

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

BRASIL, BRASIS

O Brasil foi solenemente informado, pelo jornal de maior circulação no país, que mulheres presas são mantidas algemadas ou com calcetas nos tornozelos, no instante mesmo do parto de seus filhos, em maternidades públicas do Estado de São Paulo.

Pese a rispida negativa oficial quanto à veracidade dessas denúncias, é certo que se trata de notícias que, há anos, vêm chegando desde as mais diversas fontes de informação. De modo algum, portanto, poderiam ter sido até aqui ignoradas pelas autoridades administrativas e judiciárias do Estado que, ainda, não tomaram nenhuma providência concreta para sua apuração isenta, transparente e cuidadosa.

Organizações e instituições da maior respeitabilidade, com histórico inatacável na defesa dos direitos humanos e que sempre se pautaram com imparcialidade e cuidado na triagem de informações – como é o caso da *Pastoral Carcerária* e da *Defensoria Pública de São Paulo* – vêm também aconselhando a imediata investigação dessas denúncias que, aliás, tocam a mais de uma secretaria de Estado e a mais de uma esfera de governo. Em notas públicas recentes, a *OAB/SP* e a *Associação Juizes para a Democracia* reclamaram providências imediatas do Governo do Estado de São Paulo que, repita-se, até o momento nada mais fez que se limitar à simplória negativa dos fatos, sem outros encaminhamentos, apurações ou determinações.

Não bastasse a infração constitucional explícita nesse procedimento ora denunciado – verdadeiramente cruel, desumano e degradante – temos aqui, em acréscimo, a notícia de uma inimaginável e afrontosa violação da Súmula 11 do STF. A circunstância de que, agora, as vítimas dessa violação não são ricos empresários ou famosas personalidades da política nacional – trata-se de mulheres anônimas, esquecidas no mais das vezes por seus próprios companheiros e silenciadas desde sempre por todos – mostra-nos também roturas profundas no nosso próprio dom de olhar as coisas que estão ao nosso redor. Há pouco bastou que pessoas conhecidas e poderosas fossem televisionadas algemadas para que editássemos, com celeridade e eloquência, uma súmula vinculante contra essa idéia de algemar pessoas gratuitamente. Contudo, por décadas vimos assistindo programas sensacionalistas de televisão, com exposição diária de pessoas na própria situação de seu vexatório aprisionamento, sem

que até aqui se tenha pensado em súmula alguma impedindo ou responsabilizando policiais de encenarem esses espetáculos cínicos, posto que criminosos (LEP, art. 41, VIII; Lei 4.898/1965, art. 4º, “b”).

Sempre toleramos, sem inquietações, ao nosso lado, a existência muda de toda uma imensidão de Brasil simplesmente subtraído de qualquer ideia de legalidade e controle. Um país inteiro, debaixo de nossos tapetes, não cabe ser discutido porque, no fundo, concretamente não nos interessa discuti-lo.

A notícia das parturientes com grilhões é certamente espantosa e chocante. A indisposição das autoridades para apurá-la, porém, pode ser tudo, mas não é de modo algum surpreendente. Sempre toleramos, sem inquietações, ao nosso lado, a existência muda de toda uma imensidão de Brasil simplesmente subtraído de qualquer ideia de legalidade e controle. Um país inteiro, debaixo de nossos tapetes, não cabe ser discutido porque, no fundo, concretamente não nos interessa discuti-lo.

Esse segundo Brasil é um país de privacidades sigilosas, embora muitas vezes cometidas por agentes públicos como tais. Agem estes como se estivessem circunscritos aos seus círculos familiares mais indecifráveis. Imaginam-se no espaço doméstico, protegendo os seus entes do olhar alheio. Temem – e como

temem! – a bisbilhote dos vizinhos.

Nesse Brasil, as violências validam-se porque simplesmente costumeiras. Ainda que tenha por palco o próprio Estado, esse outro Brasil está absolutamente subtraído da esfera pública, do debate das ruas e da investigação clara dos fatos. Não vale mencioná-lo e sequer refletir sobre ele. Esse é o país que nunca vem aos autos. É o país que se demorou na escravatura porque, avançado aquele século, já se tornara deselegante falar dela ou publicá-la. Esse é o Brasil dominante que, inclusive, não quer apurar quais foram os autores dos sequestros, das torturas e das mortes cometidas pela última ditadura militar, embora saiba que muitos deles continuam aqui, entre nós, dando cartas. Aliás, esse é o país em que réus de massacres indizíveis, logo que se abriu algum silêncio, agora mesmo acabam de ser elevados à posição de comandantes máximos de nossas tropas. Temos um Brasil que, sorrateiramente, mantém centenas de presos em caixas de lata, ao lado de excrementos. Um Brasil que, lá para os cantos da Amazônia, enjaula meninas lado a lado com homens feitos. Afinal, esse mesmo país também sabe organizar ruidosas copas do mundo e postular assentos em organizações internacionais. Quer – quer muito! – sentar-se à mesa, risonhamente, com outras nações. Pensa e diz ter algo para ensiná-las, sobre essa tal de civilização.

EDITORIAL

- **BRASIL, BRASIS**1
- **O AGRAVO CABÍVEL CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO EM UMA RECENTE DECISÃO DO STF E OS LIMITES DA FUNGIBILIDADE RECURSAL**
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.....2
- **LEGEM HABEMUS**
Marcos Zilli.....4
- **QUANTO AOS CRIMES DO ART. 1º DA LEI 8.137, A DEFLAGRAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL É CAUSA DE MERA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL. O CÔMPUTO DA PRESCRIÇÃO NÃO PODE SER REINICIADO DO ZERO COM O SEU TÉRMINO.**
Flavio Antônio da Cruz.....6
- **MODIFICAÇÕES ESTRUTURAIS DO SISTEMA PENAL ANTILAVAGEM: UM NOVO LUGAR PARA A TEORIA DAS NORMAS PENAIAS?**
Bruna de Castro e Silva,
Eduardo Saad-Diniz e
Leonardo Peixoto Barbosa.....8
- **LINEAMENTOS POLÍTICO-DOG MÁTICOS SOBRE AS DISCRIMINANTES PUTATIVAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**
Marco Aurélio Florêncio Filho.....9
- **O FETICHE DO DOLO EVENTUAL**
Israel Domingos Jorio.....10
- **O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O DIREITO PENAL DO RISCO**
Pedro Paulo da Cunha Ferreira e
Andressa Paula de Andrade.....12
- **SOBRE A ATUAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO NO INQUÉRITO POLICIAL: A POSSIBILIDADE DE REQUISITAR A PRODUÇÃO DE PROVAS E A REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS EM BENEFÍCIO DO INDICIADO ASSISTIDO**
Diego de Azevedo Simão e
Domingos Barroso da Costa.....13
- **A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS: ENTRE A DEVASSA E A CAUTELA JURISDICCIONAL**
Guilherme Rodrigues Abrão.....14
- **O VALOR DA FIANÇA: LICITUDE OU ILICITUDE, BALIZADAS PELA RAZOABILIDADE**
Auriney Uchôa de Brito e
Ivan Luis Marques.....16
- **A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO EM PROCESSO CÍVEL**
Camila Gervasoni Pellin.....17
- **DESCASOS**
LES MISÉRABLES (VERSÃO BRASILEIRA)
Alexandra Lebelson Szafrin.....19
- **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
- **O DIREITO POR QUEM O FAZ**.....1521
- **JURISPRUDÊNCIA ANOTADA**
• Supremo Tribunal Federal.....1525
• Superior Tribunal de Justiça.....1526
• Tribunal Regional Federal.....1527
• Tribunal de Justiça.....1528

O AGRAVO CABÍVEL CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO EM UMA RECENTE DECISÃO DO STF E OS LIMITES DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Voltamos ao tema que já foi analisado em artigo publicado no *Boletim* de janeiro de 2011,⁽¹⁾ em que tratamos da criação de novos agravos contra decisões denegatórias de recurso especial e extraordinário, no Processo Penal, por conta de recente decisão do Plenário do STF, do dia 13 de outubro de 2011, no julgamento de Questão de Ordem no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário 639.846, em que, por maioria de votos, decidiu-se que o prazo para interposição de agravo contra denegação de recurso extraordinário em matéria penal é de cinco dias, previsto no art. 28 da Lei 8.038/1990.⁽²⁾

Para surpresa dos operadores do Direito, o STF decidiu em sentido contrário à Resolução 451, editada pelo próprio STF, em 03.12.2010, cujo art. 1, prevê: “A alteração promovida pela Lei 12.322, de 9 de setembro de 2010, também se aplica aos recursos extraordinários e agravos que versem sobre matéria penal e processual penal”. O prazo para o agravo do art. 544 do CPC, alterado pela citada lei, é de 10 dias!

É necessário definir, com clareza, o regime legal do agravo contra a decisão denegatória de recurso especial e extraordinário, restabelecendo a segurança jurídica e a previsibilidade do processo.

Antes disso, porém, é preciso encontrar uma solução para o impasse jurídico atual. Enquanto persistir a dúvida se o correto é o agravo da Lei 8.038/1990, processado por instrumento, com prazo de interposição de 5 dias, ou o agravo do art. 544 do CPC, com a redação dada pela Lei 12.322/2010, a processar-se nos próprios autos, que deve ser interposto no prazo de 10 dias, o recorrente não poderá ser prejudicado pela insegurança jurídica criada pelo próprio Poder Judiciário.

Para resolver o problema, é de se aplicar o princípio da fungibilidade recursal, expressamente previsto no art. 579, *caput*, do Código de Processo Penal: “Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”. A razão de ser de tal regra é, nas palavras de **Frederico Marques**, “evitar o formalismo excessivo no conhecimento dos recursos e também as conseqüências iníquas e injustas muitas vezes daí advindas”.⁽³⁾

A regra é o conhecimento de um recurso, o impropriamente interposto, por outro, o que seria cabível. A exceção é o não conhecimento do recurso interposto nos casos de má-fé. O art. 579 é dispositivo *précurso*, não podendo ser lido em sentido contrário, como se dispusesse: “Somente na hipótese de boa-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”. A diferença é fundamental e decorre

da regra geral de que a má-fé não se presume!

O único impedimento para a aplicação da fungibilidade recursal é a má-fé do recorrente. A má-fé é, nas palavras de **Borges da Rosa**, “a convicção que tem o violador da lei (com a interposição de recurso, que não o cabível) da infração que pratica”. E, arremata: “Tal a má-fé, que se confunde com o procedimento doloso”.⁽⁴⁾ Para fins de aplicação da fungibilidade recursal, a má-fé tem sido tratada casuisticamente pela doutrina. **Pontes de Miranda** elenca as seguintes hipóteses: “a) usar do recurso impróprio de maior prazo, por ter perdido o prazo do recurso cabível; b) valer-se do recurso de maior devolutividade para escapar à coisa julgada formal; c) protelar o processo, como quando se lança mão do recurso mais demorado; d) provocar apenas divergência na jurisprudência para se assegurar, depois, outro recurso”.⁽⁵⁾

Na prática forense, porém, a inoportunidade de má-fé costuma ser identificada como a ausência de erro grosseiro e com a interposição do recurso impróprio no prazo do recurso cabível.

O erro grosseiro é o equívoco injustificado, fruto do desconhecimento das leis em hipótese que não haja qualquer dúvida interpretativa. É, pois, a afronta literal à lei. Por outro lado, há erro justificado quando existe controvérsia doutrinária ou jurisprudencial sobre qual o recurso cabível em determinada situação.⁽⁶⁾ Basta, pois, “a seriedade do problema interpretativo, ainda que o haja resolvido mal o recorrente”.⁽⁷⁾ Obviamente, “essa espécie de dúvida deve ser atual”,⁽⁸⁾ não justificando a fungibilidade antiga divergência que já tenha ficado superada.

No caso de decisão denegatória de recurso especial e extraordinário no Processo Penal, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial é inegável. Após a edição da Lei 12.322/2010 e da Resolução 451/2010 do STF, parte da doutrina manifestou-se pela aplicação, ao Processo Penal, do agravo do art. 544 do Código de Processo Civil.⁽⁹⁾ Por outro lado, há corrente que manteve o posicionamento de que seria aplicável o agravo de instrumento da Lei 8.038/1990.⁽¹⁰⁾

E qual o posicionamento que se extrai dos tribunais? Antes da Lei 12.322/2010, o STF editou a Súmula 699, que prevê: “O prazo para interposição de agravo, em Processo Penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/1990, não se aplicando o disposto a respeito das alterações da Lei 8.950/1994 ao Código de Processo Civil”. Após a nova lei, editou-se a Resolução 451/2010, cujo art. 1º prevê: “A alteração promovida pela Lei 12.322, de 9 de setembro de 2010, também se aplica aos recursos extraordinários e agravos que versem sobre matéria penal e processual penal”. Mais recentemente, no julgamento do ARE

639.846 AgR-QO/SP, considerou-se que, no Processo Penal, o prazo de interposição do agravo é de 5 dias. Não se definiu, contudo, se somente o prazo é que será o do art. 28 da Lei 8.038/1990 ou se a forma de interposição e o procedimento recursal também serão os previstos no citado art. 28. No STJ, há precedentes nos dois sentidos,⁽¹¹⁾ sendo que já foi suscitada questão de ordem perante a 3ª Seção, ainda pendente de julgamento.⁽¹²⁾

Por outro lado, como o prazo do agravo do art. 544 do CPP é de 10 dias e o do agravo do art. 28 da Lei 8.038/1990 é de 5 dias, certamente haverá discussão quanto ao prazo de interposição do recurso para a aplicação da fungibilidade recursal. É inegável que um dos aspectos mais salientes da má-fé é a utilização de um determinado recurso inadequado unicamente para contornar a perda do prazo do recurso cabível. Mas disso não se pode extrair que, para a inoportunidade de má-fé, é necessário utilizar o prazo do recurso adequado quando menor que o do recurso impropriamente utilizado.

Se realmente houver incerteza, mesmo que seja usado o recurso impróprio e de maior prazo, esse deverá ser conhecido como se fosse o recurso adequado, ainda que protocolado após o término do prazo do recurso adequado.⁽¹³⁾ Em outras palavras, o importante é que o recurso interposto, mesmo que o impróprio, seja tempestivo segundo o seu prazo específico, mesmo que esse seja maior que o prazo do recurso adequado.⁽¹⁴⁾

A questão, portanto, limita-se à dúvida objetiva como critério de aferição da má-fé.⁽¹⁵⁾

Se não houver dúvida objetiva e a parte, de má-fé, utilizar-se do recurso impróprio, de maior prazo, para superar a preclusão do recurso adequado, não será aplicada a fungibilidade recursal. Mas a não incidência do art. 579 do CPP não se dará por ser intempestivo o recurso, mas porque houve má-fé, identificável com o erro grosseiro, pela utilização do recurso em hipótese para a qual, claramente, não era cabível.

Assim, não é possível concordar com o posicionamento majoritário da doutrina processual penal que condiciona a aplicação da regra do art. 579 do CPP a ter sido o recurso equivocadamente interposto “no prazo concedido para o recurso que tem cabimento”.⁽¹⁶⁾ Tal solução é insatisfatória, como se pode facilmente concluir, na hipótese de o Tribunal considerar que o recurso adequado é o de maior prazo, mas a parte tenha interposto o recurso impróprio, além do seu prazo legal, mas dentro do prazo maior, do recurso adequado. Por exemplo, não é possível conhecer de embargos de declaração interpostos no 5º dia (além do seu próprio prazo, de 2 dias), ainda que no caso tenha sido

considerado adequado agravo regimental, cujo prazo legal é de 5 dias. O juízo de admissibilidade negativo dos declaratórios, nesse caso, não será por ausência de cabimento, que em tese poderia ser superado pela fungibilidade recursal, mas pela intempestividade de sua interposição.

Em suma, a interposição do recurso impróprio, no prazo do recurso cabível, não é requisito legal para a aplicação da fungibilidade recursal, segundo a regra do art. 579, *caput*, do CPP, que se limita a excluí-la no caso de má-fé. Por outro lado, se há efetivamente dúvida objetiva sobre o recurso cabível, e os prazos de interposição são diversos, não se pode inferir a má-fé simplesmente porque a parte se valeu do recurso considerado impróprio, de maior prazo, interpondo-o após o término do prazo do outro recurso cujo cabimento era adequado.

No tema em análise, há dúvida objetiva sobre o cabimento do agravo do Código de Processo Civil, no prazo de 10 dias (art. 544, *caput*), ou do agravo de instrumento da Lei 8.038/1990, com prazo de 5 dias (art. 28, *caput*). Interposto um ou outro, não se poderá cogitar de “erro grosseiro”.

Se o recurso considerado impróprio for interposto até o 5º dia, não se duvidará da aplicação do art. 579 do CPP. O problema surgirá – e foi essa a hipótese decidida pelo STF – quando o recorrente interpuser o agravo do art. 544 do CPC entre o 6º e o 10º dia após a intimação. Nesse caso, pela simples utilização do prazo mais dilatado, poder-se-á inferir má-fé? O agravante estaria revelando “*que não existe a intenção honesta de tentar a reforma da decisão, mas o vil propósito de agir com malícia, por via de erro grosseiro*”?⁽¹⁷⁾ As respostas devem ser, contundentemente, negativas.

Se erro houve, não se tratará de erro grosseiro e, muito menos, erro intencional ou doloso. Mais provável que o agravante, de boa-fé, tenha sido induzido a erro, plenamente escusável, em razão da edição da Resolução 451/2010 do STF. E, “*se não é grosseiro o erro, nem se pode inferir má-fé do simples excesso de prazo*”,⁽¹⁸⁾ não seria correto prejudicar o agravante “*por força de um erro para o qual não concorreu e que não pode corrigir*”.⁽¹⁹⁾

Enquanto os tribunais não decidirem, com segurança, qual o recurso adequado, garantindo o Direito a um processo previsível, não se poderá apenar o agravante com o não conhecimento do recurso interposto, quer tenha utilizado do agravo do art. 28 da Lei 8.038/1990, no prazo de 5 dias, quer tenha interposto o agravo do art. 544 do CPC, no prazo de 10. Nas palavras de **Alcides Mendonça Lima**, “*a atividade jurisdicional não deve desenvolver-se sob o signo da sorte ou do azar, ou das contingências ocasionais. Se possível, deverá ser uniforme. Na dúvida, porém, deverá prevalecer aquela que melhor resguarde o Direito dos litigantes, acolhendo suas comunicações de vontade, desde que não se vislumbre qualquer intuito doloso*”.⁽²⁰⁾

NOTAS

- (1) Um novo agravo contra decisão que não admite recurso especial e extraordinário no Processo Penal? – Reflexos da Lei 12.322, de 09 de setembro de 2010, no Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, 218, jan 2011, p. 16-18.

- (2) STF, Pleno, ARE 639.846 AgR-QO/SP, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, j. 13.10.2011, m.v.
- (3) MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. IV, p. 201.
- (4) BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 698.
- (5) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, t. XI, p. 50-51.
- (6) Porém, como ressalta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968, p. 49) embora “*a oscilação da jurisprudência é elemento que deve pesar em favor*” do recorrente, “*a inexistência de precedentes não exclui, por si só, a possibilidade de considerar-se ‘não-grosseiro’ o erro*”.
- (7) BARBOSA MOREIRA. *O juízo de admissibilidade...* cit., p. 49.
- (8) ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 94.
- (9) Nesse sentido: BADARÓ. *Um novo agravo...* cit., p. 17; GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 37 e 231; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4, p. 620.
- (10) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 1089-1090.
- (11) No sentido de que o prazo continua sendo de 5 dias: STJ, AREsp 26.589/MG, ARE 9.393/AC e AREsp 22.538/RJ. Em sentido contrário, considerando que o prazo é de 10 dias: STJ, AREsp 12.633/RJ.
- (12) STJ, AREsp 24.409/SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, cujo resultado parcial da questão de ordem é o seguinte: após o voto da relatora, pela fixação do prazo de dez dias e o voto antecipado do Min. Og Fernandes, pela fixação do prazo de cinco dias, pediu vista o Min. Gilson Dipp.
- (13) Nesse sentido: GRINOVER; MAGALHÃES GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES. *Recursos...* cit., p. 38.
- (14) Nesse sentido, no Processo Civil, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 142.
- (15) Também no âmbito civil, a doutrina majoritária defende a aplicação da fungibilidade mesmo no caso em que o recurso considerado impróprio tenha sido interposto no prazo mais amplo que o previsto para o recurso considerado adequado: BARBOSA MOREIRA. *O juízo de admissibilidade...* cit., p. 50-51; MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 250-259; NERY JUNIOR. *Princípios fundamentais...* cit., p. 140-144; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 117-118; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 236-239; ASSIS, Araken de. *Manual...* cit., p. 96; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2008, p. 154.
- (16) Nesse sentido: FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, v. II, p. 174; ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. V, p. 236-237; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. VI, p. 70; ACOSTA, Válder P. *O Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973, p. 345; BORGES DA ROSA. *Comentários...* cit., p. 698; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 345. Na jurisprudência: STJ, REsp. 1.098.670/SP, HC 12.667/SP; STF, RHC 74.044-8/CE.
- (17) MENDONÇA LIMA. *Introdução aos recursos...* cit., p. 245.
- (18) BARBOSA MOREIRA. *O juízo de admissibilidade...* cit., p. 51.
- (19) ASSIS, Araken de. *Manual...* cit., p. 93.
- (20) MENDONÇA LIMA. *Introdução aos recursos...* cit., p. 255.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSORES DA PRESIDÊNCIA:

Adriano Galvão

Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto Silva Franco

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES

DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilares

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Adriano Galvão

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo

Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira

Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho

Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CORRETORA DOS TRABALHADOS DE CONCLUSÃO

DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos

Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de

Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de

Vitto

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício

Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de

Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto

Pires Mendes

LEGEM HABEMUS

Marcos Zilli

"If you are neutral in situations of injustice, you have chosen the side of the oppressor"
(Desmond Tutu).

Primeiro de julho de 2002. Após o depósito, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, do sexagésimo instrumento de ratificação, finalmente entrava em vigor o Estatuto de Roma.⁽¹⁾ Para o homem que emergiu do pós-guerra, a data reveste-se de simbologia ímpar. Afinal, representou o ponto culminante de uma longa trajetória em direção ao estabelecimento de uma ordem penal internacional, que teve nos Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente o seu marco inicial. As experiências que se seguiram, destacando-se a dos Tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda, reforçaram as exigências de criação de uma Justiça Penal Internacional não seletiva e, portanto, fundada nas premissas da permanência e da universalidade.

O Tratado, cujo texto foi aprovado anos antes por ocasião da Conferência Diplomática de Plenipotenciários na cidade que lhe emprestou o nome, é expressão do alto consenso alcançado em torno da edificação de um poder penal capaz de resgatar o sentido da Justiça em favor das vítimas dos horrores cometidos em escala internacional. Não foram outras as razões que levaram a sua aprovação por 120 países.⁽²⁾ A ampla receptividade que se obteve é reveladora do consenso que se estruturou em torno de um padrão punitivo universal incidente sobre condutas que, pela alta gravidade e pela profunda dimensão do sofrimento causado, não poderiam permanecer impunes. São os exemplos dos ataques étnicos, raciais ou religiosos provocados com a intenção de destruir estes mesmos grupos, do extermínio de pessoas praticado de forma generalizada e sistemática, das violações ao direito humanitário e do uso da força armada por um Estado contra a soberania de outro. Todas estas ações, note-se, constituem meros exemplos do vasto campo do que se convencionou denominar de *core crimes* - genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão.

Embora o poder punitivo internacional atenda a um interesse claramente retributivo, a compreensão de seu sentido e alcance não pode ficar restringida a tal perspectiva. Como lembra **Kai Ambos**, é completamente inviável alcançar-se um balanceamento proporcional entre a gravidade dos crimes praticados e a sanção correspondente.⁽³⁾ De fato, como dimensionar uma justa responsabilidade penal no caso de recrutamento de milhares de crianças-soldado⁽⁴⁾ ou mesmo no extermínio de grupos étnicos ou ainda no deslocamento forçado de centenas de milhares de pessoas?⁽⁵⁾

É evidente que qualquer sanção dificilmente atenderia o requisito da proporcionalidade a ponto de mostrar-se adequada e suficiente em face da extensão do mal provocado.

Tais indagações não buscam desconstruir o sentido retributivo que permeia a nova ordem punitiva. Em realidade, suscitam novas reflexões. O fato é que não é possível descartar a presença de um sentido preventivo que se manifesta pelo desejo de não reiteração das atrocidades, pelo fim da banalização do mal e pelo expurgo da supremacia da crueldade. Por essa perspectiva, o estabelecimento da ordem penal internacional é um sinal de esperança. Esperança de construção de uma cultura de respeitabilidade da dignidade humana mediante a eleição de valores e bens jurídicos internacionais. Os ataques a estes bens são um ataque à consciência universal, sujeitando os seus autores, mandantes e/ou partícipes a uma responsabilização penal em escala internacional.

É certo que, ao sacramentar o movimento de ruptura do monopólio da jurisdição penal nacional, o Estatuto de Roma acabou projetando um regime punitivo bastante rigoroso para os crimes internacionais. Vem daí o repúdio aos mecanismos consagrados da impunidade e à afirmação da inafastabilidade do poder punitivo internacional, os quais se expressam pela imprescritibilidade⁽⁶⁾ e pela relativização da coisa julgada nacional.⁽⁷⁾ Tais aspectos, se por um lado revelam uma preocupação com a efetividade do poder punitivo e com o resguardo dos interesses das vítimas, por outro, trazem especiais dificuldades no gerenciamento dos processos de paz. Afinal, fixam um núcleo rígido e inquebrantável de valores sobre os quais qualquer manobra de negociação se torna inaceitável.

Independentemente das respeitáveis e percutientes críticas que, por vezes, são dirigidas ao modelo punitivo internacional,⁽⁸⁾ há avanços na fórmula adotada. Afinal, o princípio da legalidade penal, questão por demais sensível nos anteriores tribunais internacionais, foi finalmente respeitado. De fato, a ordem punitiva projeta-se para o futuro, alcançando os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma e, a princípio, apenas sobre aqueles Estados que tenham aderido ao novo sistema.⁽⁹⁾ As condutas ilícitas, por sua vez, foram definidas de maneira mais precisa, havendo, ainda, a complementação dada pelos

chamados elementos constitutivos do crime.

⁽¹⁰⁾A jurisdição do Tribunal Penal Internacional, por seu turno, rompe com a incômoda prática dos juízos de exceção, os quais foram sucessivamente adotados desde Nuremberg. Houve, ainda, uma tentativa de composição dos modelos processuais vigentes, estabelecendo-se um processo de característica marcadamente híbrida e, portanto, com concessões, tanto à estrutura processual da tradição anglo-saxônica quanto à europeia continental. As garantias processuais, por sua vez, não foram olvidadas. Ademais disso, foram ampliadas mediante a previsão de um rol a ser respeitado já mesmo no curso da fase preliminar de investigação.⁽¹¹⁾

Mas, de todas as significativas mudanças trazidas pelo Estatuto, sem dúvida, é o princípio da complementaridade aquela que desperta maior atenção. Com efeito, a afirmação do poder punitivo internacional não indica a sua primazia em face dos poderes punitivos nacionais. Nesse ponto, optou-se por mecanismos de estímulo à implementação, pelos Estados, dos valores estruturantes da ordem penal internacional. É esta a leitura mais importante que comporta a complementaridade. Ou seja, a adesão ao Estatuto implica não só o compromisso de cooperação para com o Tribunal Penal Internacional, mas também a adequação dos sistemas jurídicos nacionais de modo que o exercício de suas respectivas jurisdições frente aos crimes internacionais seja viabilizado. A tipificação interna destas condutas criminosas, a delimitação de regras de competência dos órgãos jurisdicionais e a previsão de procedimentos e mecanismos que assegurem a cooperação vertical são apenas alguns dos exemplos das tarefas assumidas pelos Estados. Nesse campo, a inércia, a omissão e a desídia das autoridades nacionais são interpretadas como descaso para com os valores internacionais, tornando admissível o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Por esse prisma, a implementação do Estatuto de Roma nos diferentes sistemas nacionais é ingrediente indispensável para que a nova ordem penal internacional seja efetivamente consolidada. Trata-se de um processo de natureza jurídico-política que envolve um conjunto de medidas a serem adotadas pelos Estados para que estes cumpram, em sua plenitude, os compromissos assumidos. Nessa seara, a

De qualquer modo,
há muito que se
comemorar
no ano em que o
Estatuto de Roma
celebra os dez anos
de sua vigência.
Afinal, o Tribunal
Penal Internacional
vem correspondendo
às expectativas
que alimentaram os
sonhos de
sua criação.

omissão pode conduzir ao reconhecimento da incapacidade dos sistemas internos em promover a responsabilização penal internacional, o que levaria, por consequência, à prevalência da jurisdição internacional. Mas é evidente não ser este o caminho que se deseja. Aliás, sequer é factível relegar-se ao Tribunal Penal Internacional tamanha incumbência. É evidente que nenhum órgão jurisdicional internacional seria capaz de suportar o processamento de todos os crimes internacionais.

A bem da verdade, a inércia dos Estados na implementação jurídica do Estatuto de Roma contraria o próprio sentido que alimenta o movimento de construção da ordem penal internacional. Afinal, o que se pretende é a edificação de uma comunidade universal de valores que venha fundada nas premissas da dignidade humana e na preservação da segurança e da paz mundial. A proteção desse núcleo rígido frente aos ataques mais atrozes é, portanto, exigência de primeira grandeza, o que supõe envolvimento coordenado de todos os atores. Nesse ponto, a omissão cria perigosas fissuras que podem prejudicar a efetividade do próprio sistema.

De qualquer modo, há muito que se comemorar no ano em que o Estatuto de Roma celebra os dez anos de sua vigência. Afinal, o Tribunal Penal Internacional vem correspondendo às expectativas que alimentaram os sonhos de sua criação. Atualmente, o sistema internacional vem dando cabo de investigações e de processos relacionados com fatos ocorridos em Uganda, na República Democrática do Congo, na República Centro-Africana, em Darfur (Sudão), no Quênia, na Costa do Marfim e, mais recentemente, na Líbia. Há ainda cinco acusados presos em caráter cautelar, além de treze mandados de prisão que aguardam cumprimento. Em alguns casos, a perspectiva de punição trouxe alento para milhares de vítimas, fez recrudescer os conflitos e reascendeu o sentimento de confiança na Justiça dos homens.

É preciso, no entanto, avançar e assegurar que todos os Estados exerçam o poder punitivo que a eles, por origem, compete. Para tanto, o processo de implementação há de ocupar a agenda nos próximos anos. Sem essa tarefa, o sistema será inevitavelmente deficiente, o que é preocupante. Afinal como lembra Ocampo,⁽¹²⁾ “*não haverá refúgio seguro para a vida e para a liberdade se não formos capazes de proteger os direitos de qualquer cidadão em qualquer país do mundo. E para proteger cada um deles, devemos proteger todos eles*”.

**PARTICIPE
POR ACREDITAR**

ACOMPANHE O IBCCRIM

twitter

facebook

NOTAS

- (1) Conforme art. 126, o Estatuto de Roma deveria entrar em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao final de sessenta dias contados da data do depósito do sexagésimo instrumento. Em 11 de abril de 2002, com o depósito concomitante de dez instrumentos, atingiu-se o número de sessenta e seis ratificações, abrindo-se, assim, o caminho para a efetiva vigência daquele Tratado.
- (2) Com sete votos contrários, a saber: China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia.
- (3) Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, n 12, 2003, p. 204.
- (4) Estimativas apontam para uma cifra em torno de 300.000 crianças-soldado ao redor do mundo. Nesse sentido, ver: <http://www.who.int/bulletin/volumes/87/5/09-020509/en/index.html>. Acesso em 18.11.2011.
- (5) Conforme Relatório apresentado ao Secretário Geral da ONU, em 2005, pela Comissão Internacional de Investigação em Darfur, Sudão (S/2005/60), as estimativas apontavam para o deslocamento forçado de quase dois milhões de pessoas, em um dos desastres humanitários contemporâneos de maior gravidade. Ver: http://www.antonio-cassese.it/italiano/reports/Report_int_comm_inquiry.pdf. Acesso em 18.11.2011.
- (6) Art. 29.
- (7) Conforme estabelecido pelo art. 20 do Estatuto de Roma, os julgamentos definitivos proferidos por outros Tribunais podem ser desconsiderados pelo TPI quando demonstrado que os processos foram conduzidos, tão somente, com o objetivo de assegurar a impunidade dos agentes.
- (8) Para DANIEL PASTOR, o modelo implementado está excessivamente calcado em uma visão punitiva extremada que desconsidera a luta histórica do Direito Penal em prol da contenção do exercício arbitrário do poder punitivo (*El poder punitivo internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Buenos Aires: Atelier, 2006).
- (9) Conforme previsto pelo art. 13 (b), ainda que um Estado não seja parte do Estatuto de Roma, é possível que o TPI exerça a sua jurisdição desde que o caso seja alvo de provocação por parte do Conselho de Segurança da ONU. E o que ocorreu no caso de Darfur, no Sudão, e, mais recentemente, na Líbia (Resoluções 1593/05 e 1970/11, respectivamente).
- (10) Além da tipificação dada pelos arts. 6, 7, 8 e 8bis do Estatuto de Roma, os *Elementos do Crime* constituem documento estruturante da ordem penal internacional, pois estabelecem um guia para a interpretação e aplicação daqueles tipos penais.
- (11) Conforme art. 55 do Estatuto.
- (12) Tradução livre de trecho do discurso proferido por ocasião da abertura da Conferência “Building a future on peace and justice” no dia 25 de junho de 2007 em Nuremberg (AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (eds.). *Building a future on Peace and justice. Studies on transitional justice, Peace and development*. Berlin: Springer, 2009, p. 13).

Marcos Zilli

Professor Doutor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Membro do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional.

COORDENADORIAS REGIONAIS

1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun,

Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA

DO IBCCRIM:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Alberto Alonso Muñoz, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Daniel Del Cid, Débora Thais de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Fabiano Yují Takayanagi, Fernanda Carolina de Araujo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leandro César dos Santos, Leopoldo Stefanino Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Ilg, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Paulo Victor Freire Ribeiro, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Thais Tanaka, Thaisa Bernhardt Ribeiro

PRODUÇÃO GRÁFICA:

PMark Design - Tel.: (11) 2215-3596

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

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

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”. “As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

QUANTO AOS CRIMES DO ART. 1º DA LEI 8.137, A DEFLAGRAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL É CAUSA DE MERA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL. O CÔMPUTO DA PRESCRIÇÃO NÃO PODE SER REINICIADO DO ZERO COM O SEU TÉRMINO.

Flavio Antônio da Cruz

A rotulação penal da evasão tributária está calcada no pressuposto utilitarista de que, com a ameaça de sofrimento, se garantirá o cumprimento do dever fundamental de pagar tributos.⁽¹⁾ Busca-se inibir, portanto, a figura do *free rider*.⁽²⁾ Não vem ao caso, aqui, discutir o (des)acerto dessa concepção repressiva. Busca-se, ao contrário, apenas evidenciar pontuais enganos na redação/aplicação da Súmula vinculante 24.

Publicada em 1965, a anterior Lei 4.729 etiquetara determinadas condutas como sendo crimes de sonegação fiscal. O interessante é ter em conta que, ao mesmo tempo em que impunham penas de, no máximo, dois anos de detenção e multa (exceção feita à pena aplicada aos servidores públicos, art. 1º, § 2º), os parlamentares limitaram-se a definir crimes “não materiais”. Importa dizer: delitos cuja consumação independe de um efetivo resultado externo, à semelhança da calúnia e da injúria.⁽³⁾

Sobreveio, porém, substancial alteração desse quadro, com a publicação, em dezembro de 1990, da Lei 8.137. Conquanto tenham mantido a rotulação penal de “meras condutas” (art. 2º), os legisladores também definiram crimes materiais no art. 1º daquele diploma, submetidos à pena de até cinco anos de reclusão e multa: “*Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas*”.

Permanece intrigante, sem dúvida, a adequada conjugação do art. 1º com o art. 2º daquela lei (na medida em que esse último dispositivo parece impedir a responsabilização a título de tentativa de algumas condutas aludidas no art. 1º). Outra questão interessante diz respeito à efetiva qualidade de “crime material”, dado que a sonegação de tributos trata muito mais do descumprimento de um dever de entregar quantia certa ao erário: não produz efetiva alteração do mundo empírico, ao contrário do que ocorre com um homicídio, uma lesão corporal ou com o dano. Em certa medida, é crime omissivo (deixar de pagar), ainda que antecedido de comportamentos comissivos, fraudulentos.

Desde a sua publicação, a Lei 8.137 tem suscitado grande polêmica quanto à indispensabilidade de que, para a deflagração de uma arguição penal, haja lançamento definitivo. Isso porque, como parece salutar em uma democracia, ninguém pode ser constrangido, com o uso do Direito Penal, a pagar tributos inconstitucionais ou ilegais. Isso suscitou, e ainda suscita, um conjunto de importantes controvérsias.

O *puncto dolens* está no fato de que, no di-

reito brasileiro, apenas o Poder Executivo possui atribuições para promover o lançamento fiscal (art. 142, CTN), além de remanescer distinção entre *obligatio* e crédito, alvo de crítica da doutrina tributária.⁽⁴⁾ Quando convocado, o Poder Judiciário pode, preenchidos alguns requisitos, desconstituir o lançamento viciado; não pode emitir outro em substituição.⁽⁵⁾ Há casos, todavia, em que os contribuintes estão obrigados a pagar tributos sem que haja verdadeiro lançamento: é o que se chama impropriamente de “autolancamento” ou de “lançamento por homologação”, que nada mais é senão pagamento de tributos sem prévia conferência pelo fisco.

Vê-se que, na sua origem, a Lei 8.137 acabava ensejando alguns problemas. Notificado pela Fazenda Pública a respeito de uma suspeita de evasão fiscal, o sujeito possuía o Direito Constitucional ao devido processo administrativo. Ato contínuo, no entanto, antes mesmo do encerramento daquela controvérsia, poderia deparar-se com um inquérito ou mesmo com uma denúncia por alegada sonegação. Não raro, representantes do Ministério Público denunciavam à vista apenas do estatuto societário da empresa e da desconfiância de evasão fiscal, sem prévia apuração criminal ou esgotamento do processo administrativo tributário.

Esse descompasso entre as etapas do processo administrativo de revisão (art. 150, § 4º, CTN) e do Processo Penal deu causa, então, a algumas alterações legislativas. Atente-se, *e.g.*, para o art. 83 da Lei 9.430/1996, que dispunha, na sua redação original, que a representação fiscal para fins penais apenas poderia ser encaminhada ao MPF quando proferida decisão final na esfera administrativa (o que vem definido no art. 42 do Decreto 70.235/1972). Esse dispositivo foi alvo da ADIn 1.571-1, proposta em 1997 pela Procuradoria-Geral da República, ao argumento de que dito comando violentaria a regra do art. 129, I, da Constituição, que reconhece a condição de *dominus litis* ao MP.

Ao apreciar o pedido de medida cautelar, naquela ADIn, o STF sustentou que, em *interpretação conforme*, aquele dispositivo legal não poderia ser compreendido de forma a inibir a atuação do Ministério Público. Tomando conhecimento de conjeturados delitos, a Procuradoria da República não estaria impedida de requisitar inquérito ou de ofertar denúncia (julgamento em 20.03.1997). Esse entendimento não durou muito tempo, contudo.

Julgando os HC 77.002-8/RJ e 81.611/DF, a Suprema Corte concluiu que a arguição penal apenas poderia ser deflagrada depois de esgotado o processo administrativo fiscal respectivo. Pesou,

naquela análise, a constatação de que, já naquele tempo, a legislação previa a extinção da punibilidade da conduta de quem, tendo inadimplido os tributos, acabasse por pagá-los integralmente, desde que antes do recebimento da denúncia (art. 2º, Lei 4.729; art. 14, Lei 8.137; art. 34, Lei 9.249; art. 15, § 3º, Lei 9.964 etc.).

Caso se permitisse ao MPF ofertar denúncias, quando ainda em curso o processo administrativo fiscal, isso teria como consequência constranger as pessoas a uma espécie de *solve et repetet*, de inconstitucionalidade manifesta. O Direito Penal acabaria sendo utilizado como braço armado do Estado-fiscal, de modo a impedir o democrático direito à discussão de alegadas dívidas tributárias por parte de contribuintes. Mesmo quando convictos de que o tributo seria indevido, os sujeitos sentir-se-iam premidos a pagar, a fim de evitar uma sempre estrepitosa e infamante arguição criminal.

Assim, revisando aquela primeira orientação (MC ADIn 1.571-1), o STF concluiu, ao julgar em definitivo a ação direta de inconstitucionalidade, que, sem que haja lançamento definitivo, não pode ser iniciada a arguição penal. Essa também foi a razão de ser da Súmula vinculante 24, editada em dezembro de 2009. Algo semelhante ocorre no âmbito dos crimes falimentares, que demandam prévia sentença de quebra para que as desconfiâncias públicas respectivas sejam alvo de persecução penal.⁽⁶⁾

Não há qualquer objeção a esse respeito.

Não há lastro, realmente, para se iniciar uma arguição penal enquanto o contribuinte esteja discutindo, na esfera administrativa, o pretense *quantum debeatur*. O problema é outro. Diz respeito à consumação dos crimes contra a ordem tributária. Para bem analisar isso, é indispensável uma pontual distinção: (i) quanto às exações submetidas ao lançamento *ex officio*, como o IPTU e o IPVA, sem que haja lançamento prévio, ninguém pode ser obrigado a recolher ditos tributos e, portanto, eventual fraude configurará tentativa inidônea (art. 17, CP) no que toca aos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137, sem prejuízo de responder por alguma outra infração autônoma; (ii) quanto aos tributos submetidos ao lançamento por homologação, o mais correto, *concessa venia*, é reputar o encerramento do processo administrativo como condição objetiva de procedibilidade e não como verdadeira elementar do tipo penal. E isso tem importantes consequências.

Explica-se. No julgamento do HC 81.611, houve um *obiter dictum* a partir de uma questão levantada pelo Ministro Néri da Silveira.

Questionava-se a respeito da prescrição. Os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso reputaram que sequer haveria que se cogitar de prescrição, pois o crime não se consumaria antes do encerramento do processo administrativo fiscal. A últimação ocorreria na data em que o lançamento se tornasse definitivo. Já o Ministro Sepúlveda sustentou, de sua parte, que a prescrição estaria suspensa. Segundo o Ministro Carlos Velloso: “*Suspensa, não. A prescrição ainda não começou a correr. Somente com a consumação do crime é que isto acontece*”.

Não se trata de um detalhe insignificante, porém. Como sabido, a suspensão implica *retomada* do cômputo da prescrição, aproveitando ao suspeito/acusado os prazos já decorridos; enquanto a interrupção importa o seu *reinício*.⁽⁷⁾ A diferença é gritante, portanto. Sobremodo quando se tem em conta que o fisco possui o prazo de até 05 anos (ou pouco mais que isso – art. 150, § 4º, parte final, c.c. art. 173, I, CTN) para promover o lançamento de revisão, de modo a conferir o valor recolhido.

Há acórdão (STF, HC 84.092) tratando do tema como condição objetiva de procedibilidade. E, por força disso, diante do que prevê a lei (art. 111, CP), a prescrição deve ser computada já na consumação do crime, ou seja, na data do vencimento dos tributos, quando a lei obriga o recolhimento antes da conferência pelo fisco (autolancamento).⁽⁸⁾ Simplesmente não há como aplicar o postulado civilista da *actio nata* em matéria penal por ausência de previsão em lei.⁽⁹⁾

O fato é que a Súmula vinculante 24 do STF parece partir de uma premissa distinta. Supõe que o crime de sonegação apenas se ultime na data em que o lançamento se torne definitivo (o que, se verdadeiro, implicaria na definição do termo inicial da prescrição – art. 111, I, CP). Porém, deixa em aberto um conjunto de questões:

(I) Como ficaria, diante desse pressuposto, a continuidade delitiva? Isso porque o art. 71 do CP apenas pode ser aplicado quando consumados vários crimes, em átomos distintos. Se há um único lançamento, há uma única consumação, ainda que existentes várias fraudes em datas distintas. Compare-se com a situação do estelionato, que se consuma em momento

único, ainda que existente um conjunto sequenciado de fraudes anteriores;

(II) Ademais, qual o fundamento para supor que servidores públicos estariam consumando crimes alheios? Note-se que essa questão não adere facilmente ao art. 13, § 1º, do CP;

(III) A vingar essa concepção, o crime pode consumir-se quando o agente já tiver falecido – anos depois disso, por sinal;

(IV) Como ficaria a conduta de quem, tendo praticado fraudes para sonegar tributo, seja favorecido pela decadência tributária? Sequer haveria crime? Parece muito mais razoável, em casos tais, supor tratar-se de crime impunível, à semelhança do que ocorre com crimes de persecução privada quando não há queixa. Há crime, destaque-se, mesmo quando se trate de crime impunível.

Sustenta-se aqui que, conquanto seja imprescindível o esgotamento do processo administrativo fiscal, trata-se de condição de procedibilidade, e não de elementar do tipo (ao contrário do que sinaliza a interpretação lexicográfica da SV 24). A consequência é que a prescrição deve ser computada a partir da data da consumação de cada crime (data de vencimento dos tributos, quando submetidos ao lançamento por homologação), restando suspensa com a deflagração do processo administrativo fiscal (art. 7º, Decreto 70.235) e *prosseguindo* o seu cômputo, *com preservação do prazo já decorrido*, tão logo o lançamento se torne definitivo (art. 42, Decreto 70.235). O fundamento legal é o art. 116, I, do CP c.c. art. 93 do CPP, ainda que essa consequência seja automática, sem carecer de deliberação judicial prévia (ao contrário do que ocorre com outras causas de suspensão da prescrição).

Daí que, *concessa maxima venia*, não há como concordar com os vários acórdãos que tem alocado o *termo inicial* do cômputo da prescrição na data do encerramento do processo administrativo fiscal, desconsiderando o átimo existente entre a consumação dos delitos e o início da causa de suspensão (e.g., STJ, HC 118.060, DJe 06.04.2009). Do contrário, repita-se, como ficará a questão da continuidade delitiva, que pressupõe necessariamente crimes consumados em momentos distintos?

Vingando a redação da Súmula vinculante 24, supondo tratar-se de elementar do tipo (e não de requisito processual) havendo um único lançamento definitivo, haverá uma única consumação e, portanto, crime único.

Logo, apenas reconhecendo que se trata de condição de procedibilidade e, portanto, de causa de mera suspensão do cômputo da prescrição – e não de verdadeiro início ou reinício dos prazos⁽¹⁰⁾ – é que se assegura alguma coerência na aplicação das importantes categorias do Direito Penal.

NOTAS

- (1) NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2009.
- (2) SOUZA, Suzana Aires de. *Os crimes fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 299-300.
- (3) DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 374.
- (4) AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 7. ed. Saraiva, p. 327-328. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 420-421. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14. ed. Renovar, p. 273. SANCHES, J. L. Sandanha. *Manual de direito fiscal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 257-258.
- (5) NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. Saraiva, 1995, p. 193.
- (6) Com destaque, porém, para o fato de que a Lei 11.101 trata expressamente da fixação do termo inicial do cômputo da prescrição (art. 182), ao contrário do que ocorre com a Lei 8.137. A prescrição, quanto aos crimes contra a ordem tributária, é regrada pelas disposições gerais do Código Penal.
- (7) RÉGIS PRADO. *Curso de direito penal*. 8. ed. RT, p. 661.
- (8) Quanto à data de consumação dos crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137, leia-se EISELE, Andréas *apud* MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. Atlas, p. 357. Ver, também, DELMANTO et al. *Leis penais especiais comentadas*. Renovar, p. 245.
- (9) Como já decidido pelas Cortes, ao apreciar a incidência da Lei 9.271/1996, a prescrição não pode ser submetida à analogia *in malam partem* ou à retroação *in pejus* (p.ex., STJ, REsp 199700282406, DJ de 06/10/1997)
- (10) A data do término do processo administrativo fiscal não é termo para início ou para reinício da prescrição, pois inaplicáveis os arts. 111 e 117 do CP no que toca à data do encerramento do processo fiscal. É, todavia, encerramento da suspensão da prescrição, com retomada do seu cálculo, a partir dos prazos já decorridos (não reiniciando, pois, do zero).

Flavio Antônio da Cruz

Doutorando em Direito do Estado – UFPR.

Juiz Federal.

PARTICIPE POR ACREDITAR

APROVADA RESOLUÇÃO DA OEA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS

Em 07 de junho de 2011, foi aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos a Resolução 2656, intitulada: “GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA: O PAPEL DOS DEFENSORES PÚBLICOS OFICIAIS”.

O documento, em sua introdução, recorda o tratamento internacional do direito ao acesso à justiça, bem como do necessário papel do Estado na concretização da assistência judiciária, enumerando diversas Cartas de Direitos que proclamam regras sobre o tema, para terminar fazendo algumas recomendações aos Estados-Partes da Organização.

Assim, o direito ao acesso à justiça foi reconhecido como direito fundamental pela OEA e o trabalho dos defensores públicos foi reconhecido como essencial para concretizá-lo. Destacando-se a importância da assistência judiciária gratuita, recomendou-se aos Estados que já a possuem, sua valorização e oferecimento de prerrogativas para proteção dos defensores públicos. Por fim, a Resolução incentivou os Estados que ainda não possuem Defensoria Pública a criá-la.

MODIFICAÇÕES ESTRUTURAIS DO SISTEMA PENAL ANTI-LAVAGEM: UM NOVO LUGAR PARA A TEORIA DAS NORMAS PENAIS?

Bruna de Castro e Silva, Eduardo Saad-Diniz e Leonardo Peixoto Barbosa

As modificações estruturais do sistema penal anti-lavagem – que receberam novo fôlego com a recente aprovação, em 25.10.2011, do substitutivo do Projeto de Lei 3.443/08 na Câmara dos Deputados, remetido ao Senado, o qual consiste basicamente em (1) aperfeiçoamento operacional do sistema de informações do COAF, com base em critérios de *eficiência*, e na (2) superação da comprovação dos delitos antecedentes e revogação do rol taxativo do art. 1º da Lei 9.613/98, determinando a persecução penal apenas a partir do critério da *proveniência da infração penal* – refletem as demandas por reação penal diante da complexidade dos fluxos financeiros ilícitos que compõem o sistema financeiro global.

De um lado, as modificações sugeridas visam à melhoria dos índices de resolução das práticas “suspeitas”, ainda fortemente marcados pelas *cifras negras*. De outro, o que interessa é conduzir a transição da “segunda geração” de leis anti-lavagem para a “terceira”. A estrita taxatividade de segunda geração parece pouco suficiente para a estabilização normativa, remetendo ao debate das ideias penais a reapreciação das normas como enunciados de *dever-ser*, um tanto mais afeitas à “*vocação de direção de condutas*”.⁽¹⁾

Mais especificamente, a ideia que rege a compreensão destas modificações consiste em comparar o grau de diferenciação entre as sofisticadas práticas de lavagem (incluindo aí a elevada diversificação de investimentos e o controle da disponibilidade e liquidez da proveniência ilícita)⁽²⁾ e a capacidade de rendimento funcional do sistema anti-lavagem; contrapõem-se, então, a especialização das formas de lavagem ao anacronismo institucional na formulação de políticas de combate e prevenção.

Em vista desta incapacidade institucional no combate e prevenção dos crimes de lavagem, o sistema anti-lavagem busca novos momentos de determinação da normatividade. As modificações são sintomáticas da tradicional cisão entre (1) *normas de conduta* e (2) *normas de sanção*.⁽³⁾ Esse movimento atual de determinação da normatividade do sistema anti-lavagem reposiciona (1) o problema da observância de condutas idôneas à caracterização da lavagem e põe em evidência (2) as dificuldades de institucionalização das normas de sanção. Corresponde à própria organização da teoria do delito, de tal forma que, ao assinalar um “valor substancial” às normas de conduta, as “normas de determinação” assumem a qualidade normativa por excelência, em detrimento das representações tradicionais da atribuição de responsabilidade por merecimento e necessidade de pena.⁽⁴⁾

Normas de conduta são veiculadas por meio da descrição adequada de um comportamento a ser observado, elas indicam e prescrevem o que se deve e o que não se deve fazer, orientando-se, preventivamente, para a realização de comportamentos futuros.⁽⁵⁾ Por *normas de sanção* entendem-se as descrições concebidas de modo retrospectivo e que prescrevem uma reação à desconfirmação da norma de conduta. Integram em si o elemento *punibilidade* da infração e subdividem-se em: comando principal (preceito primário) e sanção (preceito secundário).⁽⁶⁾ A relação entre conduta e pena pode ser entendida da forma seguinte: “*A conduta não deve ser e a pena a ela deve seguir*”.⁽⁷⁾

Na hipótese de insuficiência das normas de sanção, o reforço das normas de conduta condiciona-se pelo incremento da finalidade preventiva com base no aumento da complexidade das próprias estruturas normativas. Isso porque as normas de conduta orientam as relações interpessoais pelas próprias mediações normativas. Quer dizer: antes mesmo que a resposta punitiva se faça necessária, as condutas pessoais já se dão em conformidade ao direito, mediante “ordens de comportamento” e por meio da “*existência de diretivas de conduta e do dever de cumpri-las que recaem sobre os cidadãos*”.⁽⁸⁾

Assim é que a transição para a “terceira geração” avança no sentido da procedimentalização do sistema anti-lavagem,⁽⁹⁾ desde a perspectiva do reconhecimento do valor substancial das normas de conduta que atribuem sentido ao injusto de lavagem. Desta forma, a realização do injusto já seria suficiente para o preenchimento de sentido das normas de conduta, cuja procedimentalização leva, ao final, à “*subsunção de um comportamento como ‘punível’ ou ‘não-punível’*”.⁽¹⁰⁾

Sob esses pressupostos, as modificações estruturais do sistema penal anti-lavagem permitem a reposição de questionamentos bastante caros à teoria das normas penais. O novo lugar das normas penais viria para superar o déficit funcional das normas de sanção e propõe-se a recobrar o sentido das normas de conduta pelas vias da procedimentalização. Se assim for o caso das recentes modificações, cabe à interpretação doutrinária apegar-se a um plano de consciência em que as práticas de lavagem

de dinheiro não tripudiem das normas penais, mas que tampouco imponha deveres que reduzam os espaços de livre desenvolvimento da personalidade.⁽¹¹⁾

Assim é que a transição para a “terceira geração” avança no sentido da procedimentalização do sistema anti-lavagem,⁽⁹⁾ desde a perspectiva do reconhecimento do valor substancial das normas de conduta que atribuem sentido ao injusto de lavagem.

NOTAS

- (1) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas. Trad. Renato de Mello Jorge Silveira e Alamiro Velludo Salvador Netto. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 79, 2009, p. 137.
- (2) Com precisão, MOISÉS NAIM analisa as reformas financeiras que determinaram o aumento de complexidade das práticas de lavagem desde os anos 90: (1) abandono do controle cambial, com a dinamização das trocas cambiais; (2) abertura dos sistemas financeiros em razão das conversões cambiais livres; (3) aumento da competitividade internacional, facilitando a aceitação dos agentes de transações pouco discretas, “*particularmente se adotarem o negócio com um suborno ou uma taxa acima do valor de mercado*”; (4) informatização do sistema (NAIM, Moisés. *O ilícito*. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 129-130).
- (3) O desenvolvimento da teoria da norma originalmente como “ordem coativa do Estado”, com forte caráter prescritivo ou imperativo, aplicado por aquele que exercia o poder do Estado, conforme entendia HOBES. A escola analítica inglesa também a influencia posteriormente com base em J. BENTHAM com base na relação entre soberano e súdito e no transpasse da “*vontade superior*”, determinada por ações que direcionam o comportamento. Só então é que aporta o modelo de BINDING, de maior receptividade nas ideias penais: “*Karl Binding construyó una teoría sobre la suposición de que, tras el tipo penal, subyace cierta norma implícita que opera como orden (‘¡No matar a otro!’) y es independiente por completo de la consecuencia jurídica, es decir, rige sin tomar en cuenta la segunda parte de la ley penal*”. (SANDRO, J. La norma penal: ¿Enunciado prescriptivo o descriptivo? In: MAIER, J.; SANCINETTI, M. et al. [org.]. *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2011, p. 586-587).
- (4) SILVA-SÁNCHEZ, J. M. Diretivas de conduta... cit., p. 137.
- (5) HAFKE, Bernhard. El significado de la distinción entre norma de conduta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. In: SILVA-SÁNCHEZ, J. M. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Bosch: Barcelona, 1995, p. 133. “*Normas de conduta são normas que controlam o comportamento humano estabelecendo pautas definidas de antemão que o canalizam em uma direção determinada, estão dispostas de modo prospectivo, têm caráter generalizador e anti-utilitarista*” (SILVA-SÁNCHEZ, J. M. Diretivas de conduta... cit., p. 143).
- (6) HAFKE, Bernhard. El significado de la distinción... cit., p. 131.
- (7) JAKOBS, Günther. *As normas de Binding e a sociedade*. Trad. Eduardo Saad-Diniz (no prelo). “As expectativas incorporadas à norma se estabilizam tanto pela norma em si (na medida em que se afir-

mam como fundamentadoras de um dever) como pela imposição da pena, ou a aparição de alguma das suas equivalentes funcionais. Porém, precisamente por isso, o Direito Penal não pode deixar de considerar e integrar em seu sistema aquilo que poderia se caracterizar como seu maior 'êxito', que é a estabilização das expectativas sem penas, em virtude da mera manifestação do direito-dever, ao que se acresce a cominação de penas para o caso de violação" (SILVA-SÁNCHEZ, J. M. Diretivas de conduta... cit., p. 150).

- (8) SILVA-SÁNCHEZ, J. M. Diretivas de conduta... cit., p. 141 (ref. a H. Lesch) e 151. A exemplo do art. 10 da Lei 9.613/98. No âmbito da defesa da concorrência, parece também ser o caso do art. 4º, IV, a, b, c e d, da Portaria SDE 14/04, que institucionaliza comportamentos específicos para a integração do sistema de prevenção de infrações à ordem econômica.

- (9) Cf. a procedimentalização no sistema suíço antilavagem (EICKERT, Andreas. *Die Prozeduralisierung des Strafrechts*. Berna: Stämpfli, p. 168-203).

- (10) THEILE, Hans. *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahrensrecht*. Tübingen: Mohr, 2009, p. 81 (trad. livre).

- (11) Preocupação que vai no mesmo sentido dos limites dogmáticos e constitucionais recomendados em MELLO, Jorge Silveira: "Se o que se pretende é um Direito preventivo, e quanto a isso não parece haver divergência, torna-se um tanto dificultosa a realização de ingerências visando a prevenir situações, em abstrato, danosas. Ao se romper com princípios de taxatividade, para se dizer o mínimo, não se procurando ressaltar a evitabilidade danosa, cai por terra uma eventual política dirigida ao controle da ordem econômica. Ao invés desta, ter-se-á comprovada uma outra – de

intervencionismo irracional" (MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. *Direito Penal econômico como Direito Penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 180-181).

Eduardo Saad-Diniz

Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Bruna de Castro e Silva

Graduada da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Leonardo Peixoto Barbosa

Graduando da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

LINEAMENTOS POLÍTICO-DOGMÁTICOS SOBRE AS DISCRIMINANTES PUTATIVAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Marco Aurélio Florêncio Filho

As discriminantes putativas, ou também chamadas de erro quanto às causas de justificação, tratam do caso em que o sujeito age supondo a existência de uma situação de fato que, se existisse, tornaria legítima a sua conduta.

Na doutrina brasileira, não é pacífica a classificação do erro quanto às causas de justificação, existindo, portanto, duas correntes bem delimitadas doutrinariamente.

Os partidários da teoria estrita da culpabilidade afirmam que o erro sobre as causas de justificação é hipótese de erro de proibição, enquanto que os partidários da teoria limitada da culpabilidade afirmam que o erro quanto às discriminantes putativas tanto pode ser erro de tipo quanto erro de proibição, a depender do caso concreto.

A matéria suscita tantas discussões que **Bitencourt** chegou a afirmar que "na realidade, não seria exagero afirmar-se que o 'erro de tipo permissivo' constitui uma terceira espécie de erro. Seria um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto".⁽¹⁾

Para os partidários da teoria estrita da culpabilidade, o § 1º do art. 20 do CP encontra-se alocado incorretamente como hipótese de erro de tipo, tendo em vista que as discriminantes putativas serão sempre espécie de erro de proibição (erro de proibição indireto).

Já para os que adotam a teoria limitada da culpabilidade, as discriminantes putativas serão espécie de erro de tipo quando o erro se referir a uma causa de justificação existente (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito). Quando o erro versar sobre uma causa de justificação inexistente ou sobre os limites de uma causa de justificação, então, nesses casos, as discriminantes putativas serão espécie de erro de proibição.

Para os finalistas ortodoxos, o erro quanto

às causas de justificação será sempre hipótese de erro de proibição, ou seja, excluir-se-á sempre a culpabilidade, conforme os postulados da teoria estrita da culpabilidade.⁽²⁾

Apesar de **Bitencourt** levantar a hipótese de que as discriminantes putativas poderiam ser uma terceira espécie de erro, o autor deixa bem claro que o erro sobre as causas de justificação, em seu entendimento, é sempre hipótese de erro de proibição, ao afirmar que "(...) o erro de tipo permissivo não exclui o dolo de tipo, que permanece íntegro. Apenas, afasta a culpabilidade dolosa, se for evitável, e igualmente, a culposa, se for inevitável".⁽³⁾ Logo, percebe-se que o posicionamento de **Bitencourt** encontra-se em consonância com a teoria estrita ou rigorosa da culpabilidade.

Já os autores que se filiam à teoria limitada da culpabilidade afirmam que as discriminantes putativas podem ser erro de tipo (quando o erro incide sobre a situação de fato, que se existisse, seria acobertada por uma causa de justificação) ou erro de proibição (quando o erro incide sobre os limites ou a existência de uma causa de justificação). Para **Juarez Cirino dos Santos**, "a legislação brasileira disciplina o erro de tipo (art. 20, CP), o erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º, CP) e o erro de proibição (art. 21, CP) segundo os critérios da teoria limitada da culpabilidade".⁽⁴⁾

A teoria dominante atualmente na doutrina e na jurisprudência contemporâneas é a teoria limitada da culpabilidade.⁽⁵⁾

As consequências decorrentes da teoria

limitada da culpabilidade e da teoria estrita da culpabilidade são diversas quanto à aplicação da pena.

Conforme afirmado, se se adotar a teoria estrita da culpabilidade, o erro quanto às discriminantes putativas será sempre hipótese de erro de proibição. Assim, segundo o art. 21 do CPB, se o erro for inevitável, isentará o agente de pena, entretanto, se o erro for evitável, o agente apenas incidirá em uma causa de diminuição de pena, que poderá ser de um sexto a um terço. O dolo do agente, aqui, permanece íntegro.

Caso se adote a teoria limitada da culpabilidade, entretanto, o erro de tipo permissivo será hipótese de erro de tipo. Destarte, quando o erro incidir sobre uma causa de justificação existente e for inevitável, o agente não será responsabilizado criminalmente e, caso o erro seja evitável, apenas será responsabilizado se houver, para o tipo penal, a previsão culposa.

Ainda é importante destacar que no erro de tipo permissivo o agente pretende praticar um fato segundo o que dispõe a norma jurídica, ou seja, sua representação mental coincide com a representação do legislador, ou com o direito objetivo existente, entretanto erra sobre os pressupostos fáticos respectivos – a verdade dos fatos.

Juarez Cirino dos Santos diferencia o tratamento das discriminantes putativas com base nos critérios objetivos de valoração do comportamento ao afirmar: "(...) a) se o comportamento real do autor é orientado por critérios iguais aos do legislador, os defeitos de

No erro de tipo permissivo, diferentemente, a representação realizada pelo autor coincide com a representação do legislador, entretanto o agente erra quanto à verdade do fato, ou seja, o agente erra quanto à existência de circunstância fática, que se existisse, tornaria legítima a sua ação.

representação daquele podem ter por objeto ou a situação típica (erro de tipo) ou a situação justificante (erro de tipo permissivo): ambas as hipóteses excluem o dolo e admitem a possibilidade de punição por imprudência; b) se o comportamento real do autor é orientado por critérios desiguais aos do legislador, os defeitos de representação podem ter por objeto a valoração jurídica geral do fato (erro de proibição), com o efeito de excluir ou de reduzir a reprovação da culpabilidade, conforme a natureza inevitável ou evitável do erro”.⁽⁶⁾

Assim, acredita-se que, dogmaticamente, o posicionamento mais acertado é analisar o erro de tipo permissivo como espécie de erro de tipo, e não de erro de proibição.

O erro de proibição indireto, também conhecido por erro de permissão, configura-se quando o agente, mesmo conhecendo a proibição, acredita que sua conduta está regulada por uma causa excludente de ilicitude.

O agente erra quanto à existência de uma causa de justificação inexistente, ou erra quanto aos limites de uma causa de justificação existente.

O erro de permissão segue as regras do erro de proibição direto, não excluindo, portanto, a culpabilidade, quando o erro for evitável.⁽⁷⁾ No erro de tipo permissivo, diferentemente, a representação realizada pelo autor coincide com a representação do legislador, entretanto o agente erra quanto à verdade do fato, ou seja, o agente erra quanto à existência de circunstância fática, que se existisse, tornaria legítima a sua ação.

No erro de proibição indireto, o agente entende corretamente o fato, mas a sua representação do direito e do injusto contradizem a do legislador, visto que o agente cria uma discriminante putativa inexistente ou erra quanto aos seus limites.⁽⁸⁾

São exemplos de erro quanto à existência de uma causa de justificação os seguintes: quando o agente castiga corporalmente os filhos de outrem, por travessuras, pensando existir uma causa excludente de ilicitude para tanto, ou quando sabota recursos militares supondo existir um direito de promover a paz mundial, autorizando-lhe para tanto, incide em erro de proibição indireto.⁽⁹⁾

NOTAS

- (1) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106.
- (2) Nesse sentido, WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 196.
- (3) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição... cit.*, p. 106.
- (4) *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004, p. 227.
- (5) Neste sentido, leia-se SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria... cit.*, p. 225; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 499.
- (6) *A moderna teoria... cit.*, p. 226.
- (7) WESSELS, Johannes. *Derecho Penal: parte general*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 106.
- (8) WESSELS, Johannes. *Derecho Penal... cit.*, p. 106.
- (9) ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 871.

Marco Aurélio Florêncio Filho

Doutorando em Direito pela PUC-SP.

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

Professor da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

O FETICHE DO DOLO EVENTUAL

Israel Domingos Jorio

Para que servem os livros? Para que servem as teorias? Para que servem as pesquisas científicas?

Infelizmente, as indagações parecem admitir, como lastimável resposta, um sonoro “para nada”. Séculos de desenvolvimento teórico, incontáveis horas de estudo e páginas de pesquisa parecem ter perdido sua utilidade diante de uma vontade incontrolável de criar soluções que satisfaçam um anseio pessoal ou social por “justiça”. “Justiça”, nesse caso, entre aspas, eis que, em uma sociedade dominada pela “cultura do medo”, impera a ideia de que somente se faz justiça por meio da punição. Absolvição é impunidade; direitos e garantias fundamentais são obstáculos para que se faça “justiça”.

A mídia, que vive uma relação de simbiose com a violência, narra que a sociedade sangra, fomenta o pânico e induz à revolta. Sempre existiram a manipulação da verdade e o direcionamento tendencioso da notícia, postos a serviço de um lucrativo sensacionalismo. Atualmente, porém, desapareceu qualquer resquício de timidez: todas as notícias sobre crimes são levemente comentadas. Não bastassem os falsos “especialistas”, com seu mantra punitivo, temos os “âncoras” e as apresentadoras de programas de culinária e de futilidades do mundo artístico que julgam e condenam sumariamente, arriscando-se, inclusive, a usar expressões técnicas que lhes são absolutamente estranhas.

A sociedade, acuada e, agora, supostamente

consciente dos constantes riscos a que está submetida, passa a ter a obrigação de exigir das autoridades medidas cada vez mais drásticas. Não basta a lei penal; espera-se uma lei cada vez mais severa. Não basta a pena; espera-se uma pena cada vez mais alta. Não basta a condenação; espera-se a punição exemplar.

Se os crimes ocupam capas de revistas e muitas folhas de jornal, tomam boa parte do tempo nos telejornais e constituem tema específico de programas abjetos, vemos que os *delitos de trânsito*, há algum tempo, têm recebido grande destaque.

Os homicídios culposos na direção de veículo automotor, em especial, têm se revelado “uma pedra no sapato”. Principalmente os que envolvem a condução sob efeito de álcool e as disputas automobilísticas não autorizadas (“pegas” ou “rachas”). Não se questiona a necessidade de repensar a política criminal referente a tais delitos de trânsito. Afinal, de fato, cuidamos de infrações frequentes e que são dotadas de grande poder ofensivo. Nem por isso, porém, toda e qualquer medida se afiguraria legítima. Não se pode, a pretexto de incrementar a segurança no trânsito, desconsiderar premissas que embasam o Direito Penal. Depois, é um equívoco depositar todas as expectativas na punição. Nenhuma medida penal compensará a falta de fiscalização preventiva, por exemplo.

Mas o fato é que, impelida por um discurso midiático terrorista, a sociedade

exige (contraditoriamente) respostas rápidas e “eficazes” (entre aspas, pois, aqui, a eficácia é diretamente proporcional à intensidade da punição). É essa, para os profissionais e estudiosos do Direito, a hora da decisão: manter-se fiel à técnica e usar a ciência para formar soluções sólidas e fundamentáveis ou ceder à pressão da mídia e da sociedade para apresentar respostas imediatistas que, apesar de ilusórias, contam com altos índices de adesão em função de seu (exagerado) rigor punitivo?

O primeiro caminho é mais lento e, só por isso, já parece desagradar. Passa pela crítica racional da lei em vigor e tem como *resultado máximo* a sugestão de alterações legislativas. Sugerimos, por exemplo, a criação de majorante ou qualificadora para as hipóteses em que o homicídio culposo tenha sido cometido em contexto de embriaguez ou “rachas” etc. Até que a lei mude, todavia, por força do inafastável Princípio da Legalidade, teremos que arcar com aquilo que parece ser uma *proteção deficiente*.

O segundo caminho, por sua vez, é instantâneo: basta desprezar premissas teóricas basilares para aplicar tipos penais cujas sanções sejam mais graves. É um atalho sedutor. Nada de morosos trâmites legislativos. Para penas imediatamente mais severas, só é preciso chamar de doloso aquilo que é culposo. A impressão é a de que, se a conduta que é punida com pena máxima de 04 anos de detenção passar a ser punida com reclusão de 06 a 20 anos, “o Estado estará levando a sério o valor da vida e a

segurança no trânsito”. É por isso que se criaram algumas “fórmulas mágicas”. Confiáveis e fáceis de compreender, expressam a fome punitiva característica da sociedade contemporânea: “*direção + álcool = dolo eventual*” ou “*direção + excesso de velocidade = dolo eventual*”.

É fácil ver que se desenvolve, paralelamente à crescente *demonização do condutor embriagado*, um *fetichismo* pelo dolo eventual. A partir disso, tudo é dolo eventual. Tudo importa em assumir o risco. Atualmente, parece difícil criar exemplos críveis de homicídio culposo na direção de automóvel. Beber, correr, ultrapassar, avançar sinal... Tudo isso é assumir o risco de matar. Mas só de matar? Ninguém tem medo de morrer?

Será que todo condutor inconsequente está efetivamente preparado para assumir seu *pacote de desgraças*? Não apenas a morte do outro, mas a sua própria; não apenas a morte do desconhecido, mas a do seu próprio filho ou cônjuge, que o acompanha. Isso, além das perdas financeiras e dos diversos aborrecimentos policiais e judiciais que serão enfrentados. Esse condutor, pior que um psicopata, é um *psicopata suicida*. E seria ele tão estranho a nós? Não são nossos amigos ou nossos parentes? Não somos nós mesmos?

O que se tem, mais que um pensamento temerário, por embasar as decisões condenatórias em *presunções absolutas*, é uma convicção mentirosa. Se não nos identificamos com o estuprador, o latrocida, o corrupto, certamente não devemos nos esquecer de que somos, quase todos, *condutores*. Será que todos *condutores exemplares*?

A leviana “popularização” do dolo eventual é fruto de um misto de malícia, ignorância e hipocrisia. Malícia da mídia, ignorância do destinatário e hipocrisia de todos os que se arvoram paladinos da segurança. É o discurso apelativo. Difícil combatê-lo com técnica e teoria. Que ele ganhe espaço entre os leigos, parece ser inevitável. Mas como justificar seu crescente prestígio entre os profissionais e estudiosos do Direito?

É claro que o apego à teoria não pode engessar o Direito, brechar sua evolução ou a sua

adaptação à realidade. O Direito está a serviço da sociedade. As teorias jurídicas não devem romper com a realidade prática de modo a desatender os próprios fins para os quais foram construídas. Aliás, a transitoriedade das premissas e a revogabilidade das conclusões é uma característica essencial de qualquer ciência. Só que a mutação teórica é algo que se espera que seja feito com responsabilidade. É preciso que seja precedida de pesquisa e de profunda reflexão a respeito de seus impactos sobre o sistema. Se não se pode paralisar o Direito por apego excessivo à teoria, é evidente que não é possível abandoná-la totalmente, sob pena de criar-se um sistema cujas instituições se fundam *no vazio*.

Repelir pilares teóricos para dar soluções que expressem uma visão pessoal de “justiça”, sem que se busque fundamentar cientificamente o raciocínio empregado, representa uma *tendência megalomaniaca*. Ao arrepio de qualquer teoria, à margem de qualquer conhecimento científico e acima da lei que (pelo menos, supostamente) sobre eles se erigiu, reina, absoluta, a paixão pelo poder de fazer “justiça” imediata.

É claro que o Direito deve estar aberto a novas posições. É evidente que a revisão conceitual deve ser algo sempre possível. É só assim que se pode evoluir e assegurar que o Direito cumpra suas funções. É inegável, por exemplo, a importância do papel da jurisprudência na construção, na atualização e na submissão do Direito à realidade. Se o julgador não está obrigado a repetir os conhecimentos teóricos tradicionais, não está livre, de outro, para desprezar por completo a teoria.

Eis aqui o problema: segundo a Teoria do Delito, se o agente, apesar de plenamente consciente dos riscos de causar certo resultado lesivo, pratica a conduta, acreditando sinceramente que tal não se produzirá, atua com *culpa consciente*. A diferença para o dolo eventual é tênue e difícil de ser identificada em muitos casos práticos, mas ela existe, e, nos casos em que prevalecer a dúvida, é evidente que ela se resolverá em favor do acusado.

O Direito Penal não é aquilo que queremos que ele seja. Ele é um *sistema*, possui princípios, conceitos e premissas que norteiam sua estruturação e seu uso. Quem dirige veículo automotor em condição de embriaguez, excesso de velocidade ou disputando “rachas”, mesmo sabendo da probabilidade de causar a morte de alguém (e a sua própria), mas acreditando (ainda que estupidamente) que tal resultado não ocorrerá (parece ser a regra, a menos que partamos do raciocínio do *psicopata suicida*), age com culpa consciente. A menos que se prove a assunção do risco, não se pode afirmar o dolo eventual. Se essa prova é difícil, esse não é um problema do réu, tampouco algo que possa ser usado em seu desfavor.

No afã de dar respostas “aceitáveis”, somos tentados a encurtar caminhos e criar atalhos. Recente decisão do STF (HC 101.698/RJ),⁽¹⁾ que associou o dolo eventual ao “racha”, pode representar esse atalho. Só lembramos que a decisão, em que pese a respeitabilidade de seu prolator, não representa verdade absoluta. Felizmente, não é vinculante. E esperamos que não seja seguida, acriticamente, por todos os membros do judiciário. Que os juízes decidam conforme suas consciências e convicções, mas que não se esqueçam de abrir um bom livro antes. E se quiserem inovar, decidindo contrariamente à teoria, que o façam somente após explorar as regiões áridas e enfrentar as questões espinhentas da dogmática penal. Não se pode decidir sem robusto amparo teórico. Afinal, para que servem os livros? Para que servem as teorias? Para que servem as pesquisas sobre a Ciência do Direito?

NOTAS

- (1) HC 101.698/RJ - Relator Min. Luiz Fux – j. 18.10.2011 - publicação em 30.11.2011.

Israel Domingos Jorio

Professor de Direito Penal da FDV, da Escola da Magistratura do ES e da Escola do Ministério Público do ES.
Advogado.

PARTICIPE POR ACREDITAR

XI EDIÇÃO - COMPETIÇÃO CARLOS VÍCTOR GARCÍA MORENO - CVGM

Com o apoio do Tribunal Penal Internacional e da Corte Interamericana de Direito Humanos, entre outras Instituições, a Competição Carlos Víctor García Moreno chega à XI Edição, em que é simulado um julgamento do Tribunal Penal Internacional por meio da utilização de um caso hipotético, em que os estudantes, em equipes, atuam como representantes das partes na lide (defesa, acusação e vítimas) perante juízes que decidirão acerca do desempenho dos participantes. Instituições dos mais diversos países mantêm equipes representando-as na CVGM com o intuito de promover o conhecimento de seu corpo discente, bem como sua representatividade no cenário acadêmico. Pela primeira vez na história da competição, o Brasil terá uma etapa nacional, em que as instituições brasileiras poderão constituir sua equipe para representá-las em sua etapa nacional, classificatória para a segunda etapa, internacional, em que as equipes disputarão a oportunidade de chegar à etapa final, na sede do Tribunal Penal Internacional, em Haia, com o julgamento de juízes do Tribunal.

Inscrição: até 15 de Fevereiro de 2012 pelo site: www.tpimootcourt.com.br.

Informações: www.tpimootcourt.com.br ou suporte@tpimootcourt.com.br.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O DIREITO PENAL DO RISCO

Pedro Paulo da Cunha Ferreira e Andressa Paula de Andrade

O atual arquétipo social encerra-se na ruptura do modelo industrial de produção e desenvolvimento técnico para ceder espaço ao aperfeiçoamento cada vez mais crescente na oferta de bens e serviços, com o objetivo primordial de incrementar a qualidade de vida e o bem-estar individual e coletivo. Algumas dessas alterações marcam um processo complexo, designado como *pós-modernidade*, característico das sociedades ocidentais mais desenvolvidas ou daquelas em franco processo de desenvolvimento.

Acreditava-se, todavia - hoje sabidamente de forma equivocada -, que essa transição, mormente em razão da retórica do progresso das condições socioculturais, fosse majoritariamente benéfica e despida de quaisquer efeitos colaterais indesejáveis ou notadamente relevantes ao organismo social. A imprevisão dos resultados decorrentes de atividades dirigidas, inicialmente, a fins positivamente valorados faculta a assertiva de que essa sociedade pós-materialista apresenta destino incerto e não comporta, portanto, apenas dividendos salutares. Aduzem-se haver, igualmente, consequências sintomáticas de perene contingência de efeitos negativos que mantém seus membros na habitual expectativa pelo denominador comum resultante entre a incerteza e o aludido modelo social, qual seja, o risco.

O paradigma presente é expressão visível da prevalência de um dos polos da dicotomia passado-presente, quando projetados na condição humana, que polariza⁽¹⁾ dois aspectos antagônicos na maneira existencial do homem. A superioridade da *vita activa* em confronto com a *vida contemplativa* faz dele um agente produtor, ativo e modificador da realidade circundante, afastando-o da posição de mero espectador das alterações produtivo-naturais para auto elevar-se ao *status* de construtor de sua própria inquietude.

A migração da anterior etapa de inação criativa a posterior de inquietação permanente gera, diametralmente, uma lógica eticamente indiferente por parte dos agentes produtores do risco a respeito de sua repercussão nociva e futura, cujos efeitos decorram de dados probabilísticos de eventual dano e derivam ordinariamente do desenvolvimento das tecnologias de alta complexidade. A estas referem-se, malgrado não taxativamente, aquelas relacionadas ao desenvolvimento da biotecnologia, visto que manejam técnicas incidentes sobre organismos, componentes, reagentes - químicos ou físicos e elementos orgânicos e inorgânicos - que possam afetar *a um só tempo tanto o meio ambiente quanto a saúde humana*.⁽²⁾ A despreocupação com o destino das consequências

do risco, neste sentido particular, dá-se em razão do choque do qual gravitam interesses diversos, preponderantemente aqueles de cunho econômico e mercadológico.

Dessa construção observa-se que a presente expectativa de dano é hoje originária, primordialmente, de causas artificiais ou externas às forças naturais, o que resvala num caráter antropológico da gênese do perigo, em cuja expressão social, eclode na ideia do risco. Perigo e risco vinculam-se, respectivamente, à naturalidade e à artificialidade da causa do dano, conquanto refiram-se ambos à causação de um prejuízo sensivelmente perceptível, porém ainda incerto de sua exata projeção, materialidade e extensão.

É neste cenário de incerteza de que se desdobra um dado relevante à sobrevivência das próprias atividades precursoras do risco, tendo em conta que sua aceitabilidade e suportabilidade social são inversamente proporcionais à menor confiança prestada ao progresso desenvolvimentista das ciências. O método científico, em que pese sua pretensão de busca da verdade, realiza-a, algumas vezes, de modo errôneo ou inconcluso, deixando imprevisível, pois as consequências possivelmente decorrentes de um determinado desdobramento causal. Logo, quanto maior a imperfeição técnica ou a desconfiança sobre sua falibilidade, mais elevada a resistência à assunção comunitária da distribuição da carga dos riscos, o que potencializa as exigências de medidas para seu controle.

Em razão da possibilidade de que esses riscos incidam sob o núcleo essencial de bens jurídicos penalmente consagrados é que exsurge a rearticulação dogmática e político-criminal estruturante do denominado Direito Penal do risco.

Com efeito, essa configuração origina, nos enunciados dogmáticos e nas orientações da política criminal, o encurtamento dos espaços do chamado risco permitido ou a exasperação dos limites do risco penalmente relevante.⁽³⁾ É evidente que esse realinhamento da política jurídico-penal abrange - quando realizado de modo desorganizado, a saber, sem qualquer *fundamento* e *limite* - efeitos perniciosos, compreendidos no movimento de expansão do Direito Penal, e, portanto, incompatível e contraproducente à manutenção de sua missão de tutela seletiva de valores elementares à vida comunitária.

Em realidade, o juízo de tipicidade, nesses termos, cumpre uma de suas funções nomeada *distributiva*.⁽⁴⁾ Essa realiza a atribuição e a distribuição de certos custos àqueles que pretendam atuar no âmbito de uma atividade perigosa, submetendo-os, assim, a adoção obrigatória das medidas de cuidado que sejam subjetiva e objetivamente necessárias à evitação da concreta lesão ao bem jurídico. Logo, não há incompatibilidade sustentável entre a dita função do tipo e a vigência dos consagrados princípios orientadores do Direito Penal de garantia, quando aquela é exercida nas seguras fronteiras da necessária, adequada e legítima tendência de modernização do Direito Penal, desacredita-

tado, a bem da verdade, por um discurso opositor de resistência de natureza ideológica e política.

Aquela apregoa que o Direito Penal seja disposto de tal maneira a satisfazer a tutela dos interesses úteis e eticossocialmente relevantes frente às situações, até então, inéditas de periclitização. No enquadramento do movimento de modernização, há condições fiáveis que prestem ao papel de fundamento e limite da intervenção punitiva, ao assimilar a justaposição do Direito Penal às novas realidades sociais sem, para tanto, compartilhar da ruptura massiva dos fundamentos do Estado de Direito.

Isso se dá, *v.g.*, através do recurso ao chamado *princípio da precaução*, o qual, por meio de sua recepção político-criminal, presta-se ao papel de barreira à imprecisão dos nexos causais e delimitador dos contornos da conduta potencialmente ofensiva. Tal função lhe confere, assim, capacidade de, simultaneamente, justificar e negar a legitimidade a determinadas tipificações construídas a partir da técnica dos delitos de perigo, especialmente os de perigo abstrato.

A referida diretriz principiológica busca, nessa formulação, estabelecer pautas de juízos valorativos de perigo incidentes a determinadas condutas, ainda que suas relações de causa e efeitos (potencialmente) danosos não tenham sido totalmente estabelecidas cientificamente. Restam, portanto, incertas suas reais consequências quanto à lesividade material para certos bens jurídicos, o que, não raro, inviabiliza, a espera por estágios de dano efetivo ou mesmo de perigo concreto.

A precaução constitui ferramenta de otimização de proteção de bens jurídicos no âmbito penal, ao adaptar a realidade ontológica dos riscos atuais à escala valorativa de perigo na qual se adere.

Tais valorações são capitaneadas a partir de uma escala variável de ofensividade (dano, perigo concreto e perigo abstrato) mutável *de lege ferenda* em confronto com dados empíricos oferecidos, na medida em que os conhecimentos técnicos avançam quanto à previsão da causalidade de seus procedimentos.

É precisamente dessa forma que o princípio da precaução funciona como instrumento de racionalização no marco do Direito Penal do risco. Isso ocorre ao passo que a motivação para a existência do injusto construído exclusivamente pelo desvalor da ação nos crimes de perigo abstrato – e por isso desequilibrado com relação ao desvalor do resultado – é admissível, quando a finalidade da tipificação é a salvaguarda dos bens jurídicos contra os riscos que têm como *potências destinatárias uma multiplicidade de indivíduos*.⁽⁵⁾

A precaução constitui ferramenta de otimização de proteção de bens jurídicos no âmbito penal, ao adaptar a realidade on-

tológica dos riscos atuais à escala valorativa de perigo na qual se adere. A administração dos mecanismos de cautela é hábil a oferecer condições de reformulação típica perante as variações de resultado próprias das ciências e de sua metodologia de trabalho.

Essa gradação adianta-se à superveniência do perigo e não acarreta qualquer insegurança normativa, pois privilegia um princípio metajurídico pertencente não exclusivamente ao Direito Penal, mas à toda a ordem jurídica, uma vez que *o direito serve à regulamentação dos fatos da vida (ubi societas, ibi jus)* e, por isso, deve seguir suas variantes e variações.

NOTAS

- (1) ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20-26.
- (2) ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In: *Modernas tendencias en la ciencia de Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: UNED, 2001, p. 86.
- (3) Cf. MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-*

-penal do perigo proibido e do risco permitido. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 193-373.

- (4) PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 3, v. 9, sep./dic. 1996, p. 929. LUIS LUJÁN, José; LOPEZ CEREZO, José Antonio. La dimensión social de la tecnología y el principio de precaución. *Política y Sociedad*, 3, v. 40, p. 53-60.
- (5) GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno*. México: UBIJUS, 2011, p. 90.

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR). Especialista em Ciências Penais pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

Andressa Paula de Andrade

Acadêmica do 4º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR).

SOBRE A ATUAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO NO INQUÉRITO POLICIAL: A POSSIBILIDADE DE REQUISITAR A PRODUÇÃO DE PROVAS E A REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS EM BENEFÍCIO DO INDICIADO ASSISTIDO

Diego de Azevedo Simão e Domingos Barroso da Costa

Nunca é demais destacar a importância das investigações preliminares para o Processo Penal. Afinal, de seus resultados depende a propositura da ação penal, cuja aptidão para deflagrar o processo se vincula à coleta de elementos mínimos que comprovem a prática do crime, indicando quem para ele concorreu, com o que se legitima a acusação formal.

No Brasil, é inegável que a práxis alçou o inquérito policial ao posto de principal procedimento investigatório, ficando sua condução atribuída às autoridades policiais civis estaduais e federais, no exercício de suas funções de polícia judiciária, na apuração de infrações penais (art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF/88).

Diante disso, pode-se afirmar que o inquérito policial se caracteriza por ser *“procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado”*.⁽¹⁾

Certo, portanto, que o modelo constitucional eleito atribuiu à autoridade policial a titularidade do inquérito policial, de maneira que cabe a ela dirigir o rumo das investigações por ele encetadas, adotando as providências indicadas nos arts. 6º e 7º do CPP.

Apesar dessa titularidade, observa-se que o Código de Processo Penal, em seu art. 13, inciso II, determina à autoridade policial o cumprimento de diligências requisitadas pelo juiz ou Ministério Público, diligências estas que devem ser cumpridas pela autoridade policial, ainda que não esteja o delegado de polícia funcionalmente subordinado ao magistrado ou promotor de justiça. E, se, por um lado, as requisições do Ministério Público e do juiz são vinculantes, por outro, nos termos da lei processual penal (art. 14, CPP), o atendimento pela autoridade policial de eventual diligência requerida pelo Defensor Público em defesa do interesse do indiciado assistido é meramente facultativa.

Esse desequilíbrio dos poderes de acusação e defesa — sem mencionar o nítido amparo ao ativismo judicial — bem desvela a inspiração fascista de nosso Código de Processo Penal, que ainda resiste, embora em nítido descompasso com o sistema acusatório inaugurado pela Constituição de 1988. Tal constatação não impede que se reconheça o inquérito policial como procedimento *naturalmente identificado* com

a acusação, a qual deve municiar, contudo, entendemos que não se pode resumi-lo, de forma simplista, a esse desiderato.

Afinal, o próprio indiciamento requer justa causa,⁽²⁾ e, assim sendo, para que possa legitimar a propositura da ação penal, necessário que o inquérito policial possibilite a superação de alguns obstáculos, que se expressam, principalmente, pelo princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF.

Aury Lopes Jr. ensina-nos que *“... a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se*

a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente”.⁽³⁾

Nesses moldes, a partir de uma análise constitucionalizada de nosso sistema processual penal, fica evidenciado o impedimento à autoridade policial de negar a providência

(...) fica evidenciado o impedimento à autoridade policial de negar a providência requerida pelo indiciado, sob o simples e imotivado argumento de que o inquérito se destina apenas à formação de convicção da acusação.

requerida pelo indiciado, sob o simples e imotivado argumento de que o inquérito se destina apenas à formação de convicção da acusação.

Por essa razão, faz-se necessário interpretar o art. 14 do CPP, no que tange aos pedidos de diligências requeridas pelo indiciado, de acordo com a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88), em razão do que entendemos ser necessário assegurar ao investigado uma atuação efetiva no procedimento investigatório, ainda que limitada aos pedidos de produção de prova e realização de diligências que contribuam para o esclarecimento dos fatos. Em consonância com o espírito constitucional, defensável, portanto, que se introduza no Código de Processo Penal dispositivo legal que garanta ao indiciado uma tal participação, máxime em se considerando a repercussão negativa que lhe traz o inquérito policial.

Mesmo que isso ainda não seja uma realidade em termos de Código de Processo Penal, entendemos que ao Defensor Público cabe valer-se da prerrogativa que lhe é deferida pelo inciso X do art. 128 da LC 80/94,⁽⁴⁾ a fim de garantir ao indiciado/assistido o direito à produção de provas na fase pré-processual, requisitando à autoridade policial (autoridade pública) diligências investigatórias, tais quais inquirição de testemunhas, juntada de documentos, enfim, quaisquer diligências possíveis e necessárias eficazes em assegurar, no âmbito do inquérito policial, o exercício do direito de defesa pelo indiciado assistido.

Como se vê, é prerrogativa funcional do Defensor Público o poder de requisitar de autoridades públicas e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições, incluindo-se, dentre elas, o acompanhamento de inquérito policial,

inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado (art. 4º, XIV, LC 80/94). Ainda, cabe a ele atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais (art. 4º, XVII, LC 80/94).

Some-se a isso o fato de ser objetivo da Defensoria Pública a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 3º, IV, LC 80/94), de maneira que as prerrogativas que lhe são deferidas – como o poder de requisição a que se refere – nada mais são do que instrumentos colocados à disposição do Defensor Público para o alcance dos objetivos institucionais, quais sejam, a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Ante o exposto, forçoso concluir que o Defensor Público, no âmbito do inquérito policial, poderá – e deverá – requisitar da autoridade policial quaisquer diligências investigatórias que importem ao esclarecimento dos fatos e à defesa do assistido. Diga-se, inclusive, que a paridade de armas elementar ao contraditório há de produzir efeitos desde a fase pré-processual, devendo ser assegurada à defesa o exercício de sua capacidade investigativa, que, no caso da Defensoria Pública, é prevista em lei complementar. Dá-se, assim, concretude ao princípio da presunção de inocência, na medida em que se incrementam os meios capazes de ampliar o controle eficaz de ações penais temerárias, pois não esqueçamos, “a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar”.⁽⁵⁾

NOTAS

- (1) TÁVORA, Nestor; ANTONINI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 72.
- (2) “Até mesmo para o ato de indiciamento, que vem a ser uma formalização da situação do investigado em inquérito policial, é possível reclamar-se a presença de justa causa, que logo veremos tratar-se, ou poder tratar-se, de uma condição da ação penal. É que também o indiciamento impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente. Vai nesse sentido a decisão do STF, que, embora relativa a indiciamento de deputado federal – feito pelo Procurador-Geral da República –, pode ser aplicada em relação a qualquer outro acusado (Inq. 2.041/MG, Rel. Celso de Mello, em 06.10.2003). Aliás, a rigor, o indiciamento somente deveria ser realizado após a conclusão das investigações da autoridade policial, para fins da elaboração do relatório final acerca do material indiciário recolhido, consoante se pode extrair da leitura do art. 6º, V, do CPP (oitiva do indiciado após a coleta de toda a prova disponível)” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 32).
- (3) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 224.
- (4) Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994: “Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: (...) X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”.
- (5) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 224.

Diego de Azevedo Simão

Especialista em Direito Processual Penal.
Graduado em Direito pela UNIVALI.
Assistente de Promotoria de Justiça – MPSC.

Domingos Barroso da Costa

Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.
Especialista em Criminologia e Direito Público.
Graduado em Direito pela UFMG.

A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS: ENTRE A DEVASSA E A CAUTELA JURISDICCIONAL

Guilherme Rodrigues Abrão

A importância da flexibilização de direitos e garantias fundamentais, não só na fase processual, mas fundamentalmente na fase pré-processual, é assunto de notável importância, ainda mais quando se está a verificar que a quebra dos sigilos bancário e fiscal é cada vez mais adotada na sistemática da investigação criminal de fatos aparentemente criminosos, o que deve ser, inevitavelmente, analisado com certa cautela, pois é exatamente na fase preliminar, como coloca **Binder**, que, via de regra, “as possibilidades de abalar todas as garantias processuais ocorrem, primor-

dialmente”.⁽¹⁾

O acesso a dados sigilosos, notadamente aos dados referentes aos sigilos bancário e fiscal de pessoas físicas e jurídicas, é medida que, de acordo com os ditames de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, deve (deveria) ser medida excepcional em uma investigação criminal. Ou seja, somente em casos excepcionais e indispensáveis para a elucidação dos fatos é que a autoridade investigativa deveria requerer, de forma fundamentada, ao Poder Judiciário a quebra de tais dados sigilosos.

É inegável que o acesso aos dados bancários e fiscais pode ser de fundamental importância na fase de investigação, especialmente quando se investigam fatos atrelados à denominada criminalidade moderna. Além disso, a prova constituída a partir do acesso a tais dados será não só de relevância para o oferecimento de denúncia por parte do órgão acusador, mas também para, muitas vezes, motivar eventual veredicto condenatório, haja vista o significativo valor probante de tais dados. Todavia, esse poder de devassa deve ser analisado de acordo com um contexto

que preserve a intimidade e a privacidade do cidadão-investigado, pois a característica marcante da quebra de tais dados sigilosos teria que, inequivocamente, estar atrelada à excepcionalidade da medida e ao interesse público na investigação de fatos aparentemente criminosos.⁽²⁾

Ainda, a quebra dos sigilos bancário e fiscal ganha importante repercussão no momento em que se verifica que não só a autoridade policial está a investigar fatos tidos como criminosos, mas é cada vez mais comum a investigação por outros órgãos estatais, como o Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito e a Receita Federal, que se não investigam diretamente fatos criminosos, permite asseverar que de suas investigações decorrem reflexos e consequências por demais importantes na seara criminal. Nesse ponto, **Grandinetti** bem reconhece que “*geralmente, os problemas advindos das quebras dos sigilos acima referidos decorrem das autoridades que decretam as referidas quebras: as Comissões Parlamentares de Inquérito e o Ministério Público*”.⁽³⁾

É preciso reconhecer que não há nenhum dispositivo legal que proíba o acesso direto dos órgãos responsáveis pela investigação aos dados bancários e fiscais guardados até então em sigilo. Há, sim, uma construção jurisprudencial, pacificada no Supremo Tribunal Federal, a qual (nem sempre) todos os tribunais pátrios aderem, no sentido de preservar tais dados, até ordem judicial fundamentada em sentido contrário, calcada no direito fundamental à intimidade e à privacidade (“*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” – art. 5º, inciso X, da CF/88), inseridos na lógica maior da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Cabe esclarecer, então, que o direito a ter os dados bancários e fiscais mantidos em sigilo não é um direito absoluto, podendo, em determinadas hipóteses, ser flexibilizado/relativizado com a intenção de que os órgãos responsáveis pela investigação criminal preliminar, desde que autorizados pelo Poder Judiciário, analisem tais informações que possam vir a auxiliar e elucidar alguma atividade criminosa. Porém, a quebra dos sigilos bancário e fiscal deve dar-se somente com autorização do Poder Judiciário (ou assim deveria ser), pois este

teria o monopólio da primeira e a última palavra (**Canotilho**).⁽⁴⁾

Diante do quadro constitucional de respeitar-se a dignidade da pessoa humana e, no caso da proteção de dados bancários e fiscais, também observar-se a proteção à intimidade e à privacidade, é imperioso reconhecer que os órgãos responsáveis pela investigação (polícia, MP, CPIs, Receita Federal...), caso imprescindível para a tarefa investigativa, requeiram de forma fundamentada ao Poder Judiciário a quebra dos sigilos bancário e fiscal do investigado, pois somente a autoridade judicial deve (deveria) decidir sobre a flexibilização/relativização de direitos e garantias fundamentais.⁽⁵⁾

Portanto, as autoridades investigativas não podem (poderiam) quebrar os sigilos bancário e fiscal, daquele que é alvo da investigação, de forma direta, sem antes formular pedido devidamente fundamentado à autoridade judicial, a qual deverá decidir, também de forma fundamentada, sobre a (im)possibilidade de acesso a tais dados, evitando, por conseguinte, devassas indiscriminadas na vida dos investigados. Logo, a quebra dos sigilos bancário e fiscal é matéria afeta única e exclusivamente ao Judiciário, o que também permite afirmar, especificamente sobre a investigação conduzida pelas CPIs, que da mesma forma se deverá proceder, levando-se a concluir pela inconstitucionalidade do art. 4º, §1º, da Lei Complementar 105/01, que equivocadamente permite o acesso direto dos dados sigilosos pelas CPIs.

Enfim, é preciso reconhecer o investigado como sendo sujeito de direitos e não mero objeto a mercê da investigação, a fim de que direitos e garantias fundamentais (a todos reconhecidas) sejam preservados e respeitados, pois é na fase preliminar e na fase processual que se deve proteger o mais débil frente aos eventuais abusos do Estado (**Ferrajoli**). Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, responsáveis pela investigação criminal, de forma direta ou não, procedam a devassas indiscriminadas nos dados bancários e fiscais do investigado, sem antes haver um pedido (requerimento) fundamentado ao Judiciário, sendo este o detentor do monopólio de dar a última palavra, ou seja, a quebra dos sigilos bancário e fiscal somente se procede se houver ordem judicial fundamentada para tanto, seguindo, então, os ditames de um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

O acesso a dados sigilosos, notadamente aos dados referentes aos sigilos bancário e fiscal de pessoas físicas e jurídicas, é medida que, de acordo com os ditames de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, deve (deveria) ser medida excepcional em uma investigação criminal.

NOTAS

- (1) BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 120.
- (2) Fundamental que se faça a ressalva quanto à justificativa na questão do interesse público, pois isso também deve ser visto com cautela, já que “*a grande questão, portanto, reside em determinar o que é interesse público que justifique a relativização das garantias individuais. O interesse público não é um cheque em branco que autoriza, de forma indiscriminada, a quebra de sigilo ou mesmo a relativização de outros direitos individuais previstos na Constituição Federal. É bem verdade que o interesse público carrega em si um forte conteúdo ideológico, com multissignificados. Como toda ideologia e termos indefinidos, abusos podem ser perpetrados em nome de um suposto clamor público. Daí a necessidade de sistematizar o conteúdo jurídico do interesse público. Para nós, o interesse público é a conformação às próprias normas constitucionais e dicção das leis*” (PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Quebra de sigilo pelas comissões parlamentares de inquérito*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 138).
- (3) CASTANHO DE CARVALHO, L. G. Grandinetti. *Processo Penal e Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56.
- (4) “*O ‘monopólio da última palavra’ ou ‘monopólio dos tribunais’ significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma garantia de justiça, igual, efectiva e assegurada através de ‘processo justo’ para defesa das suas posições jurídico-subjectivas. Esta garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra actos do Estado) (...). Diz-se que há um ‘monopólio da primeira palavra’, monopólio do juiz ou reserva absoluta de jurisdição quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas. (...)*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 668-669).
- (5) O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 389.808, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 15.12.2010, firmou entendimento de que a Receita Federal não pode violar, diretamente, o sigilo bancário e fiscal sem ter, portanto, ordem emanada do Poder Judiciário. Conforme notícia veiculada no portal do Supremo Tribunal Federal em 15.12.2010, “*o princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento do relator... De acordo com ele, a vida em sociedade pressupõe a segurança e estabilidade, e não a surpresa. E, para garantir isso, é necessário o respeito à inviolabilidade das informações do cidadão. (...) Para o ministro Celso de Mello, decano da Corte, o Estado tem poder para investigar e fiscalizar, mas a decretação da quebra de sigilo bancário só pode ser feita mediante ordem emanada do Poder Judiciário. Em nada compromete a competência para investigar atribuída ao Poder Público, que sempre que achar necessário, poderá pedir ao Judiciário a quebra do sigilo*”.

Guilherme Rodrigues Abrão

Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS).

Professor de Processo Penal do

UNILASALLE – Canoas/RS.

Advogado.

O VALOR DA FIANÇA: LICITUDE OU ILICITUDE, BALIZADAS PELA RAZOABILIDADE

Auriney Uchôa de Brito e Ivan Luís Marques

Há muito que o instituto penal da fiança não gerava tanta polêmica. Recentemente, um mês depois de vigorar a Lei 12.403/2011, durante a *Operação Voucher* da Polícia Federal, algumas pessoas foram presas preventivamente, e só foram liberadas mediante o pagamento da fiança arbitrada pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, que a fixou em quantias de até 300 salários mínimos.

É conhecido que a fiança tem o escopo de garantir a presença do acusado nos atos processuais e, ao final do processo, caso seja condenado, reparar o dano causado, indenizando as vítimas da ação delituosa.

Antes da Lei 12.403/2011, a fiança tinha seu cabimento no momento da prisão em flagrante. Se essa prisão fosse ilegal, era imediatamente relaxada pela autoridade competente. Se lícita, cabia liberdade provisória com ou sem fiança, desde que não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP). No caso da prisão preventiva, verificava-se se estavam presentes os seus requisitos. Se estivessem, a prisão era mantida, caso contrário, a prisão era imediatamente revogada sem qualquer condição.

Hoje, após a vigência da Lei 12.403/2011, é possível arbitrar a fiança substitutiva à prisão, mesmo nos casos de prisão preventiva, informação que intrigou muitos advogados e partes no processo da *Operação Voucher*.

Em caso de prisão em flagrante, de acordo com o art. 306, § 1.º, do CPP, a autoridade policial tem o prazo de 24h para encaminhar cópia do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, que, ao receber tal peça, adotará, fundamentadamente, algumas das providências do art. 310 do mesmo diploma processual, a saber: A) relaxar o flagrante; B) converter o flagrante em preventiva; ou C) conceder liberdade provisória com ou sem fiança se os requisitos da preventiva não estiverem presentes.

Em caso de prisão preventiva, além dos requisitos do art. 312 do CPP, deve-se observar o § 6.º do art. 282, que deixa clara a informação de que só será autorizada a prisão preventiva quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar das previstas no art. 319, em que, entre várias, está a fiança.

O art. 322, com nova redação dada pela lei em estudo, determina que a própria autoridade policial, responsável pela lavratura do flagrante, somente poderá arbitrar fiança nos casos de infração cuja pena máxima cominada não seja maior que quatro anos. Acima desse patamar a pena em abstrato somente o juiz poderá arbitrar a fiança.

O art. 325 apresenta o limite da fiança

que poderá ser arbitrada. Se a pena máxima cominada ao crime imputado for de até quatro anos, a fiança pode variar de um a 100 salários mínimos. Se a pena for superior a quatro anos, o valor da fiança poderá alcançar quantia fixada entre 10 a 200 salários mínimos.

Referente à prisão preventiva é que surgem os principais questionamentos: *seria justo aplicar uma exorbitante fiança para liberar alguém que foi preventivamente preso por força de uma decisão desprovida de qualquer fundamentação?*

Ao inovar dessa forma com um instituto que estava praticamente morto no Direito, o legislador, talvez, não tenha pensado em todas as consequências decorrentes desta mudança. A fiança, por força de sua natureza jurídica cautelar diversa das restritivas de liberdade, deve ser utilizada pelas autoridades policial e jurisdicional como medida alternativa à prisão, e não como antecipação de tutela penal.

Após a reforma proporcionada pela referida lei, a fiança passou a ser considerada uma medida cautelar que pode ser aplicada em substituição à prisão em flagrante, na já bem discutida fase do art. 310 do CPP. De acordo com o art. 321 do mesmo diploma, ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz poderá conceder a liberdade provisória, impondo, se for o caso, uma fiança, ou outra medida cautelar prevista no art. 319.

O problema veio à tona quando o TRF 1ª Região arbitrou uma fiança com valor muito alto aos suspeitos dos crimes de fraude em licitação e formação de quadrilha. Ambos os crimes não possuem pena máxima superior a quatro anos. Em tese, está ausente um requisito formal para a decretação da prisão preventiva, que é a *pena máxima ser superior a quatro anos*, para os casos de réus primários (art. 313, I). Além disso, não ficaram suficientemente demonstrados na decisão que decretou a prisão preventiva quaisquer dos requisitos do art. 312 do CPP.

A análise restringiu-se ao microsistema da preventiva, esquecendo o magistrado da principal premissa desse conjunto normativo de necessária aplicabilidade conjunta: os aspectos principiológicos do art. 282 do CPP. Os princípios da adequação e da necessidade, estampados no art. 282 do CPP são as vigas

mestras de todo o novo sistema cautelar.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou caso semelhante no *HC 107.617/ES*, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que

concedeu a ordem alegando que *“com as inovações trazidas pela referida lei – a qual dispõe sobre matérias pertinentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória, e demais medidas cautelares – a segregação, no caso, seria imprópria. Ademais, entendeu-se que o magistrado não reunira dados concretos hábeis a justificar a necessidade da constrição cautelar como meio necessário e inafastável para se resguardar a aplicação da lei penal”*.⁽¹⁾

Sendo possível tutelar o processo sem prender, a prisão apresenta-se como inadequada e desnecessária, inviabilizando-se sua utilização, mesmo para os casos em que as regras dos arts. 312 e 313 estiverem presentes.

Por essa razão, optou-se pela liberdade provisória com fiança. Outras medidas cautelares dos arts. 319 e 320 poderiam ter sido utilizadas.

Ainda no tocante à aplicação das medidas cautelares, após a análise de eventual relaxamento do flagrante, do cabimento ou não da prisão preventiva como forma subsidiária e da opção pela fiança, tudo com base nos princípios da necessidade e da adequação (art. 282 do CPP), resta analisar eventual excesso no arbitramento da cautelar de fiança.

O TRF da 1.ª Região, aproveitando-se das possibilidades formais da nova lei, mas sem atentar para a lógica da proporcionalidade, arbitrou fianças de 200 e 300 salários mínimos (R\$ 109.000,00 e R\$ 163.500,00) para que os presos pudessem retornar à liberdade.

A questão que se coloca é: o que acontece com o agente que não pode pagar o valor da fiança por não ter condições financeiras? A Lei 12.403/2011 nos responde, mas urge que seja feita uma análise sistemática das regras positivadas entre os arts. 282 e 350 do CPP.

Reza o parágrafo único do art. 312 do CPP: *“A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4.º)”*.

Ou seja, há previsão expressa viabilizando a prisão preventiva por descumprimento de

O magistrado, diante da nova lei e sob a vigilância constitucional, deve fundamentar uma decisão em habeas corpus da seguinte forma: se a decisão que mandou prender preventivamente está frágil e sem fundamentação razoável, deve-se, por imperativo constitucional, revogar essa prisão (...).

outras medidas cautelares e, entre elas, está a fiança.

Há dois problemas graves com a questão do arbitramento da fiança quando não se respeita o princípio da proporcionalidade: a fiança, mesmo em valores regulares e módicos para o réu pobre e a fiança exorbitante, acima da capacidade contributiva do agente. Vamos estudá-las.

No caso de réu pobre, temos regra expressa na lei proibindo o arbitramento da fiança (art. 350 do CPP). A decisão que viole essa regra fere a dignidade humana e a lei e, portanto, deve ser cassada.

O valor exorbitante poderia muito bem garantir a manutenção de uma prisão ilegal caso os acusados não conseguissem pagar, como ocorreu com alguns presos cuja família não tinha condições de arcar com o montante exigido e acabaram passando mais tempo na cadeia até que conseguissem arrecadar.

É certo que o magistrado leva em conta o valor de uma futura e provável indenização ou ressarcimento ao erário, mas também não pode olvidar de diversos outros fatores legais (novos) e constitucionais (antigos) que precisa ponderar, como, *p.ex.* a substituição da prisão preventiva mesmo quando presentes os seus requisitos e a presunção do estado de inocência.

O magistrado, diante da nova lei e sob a vigilância constitucional, deve fundamentar

uma decisão em *habeas corpus* da seguinte forma: se a decisão que mandou prender preventivamente está frágil e sem fundamentação razoável, deve-se, por imperativo constitucional, revogar essa prisão sem estabelecer nenhuma condição para isso. Porém, se estiverem demonstrados os requisitos do art. 312, o magistrado deve reconhecer essa existência, demonstrar que poderia julgar pela manutenção da prisão, mas dar como medida cautelar *alternativa* o pagamento de uma fiança razoável, ou qualquer outro dispositivo cautelar presente nos arts. 319 e 320 do CPP, expedindo-se alvará de soltura após a audiência em 1.^a instância para fixar as medidas cautelares.

Portanto, após a incorporação dos mandados de otimização constitucional na Lei 12.403/2011, somente em casos excepcionais, verificada a existência dos requisitos dos arts. 282, 312 e 313 do CPP, o magistrado poderá manter essa prisão preventiva, *desde que também fundamente de forma razoável a impossibilidade de sua substituição por outra medida cautelar menos rigorosa.*

Posto isto, uma decisão que julga a liminar de um *habeas corpus* sem pontuar os fundamentos da prisão, partindo direto para o arbitramento de uma fiança, é merecedora de revisão por um tribunal superior. Reza o art. 8.^o, 2, *h*, do Pacto de San José da Costa Rica: “*Toda pessoa acusada de um delito tem direito*

a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

Direito esse que deve ser exercido em casos semelhantes, principalmente se o valor da fiança exceder o razoável e prejudicar a devolução da liberdade do acusado, postulando pela restituição da parcela abusiva da quantia arbitrada, ou sua total substituição por outra medida que não impeça o direito de locomoção do indivíduo.

NOTAS

- (1) HC 107.617/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, 23.08.2011 – Informativo 637 – STF.

Auriney Uchôa de Brito

Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires.
Professor do Curso de Pós-Graduação da EPD e da Faculdade SEAMA-Amapá.
Advogado.

Ivan Luís Marques

Mestre em Direito Penal pela USP.
Professor convidado em vários cursos de pós-graduação (LFG, ESA, EPD, IOB, Praetorium e UniFMU).
Advogado.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO EM PROCESSO CÍVEL

Camila Gervasoni Pellin

A possibilidade de se decretar a interceptação telefônica em Processo Cível é tema que sempre suscitou polêmica na doutrina e na jurisprudência pátrias. Em decisão recente, o STJ, ao julgar um pedido de *habeas corpus* preventivo, decidiu pela possibilidade de decretar a interceptação telefônica em processo que tramita em vara de família. No presente artigo, faremos algumas considerações a respeito deste caso para verificar se tal decisão está de acordo com o ordenamento constitucional. Para tanto, serão realizadas, inicialmente, algumas considerações sobre direitos fundamentais, e, em seguida, verificaremos qual a melhor solução para o problema proposto.

Ao se analisar uma possível intervenção no âmbito dos direitos fundamentais, é necessário estabelecer os limites de proteção desses direitos.

Os direitos fundamentais visam a “*regularizar uma situação ou relação real, isto é, um conjunto de fatos que acontecem por razões físicas ou sociais*”. Portanto, a área de regulamentação de um direito fundamental é composta de dois

elementos: a descrição da situação ou relação fática, física ou social e a indicação da decisão do constituinte a respeito dessa situação.⁽¹⁾

Dentro da área de regulamentação, a Constituição Federal poderá indicar os casos em que uma determinada situação, que faria parte desta área, não será abrangida pela proteção constitucional. Assim, a própria Constituição exclui a tutela de determinadas situações. Os demais casos – que permanecem com proteção constitucional – constituem a área de proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a intervenção será permitida (na verdade, não haverá uma intervenção propriamente dita) caso o comportamento não se situe na área de proteção do direito fundamental, pois a conduta já era autorizada pela Constituição, uma vez que não estava abrangida pela área de proteção do direito.

Pode ocorrer ainda a colisão entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por uma pessoa afeta (restringindo ou obstando) o exercício de um direito fundamental por outra pessoa.

A colisão pode ser resolvida pela interpretação sistemática da Constituição, ou seja, uma interpretação que permite levar em consideração todas as disposições constitucionais relativas ao caso concreto e depreender quais são os parâmetros que o próprio constituinte estabeleceu, e pelo critério da proporcionalidade.

A interpretação sistemática decorre do princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas jurídicas não podem ser estudadas de forma isolada, mas, ao contrário, devem ser analisadas no contexto sistemático de normas no qual estão inseridas.

O Direito é um sistema unitário, completo e coerente, razão pela qual não é possível que haja antinomias reais entre as suas normas. Assim, todos os conflitos normativos são considerados *aparentes*, devendo ser resolvidos por meio de critérios fixados de antemão pelo ordenamento. Como consequência, o princípio da unidade da Constituição, enquanto importante preceito de hermenêutica, impõe ao intérprete buscar a harmonia entre os

dispositivos constitucionais, solucionando as situações de conflito que surjam entre estes.⁽²⁾

Já a proporcionalidade é uma regra de interpretação e de aplicação do direito, e deve ser empregada quando um ato destinado a promover a realização de um direito fundamental implique a restrição de outro direito fundamental para que essa restrição tome dimensão desproporcional.⁽³⁾

O conceito de proporcionalidade foi elaborado pelo Tribunal Constitucional alemão como um método para controlar a restrição aos direitos fundamentais. Tal conceito foi desenvolvido com uma estrutura formada por subelementos, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais devem ser analisados nesta ordem, sendo que a análise do subsequente pressupõe que o elemento anterior tenha sido constatado positivamente.

Adequação significa que o meio deve ser apto a estimular a obtenção do resultado pretendido. Necessidade, por sua vez, denota que o meio utilizado deve ser o que viole menos os direitos fundamentais para a realização de um determinado resultado. Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito ao sopesamento dos bens jurídicos em conflito, ou seja, deve-se sopesar a restrição ao direito fundamental violado em contrapartida à importância do direito fundamental que com ele colide.

No caso ora analisado, foi impetrado no STJ o HC 203.405, no qual o paciente, que é funcionário de uma empresa de telefonia celular, insurgiu-se contra decisão de um juiz da vara de família que determinou a quebra de sigilo telefônico do réu de um processo daquela vara por haver indícios da prática do crime de subtração de incapazes (art. 237 do ECA), pois entendeu que não era possível o cumprimento da decisão em razão da legislação constitucional e infraconstitucional vigente.

O STJ não conheceu o *habeas corpus*, pois o Tribunal entendeu que não havia ameaça à liberdade de ir e vir do paciente. Além disso, decidiu o STJ que, ao sopesar o sigilo telefônico e o princípio da prioridade absoluta na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, não há como se estabelecer, *a priori*, que deva prevalecer aquele. Dessa forma, mesmo não entrando no mérito da questão, este Tribunal Superior entendeu que não deveriam ser acolhidos os fundamentos do impetrante, de que a interceptação telefônica só seria cabível em Processo Cível.

A EC 01/69 estabelecia, em seu art. 153, § 9º, que era assegurada, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Portanto, a Constituição anterior não previa nenhuma exceção ao sigilo das comunicações, inclusive a telefônica.

Ocorre que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962) estabelecia,

em seu art. 57, a possibilidade de se quebrar o sigilo telefônico mediante requisição ou intimação do juiz competente.

Assim, em que pese a referida lei ser anterior à EC 01/1969, havia intensa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a constitucionalidade do dispositivo legal citado. Inclusive, havia entendimentos no sentido de que o art. 57 citado era compatível com a ordem constitucional então vigente, pois nenhuma norma constitucional instituiu direito absoluto, e a inexistência de ressalva no texto da Constituição não significa a absoluta proibição da interpretação, que poderia ser realizada mediante decisão judicial, em casos graves.⁽⁴⁾

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o sigilo das comunicações telefônicas, estabeleceu, em seu art. 5º, XII, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Sem adentrar na discussão sobre a abrangência da expressão “último caso” (se se refere apenas à comunicação telefônica ou também à de dados), é certo que a Constituição, ao assegurar o sigilo das comunicações, permitiu a interceptação telefônica apenas para a investigação criminal ou instrução processual penal, *na forma estabelecida em lei*.

Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei 9.296/1996,⁽⁵⁾ que dispõe, em seu art. 1º, em consonância com o mandamento constitucional, que a interceptação telefônica somente poderá ser realizada “para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”. E não poderia ser diferente, pois a finalidade da lei, ao regulamentar o dispositivo da Constituição, é justamente tornar aplicável o seu texto.

Diante deste contexto normativo, está claro que o art. 5º, XII, da CF, ao assegurar o sigilo das comunicações como um direito fundamental do indivíduo em face do Estado, retirou de seu âmbito de proteção apenas as interceptações telefônicas realizadas para fins de instrução penal, seja na fase de investigação ou de Processo Judicial. Apenas com esta finalidade, portanto, é permitida a intervenção no âmbito de proteção deste direito fundamental.

Por outro lado, não é possível a realização de interceptação telefônica em processos de natureza cível, pois nesta hipótese não há permissão para intervir no âmbito de proteção de tal direito. Ao assegurar o sigilo das comunicações, a Constituição Federal já estabeleceu em que situação seria possível restringi-lo, não cabendo ao intérprete fazer uma análise contrária ou mais abrangente do texto constitucional, até mesmo porque toda limitação a direito fundamental deve ser entendida de forma restrita. Neste mesmo sentido é o entendimento de **João Daniel Rassi**, ao comentar o acórdão ora analisado.⁽⁶⁾

Ainda que assim não fosse, ao se admitir o conflito aparente entre o sigilo das comunicações telefônicas e a prioridade absoluta na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, faz-se necessário verificar a proporcionalidade da medida adotada, à luz dos subelementos que a constitui, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, a decretação de interceptação telefônica em Processo Cível mostra-se adequada para se atingir o fim objetivado com tal medida, que é saber o paradeiro de uma criança que estava em poder de seu genitor, sem que este tivesse autorização para tanto.

Contudo, tal medida não é necessária, pois é possível realizar a interceptação por outro meio: basta que o juiz da vara da família requisite a instauração de inquérito policial, bem como a realização da interceptação. Neste caso, não haveria nenhuma violação ao direito fundamental assegurado, uma vez que a Constituição Federal permite que a interceptação telefônica seja efetuada para fins de investigação criminal.

Assim, ainda que se admita o conflito aparente entre direitos fundamentais, a medida não é proporcional por ausência de necessidade, pois há outro meio para se atingir o mesmo fim, sem violar o direito fundamental em análise.

Por essas razões, entendemos que a decisão que autorizou a interceptação telefônica em Processo Cível é inconstitucional.

NOTAS

- (1) DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 132.
- (2) SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35-36.
- (3) SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, abril de 2002, p. 23.
- (4) GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. (com a colaboração de João Daniel Rassi). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02-03.
- (5) O Plenário do STF decidiu que o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, pois o art. 5º, XII, da Carta Magna, exige uma definição legal taxativa das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. Dessa forma, as interceptações telefônicas realizadas antes da edição da Lei 9.296/98 foram consideradas provas ilícitas (HC 72.588-1/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.06.1996, DJ 04.08.2000).
- (6) Jurisprudência. Boletim IBCCRIM 228, nov. 2011, p. 1510.

Camila Gervasoni Pellin

Pós-graduanda em Direito e Processo Penal pela
 Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Pós-graduanda em Direitos Fundamentais pela
 Universidade de Coimbra/IBCCRIM.

Advogada.

DESCASOS LES MISÉRABLES (VERSÃO BRASILEIRA)

Alexandra Lebelson Szafir

*“Miséria é miséria em qualquer parte”
(Titãs).*

Vejo no Jornal Nacional que a Defensoria Pública impetrou um *habeas corpus* em favor de um homem condenado a mais de um ano de reclusão em regime fechado por furtar quatro latas de atum e uma de óleo num supermercado.

Segundo me informa William Bonner, o homem tinha cumprido pena anteriormente por roubo.

Leio na internet (blog “Sem Juízo”, do grande juiz Marcelo Semer) uma matéria sobre mulheres encarceradas por terem praticado pequenos furtos; um queijo branco, produtos de beleza, etc.

Impossível não lembrar de um caso “descoberto” num mutirão, anos atrás: um homem condenado a mais de um ano de reclusão em regime fechado, por ter furtado R\$10,00 (isso mesmo, dez reais) de bolsa alheia no metrô paulistano. O motivo de tanta severidade? Ele ostentava na sua folha de antecedentes condenações anteriores, sempre por pequenos furtos.⁽¹⁾

Impetramos um *habeas corpus* em seu favor, mas a “Colenda” Turma julgadora entendeu que a quantia de dez reais não é juridicamente irrelevante. Mantiveram, inclusive, o regime fechado.

Impossível não lembrar de Dona Laura, há impressionantes quatro décadas entrando e saindo da prisão, sempre por pequenos furtos.

Impossível não lembrar de João Francisco, que, aos 43 anos, já era um homem velho; aparentava ao menos 60. Segundo a sua qua-

lificação, feita logo antes de seu interrogatório judicial, não sabia ler e escrever, nem era eleitor.

Tinha quatro filhos pequenos e viera para São Paulo, como tantos outros, em busca de uma vida digna para sua família, que passava fome no Nordeste. Mal sabia ele que, embora honesto e trabalhador, não tinha a menor chance de vencer na cidade grande.

Bateu em muitas portas à procura de emprego. Não conseguiu e não poucas vezes, ouviu que era “velho demais”.

Desesperado, tentou assaltar... uma barraca de feira! Obviamente, foi preso em flagrante. Na Delegacia de Polícia, manteve-se calado.

No interrogatório judicial, no entanto, aconteceu algo raríssimo nos meios forenses: segundo suas próprias palavras, “*eu sou um homem e não vou mentir pro juiz*”. confessou tudo, inclusive os motivos que o levaram a agir assim. O Magistrado, sensibilizado, acabou reconhecendo que o roubo não passou da esfera da tentativa e concedeu-lhe o regime aberto. O Ministério Público recorreu, mas o Tribunal confirmou a sentença.

Final feliz? Nem tanto. João Francisco continuou sem emprego, a família voltou para o Nordeste, onde continuaram passando fome.⁽²⁾

Gostaríamos de poder dizer que casos como os citados acima são coisas do passado. Mas não só o Jornal Nacional nos desmente. Em mutirão recente, em novembro passado, uma das “descobertas” foi um rapaz de apenas 20 anos, preso por tentar furtar – pasmem! – um quiosque do McDonald’s. Palavras dele: “*eu não peguei nada. Só comi mesmo. É que eu*

tava morrendo de fome!”. A fiança foi arbitrada em um salário mínimo. Aparentemente, não ocorreu ao Delegado ao arbitrar a fiança que, se o rapaz pudesse dispor daquela quantia, não estaria tentando comer de graça num quiosque da famosa rede de *fast food*. Esperamos que quando este texto for publicado, o jovem já esteja em liberdade.

Infelizmente, mesmo que isso aconteça, não se poderá dizer que a história teve um final feliz. O jovem vai continuar faminto e sem perspectivas. Será mais um a engrossar as estatísticas da reincidência? Não faremos nada para ajudá-lo agora, mas se ele tornar a furtar, brindá-lo-emos com o regime fechado? Alguém realmente acredita que é essa a solução?

Feliz ano novo para todos.

NOTAS

- (1) Como é de conhecimento geral, o sistema penal funciona assim: na primeira vez, dão-se todas as chances. Mas o reincidente é tratado com severidade extrema. É um cálculo quase matemático. O problema é confundir matemática com justiça: um sujeito contumaz na “arte” de pequenos furtos, via de regra, será tratado com mais severidade do que um estelionatário que, embora primário, cause grande prejuízo à(s) vítima(s). Será que, em certos casos, não se está dando (dês)valor demais à reincidência?
- (2) Ocasionalmente, sem que ele soubesse, a sua esposa me ligava (a cobrar), pedindo ajuda.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO PARA ESTUDANTES DE DIREITO - LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 11ª EDIÇÃO

O Conhecimento crítico e interdisciplinar indispensável para uma formação jurídica de qualidade em Ciências Criminais.

O Laboratório de Ciências Criminais, curso promovido pelo IBCCRIM, com duração de um ano, é destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito que estão em busca de discussões e conhecimentos qualificados a partir de um enfoque interdisciplinar das Ciências Criminais, não abordado nos cursos de graduação. O programa abrange aulas teóricas com atividades monitoradas, cujo objetivo é fomentar o interesse pela pesquisa e incentivar o amadurecimento intelectual por meio da discussão de grandes temas atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal. O conteúdo programático é elaborado e aplicado por renomados especialistas das mais diversas áreas das Ciências Criminais.

O processo seletivo é composto por duas fases: a 1ª consiste em uma prova escrita e a 2ª em uma entrevista com a coordenação do curso.

Período de inscrição: 3 de janeiro a 2 de março de 2012.

Primeira fase do processo seletivo: 5 de março.

Divulgação dos convocados para a 2ª fase: 9 de março.

Segunda fase do processo seletivo: 12 de março.

Divulgação do resultado final: 14 de março.

Início das aulas: 19 de março.

Investimento: O Laboratório é gratuito para os associados da categoria estudante. Se o aluno não faz parte do quadro de associados do Instituto, deverá associar-se no ato da matrícula e, por apenas R\$ 25,00 mensais, passará a ter acesso a todos os benefícios oferecidos pelo IBCCRIM.

Confira o regulamento no Portal IBCCRIM - Informações: (11) 3111-1040 ramal 178, ou pelo e-mail: laboratorio@ibccrim.org.br.

LANÇAMENTO NUCCI

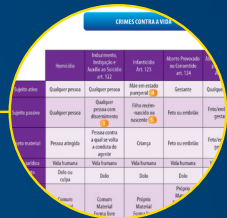
IDEAL PARA CONCURSOS PÚBLICOS, PROVAS E OAB

A excelente didática e a consagrada experiência do professor e renomado jurista **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** reunidas em uma obra que **dinamiza a fixação** da matéria de modo **facilitado, confiável e eficiente**.

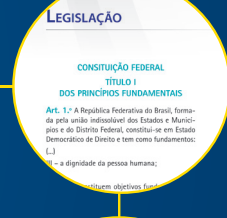


ESTRUTURA DA OBRA

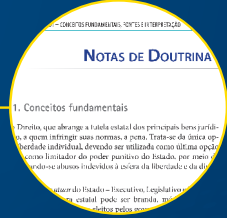
ESQUEMAS FACILITAM A COMPRENSÃO DO TEMA



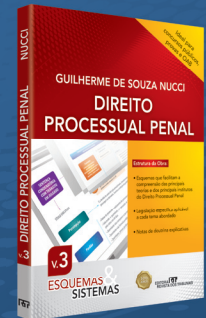
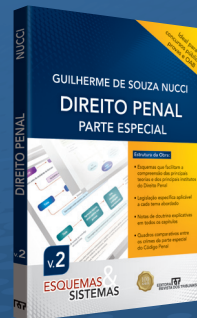
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA APLICÁVEL A CADA TEMA ABORDADO



NOTAS DE DOCTRINA EXPLICATIVAS EM TODOS OS CAPÍTULOS



EM BREVE!



livraria RT

www.livrariart.com.br

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavaí • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió

Endereços completos em: www.livrariart.com.br/lojas

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS