão punitiva, enquanto na suspensão condicional da pena já há o direito de punir do Estado (NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 326).

- (9) Art. 41 da Lei 11.340/2006: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.
- (10) Nesse sentido, esclarece o professor Juarez Cirino que “o princípio da legalidade proíbe qualquer interpretação extensiva da lei penal, resolvendo todos os casos de dúvida conforme a interpretação restritiva da lei penal – aliás, a única compatível com o princípio in dubio pro reo, hoje de aplicação universal no Direito Penal” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63). Os professores Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú também assinalam que “alguns doutrinadores sustentam que o princípio do in dubio pro reo também deve ser considerado como critério interpretativo da norma penal, decorrente ou complementar ao princípio da legalidade” (SOUZA, Artur Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 85).

Orlandino Gleizer Klotz de Almeida

Mestrando em Direito Penal pela UERJ.

Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)
e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).
Advogado.

O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil

Eduardo Luiz Santos Cabette

Já comentava o escritor **Mark Twain** que “(...) a história da nossa raça e a experiência de cada um estão cheias de provas de que é fácil matar uma verdade e que uma mentira bem contada é imortal” (2005, p. 146).

Demonstrar-se-á como em nossa literatura e ensino jurídico tem-se espalhado um erro quanto ao denominado “Princípio da Insignificância ou da Bagatela”, mediante a afirmação corrente e praticamente unânime (e já dizia **Nelson Rodrigues** que “toda unanimidade é burra” – ENTREVISTAS, 2013) de que este se estabelece como princípio do Direito, albergado pela doutrina e jurisprudência, mas que não conta com previsão legal alguma em nosso ordenamento jurídico.

Em sua origem mais longínqua o Princípio da Insignificância costuma ser relacionado à máxima de natureza civilista do Direito Romano que afirma “*minima non curat praetor*”, ou seja, que o juiz não deve ocupar-se com coisas de pequena monta (BITENCOURT, 2012, p. 58). Mas, foi pela pena de **Welzel**, em meio ao estudo da “adequação social”, que se levantou modernamente pela primeira vez a hipótese de que lesões insignificantes a bens jurídicos poderiam ser excluídas do interesse penal (WELZEL, 2001, p. 59). No entanto, coube a **Roxin** introduzir no cenário da ciência penal o “Princípio da insignificância” nos idos de 1964 (1972, p. 53). Por seu turno, coube a **Klaus Tiedemann** burilar a denominação sinônima de “Princípio da Bagatela” (ROXIN, 2003, p. 89).

Fato é que sob a terminologia de insignificância ou bagatela, aponta dito princípio para a possibilidade de exclusão, na maioria dos tipos penais, da ilicitude, considerando a ocorrência de danos de “pouca importância” aos bens jurídicos tutelados. De acordo com o Princípio da Insignificância, “o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas” (TOLEDO, 1999, p. 133).

Em geral essa orientação tem sido acatada na doutrina, na jurisprudência e no dia a dia forense. Não obstante, há uma falsa informação que dá conta de que esse princípio não apresenta previsão legal

no Brasil, conforme acontece, por exemplo, “no Código Penal da antiga República Soviética da Rússia, no Código Penal da Tchecoslováquia, no Código Penal Português, no Código Penal Austríaco, no Código Penal Cubano, no Código Penal da República da China e no Código Penal Alemão (art. 3.º – não subsiste o crime, se, não obstante a conformidade da conduta à descrição legal de um tipo, as conseqüências do fato sobre direitos e os interesses dos cidadãos e da sociedade e a culpabilidade do réu são insignificantes). Prevêem também disposições semelhantes: o Código Penal Polonês, o Código Penal da Bulgária e o Código Penal da Romênia” (QUEIROZ, 1998, p. 125).

É exemplo de manifestação doutrinária nesse sentido equivocada a afirmação de **Silva Júnior** de que o Princípio da Insignificância “é um princípio que não existe na legislação penal brasileira, mas que vem sendo admitido, ainda que de maneira tímida pela nossa jurisprudência” (2001, p. 118).

No mesmo diapasão vem à baila o escólio de **Mirabete e Fabbrini**:

“A excludente de tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não contra legem” (2013, p. 102).

Na jurisprudência também tem sido comum a invocação dessa suposta imprevisão do Princípio da Insignificância de modo geral na legislação pátria, inclusive para denegar sua aplicabilidade:

“Por sua vez, também não há que se falar em absolvição por crime de bagatela, posto que no direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de forma a excluir tal evento da tipicidade penal, sendo irrelevante o fato do bem subtraído ser considerado, para os fins penais, como sendo ínfimo ou desprezível” (TJSP, 14.ª Câmara Criminal, rel. Des. Fernando Torres Garcia, Apelação Criminal 990.08.089790-0, j. 05.03.2009, v.u.).

Conforme se vê, está disseminada a afirmação de que na legislação brasileira não há previsão legal do Princípio da Insignificância, cuja aplicação se dá apenas por reconhecimento doutrinário-jurisprudencial.

A verdade dessa assertiva é parcial. Se for considerado somente o Código Penal brasileiro, bem como praticamente todas as legislações penais esparsas, realmente não há um exemplo sequer de previsão do Princípio da Insignificância, o que empresta foros de credibilidade à afirmação genérica supramencionada, muito comumente repetida, como numa “Síndrome Jurídica de Papagaio”.

Ocorre que, na realidade, há duas previsões legais expressas do Princípio da Insignificância no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Essas duas previsões são encontráveis no Código Penal Militar ao tratar dos crimes de lesões corporais e de furto.

O art. 209, § 6.º, do CPM estabelece que: “*No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração somente como disciplinar*”.

Já o art. 240, § 1.º, do CPM assim determina: “*Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou **considerar a infração como disciplinar***” (destaque nosso, porque é nessa última figura que se encontra a expressão da insignificância, sendo as anteriores descritivas do chamado furto privilegiado).

É visível que nesses dois casos o legislador considerou a insignificância para afastar o caso do Direito Penal e remetê-lo ao Direito Administrativo Disciplinar.

Esse fato não passou incólume pela observação dos estudiosos especializados no Direito Castrense. **Loureiro Neto** identifica nesses casos a presença do Princípio da Insignificância legislado, asseverando ser inequívoca “*a sua incidência*” para os crimes militares, “*por disposição expressa no Código Penal Militar*” (2010, p. 190-191).

Pela mesma senda caminham **Neves** e **Streifinger** afirmando que na lesão corporal “*houve pela lei penal militar a positivação do princípio da insignificância*” (2012, p. 1008), assim como também há sua manifestação no caso do § 1.º, *in fine*, do art. 240 do CPM (furto) (2012, p. 1157).

Igualmente, em estudo específico sobre o princípio em destaque, chega à mesma conclusão **Ivan Luiz Silva** (2009, p. 136).

Dessa forma, comprova-se, infelizmente, que o erro é fecundo e quando é disseminado acaba se transformando em hábito e norma (TELLES JÚNIOR, 2004, p. 109). Não por outro motivo é que tem sido

repetida a lição de que não existe previsão legal alguma do Princípio da Insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, quando, na verdade, há duas previsões legais claras no bojo do Código Penal Militar, conforme demonstrado.

A lição correta é, portanto, que na legislação comum realmente até o momento não há qualquer previsão expressa do Princípio da Insignificância, embora este seja doutrinária e jurisprudencialmente reconhecido e aplicado. No entanto, há que lembrar a existência de duas exceções positivadas no Código Penal Militar, conforme mencionado.

Referências bibliográficas

- BIENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- ENTREVISTAS com Nelson Rodrigues. Disponível em: <www.nelsonrodrigues.com.br>. Acesso em: 16 mar. 2013.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Thomson – Civitas, 2003. t. I.
- _____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Fransico Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.
- SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. *Lições de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. v. 1.
- SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A folha dobrada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- TWAIN, Mark. *Dicas úteis para uma vida fútil*. Trad. Beatriz Horta. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Mestre em Direito Social.

Professor na Graduação e na Pós-Graduação da Unisal.

Delegado de Polícia.

17

Com a Palavra, o Estudante

O(s) discurso(s) do Direito Penal na aplicação da pena

Pedro Pablo Oliveira Reis

1. Breve introdução

Com o objetivo de expor acerca dos discursos jurídico-penais que tentam fundamentar e explicar a aplicação da pena é que foi elaborado o presente trabalho.

Direito é *linguagem*, por isso todo e qualquer instituto jurídico parte de um discurso que o fundamenta e explica.

Ocorre que tais questionamentos passam ao largo dos manuais e das academias brasileiras, cada vez mais *objetivas* e “*matemáticas*”, sem espaço para discussões mais profundas. No atual cenário nacional as maiores questões que os bacharelados estão preparados a responder são as objetivas em provas de concursos.

As questões sociais que nós, *cientistas* do Direito, temos que responder são muito mais complexas que as desavenças entre de Caio, Tício e Mévio. Em que o Direito Penal, pela finalidade a que se propõe, ou deveria, não pode cingir-se a tais singelezas doutrinárias.

2. Discurso(s) do Direito Penal

2.1 Discurso manifesto/declarado/oficial

Nas atuais sociedades o Direito Penal tem por objetivo a proteção *subsidiária* de bens jurídicos,⁽¹⁾ ou seja, a proteção de *axiomas* de relevância para a vida humana individual ou coletiva,⁽²⁾ com a *finalidade* de promover a paz social mediante a punição de condutas penalmente

ilícitas. A Constituição Federal brasileira, norma basilar do Estado Democrático de Direito que norteia todo o ordenamento jurídico nacional, é que fundamenta os bens jurídicos selecionados para a tutela penal, e estando a norma penal inserida nesse ordenamento, deve ela buscar efetivar os *princípios* e *diretrizes* constitucionais.

Entretanto, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal possuem natureza *fragmentária* e *subsidiária*, ou seja, proteção *fragmentária* porque não protege todos os bens jurídicos constitucionalmente previstos; e proteção *subsidiária* por ser o Direito Penal entendido como a *ultima ratio* da política criminal, em outras palavras, o último meio a se buscar para punir determinada conduta.⁽³⁾

Nessa esteira, sobre a pena criminal, existem três principais funções atribuídas a ela, a saber: a pena como *expição* (retribuição da culpabilidade), prevenção *especial* e como prevenção *geral*.

a) A pena como retribuição da culpabilidade: Consiste na compensação da *culpabilidade* do autor de determinado fato criminoso sem atribuir fim social algum à pena.⁽⁴⁾ A doutrina penal possui variadas explicações para a sobrevivência dessa concepção, seja de cunho: *religioso*, baseado no princípio do olho por olho e dente por dente, a chamada Pena de Talião, prevista, inclusive, no Velho Testamento da Bíblia; *filosófico*, em que **Kant** entende a justiça retributiva como uma lei inviolável, logo *um imperativo categórico*, pelo qual todo que mata deve morrer, e **Hegel** concebe o crime como a negação da lei penal, sendo a pena a *negação da negação*, portanto a reafirmação da lei; ou *normativo*, em que a lei penal prevê o princípio da *retribuição*, no caso brasileiro quando o legislador determina, no art. 59 do Código Penal, ao juiz aplicar a pena conforme *necessário e suficiente à reprovação do crime*.

b) Prevenção especial: A prevenção especial, segundo a concepção de **v. Liszt**, possui três aspectos: *protege* a comunidade mediante o encarceramento dos delinquentes; por meio da pena *intimida* o autor para que não cometa futuros ilícitos; e *o corrige* para que não reincida.⁽⁵⁾ Em outras palavras, a pena é direcionada ao indivíduo em especial para que não reincida e seja *(re)socializado*.

c) Prevenção geral: A pena deve atuar de forma geral na comunidade prevenindo que novos fatos delituosos venham a ocorrer mediante uma dimensão *negativa* e outra *positiva*, em que:

I – a prevenção geral negativa é a clássica concepção de *intimidação* da pena, ou seja, o Estado espera que a pena desestimule o cometimento de novos delitos;⁽⁶⁾

II – a prevenção geral positiva possui base no moderno Direito Penal. Possuindo duas variantes: **Roxin** entende ser a prevenção geral positiva a busca pelo *reforço e conservação* da confiança na força e no poder de execução penal;⁽⁷⁾ **Jakobs** concebe a prevenção geral positiva de modo *absoluto*, afirmando que a pena é a afirmação da validade da norma penal atingida, aplicada para *estabilizar as expectativas normativas e reafirmar* a confiança na Justiça, abaladas pelo crime.

2.2 Discurso crítico

Os modernos estudos críticos sobre criminologia e Direito Penal⁽⁸⁾ partem do prisma dos *antagonismos* da luta de classes, ou seja, estando o ordenamento jurídico-penal inserido numa sociedade de modelo capitalista, a qual está estruturada sobre a *perspectiva da produção e circulação de riquezas*, em que os indivíduos se relacionam como *possuidores de capital* ou como *possuidores de força de trabalho*, todo estudo deve partir dessa perspectiva – a *luta de classes*.⁽⁹⁾

Em tese, o Direito Penal é concebido com a finalidade de proteção aos bens jurídicos relevantes a partir da cominação de penas. Conforme dominante doutrina, ocorre que, na realidade, tanto a *criminalização primária* (tipificação de condutas) quanto a *secundária* (decretação e execução da pena)⁽¹⁰⁾ são instituídas a partir de fundamentos *econômico-sociais* e com a finalidade de manter a *hegemonia* das classes dominantes em detrimento do chamado proletariado. Dito de outro modo, no fim das contas a política criminal está a serviço,

primordialmente, da economia (política) vigente.

Diante disso, a classe dominante está interessada em conter as esferas *subalternas criminalizadas* de forma que não prejudique o sistema econômico-social, e por consequência sua hegemonia será mantida.⁽¹¹⁾ O sistema jurídico-penal, junto com o Sistema de Justiça Criminal, constitui o cerne do controle social nesse contexto, sendo o *enclausuramento* o instrumento mais rigoroso para conter ilícitos contra a ordem social e econômica vigente, garantindo todos os outros sistemas públicos e particulares e o sistema social como um todo.⁽¹²⁾

Percebe-se que a grande parte dos tipos de injusto é de condutas comuns às classes baixas da sociedade, sendo que as penas instituídas, por várias vezes, se mostram *discrepantes e contraditórias*.⁽¹³⁾ Por outro lado, condutas ilícitas próprias dos segmentos sociais mais elevados que ferem a sociedade como um todo de forma bem mais *grave e nociva* não são tipificadas, e quando há o tipo é tão *vago e impreciso* ou as penas se mostram tão *irrisórias* que frustram a repressão penal, transformando práticas como a *criminalidade econômica, crimes contra o meio ambiente, crimes políticos etc., em negócios lucrativos*.

Na criminalização secundária, a execução penal apenas reforça o argumento de que o encarceramento em nada *(re)socializa*. Ambientes *hostis, úmidos, sujos, superlotados, sem a mínima infraestrutura tanto física quanto médica e social, inadequados para o convívio humano*, conforme denomina **Salo Carvalho**, “*guetos de barbárie institucionalizada*”,⁽¹⁴⁾ que em nada ajudam na reinserção do apenado à sociedade. Assim, motins e rebeliões acabam sendo comuns, inclusive se revestindo de ato político reivindicatório, como aponta **Salo Carvalho**:

“*Em casos extremos (...), no qual o Estado rompe os vínculos com a democracia e institucionaliza a violência, a contra-resposta deve ser admitida como legítima, isentando os agentes das consequências legais previstas.*”

Motins, rebeliões e fugas, realizados conscientemente contra situações injustas como superlotação, falta de assistência material e atraso injustificado da prestação jurisdicional (que inviabilizam o gozo de direitos públicos subjetivos), não podem ser qualificados como delitos em decorrência da causa supralegal da resistência à opressão. (...)

Na atual situação dos presídios brasileiros, os conflitos prisionais adquirem feição de ato político reivindicatório e, assim como foram as greves na década de setenta, adquirem a característica da licitude.⁽¹⁵⁾

Destarte, a *prisão ensina o criminoso a viver na prisão*, nada mais! O que piora quando ele retorna ao convívio social e se vê na mesma situação social de antes, o mais das vezes *pior do que entrou*, portanto se a condição social miserável não o ajudou a ficar fora da criminalidade, certamente não será sua estadia na prisão que o impedirá de cometer novos ilícitos.⁽¹⁶⁾ O cárcere nada mais é do que uma *fábrica (in)direta de delinquentes*, posto colocar a família do detento na miséria, pois quando o pai vai preso, reduz a cada dia a mãe à penúria, o(s) filho(s) ao abandono, a família inteira à *miserabilidade*.⁽¹⁷⁾

Vale lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 3.º, III, estatui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais*, logo todo o arcabouço jurídico deve ser fundado também nesse objetivo fundamental, inclusive o Direito Penal e o Sistema de Justiça Criminal, em que o que não corroborar com os anseios políticos inseridos na Constituição deve ser afastado.⁽¹⁸⁾

Por fim, a despeito das teorias da pena, vale colacionar as principais críticas feitas às teorias clássicas:

a) A pena como retribuição da culpabilidade: A crítica jurídica que se faz se baseia na ideia de que o Direito Penal está a serviço da proteção de bens jurídicos relevantes e não de punir de forma *vingativa e sem finalidade social alguma*. Lógico é que o Estado jamais conseguirá realizar a ideia *metafísica de justiça* nem está legitimado para tanto. Além disso, retribuir *um mal com outro mal* mais parece uma *crença antiga*, em nada democrático nem científico.⁽¹⁹⁾ “*Não é absurdo que as lei, que são a expressão da vontade geral, que detestam e punem o homicídio, ordenem um morticínio público, para desviar os cidadãos do assassínio?*”⁽²⁰⁾

- b) Prevenção especial: A ideia de punir o indivíduo, (re)socializando-o, de forma que o desestimule a cometer novos ilícitos, possui críticas no sentido de que *não há como se fixar qual o tempo necessário para que determinado apenado esteja (re)educado para a vida em sociedade. Além disso, não é função estatal impor uma educação a ninguém, nem de melhorar pessoas conforme seus critérios morais.*⁽²¹⁾⁻⁽²²⁾
- c) Prevenção geral: No tocante ao caráter negativo da prevenção geral a crítica feita é de a muito anunciada por **Beccaria** de que *“não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo...”*,⁽²³⁾ ou seja, a ineficácia da ameaça penal com penas corporais cruéis na época medieval e com o enclausuramento na modernidade para inibir a criminalidade mostra sua inutilidade.

3. Notas finais

Não apenas o Direito Penal, mas o Direito como um todo e seus respectivos ramos de estudos está permeado por *idiosincrasias individuais dos legisladores e aplicadores, além de concepções contraditórias com a realidade a que se propõe regular.*

Vale apontar o que **Streck** nos alerta, de que o modelo *liberal-individualista* que nos é ensinado nas universidades e doutrina e massificado pelo Judiciário se baseia na resolução de conflitos individuais⁽²⁴⁾ em que, v.g., para explicar o estado de necessidade se valem do exemplo de dois naufragos e uma tábua que apenas comporta um deles, ocasião em que um deles mata para poder sobreviver, certamente quando tal situação “mirabolética” ocorrer teremos a resposta de pronto, enquanto que impasses sociais de maior importância seguem sem um rumo definido.

Por conseguinte, vale ressaltar que a maneira como se estuda e ensina Direito hoje em dia nas universidades está muito aquém das exigências sociais, criam-se operadores em vez de cientistas jurídicos. Estuda-se por livros que reduzem uma ciência dinâmica como o Direito a quase fórmulas matemáticas e “macetes”.⁽²⁵⁾ Problema? Nenhum! Até porque todos têm a liberdade de ler, estudar o que quiser. O problema reside no fato de que nossos tribunais estão baseados e permeados por essas doutrinas “matemáticas”, que descrevem um mundo paralelo e irreal, o que acaba por influenciar na vida de toda sociedade. ocasionando com isso – utilizando um termo emprestado de **Umberto Eco** –,⁽²⁶⁾ cada vez mais, uma lobotomização da *mass media* “legal”.

Notas:

- (1) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 81.
- (2) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 5.
- (3) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general* cit., p. 65.
- (4) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Realidades e ilusões do discurso do direito penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2013.
- (5) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general* cit., p. 85-86.
- (6) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 426.
- (7) ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general* cit., p. 91.

- (8) Ver BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica e crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2004.
- (9) MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*.
- (10) BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica e crítica del derecho penal* cit., p. 95.
- (11) *Idem, ibidem*, p. 209-210.
- (12) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral* cit., p. 9.
- (13) SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuelloblanco*. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 59.
- (14) CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 247.
- (15) *Idem, ibidem*, p. 247-248.
- (16) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral* cit., p. 333-336.
- (17) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 223.
- (18) SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*, p. 209-210.
- (19) ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 84.
- (20) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013, p. 98.
- (21) ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general* cit., p. 8.
- (22) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral* cit., p. 425.
- (23) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* cit., p. 113.
- (24) STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- (25) Ver STRECK, Lênio Luiz. *Crise dogmática: os manuais de direito apresentam profundo deficit de profundidade*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/11.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2013.
- (26) *Apud* CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xxiv.

Referências bibliográficas

- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica e crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2004.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- _____. *Realidades e ilusões do discurso do direito penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2013.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *Crise dogmática: os manuais de direito apresentam profundo deficit de profundidade*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/11.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2013.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuelloblanco*. Madrid: La Piqueta, 1999.

Pedro Pablo Oliveira Reis

Estudante do 3.º ano de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

NOTA AOS LEITORES

Informamos que a coluna “Descasos”, excepcionalmente, não será publicada neste mês, pelo seguinte motivo:

A autora sofre de uma doença neurológica degenerativa, a esclerose lateral amiotrófica. Por conta disso, tem a quase totalidade dos músculos do corpo paralisados e escreve num teclado virtual, por meio de um programa que acompanha o movimento dos seus olhos.

Ocorre, porém, que, a autora está a ter problemas com seu

computador e não pode utilizar outro aparelho porque necessita do *software* instalado no seu, que lhe permite escrever sem usar as mãos.

Providências estão sendo tomadas para resolver o problema com a maior celeridade possível, mas por esse motivo, a coluna “Descasos”, excepcionalmente, não será publicada neste mês. A autora, desde já, agradece a compreensão dos leitores.



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



www.ibccrim.org.br

PARTICIPE POR
ACREDITAR