

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

O ILUMINISMO NÃO CHEGOU À LUZ

A guerra às drogas foi implementada com base no paradigma proibicionista que prega o não uso de certas substâncias como único objetivo a ser perseguido. Trilhões de dólares foram gastos, centenas de milhares de seres humanos foram mortos ou encarcerados, mas o objetivo de construir um mundo livre de drogas fracassou.

Relatórios do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC) informam que a produção, o comércio e o consumo de drogas ilegais vêm aumentando: apesar da proibição, as drogas ilegais nunca foram tão abundantes, baratas e acessíveis como hoje.

Em São Paulo, governo e prefeitura decidiram deflagrar uma operação de “dor e sofrimento” à população de rua que ocupa a região central da cidade, no bairro da Luz, conhecida como “cracolândia”, com o objetivo de reprimir o tráfico de crack no local, de modo a impelir usuários da substância à abstinência e, com isso, encorajá-los a aderir a programas de tratamento.

Para tanto, a Polícia Militar ocupou a região como se lá houvesse um grave distúrbio a ser enfrentado *manu militari*: bombas de efeito moral, disparos de projéteis de borracha e todo um aparato bélico absolutamente desproporcional e inadequado, que fomenta a violência e outras formas de desrespeito a direitos humanos.

Não se pode negar que a situação caótica existente na região, marcada pelo prolongado abandono, exige uma intervenção que restabeleça a normalidade. Contudo questão social – no caso do crack, de evidente exclusão social – como caso de polícia, além de violar a Constituição, é ineficaz, já que não há qualquer evidência científica capaz de atestar que a abstinência forçada encoraja a busca por tratamento.

Ademais, o modelo militarizado, no qual a PM é força de reserva do Exército, vê o cidadão como inimigo e a cidade como território a ser ocupado. A polícia deve ser desmilitarizada, unificada sob a égide do poder civil e repensada para agir em um Estado Social e Democrático de Direito: como *longa manus* do Estado, ela existe para proteger o cidadão e não para oprimi-lo ou torturá-lo.

A intervenção da PM não foi capaz de impedir o tráfico na região e ainda causou um êxodo migratório de usuários em busca da droga em outros locais da cidade. A diáspora provocou a “procissão do crack”, que não apenas favorece a especulação imobiliária, como também torna visíveis dramas sociais que uma governança voltada exclusivamente para os mais ricos gerou.

Essa política higienista, que pretende criar um cordão

sanitário no centro de São Paulo, propõe, ao lado da abstinência forçada, também a internação involuntária em massa como solução para a dependência de crack.

O êxito da internação involuntária é mínimo – e, por isso mesmo, só se deve aplicá-la em casos excepcionais –, sem falar na precariedade da insuficiente estrutura estatal. Também aí parece haver o predomínio de interesses privados sobre o interesse público: ante a incapacidade estatal de acolher tamanho contingente, clínicas particulares serão chamadas para suprir o excedente, mediante remuneração.

Não se pode olvidar que a Lei 10.216/2001 (Lei Antimanicomial, que rejeita o modelo hospitalocêntrico de tratamento da doença mental), consagra, entre outros, os direitos de ser tratado com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade e de ser protegido contra qualquer forma de abuso.

Perseguir a abstinência como meta única ignora a realidade de que existem pessoas que usam drogas e que não querem ou não conseguem interromper o uso. Em relação a essas pessoas, há estratégias de redução de danos – como, por exemplo, as terapias de substituição (...)

Em relação a essas pessoas, há estratégias de redução de danos – como, por exemplo, as terapias de substituição – capazes de incrementar a qualidade de vida e diminuir riscos e mesmo de encorajar a adesão ao tratamento.

Preparar a abstinência e a internação involuntária são iniciativas que descortinam uma opção política ineficaz, que aprofunda o *apartheid* social em que nos acostumamos a viver. A complexidade da questão das drogas – e do crack, em especial – exige uma intervenção baseada no humanismo e na tolerância, não na segregação e no autoritarismo. O foco deve ser a saúde e a reinserção social. Tratar doença como caso de polícia revela a insanidade do proibicionismo e da guerra às drogas.

Segundo Marx, a história se manifesta como tragédia e se repete como farsa. Na Idade Média, os loucos detidos pelas autoridades europeias eram confiados a barqueiros que se lançavam ao mar sem jamais ter o direito de aportar em terra firme (Stultifera Navis ou “Naus dos Insensatos”).

O confinamento e a ideia subjacente de devolver os indesejáveis usuários de crack às suas respectivas cidades de origem, corolários desta deplorável iniciativa, representam um retorno ao estado pré-moderno, período conhecido como Idade das Trevas. No bairro da Luz, em pleno século XXI, assistimos, perplexos, à reencarnação da escuridão e torcemos, esperançosos, pela tardia chegada do Iluminismo.

Perseguir a abstinência como meta única ignora a realidade de que existem pessoas que usam drogas e que não querem ou não conseguem interromper o uso. Em relação a essas pessoas, há estratégias de redução de danos – como, por exemplo, as terapias de substituição (...)

EDITORIAL

O ILUMINISMO NÃO CHEGOU À LUZ1

O PROBLEMA DO CONSUMO DE DROGAS E O PROBLEMA DO RECURSO AO DIREITO PENAL PARA A SUA REPRESSÃO

Cláudia Cruz Santos, Claudio Bidino e Débora Thais de Melo.....3

A NOVA MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS

Thiago Bottino.....6

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E O JULGAMENTO POR E-MAIL

Ana Victoria de Paula Souza7

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E SUCESSÃO SOCIETÁRIA

Bruno Salles Pereira Ribeiro e Diogo Henrique Duarte de Parra.....9

ERRO DE PROIBIÇÃO E O PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA DO DESCONHECIMENTO DA LEI: UMA ANÁLISE DO ART. 21 DO CÓDIGO PENAL

Giancarlo Silkunas Vay.....11

A ABOLITIO CRIMINIS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA DA LEI 8.137/1990

Rafael Junior Soares.....12

O EQUILÍBRIO NO BALANÇO DE PAGAMENTOS COMO O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS E A INEVITÁVEL CONSTATAÇÃO DA ABOLITIO CRIMINIS DESSE DELITO

Fernando dos Santos Lopes13

A PROPÓSITO DO “BIG CRUNCH” E DO “BIG BANG” NO DIREITO PENAL

Eduardo Viana Portela Neves.....15

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE “MULAS” DO TRÁFICO E APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS

Leilson Roberto da Cruz Lima.....17

DESCASOS SUJINHO

Alexandra Lebelson Szafir.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ.....1529

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal.....1531

Superior Tribunal de Justiça.....1532

Tribunal Regional Federal.....1535

Tribunal de Justiça.....1536

ESTÁ NO AR

A NOVA EDIÇÃO DA REVISTA LIBERDADES!

revista
Liberdades

A primeira edição do ano está de cara nova. O novo layout foi desenvolvido para você, leitor, desfrutar de uma agradável e dinâmica experiência virtual. Confira a 9ª edição da Revista *Liberdades*.

EDITORIAL

LAMENTAR E COMEMORAR

ENTREVISTA

ÉRICA AKIE HASHIMOTO entrevista DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

ARTIGOS

DIREITOS HUMANOS E A LUTA POR RECONHECIMENTO –
O SENTIDO FILOSÓFICO DOS DIREITOS HUMANOS EM AXEL HONNETH

Andre Nunes Batista

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS COMPLEXAS

Bernardo Feijoo Sanchez

A NOVA REDAÇÃO PROPOSTA PARA O CRIME DE QUADRILHA - ART. 288 DO CP

André Vinicius Monteiro, Antônio Roversi Júnior, Carlos Eduardo Afonso Rodrigues, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Natália Lopes Costa e Rossana Brum Leques

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM
ECONÔMICO-FINANCEIRA

Vania Samira Doro Pereira

RESENHAS

MATERNIDADE E CÁRCERE: UM OLHAR SOBRE O DRAMA DE SE TORNAR MÃE NA PRISÃO

Érica Akie Hashimoto e Janaina Soares Gallo

ESCOLA DE VERÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS E DOGMÁTICA PENAL ALEMÃ

John E. Zuluaga T

HISTÓRIA

ABAIXO OS DIREITOS HUMANOS! A HISTÓRIA DO MASSACRE DE CENTO E
ONZE PRESOS NA CASA DE DETENÇÃO DE SÃO PAULO

Regina Célia Pedroso

“O DIA DO MASSACRE, NA CASA DE DETENSÃO, PAVILHÃO 09” (SIC)

M.A.S.

Acesse: www.lbccrim.org.br

BOLETIM IBCCRIM - ANO 20 - Nº 231 - FEVEREIRO - 2012

O PROBLEMA DO CONSUMO DE DROGAS E O PROBLEMA DO RECURSO AO DIREITO PENAL PARA A SUA REPRESSÃO

Cláudia Cruz Santos, Claudio Bidino e Débora Thais de Melo

1. Considerações introdutórias: a delimitação do problema e a justificação deste tempo para o início da reflexão

Tomou-se como ponto de partida para a reflexão que agora se inicia a diversidade das opções do legislador brasileiro e do legislador português no que respeita à questão do consumo de estupefacientes. Em Portugal, o Direito Penal é alheio há já mais de uma década ao problema do consumo de *todas* as drogas, reservando-se a possibilidade da intervenção punitiva do Estado unicamente para o seu *tráfico*.⁽¹⁾ A indesejabilidade, na perspectiva estadual, daquele consumo é comprovada através da relevância que ele assume, apenas, no âmbito do ilícito de mera ordenação social.⁽²⁾ No Brasil, pelo contrário, o consumo de drogas continua a ser objeto de criminalização, ainda que lhe não corresponda a possibilidade de condenação a pena privativa da liberdade.

Se, em Portugal, a exclusão do Direito Penal como resposta ao problema do consumo de drogas tem vindo a ser encarada de forma pacífica, não existindo qualquer reclamação significativa no sentido do regresso à solução criminalizadora, a situação afigura-se diversa no Brasil, onde o questionamento da opção do legislador voltou a “estar na ordem do dia”. O Supremo Tribunal Federal acaba de reconhecer a existência de repercussão geral da questão no Recurso Extraordinário 635.659, que versa sobre a constitucionalidade da norma incriminadora constante do art. 28 da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/2006), a qual tipifica como crime o uso de drogas para consumo próprio. A decisão foi desencadeada por recurso interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, sobretudo com base no argumento de que o dispositivo contraria o princípio da intimidade e vida privada, acrescentando-se que a conduta de portar drogas para uso próprio não implica lesividade, princípio básico do Direito Penal, uma vez que não causa lesão a bens jurídicos alheios.

É naturalmente externa aos propósitos desta reflexão tão breve a intenção de apreciar criticamente quer a iniciativa da Defensoria Pública quer, por maioria de razões, aquele que *poderia vir a ser* o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal face ao problema da invocada inconstitucionalidade da criminalização do consumo de drogas. Não se afirmará *para já* aqui – sobretudo porque se não pretende antecipar conclusão que se intenciona ainda maturar – que o Direito Penal *não pode*, sob pena de inconstitucionalidade, criminalizar o consumo de drogas. O propósito deste estudo é, porventura, mais modesto e destina-se, antes, a sustentar que o Direito Penal *não deve* criminalizar o consumo de drogas. Todavia, da verificação das razões

pelas quais se *não deve* criminalizar o consumo de droga talvez resultem – num ordenamento constitucional que pressupõe a proporcionalidade e a necessidade da intervenção penal – indícios que permitam concluir que também se *não pode* incriminar aquela conduta.

2. A função do Direito Penal na Constituição Federal de 1988

Em um Estado Social e Democrático de Direito, como o brasileiro, não apenas respeitador, mas promovedor dos direitos fundamentais, onde o homem é não somente o fundamento, mas o limite e o fim do poder estatal, a única função que confere legitimidade ao Direito Penal é a de *tutela fragmentária e subsidiária de bens jurídicos*.

A fragmentariedade do Direito Penal relaciona-se com a circunstância de que o exercício do *ius puniendi* deve restringir-se, apenas, às hipóteses em que se pretenda proteger (i) um bem jurídico especialmente importante, (ii) contra condutas particularmente perigosas e reprováveis. A doutrina faz referência, então, à exigência de uma dignidade (ou merecimento) penal do bem jurídico, bem como de uma dignidade penal da conduta que o ofenda. Tendo em vista que as consequências penais cingem-se a graves limitações de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, somos levados a acompanhar a posição de **Jorge de Figueiredo Dias** no sentido de que é com base na “ordenação” axiológica jurídico-constitucional que devem ser reconhecidos os bens jurídico-penais. Nesse viés, perfilhamos do entendimento de que “*entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência, (...) de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins*”.⁽³⁾

Por seu turno, a subsidiariedade do Direito Penal refere-se a “*uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado Social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social*”. Assim, “*o princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as possíveis vítimas deve combinar-se com o de ‘mínimo sofrimento necessário para os delinquentes*”.⁽⁴⁾ Desta feita, a máxima da subsidiariedade impõe que a intervenção punitiva deve limitar-se às circunstâncias em que (i) o Direito Penal se apresente como um instrumento de tutela idóneo (adequado), e em que (ii) não se vislumbre outro instrumento de tutela extrapenal (e, portanto, menos oneroso) apto a ensejar uma proteção igualmente adequada ao bem jurídico-penal.

As limitações oriundas do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal encontram-se refletidas na máxima constitucional da proporcionalidade, a qual decorre da natureza principiológica



(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

ASSESSOR DA PRESIDÊNCIA

Rafael S. 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 Luis Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Carlos Vico Mañas

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

16º CONCURSO DE MONOGRAFIA DE CIÊNCIAS CRIMI-

NAIS: Diogo Rudge Malan

18º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires

Mendes

dos direitos fundamentais (art. 5.º e ss. da CF), bem assim da própria concepção de Estado de Direito (art. 1.º da CF).⁽⁵⁾ Como se sabe, a máxima da proporcionalidade corresponde primordialmente a uma exigência de que, nos casos concretos de conflito entre valores constitucionalmente relevantes, somente sejam admitidas soluções fática e juridicamente possíveis, quer dizer, somente sejam aceitas soluções adequadas, necessárias e proporcionais (em sentido estrito). No contexto das exigências decorrentes da máxima da proporcionalidade, é de se reconhecer que a incriminação de um comportamento será ilegítima sempre que (i) as lesões a direitos fundamentais acarretadas com o uso da máquina penal forem desproporcionais aos fins de tutela perquiridos, (ii) o Direito Penal se apresentar inadequado para assegurar a tutela pretendida, ou (iii) existirem outros instrumentos menos intrusivos aptos a conferir uma igual proteção aos valores constitucionais (referenciados em um bem jurídico).

3. As dúvidas sobre a existência de bem jurídico: saúde individual versus saúde pública

A incriminação do consumo de drogas tem sido majoritariamente sustentada na proteção dos bens jurídicos saúde pública ou saúde individual.

A necessária adstrição da censura penal aos mais graves casos de afetação à coexistência por meio de um conceito material de delito prévio e extrínseco à normatividade conflituosa, na conjuntura atual, com exigências cada vez maiores de intervenção, amiúde em prol de bens coletivos de novo cariz.

Um dos nódulos problemáticos da ingerência penal nos tempos atuais prende-se precisamente com a deturpada referência a bens só *aparentemente coletivos*, por meio de incriminações de ordem simbólica em que não se logra vislumbrar uma efetiva relação de afetação para com o bem alvo de tutela. Tal é a crítica lançada por muitos doutrinadores, a exemplo de **Hefendehl, Schunemann, Roxin**, a bens artificialmente construídos, como a segurança no trânsito, a incolumidade pública, e, ao que por ora interessa, a *saúde pública*. Segundo lecionado por **Roland Hefendehl**,⁽⁶⁾ não há qualquer ilegitimidade, em tese, na tutela autônoma de bens coletivos, mas desde que autênticos e passíveis de afetação. Traços fundamentais à identificação de verdadeiros bens coletivos seriam a titularidade partilhada, indisponibilidade (não exclusão no uso e não rivalidade no consumo) indivisibilidade (não distributividade, pelo que “um bem será coletivo quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las de forma individual em tantas porções”) e natureza conflituosa.

Alguns bens, supostamente coletivos, não

configurariam mais do que somatório de bens individuais, notadamente face ao critério da não distributividade realçado por **Hefendehl**, enquanto outros não seriam mais do que o lado reverso do próprio respeito à norma. A este propósito, **Luís Greco** entende que parte da doutrina brasileira que tece duras críticas aos delitos de perigo abstrato não vislumbra problemas na tutela a bens como a saúde pública e a segurança no trânsito, quando, nestes casos, de forma muito mais grave, está-se a antecipar a própria lesão sob o suposto abrigo a um bem coletivo, ocultando-se intentos de tutela antecipada a bens individuais, prescindindo-se de uma relação de afetação *in concreto*, por meio de sanções de extrema gravidade.⁽⁷⁾

Para se justificar a existência de um bem “saúde pública” refere-se à “garantia do conjunto de condições (numa ótica objetiva ou subjetiva) a possibilitarem saúde”. Esta definição é porém inidônea – na linha de um conceito material de delito delimitador da criminalização – a ensejar uma tutela independente dos bens individuais que lhe são subjacentes (integridades físicas e psicológicas individuais).⁽⁸⁾ Isto porque a saúde pública parece não configurar mais do que a soma das saúdes individuais, distintamente de autênticos bens coletivos (de que é exemplo o ambiente), gozados por todos em sua totalidade, não havendo partes referíveis a cada indivíduo.

Visões como esta, pelo formalismo e abstração que comportam, não parecem lograr a delimitação de um bem coletivo tutelável *de per se*, em conformidade com exigências de materialidade a necessariamente pautarem o punível. A identificação daquele bem jurídico, que se afirma coletivo, mas que parece não o ser, aparta a discussão quanto à (i) legitimidade de tutela estatal da conduta individual de pôr em perigo ou lesionar a própria saúde. Quando se conclui que o desvalor do consumo de drogas pode radicar sobretudo na saúde daquele que escolheu consumi-las, torna-se mais complexa a defesa da solução criminalizadora, na medida em que a mesma se contrapõe à aceitação dominante da disponibilidade, pelo indivíduo, da sua integridade física e psíquica, em nome da defesa da autonomia pessoal.

4. Os “males” da intervenção punitiva estadual, o conceito de “crimes without victims” e o problema do paternalismo penal

Daquilo que se acabou de afirmar no plano da dogmática jurídico-penal resulta a conclusão de que a criminalização de uma conduta só é aceitável quando se puder afirmar que ela é indispensável para a proteção de um valor com dignidade penal, podendo revelar-se eficaz à sua defesa. O cerne da questão está, assim, em que, mesmo para aqueles que admitem o desvalor inerente ao consumo de drogas (ou

em uma perspectiva de proteção paternalista da saúde individual, ou em uma perspectiva funcionalista de defesa da saúde pública – sendo que nenhuma das posições é, como se viu, isenta de críticas), parece difícil a comprovação da eficácia da repressão penal para a defesa de tais valores.

Quando se inquire, agora já sob um enfoque essencialmente criminológico, dessa possibilidade de eficácia da repressão penal para reduzir a incidência do consumo de drogas, não pode deixar de se ter em conta a ideia de que, no âmbito da categoria denominada por **Edwin Schur** como “*crimes without victims*”,⁽⁹⁾ quando um produto ou um serviço são intencionalmente desejados, havendo quem esteja disposto a oferecê-lo e quem esteja disposto a adquiri-lo, a oferta e a procura revelam-se tendencialmente inelásticas, não assumindo nenhum dos intervenientes no “acordo” um sentimento de vitimização nem desejando qualquer deles a intervenção do controlo estadual. O comportamento, ainda que majoritariamente reprovado pela comunidade, subsiste, deslocando-se para espaços de opacidade ou marginalidade que favorecem a estigmatização e diversas formas de vitimização.⁽¹⁰⁾

Não parece possível, nessa medida, afirmar-se que a criminalização do consumo de estupefacientes seja inequivocamente eficaz à proteção da saúde do consumidor individual nem à defesa da saúde pública. Para além disso, quando se resiste à aceitação da compressão da liberdade individual em nome da defesa de um valor supra-individual como é o da saúde pública e se procura estripar a incriminação na proteção da saúde física e psicológica do indivíduo, surgem todas as dificuldades inerentes ao paternalismo penal⁽¹¹⁾ e à subjacente retirada de direitos aos indivíduos em nome de um interesse que o Estado considera que é o deles, mas que os próprios sujeitos não assumem como tal.

Da verificação de que a criminalização do consumo de drogas representa uma compressão da autonomia do indivíduo não justificada por uma proteção eficaz de valores que se possam considerar de maior valia não podem deixar de se retirar conclusões, agora já em um plano sobretudo político-criminal.

5. Uma tentativa de síntese

Mesmo que se considere que o consumo de drogas é um problema individual e/ou um problema social, não decorre daí necessariamente a sua qualificação enquanto problema criminal. A criminalização do consumo de droga pressupõe: (i) a identificação de *um bem jurídico com dignidade penal*, (ii) o reconhecimento de que o consumo é uma ofensa particularmente grave a esse bem jurídico, (iii) a *necessidade* do recurso ao Direito Penal para a sua proteção e (iv) a comprovação da possibilidade da eficácia dessa forma punitiva de tutela.⁽¹²⁾

O que através deste curto estudo se pretendeu sublinhar foi, no que respeita à comprovação da *ofensividade* para um bem jurídico, a existência de fundadas dúvidas sobre a possibilidade de se afirmar que a saúde pública é um valor com dignidade penal, assim como a existência de idênticas dúvidas sobre a possibilidade de sustentar no bem jurídico saúde individual a incriminação desse consumo sem se cair num indesejável paternalismo penal. No que respeita às questões da *necessidade* e da *possibilidade de eficácia*, também se não julga inequívoca a afirmação da *indispensabilidade* da criminalização nem a afirmação da sua *utilidade*: a experiência portuguesa e as avaliações a que tem sido sujeita apontam no sentido de que a descriminalização, com mais de uma década, não contribuiu para o aumento do consumo de drogas. Mais do que ineficaz, talvez possa até afirmar-se que a repressão penal é *contraproducente*: a investigação criminológica é profícua na demonstração das desvantagens da solução criminalizadora. Estas ideias, conjugadas com a afirmação de que “a Lei Fundamental limita o movimento de criminalização ao impor a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias e, de igual modo, ao apresentar os bens jurídicos que poderão constituir motivo para a intervenção penal”,⁽¹³⁾ contribuirão porventura para a reflexão futura sobre a inconstitucionalidade, no Brasil, da criminalização do consumo de drogas.

NOTAS

- (1) Foi através da Resolução do Conselho de Ministros 46/99 que se aprovou a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga, na qual se afirma uma “convicção humanista, que leva em conta a complexidade dos dramas humanos que tantas vezes se traduzem no consumo de drogas e na dependência, que considera o toxicodependente, no essencial, como um doente, exige a garantia de acesso aos meios de tratamento a todos os toxicodependentes que se desejam tratar” (o itálico é nosso).
- (2) Sobre a descriminalização do consumo de drogas em Portugal através da Lei 30/2000, de 29 de Novembro e a sua previsão como contra-ordenação, cfr. LIBANO MONTEIRO, Cristina. *O consumo de droga na política e na técnica legislativas*: comentário à Lei 30/2000. *RPCC*, ano 11, fasc. 1, p. 67 ss., jan.-mar. 2001.
- (3) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. t. I, p. 120.
- (4) MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal* – Parte general. 7. ed. Editorial Reppertor, 2007. p. 126-127.
- (5) BIDINO, Claudio. *Bases para o estudo das imposições constitucionais implícitas de criminalização*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

- (6) Seguimos de perto, neste tópico, HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología* – RECPC 0414-2002. Disponível em: <http://criminol.ugr.es/recpc>, p. 1-13; e *El bien jurídico como eje material de la norma penal in La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. Soto NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.
- (7) GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato* – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCRIM*, n. 49, p. 112, 2004.
- (8) SOTO NAVARRO, Susana. *La protección...* cit., p. 200.
- (9) Cfr. SCHUR, Edwin. *Crimes Without Victims: Deviant Behaviour and Public Policy* – Abortion, Homosexuality, Drug Addiction. Spectrum Books, 1965.
- (10) Sobre a questão, de forma exemplar na ponderação dos valores em conflito e na consideração das desvantagens da criminalização antes sublinhadas por Edwin Schur, cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*. *Sciencia Iuridica*, n. 43, p. 193 a 209, jul.-dez. 1994.
- (11) Sobre o assunto, cfr., na doutrina brasileira, MARTINELLI, João Paulo. *Paternalismo jurídico-penal*, tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- (12) Para um aprofundamento das exigências de “dignidade”, “necessidade” e “eficácia”, deve continuar a ter-se em conta o estudo de referência de: COSTA ANDRADE, Manuel da. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*. *RPCC*, ano 2, fasc. 1, p. 193 ss., jan.-mar. 1992.
- (13) Cfr. FÁRIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 129.

Cláudia Cruz Santos

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Perita do Conselho da Europa (GRECO)
em matéria de corrupção.

Claudio Bidino

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Mestrando em Criminologia e Justiça Criminal pela Universidade de Oxford.
Advogado.

Débora Thaís de Melo

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu, pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – IDPEE, da Universidade de Coimbra.
Advogada.

COORDENADORIAS REGIONAIS

- 1.ª **REGIÃO** (Acre, Amazonas e Roraima)
Luís Carlos Valois
- 2.ª **REGIÃO** (Maranhão e Piauí)
Roberto Carvalho Veloso
- 3.ª **REGIÃO** (Rio Grande do Norte e Paraíba)
Oswaldo Trigueiro Filho
- 4.ª **REGIÃO** (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)
Mohamad Ale Hasan Mahmoud
- 5.ª **REGIÃO** (Mato Grosso e Rondônia)
Francisco Afonso Jawsnicker
- 6.ª **REGIÃO** (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)
Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

- 1.ª **ESTADUAL** (Ceará)
Patrícia de Sá Leitão e Leão
- 2.ª **ESTADUAL** (Pernambuco)
André Carneiro Leão
- 3.ª **ESTADUAL** (Bahia)
Wellington César Lima e Silva
- 4.ª **ESTADUAL** (Minas Gerais)
Guilherme Henrique Souza e Silva
- 5.ª **ESTADUAL** (Mato Grosso do Sul)
Marco Aurélio Borges de Paula
- 6.ª **ESTADUAL** (São Paulo)
João Daniel Rassi
- 7.ª **ESTADUAL** (Paraná)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
- 8.ª **ESTADUAL** (Amapá)
João Guilherme Lages Mendes
- 9.ª **ESTADUAL** (Pará)
Marcus Alan de Melo Gomes
- 10.ª **ESTADUAL** (Alagoas)
Ivan Luís Marques da Silva
- 11.ª **ESTADUAL** (Sergipe)
Daniela Carvalho Almeida da Costa
- 12.ª **ESTADUAL** (Espírito Santo)
Clecio Jose Morandi de Assis Lemos
- 13.ª **ESTADUAL** (Rio de Janeiro)
Marcio Gaspar Barandier

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

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 Thaís de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Fabiano Yui 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, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diono, 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, Thaís 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 são responsabilizadas 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)

PARTICIPE
POR ACREDITAR

ACOMPANHE O IBCCRIM

twitter

facebook

A NOVA MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS

Thiago Bottino

No dia 9 de dezembro de 2011, o Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.902/2011, que modifica o regime das medidas assecuratórias patrimoniais no Código de Processo Penal (CPP), criando uma nova medida cautelar denominada “indisponibilidade de bens” em substituição aos institutos do sequestro, arresto e hipoteca legal (arts. 125 a 144).

A necessidade de aprimoramento dessas medidas pode ser considerada uma unanimidade. Todos aqueles que militam na seara criminal (advogados, defensores, juízes, membros do Ministério Público e policiais) sabem muito bem que as cautelares patrimoniais são muito pouco utilizadas e, quando o são, não atendem nem aos interesses do Estado (quando se trata de assegurar o perdimento dos proveitos do crime), nem da vítima (na hipótese de reparação do dano causado pelo crime) e nem do acusado (que mesmo sendo inocente está sujeito a sofrê-las, em virtude de sua natureza cautelar).

Pesquisa realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), que reuniu dados empíricos e teóricos sobre o funcionamento das medidas assecuratórias, afirma que a desatualização das medidas para bloquear bens foi afirmada por 82% dos magistrados ouvidos.⁽¹⁾ Outro dado aferido na pesquisa (e que reforça essa constatação) foi a baixa utilização das medidas pelos magistrados: dentre as sentenças proferidas entre agosto de 2008 a agosto de 2009, apenas 4% dos magistrados que participaram da pesquisa decretaram a indisponibilidade dos bens com vistas à reparação do dano (medidas de hipoteca legal e arresto) e apenas 6% decretaram medida similar (sequestro) com objetivo de assegurar que o proveito do crime fosse perdido em caso de condenação.

E não é difícil diagnosticar os motivos do mau funcionamento dessas medidas, sendo o mais óbvio a sua desatualização. Afinal, desde a edição do CPP, há mais de 70 anos, a única reforma pela qual passaram essas medidas foi meramente “cosmética” com a alteração da nomenclatura das medidas (Lei 11.435/2006).

Desde a edição do CPP, em 1941, várias foram as iniciativas de reforma pontual, parcial ou total da legislação processual brasileira. Devido ao seu grande número, não é pertinente citar cada um dos projetos que trataram das reformas pontuais ou parciais do Código, mas cumpre registrar as iniciativas de reforma completa do sistema processual penal brasileiro:

Comissão Hélio Tornaghi, cujo projeto de reforma apresentado em 1963 não chegou a ser levado ao Legislativo;

Anteprojeto Frederico Marques, apresentado em 1970, posteriormente transformado no PL 633/1975, mas retirado do Congresso;

Anteprojeto Rogério Lauria Tucci, apresentado em 1981 e transformado no PL 1.655/1983 e igualmente retirado do Congresso;

Comissão Sálvio de Figueiredo Teixeira, que apresentou uma proposta de reforma total que foi posteriormente dividida pela comissão sistematizadora em 16 anteprojetos separados, os quais foram apresentados em 1994. Apenas um desses projetos foi aprovado pelo Congresso Nacional, sendo os demais retirados pelo Poder Executivo. No entanto, nenhum deles tratava das medidas assecuratórias.

Comissão Ada Pellegrini Grinover, instituída em 1999, optou por apresentar textos separados, que resultaram em oito anteprojetos (quase todos já aprovados pelo Congresso Nacional), sendo certo, no entanto, que, mais uma vez, as medidas assecuratórias ficaram de fora da proposta de reforma.

Ora, as mudanças ocorridas nesses 70 anos (sobretudo na integração dos serviços financeiros mundiais, nos avanços na área de telecomunicações e no esmaecimento das fronteiras entre os países gerado pela globalização) tiveram impacto profundo na realidade socioeconômica brasileira, sobretudo no que tange à facilidade de aproveitamento e ocultação, pelo autor do crime econômico, do proveito de seu crime, o que por si só justificaria a necessidade de atualização da legislação.

Mas assim como os projetos de reforma global que o antecederam, o PLS 156/2009 (elaborado por uma Comissão de Juristas indicada pelo Senado Federal), em pouco modifica esse cenário.⁽²⁾ Segundo o próprio relator do PLS 156/2009 no Senado, Senador Renato Casagrande, ao comentar essa parte do texto apresentado pela Comissão de Juristas, “*Em que pesem alterações na redação de alguns dispositivos, o que se percebe é que prevaleceu a disciplina do atual diploma*”.⁽³⁾

A principal inovação é a criação de uma medida cautelar genérica que antecederia a

decretação das medidas cautelares específicas, chamada “indisponibilidade”. Trata-se de uma “medida assecuratória” para aplicação das demais “medidas assecuratórias”, já que poderia ser decretada mesmo sem indícios da origem ilícita dos bens. Além da fragilidade do pronunciamento judicial nessas circunstâncias, a inovação peca ao ampliar ainda mais a multiplicidade de medidas, cada uma com sua particularidade. Por sua vez, o PL 2.902/2011 unifica todas as medidas em uma só, o que facilita a compreensão de seu funcionamento.

Outra inovação contida do PLS 156/2009 é a possibilidade de alienação antecipada dos bens, medida também contemplada no PL 2.902/2011,

mas com sensíveis diferenças, que tornam este último mais completo: (1) o PLS 156/2009 não prevê procedimentos claros para a conduta de avaliação dos bens; (2) o PLS 156/2009 não prevê mecanismos que assegurem o contraditório e a ampla defesa do acusado durante o procedimento de arrecadação, avaliação e alienação dos seus bens; (3) o PLS 156/2009 peca ainda por não disciplinar o modo de administração dos bens não deterioráveis.

Além da desatualização, outro motivo pelo qual as medidas atuais são ineficientes é sua incompatibilidade com a Constituição de 1988, que trouxe mais garantias ao acusado. Nesse ponto o projeto é muito cuidadoso, conceituando expressamente a indisponibilidade como medida cautelar e exigindo a demonstração de prova da materialidade do crime e indícios de autoria (como na prisão cautelar), além de indícios de comportamento do detentor ou proprietário dos bens tendente a se desfazer destes.

O CPP atual exige apenas o *fumus boni iuris*, como também ocorre com o PLS 156/2009. Ambos pecam por não tratarem de uma exigência constitucional derivada do princípio da presunção de inocência. Além disso, a doutrina é uníssona ao considerar que o *periculum in mora* é requisito inerente à natureza cautelar da medida.

O PL 2.902/2011 modifica esse cenário, pois elenca como requisitos para a aplicação da medida de indisponibilidade de bens, di-

Se o Legislativo não promover as mudanças necessárias o Judiciário não terá à disposição meios de enfrentar as situações cotidianas e se verá no dilema de deixar de aplicar medidas assecuratórias ou aplicar medidas inominadas (...)

reitos e valores: I – indícios da proveniência ilícita dos bens, direitos e valores, ressalvada a hipótese de reparação do dano; II – prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria; e III – indícios de comportamento do detentor ou proprietário dos bens, direitos ou valores tendente a se desfazer destes ou utilizá-los para a prática de infração penal.

Certamente a ineficácia do atual regime de medidas cautelares alimenta a preferência dos juízes por mecanismos *de lege ferenda*, traduzido pela demanda pela aplicação de um “poder geral de cautela” por parte de 83% dos juízes entrevistados pela equipe da FGV Direito Rio, sendo que 17% do total manifestaram preferência pela existência apenas desse instituto, sinalizado a imprestabilidade das atuais medidas assecuratórias.

Esses números servem como importante alerta para o equilíbrio dos Poderes da República, já que o uso de institutos ainda não legislados como mecanismo de restrição de direitos acarreta grave risco à segurança jurídica. Se o Legislativo não promover as mudanças necessárias o Judiciário não terá à disposição meios de enfrentar as situações

cotidianas e se verá no dilema de deixar de aplicar medidas assecuratórias ou aplicar medidas inominadas, diferentes daquelas aplicadas por outros juízes, mais ou menos gravosas e sem critérios claros e objetivos. Qualquer desses dois caminhos ameaça o indivíduo, a sociedade e o Estado.

Por fim, não se trata de fazer apologia ao recrudescimento da lei penal – muitos poderão criticar o PL 2.902/2011 porque uma de suas finalidades é dotar as cautelares patrimoniais de maior eficácia e facilitar sua aplicação.⁽⁴⁾

A reforma dessa legislação é necessária para resgatar a confiança da população nesse aspecto particular do funcionamento do sistema penal, marcado pela ineficiência. Dados do Sistema Nacional de Bens Apreendidos, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, mostram que os bens apreendidos pela Justiça em todo o país somam R\$ 2,2 bilhões. Os veículos representam a maior parcela (R\$ 1,4 bilhões) seguidos pelos imóveis (R\$ 422 milhões). Alguém duvida que muito em breve todos esses bens estarão seriamente depreciados, com perda substancial do seu valor, prejudicando a

parte que ganhará a ação, seja ela o Estado ou o indivíduo?

NOTAS

- (1) O inteiro teor do relatório de pesquisa está disponível no sítio do Ministério da Justiça: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>>. A pesquisa sobre as medidas cautelares em matéria penal foi realizada por uma equipe de professores e alunos (graduação e mestrado) da FGV Direito Rio, e coordenada pelo autor.
- (2) O PLS 156/2009 foi aprovado no Senado e enviado à Câmara dos Deputados em 22.12.2012, sob o número 8.045/2011. Em 05.01.2011, ocorreu o apensamento do PL 7.987/2010, que também propõe uma reforma completa do CPP.
- (3) Relatório final disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>>. Acesso em: 10.01.2012.
- (4) Quando se fala em “facilitar a aplicação”, não significa diminuir as garantias individuais nem ampliar as hipóteses de sua decretação, mas simplificar os procedimentos, tornando-os racionais.

Thiago Bottino

Doutor em Direito.

Professor Adjunto de Direito Penal e Processual Penal da FGV Direito Rio.

Professor Adjunto de Direito Penal e Processual Penal Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E O JULGAMENTO POR E-MAIL

Ana Victoria de Paula Souza

“Um Estado de Direito não se define pelos direitos que proclama, mas pelos direitos que está disposto a sacrificar”.⁽¹⁾

No dia 10 de agosto passado, foi promulgada, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Resolução 549/2011, que prevê a possibilidade de “*juízo virtual*” de recursos. Nesta nova espécie de julgamento, o relator sorteado encaminhará o seu voto aos componentes da turma julgadora por meio de mensagem eletrônica. O segundo e o terceiro juízes manifestarão seu voto aos integrantes da turma julgadora também por *e-mail*. Prevê a Resolução que, caso a parte não concorde com esta forma de julgamento, ou pretenda sustentar oralmente, basta informar ao Tribunal que realizará o julgamento “do modo tradicional”.

A justificativa apresentada pelo Órgão Especial é, em apertada síntese, a grande quantidade de recursos aguardando julgamento, mais de 550.000, “*número que não diminui, apesar da grande produtividade média*” dos desembargadores, integrantes do Tribunal. Segue justificando que é necessário adotar providências de ordem prática para que os recursos sejam julgados

com maior rapidez, economizando tempo para os julgadores, bem como atendendo ao princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF).

De acordo com a Resolução, estão sujeitos ao “*juízo virtual*”, na esfera criminal, as apelações, os embargos de declaração, os agravos regimentais, os mandados de segurança e os *habeas corpus* originários.

A novidade prevista na Res. 549/2011 ocorrerá do seguinte modo: os recursos de agravo de instrumento, agravo interno ou regimental e embargos de declaração poderão ser julgados virtualmente, a critério da turma julgadora, determinando o relator a prévia ciência das partes pela imprensa oficial, para envio de memoriais ou eventual manifestação contrária a esta espécie de julgamento. As apelações, os mandados de segurança e os *habeas corpus* serão julgados do mesmo modo dos demais recursos.

Não havendo oposição de nenhuma das partes, após proferir seu voto, o relator o encaminhará aos demais componentes da turma julgadora por mensagem eletrônica.

Ainda que visando a “desburocratização e racionalização de atos para uma tutela jurisdicional efetiva”, como informa a Resolução, é certo que ela é inconstitucional, seja por afrontar o princípio do devido processo legal, seja por afrontar o princípio da publicidade.

O segundo e o terceiro Juízes, que poderão requisitar os autos para exame e vista, manifestarão sua adesão aos demais da turma julgadora, também mediante *e-mail*. Na eventualidade de divergência, o discordante elaborará seu voto e o transmitirá ao relator e ao outro juiz componente da turma. Confirmado o voto original pelo relator, dar-se-á sua publicação e o do juiz discordante, prevalecendo, para acórdão, aquele que for acolhido pela maioria. Não manifestada divergência ou ocorrendo o consenso, o voto do relator ou do juiz para tal designado servirá como acórdão para publicação pela imprensa oficial. No julgamento das apelações, mandados de segurança e *habeas corpus* originários, após o voto do

relator, o processo será enviado ao revisor, ou o voto ao segundo e terceiros juizes, a depender do procedimento.

Dessa forma, segundo manifestado na Resolução, está garantida à parte a possibilidade de se opor ao “*juízo virtual*”, bem como de oferecer memoriais ou sustentar oralmente. Por esse motivo, entende o tribunal que estará assegurada a periodicidade das sessões de julgamentos. E como serão “*os votos publicados pela imprensa oficial, não haverá risco de quebra da publicidade e da transparência dos atos judiciais*”.

Ainda que visando a “*desburocratização e racionalização de atos para uma tutela jurisdicional efetiva*”, como informa a Resolução, é certo que ela é inconstitucional, seja por afrontar o princípio do devido processo legal, seja por afrontar o princípio da publicidade.

O primeiro princípio violado é o do devido processo legal, previsto no art. 5.º, LIV, da CF. É por meio do processo que o juiz exercerá sua atividade jurisdicional, buscando a solução mais justa, a fim de restaurar a paz social. O devido processo legal tem como escopo preservar a liberdade do indivíduo contra as ações do Estado, buscando uma correta atuação do poder jurisdicional.⁽²⁾

O CPP, a partir do art. 609, regula o procedimento para o julgamento dos recursos nos tribunais. Os arts. 610 e 613 determinam que nos recursos em sentido estrito, e nas apelações, após a vista ao Procurador-Geral, os autos serão encaminhados ao relator e ao revisor, que pedirá designação de dia para o julgamento. No dia da sessão de julgamento, o relator fará exposição do feito e, em seguida, o presidente concederá a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao Procurador-Geral, quando assim requerer.

Desse modo, é certo que o legislador ordinário estabeleceu o procedimento para o julgamento dos recursos nos tribunais. Há a previsão legal de um momento solene para o julgamento dos recursos interpostos; e o réu e seu defensor poderão participar deste momento tão esperado, caso desejem.

No Processo Penal, forma é garantia, sendo que os procedimentos são indisponíveis. Ensina **Scarance Fernandes** que “*quanto à garantia da observância integral do procedimento, não se permite que o juiz possa suprimir atos ou fases do procedimento. Não sendo realizado ato processual, se houver prejuízo às partes, ocorrerá nulidade. Quando se cuidar de supressão de fase procedimental, o prejuízo é imanente à falha, pois ofende-se o devido processo legal*”. E conclui afirmando que “*não se admite, em face dessa mesma garantia, que o juiz possa, mesmo com a concordância do advogado, adotar procedimento mais abreviado, pois isso resultará na supressão de fase do procedimento ajustado*

ao caso”.⁽³⁾

O Código de Processo Penal prevê expressamente o julgamento público, realizado na sede dos tribunais (art. 791). Ora, a sessão de julgamento é um ato solene, em que Desembargadores debatem a causa e a discutem. Não se limitam a proferir seus votos, mas a debatê-los. Emitem opinião acerca do caso *sub judice*, esclarecem imediatamente as dúvidas dos julgadores que não tiveram contato com os autos, convencem uns aos outros. Isso tudo não será possível por meio de mensagem eletrônica. Já se tem notícias de “*juízo em lista*” ou “*juízo por ementa*” e nem assim os julgamentos ficaram mais céleres.

É verdade que o art. 618 do CPP prevê a possibilidade de os tribunais estabelecerem normas complementares para o processo e julgamento dos recursos. Todavia, é certo que, para tanto, deve observar as normas de processo e das garantias processuais das partes. Assim, não se pode pretender alterar o Código de Processo Penal por meio de resolução. De outro modo, não é lícito, sob nenhum argumento, suprimir a sessão de julgamento do procedimento dos recursos. Este ato está previsto em lei e não pode ser extinto, nem com a concordância das partes.

Sendo assim, não resta a menor dúvida de que a Res. 549/2011 fere de morte o princípio constitucional do devido processo legal.

Mas isso não é tudo.

A Resolução objeto do presente artigo também afronta o princípio da publicidade. A Constituição Federal determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (art. 93, IX). E a própria Carta prevê as hipóteses em que a publicidade poderá ser restringida: quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5.º, LX). Como se verifica, a hipótese da Resolução que pretende dar celeridade aos julgamentos não se enquadra nas hipóteses que excepcionam a publicidade.

A Carta Magna determina que o julgamento será público, e não apenas o resultado do julgamento. Há neste artigo duas determinações: a) a publicidade dos julgamentos; e b) fundamentadas as decisões do Poder Judiciário. Afastando a discussão da causa do tribunal, para fazê-la de forma virtual o preceito constitucional estará violado. A publicação das decisões pela imprensa oficial não supera a questão, pois esta determinação atende à necessidade da fundamentação das decisões e seu conhecimento pelas partes, e não à publicidade dos julgamentos.

É certo que as partes, caso não concordem com o “*juízo virtual*”, podem manifestar sua oposição ou informar que pretendem realizar sustentação oral. Assim, argumentam alguns, sempre que a parte não

concordar com esta nova modalidade de julgamento, será realizado “no modo real”. E o sujeito que não é parte no processo, mas tem interesse, de qualquer espécie, no julgamento? Poderá ele manifestar sua oposição ao “*juízo virtual*”? Obviamente que não! A publicidade não se refere apenas às partes envolvidas no processo, mas a toda sociedade. Com efeito, “*a publicidade dos atos processuais insere-se no campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Este não pode conviver em regra com o sigilo, o segredo, o confinamento a quatro portas, a falta de divulgação, porque este caminho, da sonegação de dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em estado governado pelo povo, qual seja: o do controle*”.⁽⁴⁾

A Resolução ora criticada, não se limita a possibilitar o “*juízo virtual*” de embargos de declaração e agravos regimentais apenas, mas autoriza o julgamento sem debates entre os julgadores de apelação e *habeas corpus*!

Se de um lado o tribunal avança rumo à modernidade, de outro retrocede, distanciando-se da população. O julgamento que decidirá a vida do réu tornar-se-á burocrático e tedioso. Afasta-se da sociedade a emoção do julgamento.

Ninguém se opõe à modernização da justiça. Muito pelo contrário. São inúmeros os atos que podem ser realizados adotando as mais modernas tecnologias. A comunicação dos atos processuais, o oferecimento e o recebimento da denúncia, a protocolização de petições, o acesso das partes aos autos do processo, não há dúvida de que podem ser realizados de forma virtual. No entanto, é preciso distinguir o que não pode ser atropelado pela modernidade. E entre eles está o julgamento da causa. Não será com o menosprezo aos princípios constitucionais, caríssimos à sociedade, que a entrega da prestação jurisdicional será aprimorada.

NOTAS

- (1) TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Palestra proferida no 17.º Seminário Internacional do IBCCrim, no dia 26 de agosto passado, em São Paulo.
- (2) SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 17.
- (3) FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 105.
- (4) BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2, p. 285.

Ana Victoria de Paula Souza

Doutoranda e Mestre em Direito
 Processual Penal pela PUC/SP.
 Professora e Advogada.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E SUCESSÃO SOCIETÁRIA

Bruno Salles Pereira Ribeiro e Diogo Henrique Duarte de Parra

Imagine-se que, em um futuro fictício, um acusado de determinado delito fosse capaz de transferir toda sua personalidade para outra pessoa. Imagine-se ainda que, nesse mundo por nós hipoteticamente criado, essa pessoa fosse capaz de se dividir entre duas outras pessoas autônomas, ou incorporar-se a outra pessoa preexistente, dividindo com ela, a partir de então, todos os traços de personalidade e características das pessoas que eram anteriormente, mas ao mesmo tempo, como não poderia deixar de ser, criando uma nova personalidade, formada pelas duas originais. Não nos seria vedado imaginar que, nesse mundo fantástico, em que as formas e os conteúdos humanos não estão mais vinculados pelo binômio corpo-intelecto, um acusado transferisse toda sua consciência para um novo corpo ou que um condenado pudesse vender seu corpo antigo para uma pessoa idônea em troca de um “preço justo”.

É claro que, diante dessa realidade projetada, toda a teoria do delito deveria ser readequada, pois os padrões atuais de imputação não seriam satisfatórios para a resolução de conflitos que adviriam da dissociação posterior entre o corpo responsável pela execução e o centro de vontade responsável pela cognição da ação anterior ao desmembramento.

E isso porque toda a teoria do delito construída ao longo dos anos tem como parâmetro de executor de ações os seres humanos naturais, os quais sempre reúnem no mesmo sistema natural órgãos responsáveis por sua consciência, percepção e intelecto (sistemas nervosos) e órgãos responsáveis pela execução das ordens (sistemas motores). Até hoje não há notícia de qualquer consciência humana que consiga ter existência autônoma de sua estrutura biológica e a teoria do delito e as noções de ação desenhadas por qualquer das grandes correntes de imputação conhecidas – seja o causalismo, o finalismo ou a teoria da imputação objetiva – tem, obrigatoriamente, como pressuposto essa realidade.

Em outras palavras, sempre tomamos como sujeito da ação aquele que age, que se expressa de qualquer maneira no mundo real, motivado por um comando emanado de sua vontade consciente. Esses dois componentes da ação restam de todo modo fundidos nas ações humanas.

Todos os sistemas de penas elaborados no decurso dos séculos e milênios também partem desse pressuposto óbvio. A pena, pela grande maioria dos séculos, nada mais era do que a aflição ao corpo, com objetivo de se atingir a mente a ele ligado. Hoje em dia, da mesma forma, mas no lugar da aflição, a restrição do movimento. Obviamente, não faria sentido castigar ou aprisionar um corpo que já não

mais estivesse ligado à sua mente, salvo pelo efeito simbólico que as penas exercem na sociedade, o que gostamos de acreditar não ser o fundamento primordial da punição.

De tal forma, se um dia conseguíssemos cindir o centro de decisão da pessoa de seu corpo humano, perderíamos toda a ancoragem dos atuais sistemas de imputação penal e das formas de punição e teríamos de caminhar para a busca de um novo sistema de responsabilização penal, que levasse em conta a possibilidade da separação entre o corpo e a mente da pessoa.

Todas essas afirmações parecem, por um lado, óbvias e, por outro, irrelevantes, diante da atual realidade, em que estamos todos presos aos nossos respectivos corpos. Mas, na verdade, todos os efeitos dessa realidade projetada já estão sendo enfrentados pelo Judiciário nacional, sem que ainda se tenha esboçado qualquer caminho para uma solução.

Não é mais nenhuma novidade que a Lei Federal 9.605/1998 inseriu em nosso ordenamento jurídico a responsabilização penal da pessoa jurídica, “regulamentando” a previsão constitucional insculpida no art. 225, § 3.º, da Constituição da República. E as aspas apostas na palavra regulamentando se devem ao fato de que a lei infraconstitucional, repetindo o mandamento expresso na Carta Constitucional passou a prever a responsabilização penal de um ente estranho a toda a construção teórica da dogmática penal e ao próprio sistema jurídico penal pátrio, sem se preocupar com as significantes adaptações que seriam – e ainda são – necessárias à viabilização da implantação desse tipo de responsabilização.

O legislador simplesmente ignorou que esse novo *agente*⁽¹⁾ inserido no sistema jurídico penal nacional possui características completamente estranhas as do sujeito ativo clássico do delito, qual seja, o ser humano natural, juridicamente reconhecido como pessoa física. Nessa seara, muito já se discutiu sobre a capacidade de ação da pessoa jurídica e também sobre a possibilidade do reconhecimento de sua culpabilidade, ainda que não exista, atualmente, algum consenso sobre esses pontos.

Ocorre que, mesmo que tentemos superar essa discussão, considerando – ainda que, para meros fins acadêmicos – que a pessoa jurídica pode ser considerada um agente diante dos parâmetros construídos pelo sistema jurídico de imputação penal, jamais poderíamos ignorar

(como fez o legislador) que esse novo agente é dotado de todas as características desse ser humano futurista por nós imaginado no começo do presente esforço.

Em suma: diante dos processos de transformação das pessoas jurídicas, condutas anteriores a tal processo poderão, no máximo, gerar a obrigação de reparar o dano causado, isto é, poderá ensejar a responsabilização civil do novo ente moral surgido, mas nunca a criminal.

Ao contrário dos seres humanos naturais, cuja existência se dá por fatores biológicos e sociais, as pessoas jurídicas existem apenas como uma ficção jurídica, consistindo em um ente originado no campo das ideias, cuja existência se destina à necessidade de se importar uma personalidade abstrata a um coletivo de pessoas ou coisas para fins patrimoniais.⁽²⁾ Disso decorrem substanciais diferenças, em relação à pessoa física, quanto ao início de sua personalidade, quanto à sua extinção e, principalmente, quanto à possibilidade de sua composição e reagrupação, as quais, chamaremos, para os fins do

presente artigo, de sucessão societária.⁽³⁾

O capítulo X do Código Civil (arts. 1.113 a 1.122) e o capítulo XVIII da Lei Federal 6.404/1974 (arts. 220 a 234) tratam da transformação, da incorporação, da fusão e da cisão das sociedades. Além disso, existem diversas operações societárias que acabam por dissociar o centro de decisão da empresa de seu conteúdo patrimonial, como p. ex., a alienação de controle e a alienação de ativos.⁽⁴⁾ Em síntese, para o que importa ao presente artigo, releva destacar que em todos esses casos, há uma transformação no centro de vontade do ente moral e, muitas vezes, a própria extinção da personalidade jurídica (arts. 1.118 e 1.119 do CC e art. 219, da Lei das S/A).

Como compatibilizar essa constatação com tudo aquilo que se disse anteriormente sobre a responsabilização penal que, sendo subjetiva, não pode prescindir da identificação de uma vontade consciente e que ainda subsista para que, se for o caso, possa sofrer a aplicação da correspondente pena? Tal questionamento ganha relevância, na medida em que é por todos identificado o movimento que há no sentido de pretender a responsabilização criminal da pessoa jurídica. A pergunta ganha, então, redobrada importância e pode ser assim reformulada: é possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica que venha a passar por um processo de transformação, que redefina seu corpo e seu centro originário de vontade, do qual tenha emanado, eventualmente, no passado, um comando para o cometimento de um ato reputado como ilícito penal posteriormente à transformação pela qual passou?

Como já defendemos, julgamos que tal panorama exige a busca pela doutrina de uma nova dogmática. O que se construiu até hoje se calca na realidade do ser humano, ampara-se no dogma da unidade do ser (vontade e corpo). Por tal motivo, o principal objetivo deste artigo é servir de alerta para tal necessidade, inaugurando, oxalá, um debate que será desenvolvido por vozes muitíssimo mais ilustradas. No entanto, como resolver os problemas que se apresentam hoje, antes que seja forjada essa nova dogmática?

Nos campos civil e administrativo, a questão se resolve de maneira mais tranquila. A título de exemplo, o Código Tributário Nacional estabelece, em seu art. 132, que “A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”.⁽⁵⁾ Ainda no que se refere à responsabilidade civil, as partes envolvidas em tal espécie de atos de transformação normalmente acordam contratualmente como se fará frente a consequências de atos pretéritos, com alocação de riscos e constituição de garantias, de parte a parte.

Por outro lado, pensamos que, diante do que nos fornece o ordenamento jurídico atual, não é possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica que passa por quaisquer dos processos de transformação previstos pela legislação civil e pela prática societário-comercial. E assim nos manifestamos com apoio na Constituição Federal, que estabelece, em seu art. 5.º, XVI, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até

o limite do valor do patrimônio transferido”. Ora, o constituinte originário não restringiu tal ressalva à pessoa física. Falou em pessoa e o antigo Código Civil, então vigente, trazia rol⁽⁶⁾ de pessoas jurídicas de direito privado que incluía sociedades civis e mercantis, associações, fundações e partidos políticos, o que evidencia o óbvio: a existência de pessoas jurídicas, bem como de suas formas, eram bem conhecidas já nos idos de 1988. E, lembremos, além disso, que as garantias constitucionais não se interpretam restritivamente. Em suma: diante dos processos de transformação das pessoas jurídicas, condutas anteriores a tal processo poderão, no máximo, gerar a obrigação de reparar o dano causado, isto é, poderá ensejar a responsabilização civil do novo ente moral surgido, mas nunca a criminal.

Tal constatação reforça a necessidade de que, se realmente desejamos a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, busque-se a criação de uma nova dogmática – talvez e preferencialmente fora do âmbito jurídico-penal – apta a fazer frente a uma nova e complexa realidade, e, eventualmente, de alterações legislativas. Caso contrário, a barreira constitucional continuará impedindo que novas pessoas jurídicas, formadas a partir de outras já existentes, respondam criminalmente por atos cometidos no passado da transformação que as criou.

NOTAS

(1) Não pretendemos adentrar na discussão de se a pessoa jurídica pode ser considerada agente para fins de imputação penal, o que dependeria da discussão acerca da própria legitimidade ativa da pessoa jurídica no âmbito político criminal. Apenas como tomada de posição, afirmamos que entendemos que, diante do atual sistema jurídico de imputação de responsabilidade penal a pessoa

- jurídica jamais poderia ser considerada autora de determinada conduta, mas sim, viabilizadora.
- (2) Nesse sentido, CASTELO BRANCO, Fernando. *A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12: “Apesar de admitir que ‘só o homem é pessoa real’, capaz de ser sujeito de direitos, reconhece em vista do interesse geral a existência de uma pessoa fictícia – de personalidade abstrata –, puramente pensada, mas não realmente existente, ou seja, uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais”.
- (3) Aqui empregamos o termo sucessão, justamente porque a problemática ocorrerá quando existir uma modificação societária posterior ao cometimento do delito. Já aqui também é possível perceber que nos limitaremos apenas à análise de alguns dos tipos de pessoa jurídica, quais sejam, as sociedades, notadamente as empresariais, em suas formas limitada e por ações, as quais respondem por quase a totalidade das sociedades empresariais personificadas no Brasil.
- (4) Disso decorre que o agente pessoa jurídica que cometeu a conduta, posteriormente ao seu cometimento, será decomposto e o reorganizado quanto ao seu centro de decisão e seu conteúdo patrimonial, que é quem sofrerá a sanção penal. Mais do que isso, em certos casos, a pessoa jurídica que hipoteticamente cometeu a conduta delituosa, simplesmente, deixará de existir enquanto personalidade abstrata, como personalidade jurídica, existindo, tão somente, como conteúdo patrimonial, realocado em outra estrutura societária.
- (5) Vale destacar que, no âmbito tributário, há jurisprudência que afasta da sucessão as multas de caráter punitivo.
- (6) Cf. art. 16 da Lei Federal 3.071/1916.

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Mestrando em Direito Penal pela
Universidade de São Paulo.
Membro e Colaborador do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
Advogado

Diogo Henrique Duarte de Parra

Membro e Colaborador do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
Advogado

PARTICIPE POR ACREDITAR

18ª EDIÇÃO DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

O Seminário Internacional é o maior evento de Ciências Criminais na América Latina e reúne, todos os anos, participantes provenientes de diversos pontos do Brasil e do mundo.

Escritórios de advocacia de todo o Brasil são parceiros na realização dos Seminários Internacionais do IBCCRIM. Você também pode ser nosso parceiro na 18ª edição do evento, que acontecerá entre os dias 28 e 31 de agosto de 2012.

Para mais informações, entre em contato com a Seção de Comunicação: (11) 3111-1040 ramal 123 ou pelo e-mail: simone@ibccrim.org.br.

SEMINÁRIO ESTADUAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Realização: Tribunal de Justiça do Amapá e IBCCRIM.

Data: 29 e 30 de março de 2012.

Horário: 19h às 22h30min.

Local: Teatro das Bacabeiras.

Endereço: Rua Cândido Mendes, s/n – Macapá – AP.

Informações e inscrições: www.tjap.jus.br.

ERRO DE PROIBIÇÃO E O PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA DO DESCONHECIMENTO DA LEI: UMA ANÁLISE DO ART. 21 DO CÓDIGO PENAL

Giancarlo Silkunas Vay

Partindo do pressuposto da teoria tripartida da estrutura analítica do crime (conduta típica, antijurídica e culpável), temos que o erro de proibição, segundo a doutrina dominante, é hipótese que exclui a culpabilidade do agente, se invencível, e importa em uma diminuição de pena, se vencível; uma vez que se trata de uma falha na compreensão, por parte do agente, de que a conduta praticada se encontrava no âmbito de proibição penal. A razão de ser deste instituto provém da necessidade prévia e inafastável de que as pessoas conheçam a proibição, ou seja: possua consciência da antijuridicidade, para que se possa motivar em sentido contrário ao agir delituoso.⁽¹⁾

Muito embora esta posição seja consagrada na doutrina nacional e estrangeira, percebe-se que o conteúdo do art. 21 do CP vem causando certa confusão, principalmente na jurisprudência que, por vezes, nega a aplicabilidade do erro de proibição, em razão da disposição: “o desconhecimento da lei é inescusável”, contida na 1.ª parte do referido preceito, ignorando por completo o disposto na 2.ª parte, qual seja: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. A título de exemplo, dentre tantas outras decisões no mesmo sentido, assim já se decidiu: “não se pode admitir a alegação de erro sobre a ilicitude do fato criminoso, se o princípio fundamental é o de que ‘o desconhecimento da lei é inescusável’ (art. 21 do CP)”.⁽²⁾

Diante deste cenário, parece necessário retomar a razão de ser do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei (insculpido na 1.ª parte do art. 21 do CP), bem como demonstrar a sua (in)compatibilidade com o instituto do erro de proibição (previsto na 2.ª parte do art. 21 do CP) em nosso ordenamento jurídico.

Historicamente, o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei foi identificado, de forma prevalente, com a irrelevância do erro de proibição no Direito Penal; todavia isso não significa que o fundamento deste princípio fosse a espécie intrínseca desta modalidade de erro. Pelo contrário, tem-se perfeitamente plausível apontar para o referido princípio um fundamento autônomo que, assim, passaria a ser utilizado para dar novo fundamento à irrelevância do erro quanto ao direito e, desta forma, uma nova compreensão e delimitação ao problema da falta de consciência da ilicitude.⁽³⁾

Segundo ensina **Jorge de Figueiredo Dias**, a primeira correlação que se costuma fazer a fim de buscar o fundamento para o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal é no sentido de uma irrefragável

presunção de conhecimento. Ocorre que, em suas palavras, “o pluralismo legislativo por um lado; o acentuado caráter técnico da lei, por outro; os intrincadíssimos problemas (mesmo para especialistas) suscitados pela interpretação e aplicação – tudo torna absolutamente impossível, nos nossos dias, a afirmação de que é normal o conhecimento da lei. Pelo que a tese da presunção absoluta, a fundamentar-se só em si e por si mesma, viria a desembocar em uma pura ficção [...] que só poderia ser conexiada com o problema da responsabilidade do homem pelo seu comportamento dentro de uma mundivivência crassamente positivista que concebe a lei como produto de uma vontade arbitrária”.⁽⁴⁾

Disso, o referido autor extrai que tal presunção (se é que se deve falar de presunção) deve buscar uma razão intrínseca que a fundamente e com a qual deverá conexionar-se o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei. Com isso, inexoravelmente, tal princípio acabará por perder muito da sua rigidez, uma vez que ele passará a só poder ser verificado se, quando e onde se afirma a razão que materialmente o fundamenta.

Ocorre que, a partir de tais premissas, não é outra a conclusão senão a de que o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei não possui caráter absoluto (o que se observa, aliás, em qualquer princípio),⁽⁵⁾ uma vez que deva ceder à limitação da concreta possibilidade de o agente vir a cumprir a obrigação a ele imposta pela lei. Dessa forma, inviável negar aplicabilidade ao instituto do erro de proibição por esta premissa, se a exigência de que o indivíduo conheça a lei se mostrar impossível de ser feita no caso em concreto. Trata-se da submissão do referido princípio à ordem constitucional, a qual traz em seu corpo o princípio da culpabilidade que embasa a máxima *nullum crimen sine culpa*. Segundo esta ótica, não é o princípio constitucional que deve se enquadrar ao comando legal, mas sim o dispositivo infraconstitucional se adequar à Constituição que o fundamenta. Se da interpretação do ordenamento jurídico não se puder extrair outra interpretação da lei, senão a absoluta irrelevância do desconhecimento da lei, independentemente do grau de culpabilidade do agente, então este dispositivo deve ser considerado como não recepcionado pela Constituição, devendo ser sua aplicação afastada.

Alheio a este debate, outro é o fundamento que **Cabral de Moncada**⁽⁶⁾ empresta para o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei, entendendo que “quer-se significar apenas que a obrigatoriedade dos preceitos da lei se dá independentemente do conhecimento ou desconhecimento dele por parte dos cidadãos, princípio este absoluto e sem limitações”, ou seja, o desconhecimento da lei pelo agente em nada afetaria a “abstracta intangibilidade dos seus efeitos objetivos”.

De fato, realmente parece ser este o sentido adequado do princípio, tendo em vista que o desconhecimento da ilicitude de um comportamento (erro de proibição) e o desconhecimento de uma norma legal (erro de direito) são coisas completamente distintas: a ilicitude não se encontra no fato ou na lei em si, mas na relação de contrariedade que

se estabelece entre a ação praticada e o ordenamento jurídico.⁽⁷⁾ Que o conhecimento da lei se presuma perante todos os seus destinatários, em razão dos meios oficiais de publicação, a fim de dar-lhe publicidade e vigência, não é nenhuma arbitrariedade; todavia, no que concerne à ausência, ou mesmo má-compreensão do conteúdo proibitivo da norma, bem como o erro sobre a ação praticada se amoldar à proibição legal, trata-se de matéria atinente à culpabilidade do agente que em nada se confunde com o desconhecimento da lei penal.

Conforme as lições de **Cezar Roberto Bitencourt**,⁽⁸⁾ o instituto opera exatamente no erro de conhecimento do agente em relação à lei em abstrato. Assim, tem-se de um lado a norma abstrata com plena validade e eficácia e, de outro lado, o comportamento em concreto do agente, sendo exatamente nessa relação que se estabelecerá (ou não) a consciência da ilicitude. O erro de proibição, diferentemente do que a ignorância da lei poderia resultar, de modo algum deve ser compreendido como capaz de afastar a eficácia (e/ou) a validade da lei penal posta, a qual continuará vigente inclusive para quem a alegue desconhecer (em virtude do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei), uma vez que o instituto opera tão somente no campo da culpabilidade do agente. De igual forma, não se presta o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei a conferir qualquer elemento interpretativo para a aplicação do erro de proibição, tratando-se, como já exposto, de um princípio

(...) o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei não possui caráter absoluto (o que se observa, aliás, em qualquer princípio), uma vez que deva ceder à limitação da concreta possibilidade de o agente vir a cumprir a obrigação a ele imposta pela lei.

meramente atinente aos fundamentos de validade do direito.

Por derradeiro, deve-se perceber que o erro de proibição deriva de um erro quanto ao conhecimento do caráter ilícito da conduta praticada e não especificamente quanto à lei. Nos dizeres de **Alcides Munhoz Netto**, “A diferença reside em que a ignorância da lei é o desconhecimento os dispositivos legislados, ao passo que a ignorância da antijuridicidade é o desconhecimento de que a ação é contrária ao Direito. Por ignorar a lei, pode o autor desconhecer a classificação jurídica, a quantidade da pena, ou as condições de sua aplicabilidade, possuindo, contudo, representação da ilicitude do comportamento. Por ignorar a antijuridicidade, falta-lhe tal representação. As situações são, portanto, distintas, como distinto é o conhecimento da lei e o conhecimento do injusto”.⁽⁹⁾ Por outro lado, “mesmo quando se possa afirmar que a falta de consciência da ilicitude proveio, em concreto, da ignorância da lei penal, é aquela falta quem, no seu conteúdo intrínseco, suscita um problema de culpa cuja resolução não põe em causa o fundamento de validade da lei que se não conhecia. Neste enquadramento se torna patente a invalidade do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal para nos dizer onde e quando se levanta o problema da falta de consciência da ilicitude”.⁽¹⁰⁾

Assim, do que se pretendeu demonstrar,

tem-se por equivocadas as decisões (reiteradas) proferidas pelos Tribunais de Justiça que negam aplicabilidade ao instituto do erro de proibição (previsto na 2.ª parte do art. 21 do CP), calcadas em uma suposta contradição ao princípio da irrelevância do desconhecimento da lei (previsto na 1.ª parte do art. 21 do CP), isso em razão de uma completa ausência de relação entre as duas previsões, muito embora (por uma técnica legislativa duvidosa) se encontrem dispostos no mesmo artigo penal. Ademais, como aqui também se procurou desenvolver, mesmo se, por acaso, se insistir em fundamentar o referido princípio na presunção de conhecimento da lei, este ainda deve ceder, à luz da do princípio constitucional da culpabilidade, sempre que se verificar ser inexigível que o indivíduo, no caso em concreto, conhecesse a lei e, portanto, viesse a se motivar em sentido contrário ao agir delituoso.

NOTAS

- (1) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro*: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 2011. p. 482.
- (2) TJSP, 4.ª Câmara de Direito Criminal, AP 0020929-10.2007.8.26.0196, rel. Des. Willian Campos, v. u., j. 18.10.2011. Nesse mesmo sentido no TJSP: 5.ª Câmara de Direito Criminal, AP 0006418-

77.2007.8.26.0302, rel. Des. Tristão Ribeiro, v.u., j. 03.03.2011; 6.ª Câmara de Direito Criminal, AP 0005668-27.2007.8.26.0415, rel. Des. Ricardo Tucunduva, v.u., j. 24.03.2011; 11.ª Câmara de Direito Criminal, AP 0007977-66.2009.8.26.0248, rel. Des.: Antônio Mansur, v.u., j. 16.03.2011; TJSP; 12.ª Câmara de Direito Criminal, AP 0018624-59.2050.8.26.0030, rel. Des. Breno Guimarães, v.u., j. 23.11.2011; TJSP, 13.ª Câmara de Direito Criminal, AP 0355552-28.2010.8.26.0000, rel. Des. França Carvalho, v.u., j. 24.02.2011.

- (3) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 53-55.
- (4) Idem, p. 56.
- (5) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 104-105; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 318.
- (6) MONCADA, L. Cabral de. Apud DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 60.
- (7) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 438.
- (8) Idem.
- (9) MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 438.
- (10) DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 65.

Giancarlo Silkunas Vay

Bacharel pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Membro do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito.
Professor tutor de Direito Penal e Processo Penal no Complexo Educacional Damásio de Jesus.

A ABOLITIO CRIMINIS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA DA LEI 8.137/1990

Rafael Junior Soares

Os crimes contra a ordem econômica encontram-se previstos nos arts. 4.º a 6.º da Lei 8.137/1990, criados com respaldo no art. 173, § 4.º, da CF, que concedeu especial relevância a esta espécie de criminalidade, principalmente pela proposição de repressão penal ao abuso do poder econômico que se destine à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Com efeito, ao tratar do bem jurídico tutelado pela lei em exame e sua importância no contexto jurídico nacional, a doutrina afirma que “no caso dos delitos definidos nos arts. 4.º a 6.º da Lei 8.137/1990, o bem jurídico tutelado é a ordem econômica institucionalizada, cujo fim, não se deve olvidar, apresenta-se como sendo o de assegurar a toda existência com dignidade, a partir de um modelo econômico que propicie a construção do Estado Democrático – e Social – de Direito”.⁽¹⁾ Diante disso, resta claro que os delitos contra a ordem econômica buscam, essencialmente, a tutela da livre iniciativa e da livre concorrência,⁽²⁾ como forma de garantir estes fundamentos basilares que são assegurados constitucionalmente.⁽³⁾

Ocorre que, recentemente, promulgou-se

a Lei 12.529/2011⁽⁴⁾ visando reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, também, dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, por meio da introdução de profundas alterações na Lei 8.137/1990, as quais serão abordadas brevemente no presente trabalho.

Primeiramente, a novel legislação revogou expressamente diversos dispositivos dos crimes contra a ordem econômica, entre eles os arts. 4.º, I, alíneas a a f, incs. III, IV, V, VI, VII, 5.º e 6.º da Lei 8.137/1990, acabando acertadamente com tais figuras penais no ordenamento jurídico pátrio,⁽⁵⁾ visto que, nestas situações, havia notória confusão no momento do juízo de tipicidade, com a imputação de concurso de crimes quando, na verdade, se estava diante do conflito aparente de normas cuja solução cabia aos princípios da consunção, subsidiariedade e especialidade.

Diante disso, muito embora tenha se alterado a redação do art. 4.º, I, da seguinte forma: “Art. 4.º Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante

qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”, isto é, com o acréscimo da expressão qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas, anteriormente inserida na alínea a, atualmente revogada com as demais alíneas e incisos, observa-se que tais modificações redundarão em consequências relevantes que merecem ser mais bem examinadas, pois inúmeras infrações penais contra a ordem econômica deixaram de existir.

Considerando a revogação dos dispositivos da Lei 8.137/1990, depreende-se que haverá conflito de leis penais no tempo, devendo-se aplicar o instituto da *abolitio criminis* em relação aos delitos dispostos nos arts. 4.º, I, alíneas a a f e incs. III, IV, V, VI, VII, 5.º e 6.º da legislação de crimes contra a ordem econômica, visto que tais condutas não mais poderão ser punidas pelo Estado, por força do art. 2.º do CP. Corroborando o alegado acima, a doutrina, ao tratar da *abolitio criminis*, dispõe claramente que “a lei nova retira a características de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada. Nessa hipótese, partindo da presunção de que a lei nova é a mais adequada, e de que

o Estado não tem mais interesse na punição dos autores de tais condutas, aquela retroage para afastar as consequências jurídico-penais que estariam sujeitos os autores".⁽⁶⁾ Portanto, tais delitos deixaram de existir no cenário jurídico nacional por opção do legislador, que não mais os considera relevante atualmente, e, por tais motivos, devem ter sua punibilidade extinta.

Importa destacar também que, não obstante a previsão de *vacatio legis* de 180 dias da Lei 12.529/2011, não se deve aguardar a entrada em vigor da nova legislação para utilizá-la no tocante à *abolitio criminis*, em face de seu notório benefício proporcionado aos réus acusados dos aludidos crimes, o que impõe sua aplicação imediata, com a consequente e *imediate* extinção da punibilidade dos delitos.⁽⁷⁾

Em seguida, embora não se concorde com tal posicionamento,⁽⁸⁾ o único crime que se manterá incólume é justamente o previsto no art. 4.º, I, em que a alínea *a* foi aglutinada ao dispositivo, de modo que a jurisprudência deverá dar a mesma interpretação atribuída aos crimes previdenciários há tempos atrás, ou seja, prevalecerá o entendimento de que a *novatio legis*, embora tenha revogado formalmente o disposto anteriormente, manteve a figura típica no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito⁽⁹⁾ que permanecerá vigente, ante a continuidade normativo-típica do tipo penal que não desapareceu, mas apenas se deslocou de lugar.⁽¹⁰⁾ Ademais, considerando que houve o agravamento da sanção penal dos tipos penais, por meio da fixação da pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, conclui-se claramente que, por ser mais grave, somente poderá incidir a partir da entrada em vigor da legislação.

Por outro lado, com a revogação expressa dos dispositivos citados, previu-se um tipo penal extremamente aberto (art. 4.º, I, da Lei 8.137/1990), que deverá ser complementado (juízo de valor) pelo intérprete da norma, o que, ao menos num exame inicial, parece violar o princípio da legalidade e, por corolário, resultar na inconstitucionalidade do dispositivo.⁽¹¹⁾

Finalmente, de acordo com as breves

reflexões apontadas, é possível concluir que diversos delitos existentes na Lei 8.137/1990 não mais existem em nosso ordenamento jurídico (4.º, I, alíneas *a* a *f*; incs. III, IV, V, VI, VII, 5.º e 6.º da Lei 8.137/1990) por força das inovações trazidas pela Lei 12.529/2011, que revogou expressamente diversos dispositivos (*abolitio criminis*), razão pela qual deve retroagir *imediatamente* por ser mais benéfica ao réu (art. 5.º, XL, da CF), mesmo antes de se esgotar a *vacatio legis*, de modo a extinguir os processos instaurados no tocante aos crimes abolidos, nos termos do art. 107, III, do CP.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Luiz Henrique Pinheiro. A *abolitio criminis* no art. 95 da Lei n. 8.212/91, pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 15, out. 2000.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2007. vol. 2.
- OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem econômica e Direito Penal antitruste*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

NOTAS

- (1) OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. *Ordem econômica e direito penal antitruste*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 155.
- (2) DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 295.
- (3) PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004. p. 36.
- (4) "Esta Lei entrará em vigor após 180 (cento e oitenta) dias da sua publicação oficial ocorrida no dia 1.º.12.2011". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 5 dez. 2011.
- (5) Segundo Guilherme de Souza Nucci, ao comentar o tema em questão, "inutilidade do inciso II: seguindo a tendência legislativa brasileira de se auto-repetir em várias normas, sob o pretexto de deixar tudo muito claro, mas implicando, na realidade, em

confusão para a tipificação de infrações penais, insere-se o inciso II no art. 4.º, quando o inciso I já seria mais que suficiente para abarcar as condutas ora previstas (...) não poucas vezes, surgem normas que significam, unicamente, dizer, com outras palavras, a mesma coisa" (*Leis penais especiais processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2007, p. 899-900).

- (6) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145.
- (7) "O período da *vacatio legis* se revela apenas indispensável em relação à norma penal incriminadora, preceptiva ou proibitiva ou à norma agravadora da sanção punitiva, não podendo ter incidência em relação às normas penais permissivas ou beneficiadoras (não dependentes de regulamentação ou de implementação de qualquer ordem), porque têm necessariamente, por inquestionável força constitucional, vigência e eficácia a partir da publicação da lei posterior" (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 70).
- (8) BITENCOURT, Luiz Henrique Pinheiro. A *abolitio criminis* no art. 95 da Lei n. 8.212/91, pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 15, out. 2000.
- (9) "(...) *Abolitio criminis*. Lei 9.983/2000. Inocorrência. Alegação de que o paciente, à época dos fatos, não gerenciava a empresa. (...) II – Inocorrência da alegada *abolitio criminis*, uma vez que a *novatio legis* (art. 168-A, § 1.º, do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 9.983/00), conquanto tenha revogado o disposto no art. 95 da Lei n. 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão (...)" (RHC 17.671/SP, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 28.06.2005, DJ 29.08.2005, p. 370).
- (10) GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2007. vol. 2, p. 100.
- (11) O legislador deve ter muito cuidado no momento da criação de crimes, a fim de individualizar totalmente a conduta proibida e apenas excepcionalmente fazer uso dos denominados tipos penais abertos. Todavia, no caso concreto, extinguíram-se todos os tipos penais que previam condutas bem específicas, substituindo-os pelos termos 'ajuste' ou 'acordo' de empresas, que revelam uma vagueza incompatível com o princípio da legalidade, possibilitando-se, assim, afirmar que tal norma seria inconstitucional (ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 447).

Rafael Junior Soares

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UFPR e Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra/IBCCRIM. Mestrando em Direito Penal pela USP. Advogado.

O EQUILÍBRIO NO BALANÇO DE PAGAMENTOS COMO O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS E A INEVITÁVEL CONSTATAÇÃO DA ABOLITIO CRIMINIS DESSE DELITO

Fernando dos Santos Lopes

Nas discussões doutrinárias acerca do delito tipificado no art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei 7.492/1986 dois questionamentos se sobressaem. O primeiro se refere ao princípio da taxatividade e envolve saber se o termo evasão de divisas deve ser entendido apenas como a saída do território nacional

com divisas em espécie ou também abrange as transferências de recursos entre residentes e não residentes, ainda que esses recursos já estejam no exterior.

Nesse sentido, uma situação na qual muito se discute sobre o juízo de tipicidade no delito de evasão de divisas é quando os agentes

realizam as chamadas operações dólar-cabo que se concretizam, por exemplo, quando numa operação de importação o importador residente no Brasil entrega reais (R\$) a um doleiro também residente e com conta clandestina no exterior, a fim de que transfira dólares (US\$) dessa conta clandestina para a

conta do exportador, de modo a liquidar uma importação subfaturada.⁽¹⁾

Para os adeptos da tese da territorialidade, tal operação não poderia ser considerada evasão de divisas, uma vez que os recursos do doleiro já estariam no exterior, embora ninguém defenda que a falta de adequação típica dessa conduta ao art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei 7.492/1986 signifique que ela nunca possa ser usada para a prática de outros crimes, tal como o de lavagem de dinheiro.⁽²⁾ Contudo, o objeto do presente artigo não é a discussão em torno da tese da territorialidade e do princípio da taxatividade, mas a porfia sobre qual seria o bem jurídico protegido pelo crime de evasão de divisas, bem como o significado disso para o reconhecimento da *abolitio criminis* desse delito.

Em que pese constantemente pessoas sejam expostas na mídia por terem cometido o delito em comento, raríssimos são os estudos no âmbito jurídico que possuem base científica para descrever adequadamente o bem tutelado pelo art. 22 da Lei 7.492/1986.⁽³⁾

Por outro lado, alguns estudos têm obtido destaque no atual contexto doutrinário, pois contribuíram de forma ímpar para uma melhor compreensão de vários aspectos desse complexo de delito. **Andrei Zenkner Schmidt** e **Luciano Feldens**, por exemplo, sustentam ser o controle estatal da entrada e saída de divisas o bem jurídico protegido pelo crime de evasão de divisas, uma vez que referido controle permite que o governo obtenha informações necessárias para implementar sua política econômica.⁽⁴⁾

Não resta dúvida de que as informações obtidas pelo Banco Central por meio do controle que exerce sobre a entrada e saída de divisas são um importante instrumento para auxiliar as decisões do Conselho Monetário Nacional sobre a política econômica a ser adotada, bem como para que o Banco Central possa definir os melhores meios de concretizar as resoluções do CMN.

Contudo, com a *devida venia*, nem o controle sobre a entrada e saída de divisas e nem mesmo as informações obtidas por meio do controle exercido podem ser considerados como o bem jurídico protegido pelo art. 22, *caput* e parágrafo único, da lei 7.492/1986. E isso por dois motivos principais. Primeiro, porque referido controle já é protegido pelo parágrafo único do art. 21 que é expresso no sentido de que aquele que sonega informações sobre uma operação de câmbio ou as presta falsamente incorre na pena de um a quatro anos de detenção.⁽⁵⁾ Além disso, o legislador da Lei 4.595/1964 foi expresso ao determinar que a livre movimentação de divisas somente poderá ser restringida para proteger o equilíbrio no balanço de pagamentos; ponto esse que merece uma atenção especial neste trabalho.

1. O equilíbrio no balanço de pagamentos como o bem jurídico protegido pelo tipo de evasão de divisas

As normas emitidas pelo CMN e pelo Bacen têm como fundamento a Lei 4.595/1964 que lhes atribui competência para atuar com discricionariedade na complementação das normas em branco que, por sua vez, estão contidas na própria Lei 4.595/1964.⁽⁶⁾ Assim, pode-se afirmar que a Lei 4.595/1964 é uma lei que contém tanto normas secundárias (que atribuem competência), quanto normas primárias em branco (normas de comportamento que, todavia, carecem de complementação).⁽⁷⁾

Como cediço, discricionariedade não é arbitrariedade, sendo que o art. 4.º, XVIII, da Lei 4.595/1964 é taxativo ao determinar que compete ao CMN, *segundo diretrizes do Presidente da República, "Outorgar ao Banco Central da República do Brasil o monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação"*.

Portanto, dois são os limites legais impostos à discricionariedade do CMN na elaboração de normas relativas ao mercado de câmbio, sendo um limite formal e outro material. O primeiro é que as resoluções devem ser editadas segundo diretrizes do Presidente da República.

O segundo é que o monopólio das operações de câmbio apenas pode ser concedido ao Banco Central caso ocorra *grave desequilíbrio* no balanço de pagamentos ou existam sérias razões para prever a iminência de tal situação. Portanto, a única barreira imposta aos agentes econômicos pela Lei 4.595/1964 no que se refere à livre movimentação de divisas é a busca por um equilíbrio no balanço de pagamentos, donde se deduz que eventuais resoluções ou outros instrumentos normativos emitidos em desconformidade com o referido desiderato legislativo são inválidos.

Não importa se as normas advenham do CMN ou do Bacen, pois a competência desses órgãos no que se refere a restringir a livre movimentação de divisas está limitada ao bem jurídico protegido nessa matéria, ou seja, o equilíbrio no balanço de pagamentos.

Como se pode ver, a Lei 4.595/1964, responsável por regulamentar o Sistema Financeiro Nacional, é indene de dúvidas quando determina que o equilíbrio do balanço de pagamentos é o único bem jurídico que se objetiva proteger ao se autorizar uma eventual

(..) a Lei 4.595/1964, responsável por regulamentar o Sistema Financeiro Nacional, é indene de dúvidas quando determina que o equilíbrio do balanço de pagamentos é o único bem jurídico que se objetiva proteger ao se autorizar uma eventual interferência à livre movimentação de divisas.

interferência à livre movimentação de divisas. Portanto, é equivocado o entendimento do ilustre professor **Tórtima** no sentido que são as reservas cambiais o bem jurídico protegido pelo art. 22 da Lei 7.492/1986.⁽⁸⁾ Isso porque

o objetivo de um governo não é acumular reservas, mas obtê-las num volume adequado, o que é corolário de um equilíbrio no balanço de pagamentos. Portanto, não é possível confundir as reservas, ou melhor, o volume adequado de reservas que é uma consequência necessária da proteção de um bem jurídico (equilíbrio no balanço de pagamentos) com o bem jurídico protegido.

Ora, considerar as reservas como bem jurídico legítima toda sorte de intervenções injustificáveis não apenas no mercado de câmbio, mas na liberdade, uma vez que o Direito Penal é elemento subsidiário para reforçar a eficácia de uma eventual restrição na livre movimentação de divisas que, frise-se, só pode ocorrer para evitar a existência de um grave desequilíbrio no balanço de pagamentos.

Com efeito, a busca por superávits que significam aumento de reservas não é um bem jurídico, mas um grande mal econômico, que tem provocado disfunções na economia internacional.⁽⁹⁾ Imagine o absurdo da utilização do Direito Penal para sustentar um sistema superavitário! Seria o mesmo que absurdo utilizar o Direito Penal para consagrar políticas econômicas manifestamente equivocadas.

Portanto, uma vez verificado com base na Lei 4.595/1964 que o bem jurídico que se busca proteger por meio de interferências estatais na livre movimentação de divisas é o equilíbrio no balanço de pagamentos, cumpre saber se as normas penais em branco contidas no art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei 7.492/1986 possuem as respectivas normas complementares, ou se tão somente vigoram no ordenamento como corpos sem alma, sendo inaplicáveis no atual contexto normativo.

2. Da *abolitio criminis*

Tendo em vista a inexistência no contexto econômico brasileiro de sérias razões para prever um desequilíbrio no balanço de pagamentos caso os agentes decidissem enviar divisas ao exterior, o Conselho Monetário Nacional decidiu por meio da Resolução 3.265/2005 que:

"Art. 10. As pessoas físicas e as pessoas jurídicas podem comprar e vender moeda estrangeira ou realizar transferências internacionais em reais, de qualquer natureza, sem limitação de valor, observada a legalidade da transação, tendo como base a

fundamentação econômica e as responsabilidades definidas na respectiva documentação”.

Essa disposição legal é esclarecedora sobre o fato de que não há mais restrições de cunho quantitativo ao envio de divisas ao exterior, mas apenas restrições qualitativas que, todavia, não complementam o tipo de evasão de divisas, mas apenas o tipo previsto no art. 21 da Lei 7.492/1986.

Com efeito, se o CMN baixasse alguma resolução restringindo a livre movimentação de divisas sem a existência do já aludido critério material trazido pela Lei 4.595/1964, ter-se-ia uma resolução inválida por ter sido emitida em desconformidade com o âmbito de competência do CMN.

Portanto, é evidente que o delito de evasão de divisas sofreu uma *abolitio criminis*, vez que foram revogadas as restrições quantitativas ao envio de divisas ao exterior. Contudo, parece que grande parte da doutrina e da jurisprudência ainda não se apercebeu disso, e continua apregoando a condenação de pessoas por evasão de divisas, em que pese não exista mais base legal e nem moral para isso. Mesmo a proteção do controle de informações pelo art. 21 da Lei 7.492/1986, malgrado encontre guarida numa exegese puramente subsuntiva, não resiste a uma interpretação teleológica consubstanciada nos princípios do Direito Penal, em especial nos princípios da subsidiariedade, da intervenção mínima, e do mínimo ético. À proteção

do controle de informações, bastam normas de cunho administrativo. Portanto, é preciso que o intérprete das normas penais tenha cuidado para não pretender criar leis penais em vez de simplesmente interpretá-las, pois a incompreensível satisfação na prisão dos “ricos” não pode se sobrepor àquelas constatações exegéticas mais perfunctórias.

NOTAS

- (1) Um dos objetivos do subfaturamento das importações é diminuir a base de cálculo dos impostos incidentes sobre a importação.
- (2) Na doutrina especializada a operação de dólar-cabo é considerada tipologia de lavagem de dinheiro. No entanto, insta ressaltar que a compra e venda de imóveis também é uma tipologia de lavagem de dinheiro, o que não significa que toda a compra e venda de imóveis faça parte de uma operação de lavagem de dinheiro.
- (3) Quando se fala em base científica, quer-se referir a um estudo amparado na interdisciplinaridade necessária para compreender os delitos econômicos, pois essa complexa espécie de delitos apenas pode ser apreendida quando se passa a investigar seus fundamentos econômicos, filosóficos, políticos, criminológicos e normativos. Ou seja, a análise dogmática tradicional nesses casos é insuficiente desde o ponto de vista epistêmico.
- (4) Nesse sentido se manifestam os referidos doutrinadores: “note-se que a criminalização não se dá sobre o movimento financeiro migratório em si, o qual será legítimo se realizado sob o controle estatal, na forma disposta pelo regime cambial vigente. Como antes visto (item 2.2), as diversas formas de saída de moeda ou divisa para o exterior submetem-se a

regramentos específicos para cada modalidade de transação (v.g., a realização de contrato de câmbio nas operações de comércio exterior).

À luz do controle dessas operações estará o Estado munido das informações necessárias à manutenção ou mesmo redirecionamento da política cambial brasileira”. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 174.

- (5) “Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio: Pena – Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa.”
- (6) Sobre as especificidades das normas que regulamentam e constituem o sistema financeiro, cf.: ABRÃO, Nelson. *Curso de direito bancário*. São Paulo: RT, 1988.
- (7) Sobre a diferença entre normas primárias e secundárias, cf.: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- (8) TÓRTIMA, José Carlos. *Evasão de divisas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.
- (9) Sobre o problema do balanço de pagamentos no atual sistema monetário, veja o seguinte artigo de minha autoria publicado na *Revista da Procuradoria do Banco Central*: LOPES, Fernando dos Santos. Unidade na diversidade: fundamentos do direito cosmopolita e sua função no estabelecimento de uma moeda mundial. *Revista da Procuradoria do Banco Central*, v. 5, n. 1, jun. 2011.

Fernando dos Santos Lopes

Sócio fundador do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Advogado.

A PROPÓSITO DO “BIG CRUNCH” E DO “BIG BANG” NO DIREITO PENAL

Eduardo Viana Portela Neves

A propósito do Big Crunch e do Big Bang no Direito Penal⁽¹⁾

§ 1.º

No âmbito do Direito, especialmente nas Ciências Penais, é quase que obrigatória a investigação sobre o momento de crise de legitimação do Sistema Penal, especificamente do Direito Penal. Há um carrascal de produção científica sobre a temática tornando tarefa hercúlea mencionar, ainda que rasamente, o número de trabalhos que abordam ou, de algum modo, transitam pelos discursos de (des)legitimação do Sistema Penal.

Embora esse diagnóstico seja evidente, especialmente na Alemanha e na Espanha, não foi possível estabelecer uma diretriz mais ou menos determinada pelo legislador quanto aos critérios de (des)criminalização e isso, segundo penso, contribui muito para a permanência do debate: ora se legisla no sentido (positivo) da modernização para proteger verdadeiros bens jurídico-penais coletivos, ora se criam tipos penais vazios de conteúdo e, portanto, carentes de legitimação material. Mas, na legislação brasileira, o caso é ainda mais preocupante pois, enquanto há uma visível preferência

de classe social para criminalização primária, conjunto normativo e jurisprudência insistem em afastar a classe alta do âmbito de alcance do Direito Penal.

A abordagem aqui desenvolvida se limita, em primeiro plano, a situar o panorama do estado discussão (§ 2.º) e, ulteriormente, lançar algumas luzes sobre o(s) reflexo(s) de uma possível tomada de postura na ordem interna (§ 3.º)

§ 2.º

Excepcionando a hipótese da *Compliance*, que, segundo *Rotsch*, precede à realidade, parece intuitivo afirmar que “O direito, sobretudo o direito penal, é um companheiro do espírito do nosso tempo. Tempos ‘modernos’ exigem uma ordem jurídica moderna”.⁽²⁾ À luz dessa constatação pode-se derivar que o círculo central de discussão sobre a modernização e, em última instância, sobre a legitimação do Direito Penal, encontra seu fio condutor na teoria do bem jurídico-penal. Nessa linha é que se assentam, basicamente, a dialética entre o Direito Penal tradicional e o Direito Penal moderno.⁽³⁾

Não se ignora, tampouco se nega, que as legislações vigentes, a exemplo do Código

Penal espanhol de 1995⁽⁴⁾ tem concretizado o fenômeno expansivo. À vista disso, de um lado, situam-se as opiniões filiadas ao garantismo (*negativo*), especialmente os membros da escola de Frankfurt, tendo a figura de **Hassemer** seu principal expoente.⁽⁵⁾

Para este setor, o atual Direito Penal, influenciado pelos novos riscos, supõe uma tendência à dissolução da teoria do bem jurídico-penal, que migra de conceitos claros dos bens jurídicos individuais aos mais vagos e imprecisos dos novos bens jurídicos supraindividuais, convertendo-o em *critério criminalizante positivo*. A consequência é identificada, especialmente, na parte especial, com a criminalização de condutas (tais como terrorismo, criminalidade organizada, meio ambiente, bens econômicos) ou, ainda, com o incremento punitivo nas figuras delituosas já existentes. Este novo modelo de Direito Penal tem, por menos, duas técnicas de intervenção: 1) bens jurídicos universais; 2) antecipação da tutela penal que, por sua vez, reverberam sobre as categorias da teoria crime.

Para evitar este “Big Bang” penal, a vertente redutora propõe um refreamento do

âmbito de incidência do Direito Penal a um núcleo intangível (denominando *Direito Penal nuclear*). Ancorado nos ideais fundantes, essencialmente, nos discursos penais do fim do séc. XVIII e começo do séc. XIX, a teoria da resistência se socorre do pensamento ilustrado, enquanto corrente filosófica secularizada e fundamentada no próprio homem, para justificar o deslocamento dos novos bens jurídicos à regulamentação de setores extrapenais (especialmente ao Direito Administrativo).⁽⁶⁾ Parte-se da premissa básica de retorno a um Direito Penal predominantemente garantista da liberdade dos indivíduos perante o arbítrio da justiça; retorno a Direito Penal como instrumento de defesa dos cidadãos.

Recorrendo à metáfora sugerida por **Martínez-Buján Pérez**, pode-se trasladar ao discurso de resistência o conceito astrofísico da teoria do “*Big Crunch*”, segundo a qual o universo começará a contrair-se até em um ponto similar ao que lhe deu origem. Por poucas palavras, propõe uma redução do âmbito delitivo ao momento do nascimento do Direito Penal clássico, circunscrito à tutela de bens personalíssimos e patrimoniais.⁽⁷⁾ Bem por isso, não se pense que o discurso de deslegitimação da escola de Frankfurt seja abolicionista. Como destaca **Souza**, no tocante à ordem econômica, por exemplo, não se propõe uma absoluta desregulamentação das condutas, mas a concentração no que funciona bem.⁽⁸⁾

Em face do discurso de resistência “*frankfurtiano*” outro setor doutrinário, especialmente os mais críticos diante dos problemas decorrentes da *sociedade de risco*, alerta para o fato de que a modernização da sociedade deve vir acompanhada a modernização do Direito, neste caso, do Direito Penal. Assim, enquanto o Direito Penal tradicional, defendido por Frankfurt, estaria vinculado à criminalidade das classes mais baixas, um Direito Penal moderno teria como centro de gravidade teleológico as classes mais altas, ou seja, comportamentos que causam danos sociais incalculáveis (*vitimização difusa*). Sobre este último aspecto, inclusive, **Martínez-Buján Pérez**, destaca que – ao contrário de uma das razões apontadas por **Silva Sánchez** como motivadora da expansão penal – nos delitos econômicos, em virtude da multivitimização e aparência externa de licitude, o cidadão não tem consciência da gravidade desta criminalidade e, portanto, o risco objetivo é muito superior à sensação subjetiva de insegurança.⁽⁹⁾

Constatam, especialmente, que um Direito Penal forjado no séc. XVIII não tem instrumentos para enfrentar a criminalidade do séc. XXI. Esta razão, aparentemente simples, seria suficiente para justificar o deslocamento de bens jurídicos coletivos para o âmbito incriminador.

Este processo de migração do Direito Penal de referência antropocêntrica, focada no

indivíduo, para um outro focado no difuso, no coletivo, funda a utilização de método de incriminação que privilegia a desmaterialização (ou dinamização) do bem jurídico-penal.

A desmaterialização impõe, sem dúvida, imperiosas consequências e dificuldades dogmáticas e político-criminais. Entre elas, por exemplo, estabelecer uma relação de causalidade entre a conduta e seus efeitos (como acontece nos delitos de acumulação, *Kumulationdelikte*); estabelecer a compatibilidade ou não do Direito Penal como os princípios considerados os mais caros (intervenção mínima e princípio da lesividade ou ofensividade). Todas estas dificuldades se agravam com a combinação da tutela penal destes novos bens aliada à antecipação da mesma por meio da técnica dos crimes de perigo abstrato.⁽¹⁰⁾

Porém, salvo melhor juízo, estas objeções não refutam por completo o discurso de ampliação. A uma porque a realidade existe e, como cientista, é preciso enfrentar a simplesmente negá-la; a duas porque bens jurídicos coletivos, desde Binding, sempre existiram, razão pela qual não se pode considerar que sua tutela seja um fenômeno específico da expansão do “moderno” Direito Penal.

Mesmo correndo o risco do reducionismo que a síntese pode significar, pode-se elencar, resumidamente e em larga medida, as seguintes críticas dirigidas ao discurso de expansão e, portanto, pontos de colisão entre os discursos: I. a ideia de expansão representa o abandono ao núcleo do Direito Penal mínimo; II. ruptura com os princípios da intervenção mínima e *ultima ratio*; III. satisfatoriedade de outros instrumentos para solucionar os problemas advindos com os novos interesses; IV. ampliação e intensificação da resposta penal representa, em grande medida, uma resposta aos riscos criados ou incrementados pelos meios de comunicação

§ 3.º

Em tempos de instabilidade dogmática é sempre oportuna a clássica assertiva de Ripert “*Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vingará, ignorando o direito*”. É certo, portanto, que estamos diante de uma nova realidade e, por isto mesmo, os novos bens jurídicos não podem, nem devem tangenciar o conteúdo do Direito Penal. Contudo, não o é a panaceia para todos os (*neo*)problemas. Assim, se é certo que o moderno Direito Penal não deve se afastar dos princípios mínimos para o estrito respeito a um Estado fundado na dignidade da pessoa humana, não é menos verdade que deve, igualmente, amparar os novos interesses, e o próprio **Hassemer** acena nesse sentido.

Mais ainda, não parece que os discursos sejam inconciliáveis. É possível situar uma terceira via, de dupla função: amparar no âmbito penal “o novo”, excluindo do discurso (*neo*)punitivo antigas figuras disfarçadas de novos interesses e, ao mesmo tempo, respeitar

e maximizar as garantias penais e processuais.

Neste passo é preciso, de todo modo, ressaltar a insustentável permanência de um modelo de Direito Penal securitário, isto é, aquele que insiste em intervir sob áreas de delinquência tradicional (violência doméstica, crimes contra a dignidade sexual, criminalidade patrimonial tradicional – “sequestro relâmpago”), se encarregando de exacerbar a resposta punitiva a um tipo de criminalidade que nada tem a ver com os novos riscos. Necessário, portanto, um Direito Penal menos retórico e mais científico.

NOTAS

- (1) Título inspirado no artigo de Martínez-Buján Pérez, abaixo citado.
- (2) ROTTSCH, Thomas. Tempos modernos: ortodoxia e Heterodoxia no direito penal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto (org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 68.
- (3) Esta dicotomia pode sugerir, à primeira vista, algum reducionismo, mas é proposital. Para além dela, outras também têm a modernização como pano de fundo, por exemplo: Direito Penal nacional e internacional; Direito Penal do cidadão e do inimigo.
- (4) Expressamente GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La contrarreforma penal de 1995. *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n. 36, nov. 1999, p. 19, item IV.
- (5) Também representada, entre outros, por Herzog, Prittwitz e Peter-Alexis Albrecht. Há autores que negam o caráter de “escola” aos membros de Frankfurt. Nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. Un cambio de paradigma como exigencia moral? *Obras*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2009; entre nós GRECO, Luis. *Modernización del derecho penal, bens jurídicos colectivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15.
- (6) Propositadamente, neste ponto, olvidaremos as propostas individuais de membros de Frankfurt como, por exemplo, o “*direito de intervenção*” de Hassemer; ou, ainda, o Direito Penal “*dual*” de Silva Sánchez.
- (7) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “Big Crunch” en la selección de bienes jurídico-penales*. In: *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*; 2003, n. 7, p. 953 e ss.
- (8) SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal*. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: Esmpu, 2011. p. 125.
- (9) Op. cit., p. 967. Para um panorama do custo do crime econômico cfr. FISCHER, Douglas. *O custo social da criminalidade econômica*. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: Esmpu, 2011. p. 17 e ss.
- (10) Entre nós cfr. o diagnóstico de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. *passim*.

Eduardo Viana Portela Neves

Mestre em Direito Penal (UERJ).

Professor Colaborador da Escola Superior do

Ministério Público da União (ESMPU).

Professor assistente de Direito Penal da Universidade

Estadual de Santa Cruz (UESC-BA).

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

“MULAS” DO TRÁFICO E APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS

Leilson Roberto da Cruz Lima

“Mulas” são indivíduos a serviço do tráfico de drogas, que se dispõem a transportar, no interior de seu corpo ou em seus pertences, entorpecentes para outras localidades, geralmente Estados estrangeiros. Não é raro ver ações penais em desfavor desses indivíduos correndo perante a Justiça Federal em casos de tráfico internacional, nas quais quase sempre se discute a questão da aplicação da redução de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), sendo o cerne das discussões saber se *a priori* as “mulas” integram ou não organizações criminosas.⁽¹⁾ O assunto ainda não se mostra totalmente pacífico, porquanto é o entender de muitos que toda “mula”, fatalmente, integra organização criminosa. Essa generalização é uma ideia simplista, como se pretenderá demonstrar.

A Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil por meio do Dec. 5.015/2004, define *grupo criminoso organizado* como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Conquanto exista, com efeito, uma omissão do legislador pátrio quanto ao conceito de organização criminosa, não a suprindo a doutrina com o devido rigor científico, propomos o conceito acima como paradigma para o que seja uma organização criminosa, considerando que está inserto em um tratado internacional ratificado pelo Brasil, com força normativa.

Reside aqui o primeiro entrave, de ordem processual: para se afirmar com a certeza necessária que uma “mula” integra uma organização criminosa, é mister se prove a existência de um grupo estruturado na forma descrita pela Convenção de Palermo. As “mulas” presas tentando embarcar para o exterior em aeroportos dificilmente revelam com precisão quem lhes contratou, o que, por si só, impede o seu reconhecimento como integrante de organização criminosa, já que é impossível dizer se existe uma organização ou não, a menos que se empreendam diligências investigatórias para apurar tal fato. Convém lembrar que é do órgão acusatório o ônus de provar a existência da organização, ou seja, não é o réu onerado em provar a inexistência.

Reconhecendo-se efetivamente a existência de uma organização criminosa, resta

saber se a “mula”, de fato, *integra-a*. Nesse ponto, um dos argumentos existentes, no sentido de afirmar que toda “mula” integra organização criminosa, faz valer uma interpretação gramatical, tomando por base a acepção do verbo *integrar* como *completar*, *tornar íntegro*. Tomando essa interpretação como premissa, dir-se-á que toda “mula”, sem exceção, é integrante dessas organizações, uma vez que elas (as “mulas”) são o liame a jungir as pontas internacionais de tais grupos. Nessa linha, o contato e o trabalho para organização criminosa já faria do indivíduo seu integrante.

Esse argumento não prospera. Se interpretarmos *integrar* no sentido literal proposto, jamais se aplicará o art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos. É que ninguém planta ou fabrica entorpecentes em seu quintal e sai vendendo por aí. Todos os incursos no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006, fatalmente, completam um grupo maior de pessoas voltado para o tráfico de drogas. Reduzindo aquele argumento ao absurdo perguntamos: a quem aplicaremos o art. 33, § 4.º, então? A quem planta *cannabis* ou papoula nos fundos de sua residência? Com certeza não foi isso que o legislador quis com o dispositivo.

Resta, portanto, perquirir qual a real *mens legislatoris* contida na expressão “*nem integre organização criminosa*”. Mediante uma interpretação teleológica-sistemática dentro do próprio dispositivo, aliando esse elemento aos demais (primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas), é possível constatar a vontade do legislador de beneficiar o “pequeno traficante”, ou seja, o agente que, com sua ação típica, representa pouco risco ou causa pouco dano à sociedade.

Essa ideia do “pequeno criminoso” também pode ser inferida dos dispositivos contidos na parte especial do Código Penal, especificamente o “furto privilegiado” (art. 155, § 2.º) e os demais dispositivos que lhe fazem alusão (arts. 170, 171, § 1.º; 175, § 2.º; 180, § 5.º). Daí podermos concluir com maior grau de certeza que o legislador deseja punir com menor rigor os “pequenos traficantes”, aí incluídas as “mulas”.

Não se quer aqui impor generalizações e assim afirmar que *toda* “mula” faz jus ao

art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos; o quisto é derrubar as tentativas de colocar *a priori* toda “mula” como integrante de organização criminosa. Nada obsta o julgador de, em cada

caso concreto, ponderar se todos os requisitos do aludido dispositivo estão presentes.

Por derradeiro, em respeito às regras da lógica, além de dizer quem *não integra* organização criminosa, deve-se definir quem pode ser considerado como tal, isto é, como integrante. Essa tarefa é cumprida com a observância da definição de *grupo criminoso organizado* dado pela Convenção de Palermo, com a qual podemos arrolar requisitos cumulativos para apontar alguém como integrante de organização criminosa: a) compor um grupo com outra pessoa ou mais de uma; b) atuar a certo tempo nesse

grupo, excluindo-se, destarte, os traficantes eventuais; c) agir de maneira organizada (concertadamente) com os demais integrantes do grupo; d) ter o propósito de praticar infrações penais graves (como o tráfico); e) cometer os delitos visando, direta ou indiretamente, obter benefício econômico ou outra vantagem de ordem material.

Apenas na presença de todos esses requisitos se reconhecerá o agente como integrante dessas organizações. No geral, as “mulas” não preenchem (ou pelo menos não se prova que preenchem) o requisito temporal e a atuação concertada. Não raro, são vistos estrangeiros presos no Brasil na condição de “mula”, sendo que grande parte é pega ao transportar drogas pela primeira vez, contratadas para essa empreitada por terceiros.

Impende salientar que a prova dos requisitos arrolados acima deve ser feita de maneira inequívoca. Vale dizer, natureza e quantidade de droga nada indicam sobre eles. É possível que se transporte imensa quantidade de drogas de maneira eventual, sem que se perca, com isso, o caráter de eventualidade. Não passam despercebidos os malefícios causados pelos entorpecentes às varias camadas da população, mas é certo que o “tamanho” do tráfico deve ser valorado considerando o agente em sua singularidade, e não o colocando numa visão global de “engrenagem” do tráfico, como alguns fazem. Da mesma forma, o registro de viagens no passaporte do

As “mulas” presas tentando embarcar para o exterior em aeroportos dificilmente revelam com precisão quem lhes contratou, o que, por si só, impede o seu reconhecimento como integrante de organização criminosa (...)

acusado não denota, por si só, o cometimento do crime habitualmente. É preciso comprovar, ainda, que as viagens se deram para fins criminosos, do contrário estar-se-á fazendo inadmissível presunção desfavorável ao réu.

Conclui-se, pois, que o art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, é perfeitamente aplicável às “mulas” do tráfico, nada obstante possa e deva o julgador apreciar, em cada caso concreto, o atendimento aos requisitos arrolados no dispositivo, dando especial atenção ao

conceito de organização criminosa, a fim de que possa, com segurança, delinear quem a integra e quem não.

NOTAS

- (1) Diz assim o § 4.º do art. 33 da Lei de Tóxicos: “Nos delitos definidos no caput e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Logo,

três são os requisitos para aplicação do dispositivo: a) ser o agente primário e de bons antecedentes; b) não se dedicar o agente a atividades criminosas; e c) não integrar o agente organização criminosa.

Leilson Roberto da Cruz Lima

Estudante de Direito.

Orientando do Prof. Dr. Alexis Couto de Brito em trabalho de iniciação científica intitulado *O princípio da insignificância e sua posição na teoria do delito*.

Estagiário na área criminal do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região.

DESCASOS SUJINHO

Alexandra Lebelson Szafir

Início esta coluna com uma boa notícia: o IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), depois de alguns anos, retomou os mutirões carcerários. Está em andamento há poucos meses, num Centro de Detenção Provisória de São Paulo, um mutirão que visa a libertar presos recém-chegados àquele estabelecimento, aplicando, se for o caso, as medidas cautelares substitutivas da prisão introduzidas pela Lei 12.403/2011.

Outra boa notícia é que esse mutirão está tendo resultados excelentes e muitas prisões injustas e desnecessárias estão sendo suspensas.

Infelizmente, as boas notícias param por aí. Continuamos prendendo desnecessariamente (como, por exemplo, o caso do “furto da casquinha do McDonald’s”, citado na coluna de janeiro deste *Boletim*). Pior, continuamos, de forma francamente obtusa, a tratar casos médicos com polícia, prisão, e todo o aparato de repressão penal.

No momento em que os meios de comunicação dão imenso destaque à desocupação forçada da área conhecida como “cracolândia”, na região central da capital paulista, impressiona a quantidade de presos por furtos ligados à dependência do crack. Alguns imploram por uma internação.⁽¹⁾

André Luis é um símbolo desse fenômeno e do descaso com que o Estado trata esses (ainda) cidadãos.

Para começar, sequer tem-se a certeza de que esse é mesmo o seu nome. Sem documentos, com fala confusa e sem nem saber o nome dos pais, sabe dizer apenas que é morador de rua desde os oito anos de idade e que passa fome todos os dias. Apelidaram-no, carinhosamente, de “Sujinho”, por razões óbvias. Aonde ele ia, era acompanhado por

moscas que voavam ao redor de sua cabeça.

Foi preso em outubro passado porque, junto com um comparsa, teria subtraído um aparelho de GPS do interior de um automóvel. No momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, o delegado, sem dispor de documentos ou qualquer outro meio para qualificá-lo, entendeu ser ele menor de idade e encaminhou-o à Fundação Casa.

Passados oito dias, por razões e critérios ignorados, referida fundação entendeu que ele não era menor de idade, o auto de prisão em flagrante foi complementado (pois até então só incluía o coautor, já que André Luis era, supostamente, menor de idade) e ele foi levado ao Centro de Detenção Provisória, onde veio a ser descoberto pelo mutirão.

E “descoberto” é a palavra exata, pois as autoridades judiciárias ignoravam a sua existência: embora a lei estabeleça um prazo de 24 horas (art. 306, § 1.º, do CPP), os autos de sua prisão em flagrante sumiram misteriosamente e só foram aparecer no fórum criminal espantosos 33 (isso mesmo, trinta e três) dias após a sua prisão!

Enquanto isso, ele simplesmente não existia para ninguém, embora estivesse literalmente abandonado na prisão.

Obviamente, pediu-se e esperava-se que o magistrado relaxasse a prisão em função do vergonhoso excesso de prazo e se escandalizasse com tamanho desrespeito a um dos mais comecinhos de um cidadão preso: o de ter sua prisão comunicada imediatamente a uma autoridade judiciária.

Mas sua Excelência resolveu transformar a prisão em preventiva, sem dedicar *uma só linha* à questão do prazo. “Fundamentou” sua decisão no fato de André Luis ser “morador de rua”. Em outras palavras: quem é pobre

demais para ter uma casa e foi abandonado pelo Estado e ignorado pela sociedade em geral a vida toda deve ser punido mais ainda! Na verdade, só se tomou conhecimento dele no momento em que ele, supostamente, praticou um crime contra o patrimônio, quando saiu do limbo em que vive para atingir nossos bolsos. Dá para mesurar o grau de hipocrisia e injustiça contido nesse modo de pensar e agir?

Mas não é só. O juiz decretou a prisão preventiva porque um cidadão sem nome e idade certos, de qualificação ignorada deve, a seu ver, aguardar no cárcere até que o Estado resolva legitimá-lo e se digne a verificar seus antecedentes, como se não houvesse tido tempo suficiente para fazê-lo! Logicamente, Sua Excelência não se deu ao trabalho de justificar a não aplicação de medidas alternativas à prisão preventiva.

Felizmente, ainda há juízes com “J” maiúsculo no Tribunal de Justiça de São Paulo! Apreciando um comovente *habeas corpus* redigido pelo sensível e talentoso estagiário de Direito Daniel Gerstler, o Desembargador João Morengi concedeu liminar e o “Sujinho” foi solto. Seu direito à liberdade está, ao menos por ora, garantido. Fica a pergunta: e quanto a seus outros direitos fundamentais?

Bom Carnaval a todos.

NOTAS

- (1) Ao mesmo tempo, o nosso Prefeito diz a seguinte asneira: seria “absurdo” aguardar que o centro de acolhimento aos usuários de drogas ficasse pronto para se deflagrar a desastrosa operação policial.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

O **IBCCRIM** disponibiliza espaço para os interessados manifestarem suas opiniões, críticas ou sugestões sob o ponto de vista exposto no **Boletim**. Participe: envie-nos sua contribuição em 6.700 toques.

Laboratório de Ciências Criminais

11ª edição

início das aulas no dia 19 de março de 2012

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

Programa de iniciação ao estudo científico destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das Faculdades de Direito.

INSCREVA-SE PARA O
PROCESSO SELETIVO

até o dia
02.03.12

Acesse o regulamento e faça sua inscrição
www.ibccrim.org.br



INFORMAÇÕES:

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM® - Rua Onze de Agosto, 52 - 4º andar - CEP 01018-010
São Paulo - SP - Tel. (11) 3111-1040 ramal 178 - laboratorio@ibccrim.org.br - www.ibccrim.org.br

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ SÃO PAULO

- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

RT CÓDIGOS 2012

LINHA VADE MECUM RT



NOVIDADE LINHA VADE MECUM RT

ACESSO ON-LINE
TODO O CONTEÚDO DO LIVRO impresso,
MAIS DE 1.200 NORMAS extras
e a TODAS AS SÚMULAS
dos Tribunais Superiores*

Benefícios:

- Ganhe tempo com uma pesquisa mais rápida e eficiente
- Acesse os links das remissões e vá diretamente ao assunto desejado
- Tenha mais segurança na utilização das normas citadas graças a atualização constante
- Receba alertas quando forem incluídos conteúdos referentes a temas de seu interesse
- Organize e acesse, de forma simples, suas pesquisas em pastas
- Copie, cole, imprima ou envie o conteúdo acessado por e-mail

* Disponível para consulta de 01/02/12 a 31/12/12.

RT CÓDIGOS



RT MINICÓDIGOS



livraria
RT
www.livrariart.com.br

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

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 • Paranavai • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS