

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

ANISTIA PARA EVASÃO DE DIVISAS: IMPUNIDADE OU CIDADANIA FISCAL?

O crime de evasão de divisas, previsto na Lei n. 7.492/86, tem por objetivo reprimir a saída de capitais do país como forma de proteger o sistema financeiro nacional. Hoje, no entanto, a situação econômica do Brasil é substancialmente diversa da que existia quando da edição da lei acima aludida. Nossa economia apresenta sinais de vitalidade e tem sido escolhida como destino do capital estrangeiro especulativo, que é aqui generosamente remunerado. Nas décadas de 1980 e 1990, havia inflação descontrolada e o quadro econômico instável gerava insegurança no mercado. Naquela época, a remessa de dinheiro para o exterior sem declaração à autoridade competente, em muitos casos, tinha por objetivo evitar os riscos da economia brasileira.

Nos dias correntes, o dinheiro egresso do exterior é tão abundante que o governo, vez por outra, utiliza-se de mecanismos regulatórios a fim de evitar a demasiada e artificial apreciação da moeda nacional. Não se pode dizer, portanto, que a evasão de divisas seja, hoje, um risco à economia brasileira.

A mundialização da economia criou, em seu rastro, o aperfeiçoamento dos mecanismos de fiscalização dos fluxos transnacionais do capital. Inexistem, na atualidade, portos seguros para o capital. Ao contrário do que ocorria décadas atrás, hoje os paraísos fiscais e centros financeiros *offshore* não são mais inexpugnáveis. Cresce, a cada dia, a pressão internacional por maiores controles sobre o dinheiro que circula no mundo. O congelamento e/ou bloqueio das fortunas bilionárias depositadas no exterior por ditadores africanos recém-apeados do poder, conquistadas pela corrupção e pela tirania, é a manifestação mais eloquente desse movimento irreversível de internacionalização do direito penal, notadamente no campo do direito penal econômico.

Tudo somado, a dúvida que surge é a seguinte: em um sistema penal cada vez mais universalizado, com o incremento dos instrumentos de cooperação internacional, compreendendo-se o direito penal como *ultima ratio* do controle social, a proteção do sistema financeiro nacional e o combate à corrupção e às fraudes prescindem ou não do crime de evasão de divisas?

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 354/09, de autoria do senador **Delcídio Amaral** (PT-MS), que tem por objetivo autorizar o reingresso de valores depositados no exterior e não declarados à Receita pertencentes a residentes no país por meio da concessão de vantagens fiscais. A ideia é tributar o retorno do capital (com alíquotas entre 5 e 10%, abaixo, portanto, da regra geral de 27,5%), propiciando não apenas o incremento da arrecadação

fiscal, mas também, e especialmente, o aporte de vultosos recursos financeiros na economia brasileira como forma de financiar projetos de infraestrutura. Naturalmente esse reingresso deve ser precedido de adequada verificação acerca da origem lícita do capital.

De acordo com o projeto de lei referido, que se propõe a realizar cidadania fiscal, a anistia extinguiria a punibilidade dos seguintes crimes: contra a ordem tributária, financeira e econômica (Lei n. 8.137/90); descaminho, falsidade material de documento público ou privado e falsidade ideológica; crimes contra a previdência social (CP, art. 337-A, inciso III); crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/86) e a lavagem de dinheiro cujo crime antecedente seja contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 9.613/98, art. 1º, inciso VI).

Os críticos da proposta apontam a dificuldade para discriminar natureza e origem do dinheiro repatriado, além do aspecto simbólico de premiar o descumprimento da lei, o que caracterizaria violação do princípio da moralidade administrativa. Acrescentam que a ideia-força subjacente é antirrepublicana na medida em que favorece a elite endinheirada e fora da lei - com destaque para os políticos corruptos -, alertando ainda para a possibilidade de legalização da lavagem de dinheiro que seria operada no caso de aprovação do PL 354/09.

Os apoiadores da propositura alegam que a injeção de recursos na economia nacional, especialmente nos cofres públicos, traria grande benefício ao país, anotando que, de resto, já se procede de forma semelhante com o Refis, por meio do qual o governo estimula o pagamento de tributos sonogados com redução de multas que podem chegar a 90%. Observam que a verificação da origem do dinheiro pode ser eficaz e adequadamente realizada pela unidade de inteligência financeira do governo, inclusive por meio de cooperação internacional. Apontam medidas semelhantes aprovadas em outros países, como, por exemplo, em Portugal, Argentina, Bélgica, Estados Unidos, Rússia, Alemanha, Grécia, Turquia, Itália e México.

Consciente do seu papel de fomentador do debate e, para além disso, de indutor das soluções na seara jurídico-penal, o IBCCRIM sempre dedicou atenção ao tema, tanto que o assunto foi abordado com destaque em todas as edições do já tradicional Curso de Direito Penal Econômico Internacional, que promovemos em alentada e profícua parceria com a Universidade de Coimbra.

Dando sequência a esse mister, o 17º Seminário Internacional do IBCCRIM trata do assunto em um painel, que contará com a presença de renomados especialistas na matéria.

EDITORIAL:

- ANISTIA PARA EVASÃO DE DIVISAS: IMPUNIDADE OU CIDADANIA FISCAL? 1
- O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS ESSENCIAIS DO *HABEAS CORPUS*
René Ariel Dotti.....2
- O COMBATE À CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO - O CRIME DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES DO ART. 286 BIS DO CÓDIGO PENAL ESPANHOL
Regina Helena Fonseca Fortes Furtado....4
- CULPABILIDADE MATERIAL EM JAKOBS E ROXIN
Warley Belo6
- TRÁFICO DE PESSOAS E CONSENTIMENTO: UMA BREVE REFLEXÃO
João Paulo Orsini Martinelli7
- LEI 12.382/11: EFEITOS PENAIIS DO ADIMPLENTO TRIBUTÁRIO E A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL
Bruno Salles Pereira Ribeiro.....8
- O DIREITO DE NÃO PRODUIR PROVA CONTRA SI MESMO NO DIREITO COMPARADO: *NEMO TENETUR SE DETEGERE*⁽¹⁾
Livia de Maman Sanguiné.....10
- LEI 9.099/95 - DIREITO PENAL E DIREITO PENALZINHO
Simone Haidam e Douglas Lima Goulart.....12
- EXTINTA A PUNIBILIDADE, RÉU ABSOLTO
José Henrique Rodrigues Torres.....13
- DIREITO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMIOLOGIA: UNIVERSOS DISTANTES!
Guilherme Gouvêa de Figueiredo.....14
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE A REVISTA ÍNTIMA (*RECTIUS: VEXATÓRIA*) É PROIBIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Thiago Pedro Pagliuca dos Santos.....16
- O ALCANCE DA EXPRESSÃO "ÓRGÃO COLEGIADO" NA INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA (LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90, ART. 1º, I, E, 9)
Rafael Alvarez Moreno.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA). *GUERRILHA DO ARAGUAIA*. REGIME DITATORIAL. DESAPARECIDOS POLÍTICOS. SEQUESTRO. CRIME PERMANENTE. PRAZO PRESCRICIONAL. 1449

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1450
- Superior Tribunal de Justiça1451
- Superior Tribunal Militar.....1452
- Tribunais Regionais Federais.....1452
- Tribunais Regionais Eleitorais.....1454
- Tribunais de Justiça.....1454

O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS ESSENCIAIS DO HABEAS CORPUS

René Ariel Dotti

A criação, pela Ordem dos Advogados do Brasil, da Comissão Especial de Estudo do Projeto do Novo Código de Processo Penal⁽¹⁾ demonstra que a classe tem acompanhado a discussão do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal e que já foi aprovado, em última discussão, pelo Senado Federal em 07.12.2010.⁽²⁾ A propósito, este expressivo trecho da Exposição de Motivos ao *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal* (que se converteu no Projeto nº 156/09), assinada pelo Ministro **Hamilton Carvalhido** e pelo Professor **Eugênio Pacelli de Oliveira**, Coordenador e Relator, respectivamente, dos trabalhos da Comissão de Juristas⁽³⁾ que elaborou a proposta legislativa: “(...) *cumprir esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção estatal não pode ser atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional*”.⁽⁴⁾

No entanto, essa afirmação de princípio sofreu restrição durante as discussões no Senado Federal, mercê da nefasta influência da mídia em sua campanha mal orientada e dirigida à limitação dos recursos em matéria criminal, sob argumentos pífios.⁽⁵⁾ Pretende-se criar, no imaginário popular, a crença de que os ricos desfrutam de proteção especial do sistema ao serem beneficiados pela suposta indulgência da lei criminal e pela suposta maquinação jurídica de seus patronos. Esses juízes paralelos e os fundamentalistas das penas cruéis são insensíveis aos valores da Justiça e da dignidade da pessoa humana, tão claramente expostos em conselhos antológicos que **Dom Quixote**, personagem criado pelo imortal **Miguel de Cervantes** (1547-1616), transmitiu a **Sancho Pança** antes deste assumir o governo da Ilha de Barataria: “*Nunca interpretes arbitrariamente a lei, como costumam fazer os ignorantes que têm presunção de agudos. Achem em ti mais compaixão as lágrimas do pobre, mas não mais justiça do que as queixas dos ricos. Quando se puder atender à equidade, não carregues com todo o rigor da lei no delinquente, que não é a melhor a fama do juiz rigoroso que do compassivo*”.⁽⁶⁾

Sem ignorar as relevantes inovações do Anteprojeto, impressas em escorregada linguagem técnica, e a sua valiosa contribuição em incluir, expressamente, direitos fundamentais à luz da Carta Política de 1988, é imperativo registrar que foi justamente a ação constitucional de *habeas corpus* que sofreu grave retaliação⁽⁷⁾ nos primeiros passos da Reforma.

O *writ of habeas corpus*, que **Ruy Barbosa** proclamava como “*a pátria da liberdade individual*”,⁽⁸⁾ foi amputado em aspectos essenciais de garantia pessoal quando o conceito legal de “coação” foi reduzido à hipótese de “ameaça” imediata de prisão ou à hipótese de sua consumação. O *caput* do art. 635 do Anteprojeto repete o vigente art. 647 do Código de Processo Penal, apenas substituindo as expressões “*ou se achar na iminência de sofrer*” [violência ou coação ilegal] “*na sua liberdade de ir e vir*”, pelas seguintes: “*ou se achar ameaçado de*” e “*no seu direito de locomoção*”.

O Código de Processo Penal, editado no período do Estado Novo (1937-1945), não previa a hipótese do *abuso de poder* que foi acrescida pela Magna Carta liberal de 1946 (art. 141, § 23), mantida nas Constituições autoritárias de 1967 (art. 150, § 20) e 1969 (art. 153, § 20)⁽⁹⁾ e reafirmada na *Lei Fundamental* de 1988 (art. 5º, LXVIII). O abuso de poder, quando praticado por agente público, pode assumir a configuração do *abuso de autoridade*, sujeitando o seu responsável às sanções administrativa, civil e penal (Lei nº 4.898/65, art. 6º).

Uma comparação entre o texto do Anteprojeto (art. 636) e do Código de Processo Penal (art. 648) mostra graves restrições ao conhecimento jurisdicional do *habeas corpus*. A coação será considerada ilegal, de acordo com o anteprojeto I - “*quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação*”; II - “*quando quem ordenar a prisão*”⁽¹⁰⁾ não tiver competência para fazê-lo”; IV - “*quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão*” (...) VI - “*quando o processo a que se refere a prisão ou a sua decretação for manifestamente nulo*”;⁽¹¹⁾ VII - “*quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão*”;⁽¹²⁾ art. 636, parágrafo único: “*Não se admitirá o habeas corpus nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo*”.⁽¹³⁾

Na pretensão de atenuar as consequências da restrição, o Anteprojeto previu o Agravo no prazo de 10 (dez) dias (art. 462). Esse recurso, em regra retido, poderá ser processado por instrumento da decisão que: “*I - receber, no todo ou em parte a denúncia ou a queixa subsidiária; II - declarar a incompetência ou afirmar a competência do juízo; III - rejeitar exceção processual; IV - (...); V - (...); VI - (...);*

VII - *conceder ou negar liminar em habeas corpus; VIII - indeferir pedido de extinção de punibilidade; IX - conceder, negar ou revogar a suspensão condicional do processo; X - (...); XI - (...); XII - (...); XIII - (...); XIV - (...)*”

(art. 463). É elementar que esse recurso ordinário - sujeito a preclusão e não conhecimento por deficiência de instrução - jamais poderia suprir a proteção constitucional da liberdade ínsita no *remédio heroico* e enfatizada pelo advérbio de tempo: “*Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer (...)*”. Deve-se registrar, porém, importante inovação no procedimento do Agravo que consiste na faculdade de sustentação oral pelo recorrente e pelo recorrido. E, no caso

de recurso da defesa, poderá ela se manifestar novamente após o Ministério Público (art. 510).⁽¹⁴⁾

Na sessão de 09.12.2009, a Comissão do Senado acolheu o Parecer Final nº 2.630 apresentado pelo relator, Senador **Renato Casagrande**, aprovando o Projeto nº 156, de 2009, na forma de Substitutivo, que, no art. 647, *caput*, incisos e parágrafo único, conserva a mesma orientação restritiva do Anteprojeto.

Na audiência pública, perante mais de 70 (setenta) conselheiros federais, realizada em 18.05.2010,⁽¹⁵⁾ o Senador **Renato Casagrande** ouviu observações críticas sobre a mutilação do instituto do *habeas corpus*, que, a despeito do governo militar e autoritário, ficou suspenso apenas nos casos de crimes políticos e contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Na ocasião, foram sustentadas emendas já encaminhadas pela Comissão da OAB. A partir de então, mantivemos reuniões no gabinete do parlamentar com o apoio fundamental do Professor **Fabiano Augusto Martins Silveira**, consultor legislativo da Câmara Alta e membro do grupo que redigiu o Anteprojeto. A tese da restauração das hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, na forma das disposições vigentes, passou a ser admitida. O Senador **Casagrande**, em entrevista para a televisão e na presença dos integrantes da Comissão da OAB, anunciou que estava de acordo com a nossa posição. E assim foi posto por escrito e publicado com a redação final do Substitutivo em 07.12.2010. Basta conferir a redação do seu art. 664 com o art. 648 do CPP. É absolutamente idêntica.⁽¹⁶⁾

Uma comparação
entre o texto do
Anteprojeto
(art. 636) e do Código
de Processo Penal
(art. 648) mostra
graves restrições
ao conhecimento
jurisdicional do
habeas corpus.

NOTAS

- (1) Portaria do Presidente **Ophir Cavalcante Junior**, nº 11/10, de 09.03.2010, nomeando, como membros efetivos: **René Ariel Dotti**, presidente; **Raimundo Ferreira Marques**, vice-presidente; **Délio Lins e Silva**, relator; **José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral**; **Guilherme Octávio Batochio**; e **Roberto Lauria**. Participou dos trabalhos como consultor indicado pelo IBCCRIM: **Alberto Zacharias Toron**.
- (2) Parecer nº 1.636, de 2010, publicado no Diário do Senado Federal, de 08.12.2010, Suplemento nº 202, p. 3 a 144 (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>).
- (3) Demais membros do grupo: **Antonio Correa**, **Antonio Magalhães Gomes Filho**, **Fabiano Augusto Martins Silveira**, **Felix Valois Coelho Júnior**, **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, **Sandro Torres Avelar** e **Tito Souza do Amaral**. O Anteprojeto foi transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, subscrito pelo presidente do Senado Federal. Senador **José Sarney** (*Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009).
- (4) *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*, cit., p. 15.
- (5) O mais utilizado tem sido a demora no julgamento dos recursos devido aos ("muitos") recursos interpostos pela defesa promovida por advogados "habilitados". Essa premissa, absolutamente falsa, procura transferir para o acusado a responsabilidade exclusiva dos agentes do Estado e de sua tentacular e desastrosa burocracia.
- (6) **Miguel de Cervantes Saavedra**, *O engenheiro fidalgo D. Quixote de la Mancha*, Segunda Parte, Capítulo XLII, tradução dos Viscondes de **Castilho e Azevedo**, Rio de Janeiro, Editora José Aguilar Ltda., 1960, p. 787. No original, **Miguel de Cervantes**, *Don Quijote de la Mancha*, notas al texto de **Francisco Rico**, São Paulo, Edición del IV Centenario, Real Academia Española - Asociación de Academias de la Lengua Española, Segunda Parte, Capítulo XLII, 2004, p. 869.
- (7) Parafrazeando **Ortega y Gasset**, pode-se afirmar que o

- movimento da magistratura para reduzir o grande volume de *habeas corpus* nos tribunais superiores foi a *essência* e a *circunstância* dessa proposta.
- (8) "Ao princípio do *habeas corpus* deve a Inglaterra o chamar-se a pátria da liberdade individual", em *A obra de Ruy Barbosa em Criminologia e Direito Criminal (Seleções e Dicionário de Pensamentos)*, introdução do Professor **Roberto Lyra**, Rio de Janeiro, Editora Nacional do Livro, 1952, p. 224.
 - (9) Eufemisticamente denominada Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969.
 - (10) A palavra "coação", dos incisos III e IV do art. 648 do CPP, foi substituída por "prisão".
 - (11) CPP, art. 648, VI: "quando o processo for manifestamente nulo". Ou seja: esteja o réu preso ou solto.
 - (12) CPP, art. 648, VII: "quando extinta a punibilidade". Ou seja: esteja o réu preso ou solto.
 - (13) Dispositivo abolido na redação final do Substitutivo. A previsão do Agravo para as hipóteses de recebimento da denúncia ou queixa e aditamentos, declarar a competência de Juízo, pronunciar o acusado e outros casos de eventual ilegalidade (art. 473), não prejudica o conhecimento do *writ sempre* que se caracterize o permissivo constitucional. Essa, aliás, é a antiga orientação da jurisprudência (STF, 1ª T., RHC nº 43.464, rel. Min. Evandro Lins e Silva, j. 22.08.1966).
 - (14) Corresponde ao art. 522 da redação final do Substitutivo.
 - (15) Cf. Ata da Sessão Ordinária do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB (2.029ª Sessão, 80ª Reunião, 18.05.2010).
 - (16) Parecer nº 1.636, de 2010, publicado no Diário do Senado Federal, de 08.12.2010, Suplemento nº 202, p. 3 a 144 (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>).

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal.
Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007).

Presidente da Comissão da OAB para exame, sugestões e emendas ao Projeto de novo Código de Processo Penal.

PARTICIPE POR ACREDITAR

II CURSO INTENSIVO DE CRIMINOLOGIA ESA-OAB/RS E IBCCRIM

Data: 25 a 28 de abril de 2011

Horário: 19h às 21h30min

Local: Escola Superior de Advocacia - Ordem dos Advogados do Brasil / RS

Informações: www.oabrs.org.br / esa@oabrs.org.br

INSCRIÇÕES ABERTAS "17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS" 23 a 26 de agosto de 2011 em São Paulo

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

O evento já conta com as presenças confirmadas dos seguintes conferencistas estrangeiros:

*Claudia Maria Cruz Santos (Portugal);
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina);
José de Faria Costa (Portugal);
Krisztina Karsai (Hungria); e
Lola Aniyar de Castro (Venezuela).*

Visite o *hotsite* e faça sua inscrição. www.ibccrim.org.br/swf/17seminario.php.

Inscrições efetuadas no mês de abril terão desconto de 10% e poderão ser parceladas em até 6 (seis) vezes no cartão de crédito.

Informações: eventos@ibccrim.org.br ou pelo telefone (11) 3111-1040, ramal 3.



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSORES DA PRESIDÊNCIA:

Adriano Galvão

Rafael 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 Luís Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilares

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Luciano Anderson de Souza

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 TRABALHOS DE CONCLUSÃO

DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos

Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de

Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de

Vitto

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício

Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de

Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto

Pires Mendes

O COMBATE À CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO - O CRIME DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES DO ART. 286 BIS DO CÓDIGO PENAL ESPANHOL

Regina Helena Fonseca Fortes Furtado

Nos hieróglifos egípcios da Antiguidade, representava-se os magistrados com um busto, sem braços, em uma clara e prope-dêutica demonstração de que aos juizes não cabia receber “presentes” pela sua atuação. A etimologia da palavra corrupção deriva do latim (*conficere*), que equivale a subornar ou corromper (um funcionário público), ou bem do vocábulo *coactare*, que significa forçar, obrigar, compelir, pois a conduta reveste-se da ideia de força.

Em recente alteração legislativa⁽¹⁾ do Código Penal Espanhol (CPE), foi criado o tipo penal de “*corrupção entre particulares*” no art. 286 bis, inserido no Título XIII - “*Dos delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica*”: “1. *Quem por si mesmo ou por interposta pessoa prometa, ofereça ou conceda a empresários, administradores, empregados ou colaboradores de uma empresa mercantil ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização, um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, para que seja favorecido a si mesmo ou a terceiro, perante outros, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais, será castigado com a pena de prisão de seis meses a quatro anos, inabilitação especial para o exercício da indústria ou comércio por tempo de um a seis anos e multa até o triplo do valor do benefício ou vantagem.* 2. *Com as mesmas penas será castigado o empresário, administrador, empregado ou colaborador de uma empresa mercantil, ou de uma sociedade, associação, fundação ou organização que, por si mesmo ou por interposta pessoa, receba, solicite ou aceite um benefício ou vantagem de qualquer natureza, sem justificativa, com a finalidade de favorecer, perante terceiros, a quem lhe outorgou ou prometeu a vantagem ou benefício, faltando com suas obrigações na aquisição ou venda de mercadorias ou na contratação de serviços profissionais. (...)*”⁽²⁾

No âmbito comunitário, foi transposta a Decisão marco 2003/568/JAI relativa à luta contra a corrupção no setor privado e foi ratificado o Convênio Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (Estrasburgo, 27 de janeiro de 1999); além de ser atendida recomendação da Organização das Nações Unidas (não obrigatória) lançada na Convenção contra a Corrupção (Nova Iorque, 31 de outubro de 2003).

Os modelos penais podem ser divididos em dois: a) o injusto típico está na infração de deveres do funcionário corrupto frente ao empresário (França, Holanda e Reino

Unido); b) o conteúdo do injusto vem determinado pelo menoscabo oriundo da concorrência desleal (Alemanha e Suíça). Há modelos minoritários, como o sueco, que iguala a corrupção no setor privado e público, e o italiano, que exige um resultado lesivo consistente em um dano patrimonial concreto.

Parece-nos que o modelo espanhol é híbrido, pois exige uma afetação da concorrência e uma quebra de deveres funcionais, mui embora tenha optado expressamente pelo segundo: “*A idéia força neste âmbito é que a garantia de uma concorrência justa e honesta passa pela repressão dos atos encaminhados a corromper os administradores de entidades privadas de forma similar ao que se faz através do delito de corrupção. Porque com estes comportamentos, que excedem da esfera privada, rompem-se as regras de bom funcionamento do mercado. A importância do problema é grande se se repara na repercussão que podem ter as decisões empresariais, não apenas para os seus protagonistas imediatos, mas também para muitas outras pessoas*”.⁽³⁾

O bem jurídico protegido é supraindividual e consiste em garantir a concorrência empresarial ou profissional na contratação de bens e serviços. Em suma, respeitar as regras da livre concorrência como forma de garantir um desenvolvimento econômico sólido.

Estamos diante de um delito de perigo abstrato para a concorrência, ou seja, basta a intenção de favorecer a si ou a terceiro, frente a outros, não sendo necessário que a concorrência seja efetivamente comprometida, ocorrendo a consumação com o concerto fraudulento entre as partes ou com a mera proposição, independente de quem tome a iniciativa.

Há uma dissonância entre o tipo penal e o Preâmbulo, que exclui expressamente as empresas públicas ou empresas privadas que prestam serviços públicos do âmbito de aplicação da norma. Poder-se-ia argumentar que se aplica o delito do art. 423 (corrupção passiva), contudo, este tipo penal somente prevê o delito no caso da corrupção passiva, pois faz remissão aos “*delitos anteriores*”. Assim, aquele que corrompe funcionário de uma empresa prestadora de serviço público

não pode ter sua conduta tipificada como corrupção passiva, porque este tipo penal só incrimina a conduta do destinatário da corrupção (o corrompido). A conduta, então, poderia adequar-se ao novo tipo penal do art.

No âmbito comunitário, foi transposta a Decisão marco 2003/568/JAI relativa à luta contra a corrupção no setor privado e foi ratificado o Convênio Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (Estrasburgo, 27 de janeiro de 1999)

424 (que incrimina o particular que dá ou oferece qualquer dádiva ou retribuição de qualquer classe para pessoa que participe no exercício de função pública), entretanto, os núcleos dos verbos típicos são mais reduzidos (dar ou oferecer), se comparados com os do crime de corrupção entre particulares (prometer, ou mesmo aceitar, sem que haja a entrega efetiva). Assim, acreditamos que restará um âmbito de incidência da norma do art. 286 bis quando se trata de empresas públicas ou concessionárias de serviço público.

O conceito jurídico-penal de empresa é idêntico ao do art. 297 do CPE, que trata dos crimes societários.

Em um mesmo tipo penal estão previstas as condutas de corrupção ativa e passiva, que podem ser cometidas por qualquer pessoa e pelos funcionários, incluindo-se, na segunda figura, os colaboradores, ou seja, as pessoas que prestam qualquer tipo de colaboração, remunerada ou não, para a empresa, o que pode abarcar o administrador de fato - figura que goza de uma enorme tradição na legislação penal espanhola.

Importante observar que na corrupção passiva exige-se a quebra do dever funcional do empregado, entretanto, ambas as condutas são punidas com idêntica pena, em evidente quebra do princípio da proporcionalidade.

Permanece fora do âmbito de proteção da norma a prática de oferecer benefícios ou vantagens sem contraprestação, presentear funcionários e também o tráfico de influências, ou seja, obter favorecimento servindo-se de uma relação pessoal ou profissional.

Como se trata de relação entre particulares, há que se indagar quanto aos usos sociais e comerciais. Assim, um convite para um jantar de negócios ou o recebimento de uma cesta natalina, em tese, são condutas atípicas, por não serem aptas a influir na vontade do funcionário.

Na hipótese de corrupção ativa não se aplica o disposto no art. 295 (administração desleal ou fraudulenta da sociedade) e art.

COORDENADORIAS REGIONAIS

1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Caroline Braun, Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

"A relação completa dos colaboradores do *Boletim do IBCCRIM* encontra-se em nosso *site*".

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

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

TRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br	
boletim@ibccrim.org.br	

252 (delito de apropriação indébita), pois, para caracterização destes crimes, as condutas devem ser realizadas em prejuízo da empresa. Na corrupção privada, o suborno pretende privilegiar a empresa, v.g., pagamentos ilícitos a terceiros para conseguir a adjudicação de um contrato.

Já na hipótese da corrupção passiva, entende-se que pode haver também um crime de apropriação indébita, já que o dinheiro do suborno vai incluído no preço final do produto ou serviço que, ao final, é pago pela própria empresa, contudo, o dinheiro vai para o bolso do funcionário corrupto, sem justa causa.

Com esta reforma, quebrou-se a tradicional equação do *societas delinquere non potest* e estão previstas para o crime de corrupção privada penas de multa para a pessoa jurídica e a possibilidade de dissolução, suspensão ou encerramento de suas atividades, além de intervenção (arts. 33 e 66).

No último dia 9 de dezembro, quando se celebrou o Dia Internacional contra a Corrupção, a Oficina Antifraude da Catalunha publicou os resultados da pesquisa "*A corrupção na Catalunha: percepções e atitudes cidadãs*".⁽⁴⁾

Um dos dados que mais chama a atenção é a intransigência com a corrupção pública e uma atitude mais permissiva com a corrupção privada.

Grande parte dos pesquisados (85%) acha que a corrupção está bem ou muito estendida nos partidos políticos e 21,7% acha que o motivo principal que leva alguém a concorrer a um cargo político é o enriquecimento pessoal.

A conduta de um médico que atua na rede

pública, que viaja as expensas de um laboratório, é considerada corrupta por 57% dos entrevistados e 59,4% acredita que, nos casos de corrupção envolvendo empresas privadas e o poder público, o principal responsável é a Administração.

Infelizmente, 44% dos entrevistados acreditam que a luta contra a corrupção é inevitável, contra 74% que pensa que todos têm um preço.

BIBLIOGRAFIA

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *La respuesta a la corrupción pública*. Comares, Granada, 2004.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (diretor). *Comentarios al Código Penal*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

MOMMSEN, Teodoro. *El derecho penal romano*. Vol. II. Analecta Editorial, Pamplona, 1999.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

NOTAS

- (1) Lei Orgânica 5/10, de 22 de junho de 2010, pela qual se modifica a Lei Orgânica 10/95, Código Penal.
- (2) Tradução livre, pela autora.
- (3) Preâmbulo da Lei Orgânica 5/10, de 22 de junho, pela qual se modifica a Lei Orgânica 10/95, de 23 de novembro, Código Penal.
- (4) Vide o site: <http://www.antifrau.cat/es/destacadosesp/224-presentacio-de-la-primera-enquesta-sobre-les-actituds-ila-percepcio-ciudadana-davant-la-corrupcio-a-catalunya.html>.

Regina Helena Fonseca Fortes Furtado

Promotora de Justiça do Estado de São Paulo.

Doutoranda em Direito Penal pela UPF - Universitat Pompeu Fabra (Barcelona/Espanha).

Observadora na 5ª Conferência dos Estados Partes sobre a Convenção das Nações Unidas sobre Criminalidade Organizada Transnacional - Viena/2010.

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO "A DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL REVISITADA"

O novo Curso representa mais um passo no processo de aproximação entre o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Além do Curso de Direito Penal Económico, realizado a cada dois anos, em São Paulo, o IDPEE e o IBCCRIM, com a participação de conhecidos professores portugueses e brasileiros, convidam agora os profissionais do direito (advogados, bacharéis em direito, defensores públicos, delegados de polícia, delegados federais, magistrados, procuradores da república e promotores de justiça) para uma nova visita aos conceitos fundamentais da infração criminal e das consequências jurídicas dela decorrentes.

Período: de 04 de agosto a 29 de outubro.

Horário das aulas: quintas-feiras e sextas-feiras das 19h às 22h e aos sábados das 09h às 12h.

Local: Avenida Paulista, 1842 - 25º andar (auditório do TRF3) - São Paulo/SP.

Título Conferido: Diploma de Pós-graduação em Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada, emitido pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Inscrições abertas

Consulte regulamento, cronograma e valores no Portal IBCCRIM.

Informações: (11) 3111-1040 ramal 3, curso@ibccrim.org.br.

CULPABILIDADE MATERIAL EM JAKOBS E ROXIN

Warley Belo

São muitas as teorias⁽¹⁾ construídas para definir o conteúdo material da culpabilidade: do poder agir de outro modo (Welzel); da atitude jurídica reprovada ou defeituosa (Wessels, Jescheck); da responsabilidade pela condução de vida (Mezger); responsabilidade pelo próprio caráter (Dohna); da atribuição (Maurach); do dever de motivar-se pela norma (Mir Puig, Muñoz Conde); do defeito de motivação jurídica (Jakobs); da dirigibilidade normativa (Roxin).

De qualquer forma, a teoria dominante ainda é a do poder agir de outro modo de Welzel. Tal concepção leva em conta como verdadeiro o livre arbítrio, quer dizer, que o agente poderia escolher o respeito ao justo, mas não o fez.

A teoria da atitude jurídica reprovada (de Jescheck e Wessels) tem o mesmo significado da de Welzel, só mudando as palavras. A teoria da responsabilidade pelo próprio caráter (Dohna) e a teoria da responsabilidade pela condução de vida (Mezger) ligam o fato produzido como decorrente da personalidade do autor no que se denomina culpabilidade de autor.

A partir da década de 70, surge o funcionalismo, que pugna pela transição científico-dogmática para a política-criminal-empírica,⁽²⁾ orientação essa que se preocupa mais com o limite da pena do que com sua legitimação, já que essa vertente dogmática se apoia em medidas político-criminais preventivistas. São dois autores os mais debatidos no Brasil: Jakobs e Roxin.

Jakobs, a bem dizer, substituiu o conceito de culpabilidade pelo de prevenção geral positiva. Para Jakobs, a concepção material de culpabilidade seria o defeito de motivação jurídica, a culpabilidade material seria a ausência de motivação jurídica do autor. A pena serviria, assim, como um mecanismo de prevenção eminentemente geral, pois visaria à estabilização da confiança no sistema jurídico, tendo, a pena, a função de firmar a vigência da norma. Pune-se o sujeito para que haja um reforço à confiança no sistema, no ordenamento jurídico. A reprovabilidade da culpabilidade recai sobre a infidelidade do agente para com o ordenamento jurídico por não ter se motivado conforme a norma,⁽³⁾ conceito eminentemente normativo. Quer dizer: o sujeito é reduzido a um meio e não a um fim do sistema. Ele importa mais como um exemplo para os outros do que como uma pessoa dotada de direitos a ser reintegrada à sociedade. Por sua característica preventiva há um enfraquecimento⁽⁴⁾ da relevância da vontade individual. Leva-se em consideração a funcionalidade da culpabilidade segundo elementos sociais. Não por ou-

tro motivo, Günther Jakobs⁽⁵⁾ afirma que “a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas”. Nominalmente, entretanto, Jakobs expressa que a utilidade preventivista da pena jamais poderia se sobrepor à dignidade da pessoa humana, o que, desde logo, parece legítimo, mas totalmente inseguro, pois a culpabilidade é substituída pelo conceito de prevenção geral,⁽⁶⁾ o que abriria caminho a um direito penal preventivista, de cunho eminentemente autoritário. Também possibilitaria a substituição de uma culpabilidade do fato pela culpabilidade de autor ao admitir a perseguição contra a população vulnerável por mecanismos preventivistas já que se releva a utilidade da reprovabilidade social. É dizer, Jakobs pugna por uma culpabilidade mais social, menos individual, o que atinge de morte a culpabilidade.

Para Roxin, a dirigibilidade normativa é a capacidade de comportamento igual à norma, definição essa já defendida por Liszt.

Roxin é crítico quanto a Jakobs no que tange ao abandono da função restritiva da culpabilidade. Em posição menos radical, defende que a necessidade preventiva da pena é subsidiária em relação ao princípio da culpabilidade.⁽⁷⁾ Esse princípio continua inabalável em seu caráter limitativo. Entretanto, assim posto, esvazia o referido princípio no que tange à fundamentação da pena.⁽⁸⁾ Roxin,⁽⁹⁾ na verdade, ataca a função retributiva da pena - para também ressaltar a função preventiva - ao pontuar que só se poderia encontrar uma compensação entre um ato criminoso e uma pena temporal através de um “ato de fé”. Para Roxin, assim, deve-se privilegiar a prevenção especial positiva. A única função do princípio seria, pois, a de limitar essa prevenção.

O nosso sistema adota, entretanto, expressamente no art. 59 do CP, além do preventivista, também a teoria retribucionista (Die Theorie der Vergeltung). O limite defendido por Roxin é a garantia que a culpabilidade daria aos indivíduos, impedindo que o Estado abusasse desse instrumento. O fundamento da pena, ao se apoiar exclusivamente na política criminal preventivista, acaba por deslocar a responsabilização do sujeito para, unicamente, critérios preventivistas de política criminal. Nesse ponto, a teoria também atinge de morte o postulado inalienável de se estabelecer uma pena proporcional à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do autor. Parece-nos, portanto, que não é desta vez que toda a doutrina clássica retribucionista (apoiada em Kant e Hegel) será posta em descrédito, salvo a hipótese de se descartar a culpabilidade.

A história da culpabilidade é a história

de sua normatização porque a reprovação da culpabilidade não é empiricamente mensurável, a não ser pela quimérica figura do homem médio. O fato do sistema jurídico-penal pugnar por uma culpabilidade como reprovação acaba por dificultar seu conceito e encobrir fatores externos à consecução de um delito por uma pessoa, o que nos leva de volta ao ponto de onde partimos: “a culpabilidade nada mais é do que a ausência de causas de exclusão da culpabilidade”.⁽¹⁰⁾

NOTAS

- (1) Ver SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 178 e ss.; SPOSATO, Karyna Batista. *Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir*. In RBCCRIM, ano 13, n. 56, set.-out./2005. São Paulo: RT, 2005, p. 33; BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de culpabilidade: considerações: fundamento, teoria e consequências*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 168 e ss.
- (2) HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 303.
- (3) JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 566.
- (4) Mas não extirpação.
- (5) Ver ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2004, p. 56.
- (6) QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 215, item 4.
- (7) ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 793.
- (8) Ver ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. IER: Madrid, 1981.
- (9) “A teoria da retribuição tampouco é aceitável, porque sua premissa de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva é irracional e incompatível com os fundamentos ético-estatais da Democracia. Ou seja, que um mal (o fato punível) possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena), é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé... uma teoria da pena que considera como essência da mesma o ‘irrogar um mal’, não conduz a nenhum caminho para uma execução moderna da pena que sirva a uma efetiva prevenção do delito. A execução da pena só pode ter êxito enquanto procure corrigir as atitudes sociais deficientes que levaram o condenado ao delito; ou seja, quando está estruturada como uma execução ressocializadora preventiva especial” (ROXIN, Claus. *A culpabilidade como critério limitativo da pena*, in *Revista de Direito Penal*, n. 11-12, jul.-dez./1973, p. 8-9).
- (10) HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 322.

Warley Belo

Mestre em Ciências Penais/UFMG
Professor Titular de Direito Penal da
Faculdade de Ciências Jurídicas
Professor Alberto Deodato em BH/MG.
Professor Convidado de Pós-Graduação da
Universidade Federal de Juiz de Fora/MG.
Advogado criminalista.

TRÁFICO DE PESSOAS E CONSENTIMENTO: UMA BREVE REFLEXÃO

João Paulo Orsini Martinelli

Tema dos mais preocupantes, não apenas para o direito penal, mas também para diversas ciências sociais, é o tráfico de pessoas nos contextos interno e internacional. Basicamente, o tráfico de pessoas destina-se às seguintes atividades: prostituição e demais formas de exploração sexual, trabalho escravo, adoção e retirada de órgãos.⁽¹⁾ O objeto do presente artigo é o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e a desconsideração do consentimento do ofendido quando alguém pratica alguma das condutas previstas nos arts. 231 e 231-A do Código Penal.

Dentre as possíveis classificações do tráfico de pessoas, a que interessa para o momento refere-se à voluntariedade do ofendido. Pode haver consentimento, ou não, de quem é deslocado de um lugar para outro para fins de exploração sexual. Consentimento válido é aquele em que há capacidade de discernimento e liberdade para agir conforme a vontade. A pessoa tem condições de compreender o fato no qual está envolvida (liberdade positiva) e não encontra obstáculos que a impeçam de seguir adiante (liberdade negativa). Quando houver qualquer forma de coação ilegal (violência ou grave ameaça), não há dúvidas sobre a necessidade de reprimenda penal ao comportamento do agente, pois a vítima sabe o que faz, mas não consegue resistir. Também merece tratamento penal o abuso sobre a falta de consciência dos fatos, geralmente por meio de fraude, situação em que o ofendido não conhece a realidade como deveria para tomar a decisão.

A mais interessante das hipóteses, e que merece extenso tratamento, é a existência de consentimento (capacidade de discernimento e ausência de constrangimento ilegal) e sua desconsideração para a tipificação do comportamento de terceiro. Trata-se de hipótese de consentimento inválido, cujos fundamentos encontram-se na falta de possibilidade de agir de outra maneira e na conseqüente exploração dessa fraqueza. Basta uma leitura atenta dos arts. 231 e 231-A para verificar-se que não se requer fraude, grave ameaça ou violência para a configuração dos tipos penais. Quer dizer, o legislador presume que, no tráfico de pessoas para exploração sexual, há lesão à dignidade do ofendido e sua proteção é irrenunciável.

O principal documento internacional de combate ao tráfico de pessoas é o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Trans-

nacional (Convenção de Palermo) relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, do qual o Brasil é signatário. No Protocolo, em seu art. 5º, há o compromisso de se criminalizar o tráfico de pessoas de qualquer espécie e as diretrizes para a tipificação das condutas. Primeiramente, por tráfico de pessoas “*entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração*” (grifo nosso). Em segundo lugar, em quaisquer das situações descritas, o consentimento deverá ser irrelevante. Atendendo ao documento internacional, nossa legislação aderiu à vulnerabilidade como excludente de consentimento e, fazendo uma interpretação sistemática, compreende-se lesão à dignidade sexual como vertente da dignidade humana.

O crime de tráfico de pessoas implica, portanto, dois aspectos importantes: o conceito de vulnerabilidade e os limites em que esta permite a intervenção penal. Vulnerabilidade pode ser conceituada, em sentido amplo, como uma relação de desigualdade proveniente de condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais entre outras. Trata-se de indicador de desequilíbrio nas relações pessoais e, portanto, para que o equilíbrio seja estabelecido é necessário que haja interferências externas. O vulnerável, assim, é a pessoa a quem se deve dar maior atenção para uma vida mais digna, pois sua fragilidade a impede de fazê-lo por conta própria.

Quanto aos limites de criminalização, a tutela penal do vulnerável somente é legítima quando a vulnerabilidade proporcionar uma relação de exploração capaz de provocar prejuízos ao mais frágil. Aquele que se encontra na situação mais vantajosa obtém vantagem injusta sobre o mais fraco, que não tem outra opção a não ser acatar a proposta capaz de provocar lesão a um bem jurídico (no caso, a dignidade sexual). Pode-se, inclusive, afirmar que a injustiça na relação de exploração surge por presunção legal de lesão consentida contra a vontade real do ofendido, como bem manifestado nos arts. 231 e 231-A do CP, que não exigem qualquer tipo de fraude ou coação física ou

moral para a configuração do tipo penal.

A grande questão a ser discutida é a ausência de limites da aplicação da lei penal a todos os casos de tráfico de pessoas. A lei não permite qualquer tipo de exceção ao tráfico de pessoas consentido, mesmo que o ofendido tenha outras opções disponíveis, mas prefira a prostituição como meio de sobrevivência. São dois extremos que se encontram no mesmo nível de tipificação: pessoas que se prostituem por necessidade (casos de miserabilidade) e aquelas que agem por vontade própria (prostituição de alto padrão). O máximo que a lei brasileira permite é aplicar maior ou menor pena dependendo do caso concreto, mas nunca deixar de aplicá-la. Quer dizer, quando não houver relação de exploração entre traficante e ofendido, o Estado interfere na escolha deste, como se impusesse aquilo que julga ser o melhor para sua vida, criminalizando a conduta daquele. Trata-se, pois, de verdadeiro “paternalismo” estatal, que autorizaria o Estado a impedir um comportamento consciente e voluntário da pessoa com o fim de protegê-la de si mesma, num julgamento legislativo prévio e sem possibilidade de prova em contrário.

Por fim, entendemos que não pode haver presunção absoluta de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito, de cunho liberal, sob pena de violação à liberdade de autodeterminação sexual das pessoas que, no contexto dos fatos, não sejam vulneráveis, nem estejam em relação de exploração. Também há conflito com o princípio do direito penal mínimo, que determina a criminalização apenas de condutas lesivas ou efetivamente perigosas sem o consentimento da vítima. Se o Estado quer proteger a dignidade sexual, deve permitir o pleno exercício da sexualidade, mesmo que seja como forma de subsistência e desde que exista consentimento livre de coação, fraude ou qualquer forma de vulnerabilidade.

NOTAS

(1) Pesquisa realizada pelo Professor Doutor **Gert Vermeulen** (Ghent University, Bélgica) e apresentada no X Curso de Especialização em Direito Penal Internacional, Siracusa, Itália, 23/05 a 02/06 de 2010.

João Paulo Orsini Martinelli

Advogado.
Mestre e Doutor em Direito Penal - USP.
Coordenador-Chefe do Departamento
de Internet do IBCCRIM.

LEI 12.382/11: EFEITOS PENAIS DO ADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO E A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

Bruno Salles Pereira Ribeiro

LEI 12.382/11: EFEITOS PENAIS DO ADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO E A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

A crise de legitimidade do Direito Penal não é um fenômeno novo e vem sendo denunciada por diversos autores nacionais⁽¹⁾ e estrangeiros⁽²⁾ que, pela mera observação da realidade de seus ordenamentos jurídicos, podem perceber que aquele direito penal que focava seus objetivos na proteção de bens jurídicos fundamentais e na garantia das liberdades individuais do cidadão fora cambiado por um direito penal a serviço exclusivo dos interesses do Estado.

Como em diversos países do mundo, no Brasil, princípios de direito penal vêm sendo diluídos para se adaptar a novas realidades: legalidade, taxatividade, subsidiariedade, fragmentariedade, presunção da inocência, lesividade, proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes, são exemplos de princípios que vêm sendo deformados para que se permita sua aplicação aos novos tipos penais cada vez mais abertos, imprecisos, inúteis, ineficazes e, acima de tudo, com objetos ilegítimos de proteção penal.

Quando os princípios fundantes de um sistema são deformados, pouco sobra de sua estrutura original. Cria-se um novo sistema jurídico-penal, que compete, sobreleva e contamina o sistema original. Um novo sistema que, no caso vertente, curiosamente, procura herdar os fundamentos de legitimidade do sistema anterior, qual seja, a proteção de bens jurídicos.

Nessa direção, **Hassemer**⁽³⁾ denuncia que a proteção exclusiva dos bens jurídicos teria se transformado de um princípio negativo (não há crime sem lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos) em um princípio positivo criminalizante, exigindo-se a criminalização de condutas que ofendam “bens jurídicos”, que na verdade, por trás do rótulo, escondem a defesa de meros interesses e funções estatais.

O bem jurídico penal torna-se apenas um nome escolhido pelo legislador para fundamentar a incriminação, um símbolo vazio a serviço da legitimação do poder de punir que, ao invés do comprometimento com a manutenção das estruturas básicas sociais, agora é empregado para manutenção de funções administrativas, refletindo o genuíno uso da força na perseguição dos objetivos políticos do Estado.

No Brasil, o fenômeno é claro e pode ser observado na superficial análise dos tipos penais contidos na Lei de Crimes Ambientais e na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, além das inúmeras leis esparsas de natureza não penal, que, entre suas disposições, criam tipos penais com o nítido objetivo de assegurar a obediência dos regramentos

administrativos. Ex.: Lei de Incorporações Imobiliárias (art. 65 da Lei 4.591/64), Lei dos Transplantes (art. 18 da Lei 9.434/97), Lei das Telecomunicações (art. 183 da Lei 9.472/97) etc.

Mais emblemática é a disciplina dada aos Crimes contra a Ordem Tributária, que exhibe de maneira escancarada a utilização do direito penal para fins meramente administrativos.

Em 2005, com a clareza que lhe é habitual, **Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo** afirmava que os crimes tributários vinham se “mostrando como instrumento de pressão, utilizado pelo Fisco, para cobrar os contribuintes, e amoldável às conveniências da política econômica do momento”.⁽⁴⁾

A realidade narrada a época se mantém. A estrutura aberta dos tipos penais da Lei 8.137/90, a interpretação jurisprudencial sobre a desnecessidade de dolo específico de sonegação, a comunicação precoce ao Ministério Público sobre meras autuações fiscais a ensejar a perseguição penal, tudo isso escancara a utilização do aparato punitivo estatal como ferramenta de fiscalização e cobrança de tributos, em uma nítida apropriação do direito penal pelo Estado para a atribuição de funções que não são próprias a esse ramo do direito.

Nesse cenário, o reconhecimento do parcelamento e do pagamento dos tributos como causas, respectivamente, de suspensão e extinção da pretensão punitiva estatal, trouxe grande avanço no tocante à teoria do bem jurídico, pois fez do dano ao erário, circunstância indispensável à punibilidade.

Por outro lado, absurda foi a imposição de marcos temporais para o reconhecimento de sua eficácia. Mencionados dispositivos deixam claro seus objetivos: que o tributo seja pago, da maneira mais rápida e com a menor discussão possível sobre a efetiva existência do crédito tributário, seja no âmbito administrativo, seja na esfera judicial, em patente agressão ao art. 5º, LIV, LV e XXXV, da Constituição Federal.

Um breve retrospecto sobre os efeitos do adimplemento dos tributos nos leva ao art. 14 da Lei 8.137/90, que determinava que o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia extinguiu a punibilidade do tributo. Mencionado dispositivo foi revogado pelo art. 98 da Lei 8.383/91. De 1991 até 1995, o pagamento do tributo não trazia qualquer efeito na esfera penal. Em 1995, entra em vigor a Lei 9.249/95, cujo art. 34 previa a extinção da punibilidade pelo pagamento, desde que efetuado antes do

recebimento da denúncia.

Em 2000, entra em vigor a Lei 9.964/00 - a Lei do REFIS - que por meio de seu art. 15, inova ao instituir o parcelamento como causa de suspensão da pretensão punitiva, desde que a adesão ao programa ocorra até o recebimento da denúncia. Três anos depois, entraria em vigor a Lei 10.684/03 - REFIS II ou PAES - suprimindo o marco temporal para a aposição dos efeitos ao pagamento e parcelamento, mesma disciplina adotada pela Lei 11.941/09 - REFIS da Crise.⁽⁵⁾

Recentemente, entrou em vigor a Lei 12.382/11 que, além de instituir o valor do novo salário mínimo federal, de maneira sub-reptícia, por meio de seu art. 6º, alterou a disciplina do pagamento e do parcelamento dos tributos na esfera penal, voltando a adotar o marco temporal do recebimento da denúncia como condição para que surtam os efeitos extintivos ou suspensivos da punibilidade, em um flagrante retrocesso legislativo.

Pergunta-se: sob o enfoque da teoria do delito, o que muda se o pagamento for feito antes ou depois do recebimento da denúncia? Absolutamente nada. E isso porque o pagamento do tributo altera a estrutura do próprio fato jurídico, suprimindo uma das elementares do tipo penal, qual seja, a “supressão ou redução do tributo”. Assim, inexistente elemento objetivo do tipo penal, seja antes ou depois do início da ação penal, torna-se atípica a conduta, extinguindo-se dessa forma a punibilidade da conduta.

Contudo, quando se muda o enfoque da teoria do delito para o enfoque dos interesses político-econômicos do Estado são descortinados os reais motivos da alteração legislativa.

A intenção e a fórmula da norma são claras: arrecadar mais, com mais velocidade, dissuadindo o contribuinte de contestar a obrigação tributária nos âmbitos administrativos e judiciais, pois, se às vésperas do fim do inquérito policial não se optar pelo parcelamento ou pagamento, de nada adiantará fazê-lo depois.

Revela-se, assim, um sutil modo coercitivo para pagamento de tributos, que se pretende fazer legítimo por força de lei. Lembremos, a propósito, que em diversas ocasiões o Poder Judiciário foi instado a se manifestar a respeito de situações nas quais o Estado se utilizou de vias oblíquas para forçar o pagamento de tributos pelo contribuinte, tendo, em todas elas, rechaçado veementemente tal pretensão.⁽⁶⁾

É certo que vezes se insurgirão dizendo que a imposição dos marcos temporais é uma

mera escolha de política criminal, cabendo ao legislador decidir sobre sua existência ou não, mesmo porque, economicamente, a medida pode até ser prejudicial à arrecadação (pois, uma vez denunciado, o contribuinte não terá qualquer estímulo para aderir a um plano de pagamento ou parcelamento).

Entretanto, é importante que se frise que não há nada de política criminal na medida, mas sim o uso político do sistema jurídico penal para perseguição de objetivos macroeconômicos, o que é inaceitável em um Estado que pretende ser visto como Liberal e Democrático.

Não satisfeito com o domínio do Parlamento, o Governo agora confisca o poder punitivo do Direito Penal para dar eficácia a suas políticas econômicas, transformando Delegacias Fazendárias em postos de cobrança de tributos, para operacionalizar uma moderna derrama, destinada a cobrir as dívidas herdadas do Governo anterior.

Quando se instrumentaliza o direito penal, quando é ele feito mero títere dos interesses político-econômicos, despreza-se o indispensável Direito de Liberdade, cuja restrição é usada de forma intimidadora não mais para garantir os valores fundamentais da sociedade, mas sim para atender às necessidades do Estado, cada vez menos Democrático e cada vez mais Soberano.

Recua-se, assim, ao período pré-iluminista, no qual soldados invadiam as casas dos servos para cobrar os tributos devidos, arrancando seus bens e levando-os cativos em caso de resistência. Pouca coisa diferente do que atualmente ocorre, salvo a roupagem legal com que hoje é travestida a mesmíssima política.

É lamentável que os princípios fundamentais inerentes ao Sistema Penal da fragmentariedade e subsidiariedade ou *ultima ratio* e as construções que deles derivam - direito penal mínimo e garantismo penal -, sejam lembrados na academia, mas não mais encontrem qualquer reflexo na atividade legislativa - movimentada pelo oportunismo e conveniência - e judiciária - que se omite de seu papel de declarar a inconstitucionalidade material dessas normas. Princípios esses que, face sua íntima ligação com a legitimidade do poder de punir, uma vez deformados e ignorados, explicam em boa parte a crise de legitimidade enfrentada por nosso Direito Penal.

Nesse cenário, torna-se cada vez mais urgente uma radical reforma da legislação penal, com a ampla descriminalização de condutas sem qualquer legitimidade penal, a qual, indispensavelmente, deverá ser acompanhada pelo fortalecimento do Direito Administrativo e de suas instituições, genuínas ferramentas de regulação e de apoio aos projetos do Estado, ao contrário do Direito Penal. E um bom começo seria a imediata revogação do art. 6º da Lei 12.382/11.

NOTAS

- (1) **D'ÁVILA, Fábio Roberto.** *O espaço do direito penal no século XXI: sobre os limites normativos da política criminal.* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 78-98, jan./fev. 2007; **BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva.** *Delitos sem bens jurídicos?* *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 181, p. 4-5, dez. 2007; **COSTA, Helena Regina Lobo da.** *O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração.* In: **PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula** (coords.). *Estudos de direito*

público. Campo Grande: Cepejus, 2009, 889 p., 21 cm. ISBN 978-85-62809-00-2. p. 562-567; **REALE JÚNIOR, Miguel.** *Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa.* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

- (2) **ROXIN, Claus.** *El legislador no lo puede todo.* *IterCriminis: Revista de Ciencias Penales*, México, n. 12, p. 321-347, out./mar. 2004/2005; **ROXIN, Claus.** *Acerca del desarrollo reciente de la política criminal.* *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 48, p. 795-810, 1992; **ROXIN, Claus.** *Que comportamientos puede o el Estado prohibir sob amenaza de pena: sobre a legitimização das proibições penais.* In: **ROXIN, Claus.** *Estudios de derecho penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 239 p. ISBN 85-7147-528-8. p. 31-53; **PALAZZO, Francesco Carlo.** *Principio de ultima ratio e hipertrofia del derecho penal.* In: **NIETO MARTÍN, Adán.** *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* in memoriam I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. v. 1. (Homenajes). ISBN 84-8427-139-0. p. 433-441.
- (3) **HASSEMER, Winfried.** *Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno.* In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Tomo XLV. Fascículo I. p. 236-249.
- (4) **PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes.** *O que não nos ensinaram sobre crime tributário.* *Boletim IBCCRIM.* São Paulo, v. 12, n. 147, p. 4-5, fev. 2005.
- (5) Vale salientar que, em 2006, foi editada a MP 303/06, que instituiu o programa de parcelamento, conhecido como REFIS III ou PAEX, mas que, entretanto, ante o silêncio sobre a matéria, não alterou a disciplina dos efeitos penais do pagamento e parcelamento.
- (6) Nesse sentido, citamos as Súmulas ns. 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, bem como a Súmula n. 127 do Superior Tribunal de Justiça.

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Advogado criminalista.

Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PARTICIPE POR ACREDITAR

CIÊNCIAS CRIMINAIS EM FOCO

Seminário Regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em Sergipe

Data: 05 e 06 de maio de 2011

Local: Teatro Tobias Barreto - Aracaju / SE

Informações: (79) 3211-3273

Inscrição on-line: www.seminarioibccrimsergipe.com.br

Consulte programação completa, valores e preços promocionais para associados ao IBCCRIM - www.seminarioibccrimsergipe.com.br.

ACOMPANHE O IBCCRIM



www.twitter.com/ibccrim



www.facebook.com/pages/IBCCRIM/206921985987194

O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO DIREITO COMPARADO: NEMO TENETUR SE DETEGERE⁽¹⁾

Livia de Maman Sanguiné

Após a II Guerra Mundial, especialmente com a constitucionalização das garantias e sua incorporação aos ordenamentos jurídicos, as legislações e as decisões dos tribunais têm evoluído para um reconhecimento do direito à prova.⁽²⁾

A produção da prova no Processo Penal deve ter estrita observância a alguns princípios, dentre eles ao da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). No CPP⁽³⁾ há uma contradição existente entre dois dispositivos: art. 198 e art. 186, parágrafo único.

Quanto ao princípio *nemo tenetur se detegere*, propriamente dito, tem-se que este já é considerado um direito fundamental de primeira geração,⁽⁴⁾ tendo como objetivo⁽⁵⁾ proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, incluindo-se o resguardo contra coação e violência física e moral utilizadas para constranger o indivíduo a cooperar na instrução probatória.

Modernamente, o *nemo tenetur se detegere* é expresso no direito anglo-americano como *privilege against self-incrimination*. No entanto, historicamente, afirma-se que o *privilege against self-incrimination* não coincide com o princípio *nemo tenetur prodere se ipsum no ius commune*.⁽⁶⁾

O reconhecimento essencial e a defesa da não autoincriminação deu-se nos EUA na época do Tribunal Warren, na década de 60.⁽⁷⁾

Dentre os casos mais marcantes, quando efetivamente foi consagrado o *nemo tenetur se detegere* como princípio fundamental, está o caso *Miranda v. Arizona* (384 US 436 (1966)). A partir disso, o Tribunal passou a estabelecer as conhecidas *miranda rules*.⁽⁸⁾

No que diz respeito especificamente à aplicação do *nemo tenetur se detegere* às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção, o direito norte-americano entende que não há violação do referido princípio em sua produção, como regra geral.⁽⁹⁾ Há diversos julgados pela Suprema Corte que confirmam tal entendimento.⁽¹⁰⁾

Na mesma linha dos Tribunais Superiores Americanos, o TEDH⁽¹¹⁾ entende que somente é possível valorar o silêncio do acusado naquelas situações em que claramente demandam alguma explicação. Contudo, em tais casos, as provas da acusação é que fundamentarão a condenação e não a falta de explicação do acusado sobre as mesmas.⁽¹²⁾

Conforme afirma Odone Sanguiné:
“(…) a jurisprudência do TEDH⁽¹³⁾ considera que o direito a não se auto-incriminar

concerne principalmente ao respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Está admitido, em princípio, pelo ‘nemo tenetur se detegere’, de maneira que fica fora do campo de ação do privilégio contra a autoincriminação a utilização no processo de informações que, embora obtidas pela acusação com o uso de poderes coercitivos, tenham uma existência independente da vontade do suspeito, como os documentos recolhidos por força de um mandado judicial. A coleta forçada de amostras biológicas do imputado, tais como a coleta de sangue, de urina e de tecidos para uma biópsia ou para exame de DNA, de hálito mediante o uso de bafômetro para um motorista suspeito de embriaguez, seriam em princípio legítimas, dado que o material usado na análise forense é obtido com procedimentos minimamente invasivos (pense-se nas coletas de sangue, cabelos ou tecidos corporais) ou por meio de procedimentos não invasivos, mas que exigem a colaboração do imputado (a coleta de urina, de saliva, de padrões vocais para comparação, etc.), desde que os órgãos investigadores se sirvam de métodos respeitosos da dignidade humana e do seu direito à saúde. Constitui, porém, uma violação à CEDH a coerção sofrida por meio de imobilização por quatro agentes de polícia que constroem o imputado a ingerir, através de uma sonda naso-gástrica, um vomitório com a finalidade de regurgitar a droga (STEDH, caso *Jalloh c. Alemanha*, j. 11.06.2006, § 118 e SS)⁽¹⁴⁾ (grifo do autor).⁽¹⁵⁾

No que tange ao etilômetro, o TCE⁽¹⁶⁾ afirmou que a realização de tais testes não constitui uma declaração ou uma incriminação, uma vez que não obriga o detectado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo.⁽¹⁷⁾

No Brasil, rotineiramente sustenta-se a obrigatoriedade de o acusado submeter-se a determinado tipo de prova determinado pelo juízo ou até mesmo pelas autoridades policiais. Todavia, o CPP não traz regra expressa a respeito do dever do acusado a colaborar (ou não) na realização desses tipos de provas.

No Processo Penal, há um intenso conflito entre os interesses da sociedade (dever dos poderes públicos) e o interesse individual (proteção dos direitos fundamentais). Diante disso, deve haver uma harmonia, ou seja, não é possível permitir a sobreposição do interesse estatal na persecução penal (ausência de vedações de meios probatórios), pois, caso isso ocorresse, estaríamos diante de um método autoritário que violaria as

garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, também não é possível haver uma prevalência ilimitada do interesse individual, pois, nesse caso, a persecução penal estaria fracassada.⁽¹⁸⁾

Conforme **Tovil**,⁽¹⁹⁾ diante disso, é possível verificar que a tendência do direito estrangeiro é a de não conferir aos investigados direitos ilimitados em face do Estado e da sociedade. Afirma ainda que “a pequena intervenção no corpo do investigado pouco afeta a sua dignidade, sendo que a restrição dos direitos está plenamente justificada diante do bem maior do interesse público na apuração do hediondo crime cometido”.

No que tange ao “bafômetro”, a Resolução n. 52, de 1998 (CONTRAN), passou a regulamentar o seu uso.⁽²⁰⁾ A Lei n. 11.705/08 (“Lei Seca”), alterou o CTB estabelecendo o índice de seis decigramas por litro de sangue para considerar que o motorista não está em condições de dirigir (art. 306).⁽²¹⁾

Em suma, a jurisprudência brasileira⁽²²⁾ se posiciona em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial europeu.⁽²³⁾ Este (em sua grande maioria) entende que, como regra geral, que há o dever de colaborar em produção de prova para verificação de embriaguez,⁽²⁴⁾ enquanto o entendimento dominante brasileiro entende de forma contrária.

NOTAS

- (1) Artigo extraído do *Trabalho de Conclusão de Curso* apresentado como requisito parcial à obtenção de grau em Bacharel em Direito pela PUC/RS, aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelo orientador Prof. **Nereu Giacomolli**, e pelos Prof. **Marcelo Peruchin** e Prof. **Mario Rocha Lopes Filho**, em 12/11/2010.
- (2) **GOMES FILHO, Antônio Magalhães**. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 64.
- (3) Código de Processo Penal (Dec.-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941).
- (4) Por se tratar de um direito fundamental, qualquer restrição ao referido princípio poderá ser regulada exclusivamente em legislação ordinária, atendendo ao princípio da proporcionalidade, ou seja, devem ser observadas a necessidade, a razoabilidade e a adequação da medida utilizada (*O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 54).
- (5) *Idem*, p. 55.
- (6) *Idem*, p. 11.
- (7) **Earl Warren** foi presidente do Tribunal Supremo Federal dos EUA desde 1953 até 1969 (**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo**. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 553-554).
- (8) Tais regras prevêm, por exemplo, que antes de dirigir qualquer pergunta ao acusado, deve-se adverti-la de que tem o direito de permanecer calado e de que tem

- direito à presença de um advogado (**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo**. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 554).
- (9) **QUEIJO, Maria Elizabeth**. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 302.
- (10) No que tange ao teste de alcoolemia, a Suprema Corte dos EUA entende que o dever de submissão ao teste não pode considerar-se contrário ao direito a não declarar contra si mesmo, pois não obriga o detectado a emitir uma declaração admitindo sua culpabilidade. São “*simples perícias de resultado incerto*”. Tal argumento leva-nos a concluir que não somente existe o direito a não submeter-se a tais provas, e sim que existe a obrigação de suportá-las. A obrigação de submeter-se a tais provas tem como objetivo comprovar se os condutores cumprem as normas estabelecidas para garantir a segurança no trânsito. Tal submissão, para o Tribunal Constitucional, não somente não supõe uma autoincriminação, mas também, conforme o CP, crime de desobediência (**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo**. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 558-559).
- (11) Tribunal Europeu de Direitos Humanos.
- (12) Idem, p. 553.
- (13) Tribunal Europeu de Direitos Humanos.
- (14) **SANGUINÉ, Odone**. *Prisão Cautelar e Direitos Fundamentais*, de próxima publicação.
- (15) Ler acórdão n. 155/2007 do Tribunal Constitucional Português.
- (16) Tribunal Constitucional Europeu.
- (17) PORTUGAL. TCP. Acórdão n. 155/2007. Processo n. 695/06. Relator: Conselheiro **Gil Galvão**. 3ª Seção. DJ 02/03/2007. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html> >. Acesso em 02/10/2010.
- (18) **QUEIJO, Maria Elizabeth**. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241-242.
- (19) **TOVIL, Joel**. *A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal*. 2008. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 22, p. 87-114.
- (20) **QUEIJO, Maria Elizabeth**. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260.
- (21) Antes da alteração, o CTB apenas previa que o motorista expusesse terceiros a dano potencial em razão da influência do álcool ou de outras substâncias análogas, não prevendo quantidade específica.
- (22) Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.414/BA. Relator: Ministro **Gilmar Mendes**. Segunda Turma. Brasília, 11/03/2008; HC n. 1.0000.08.481054-8/000(1) - Rel. **Alexandre Victor de Carvalho** - DJ 09/12/2008; Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 2000172000023412/SC. Relator: **Luiz Fernando Wonk Penteado**. Oitava Turma. Porto Alegre, 28/04/2004; Minas Gerais. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Incidente de Inconstitucionalidade n. 4560210112007813.0000. Relator: **Sérgio Resende**. Quinta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 11/06/2008.
- (23) No direito francês (como no português), há dever de colaborar na produção de provas para verificação de embriaguez. No direito alemão, tem-se sustentado que a polícia não pode exigir do acusado a realização do teste etilométrico.
- (24) **QUEIJO, Maria Elizabeth**. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 281.

Lívia de Maman Sanguiné

Advogada.

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Faculdade de Direito - PUC/RS.

PARTICIPE POR ACREDITAR

SAIBA COMO SER NOSSO PARCEIRO 17ª EDIÇÃO DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Escritórios de advocacia de todo o Brasil apoiam todos os anos a realização dos Seminários Internacionais do IBCCRIM. Você também pode ser nosso parceiro na **17ª edição** do evento, que acontecerá entre os dias 23 e 26 de agosto de 2011.

O Seminário Internacional do IBCCRIM é o maior evento de Ciências Criminais na América Latina e reúne mais de mil participantes provenientes de diversos pontos do Brasil e do mundo.

Anteça-se para figurar e ao mesmo tempo assegurar suas vagas neste grande encontro que qualificará ainda mais você e sua equipe de profissionais, tornando-se apoiador oficial do **17º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM**.

Escritórios apoiadores:

Advocacia Casagrande (SP)
Almeida Castro Advogados Associados (DF)
Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados (PR)
Bitencourt & Naves Advogados Associados (DF - RS)
Campos Júnior, Pires & Pacheco Advogados (MG)
Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados (SP)
Clodomir Araujo Advogados Associados (PA)
Coelho, Costa, Alves e Zaclis Advogados (SP)
Décio Freire e Advogados Associados (SP - RJ - MG - DF - BA - PE - PI - AM - ES - USA)
Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
Fargone Advogados (SP)
Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE - SE - RJ)
Ivahy Badaró Advogados Associados (SP)
Joyce Roysen Advogados (SP)
Law & Liberatore Advogados (SP)
Luchione Advogados (RJ)
Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
Márcio Thomaz Bastos Advogados (SP)
Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados (SP)
Mario de Oliveira Filho e Oliveira Advogados Associados (SP - RJ - DF)
Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
Moraes Pitombo Advogados (SP - RJ - DF)
Morais - Advogados Associados (SP)
Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP - RJ - DF)
Oliveira Campos Advogados (ES)
Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
Rão, Pacheco, Pires & Penón Advogados (SP)
Ruiz Filho e Kauffmann Advogados Associados (SP)
Saad Gimenes Advogados Associados (SP)
Silvio & Gustavo Teixeira Advogados Associados (RJ)
Siqueira Castro - Advogados (SP - RJ - DF - CE - MG - AS - RS - PE - RN - PB - SE - ES - AL - PI - MA - AM - PA - GO - LISBOA - LUANDA)
Tofic e Fingeremann Advogados (SP)
Toron, Torihara e Szafir Advogados (SP)
Vilardi e Advogados Associados (SP)
Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados (SP)
Zenkner Schmidt, Poeta & Feldens Advogados Associados (RS)

Informações sobre apoio ou patrocínio com a

Seção de Comunicação e Marketing: (11) 3111-1040, ramal 175
alexandre@ibccrim.org.br ou simone@ibccrim.org.br

LEI 9.099/95 - DIREITO PENAL E DIREITO PENALZINHO

Simone Haidamus e Douglas Lima Goulart

Valendo-nos do raciocínio delineado por Hesse,⁽¹⁾ segundo o qual a compreensão de uma norma só se apresenta adequada quando referida a um problema concreto, tomamos como objeto de análise um caso em que pudemos atuar, afeito ao procedimento do Juizado Especial Criminal.

Aquela oportunidade, fomos procurados por um engenheiro, réu primário e com bons antecedentes, contra o qual havia sido proposta denúncia por lesão corporal culposa. Narrava a exordial que a vítima teria sofrido acidente na utilização de uma sauna, a qual contava com defeito teratológico, ínsito ao projeto.

Nada obstante, o réu, maior conhecedor das circunstâncias do caso, nos alertou quanto à falta denexo causal entre sua conduta e as lesões sofridas pela vítima, fato que poderia ser demonstrado mediante a realização de perícia criminal.

Munidos de tais informes, de cunho eminentemente técnico, esclarecemos o Réu quanto ao cabimento da transação penal, a via fácil, em que poderiam ser comodamente evitados os danos iminentes ao *strepitus fori*. Contudo, optou por pelejar. Acreditava em sua inocência e pretendia ver provada tal circunstância.

Em seu nome, a defesa pleiteou, já no início da ação penal, a produção de perícia técnica, ofertando questionamentos que deveriam ser respondidos pelo *expert*. Mas o requerimento foi negado, sem maiores explicações.

Após o transcurso da instrução, em memoriais, a defesa chamou a atenção para a falha probatória, pleiteando a conversão do julgamento em diligência. Novamente, o pedido foi negado.

Após a condenação do réu, já em grau de recurso, foi aduzido, ainda outra vez, o cerceamento de defesa, manifestando-se o E. Colégio Recursal no sentido de que a prova requerida teria cunho *meramente* protelatório.

Sobre tal circunstância, da leitura dos autos, temos como marcante a afirmação de que o Juizado Especial é movido pelo *princípio da celeridade*, residindo aí, em verdade, o fundamento de toda a negativa ao *constitucional direito de provar*.

Acreditamos no caráter paradigmático do caso, o qual transcende as raias do interesse subjetivo por ser produto do confronto entre a ideologia (constitucional) e o pragmatismo que marca o procedimento. Acreditamos ainda na prevalência da ideia constitucional do processo como instrumento de proteção ao indivíduo, sob pena de perda do objeto pelo processo penal.

A respeito, demonstra-se pontual a lição de Antonio Scarance, para quem o direito à prova, sucedâneo do *devido processo legal*, compreende a verdadeira *ratio* do direito de ação:

“De nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal

ligação, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, um direito subjetivo público ou cívico.”⁽²⁾

Com base em tais apontamentos, constata-se que, ao decidir, o juiz está participando do terceiro nível de construção da norma, não podendo aqui, em absoluto, suplantar, ainda que por um fundamentado juízo de conveniência/opportunidade, ideias marcadas pelo legislador constituinte como imperativos categóricos. Dito de outra forma: o juiz tem o dever de constitucionalizar a regra, agregando à mesma princípios iminentes à Carta Constitucional.

Aliás, a problematização ora engendrada se demonstra assaz pertinente pelo atual momento, no qual se discute a respeito (do cabimento/necessidade) de uma reforma processual penal. Em que pese o valor dos debates e ideias que circundam o projeto de código, acreditamos ser utópica, para não dizermos ingênua, a esperança de um Código Panacéia, capaz de dar fim aos desencontros do moribundo Código Rocco. Não, a questão é muito mais profunda, e assustadoramente simples.

Trata-se de uma encruzilhada jurídica. Situados em pontos antipodais, há dois caminhos possíveis: ou nos decidimos a reconhecer validade, a conferir efetividade à letra da Constituição, ou nos entregamos a um triste Estado de Polícia, um Estado de Não Direito, enfim, um Estado Qualquer Coisa, no qual os fins tendem a justificar quaisquer meios.

Em que pese o natural ceticismo quanto à possibilidade de derrogação prática da Carta da República, observamos que a questão apresenta-se assaz preocupante no terreno da Lei 9.099/95, em que o operador do direito é bombardeado com a edição de inúmeros provimentos e comunicados, os quais tendem a criar verdadeiras (e ilegítimas) exceções ao procedimento estabelecido por lei. Cita-se, exemplificativamente, o Comunicado n. 128/09 do Conselho Superior da Magistratura, que aconselha a publicação dos acórdãos na própria sessão de julgamento do Colégio Recursal, como forma de abreviar o tempo dos recursos. Tal circunstância também pôde ser vista no caso ora estudado, o que nos levou a concluir pela afronta ao art. 370, § 1º, do CPP, que estabelece a publicação em órgão oficial. É inegável o ganho em celeridade, contudo, perde-se a razão do colegiado, uma vez que o relator tende a levar pronto o acórdão para a sessão de julgamento, como se soubesse, antecipadamente, qual o ponto de vista de seus pares (!). Coincidentemente, os julgamentos tendem a ser unânimes.

Com efeito, não é de hoje que vemos crescer a pretensão por um juizado menor, burocrático, aquém da Justiça, em que a celeridade é transvertida em açodamento, estabelecendo-se o imiscuimento de garantias em prol de uma pretensa efetividade. A justiça e a verdade dando lugar à pressa como valor fundante, promovendo-se, num carimbalismo deplorável,

triste espetáculo autofágico de uma das mais nobres instituições da República.

É de se notar que o caso apresentado neste estudo não faz jus à denominação “caso”, haja vista o seu caráter ordinário. Também a resposta judicial obtida não compreende qualquer casuismo. Trata-se do lugar comum. O fim comum é a condenação, ria-se, por não restar provada a inocência.

Mas quê! Sugere-se que no Juizado é diferente, por se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, e assim o réu é submetido ao roteiro da eficácia punitiva, tachado de procrastinador, de presunção invertida, a quem não se reconhece, sequer, o direito de se valer da sorte no juízo das ordálias.

Questionamos: acaso teríamos um direito penal e um direito penalzinho? Porventura existirá um devido processo legal e um devido processinho? Teria a pena, para o réu no Juizado, menor potencial ofensivo à sua dignidade?

Se a resposta a todas estas indagações for não, e seguimos convictos na impossibilidade de uma resposta positiva, como admitir que a pressa convertida em açodamento suplante a garantia da prova, sem que se perverta a Constituição em mera folha de papel? Aliás, indesejada folha de papel!

Nesse sentido, cumpre relembra a advertência de Ihering, para quem um povo que eventualmente se deixasse roubar uma légua quadrada de seu terreno veria em breve roubar-lhe todas as outras, até que nada mais lhe ficasse a pertencer e deixasse de existir como Estado.⁽³⁾

A Constituição, acredita-se, é o terreno jurídico-legal de um povo, de maneira que se é permitida a expropriação deste terreno, por mínima que seja, por quem quer que seja, logo verá expropriada toda a base jurídica em que se assenta, acordando sob o guante de um novo Estado, de feito indefinido e, quem sabe, policialesco ou ditatorial.

Para terminar, salientamos que o caso concreto foi objeto de *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo a 12ª Turma Criminal concedido a ordem para anular a sentença prolatada ao alvedrio da prova incessantemente pleiteada e intransigentemente negada. Enfim, há boas luzes no caminho.

NOTAS

- (1) HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 42.
- (2) *Proceso penal constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.
- (3) *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15.

Simone Haidamus

Advogada Criminal em São Paulo.

Douglas Lima Goulart

Advogado Criminal em São Paulo.

Especializando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas.

EXTINTA A PUNIBILIDADE, RÉU ABSOLTO

José Henrique Rodrigues Torres

De nada adiantou **Hércules** libertar **Prometeu** dos rochedos, pois o miserável titã continuou a eles acorrentado, eternamente, por um anel feito com uma pedra deles extraída.

A Lei n. 11.719/08 trouxe modificações profundas no sistema processual penal brasileiro, mas de nada adiantará a sua edição se, ao aplicá-la, os intérpretes continuarem acorrentados aos paradigmas da antiga sistemática processual. Como diria **Alberto Caeiro**, “*não basta abrir a janela para ver os campos e os rios*”. É preciso romper com os antigos paradigmas.

O novo art. 397 do CPP criou a “*absolvição sumária*” e incluiu entre as causas de absolvição, no inciso IV, a extinção da punibilidade. Assim, ocorrendo a extinção da punibilidade, o réu há de ser absolto.

Aliás, houve um tempo em que processualistas, como **Ettore Dosi** e **Ugo Aloisi**, já sustentavam que a extinção da punibilidade implicava absolvição.⁽¹⁾ Mas **Frederico Marques**⁽²⁾ e **Tourinho Filho**,⁽³⁾ entre outros, discordando, afirmavam que, de acordo com a legislação brasileira em vigor, não se podia confundir a *absolutio ab causa* com a *absolutio ab instância*.

Todavia, em razão da edição da Lei n. 11.719/08, houve uma modificação sistêmica em nosso ordenamento jurídico positivo. E houve um câmbio de paradigmas. Não está mais em vigor aquele sistema processual positivo que inspirou as afirmações de **Frederico Marques**, **Tourinho Filho** e de tantos outros doutrinadores que não admitiam a sentença absolutória nos casos de extinção da punibilidade.

Antes da referida lei, diante da extinção da punibilidade, a sentença deveria limitar-se à sua declaração. Mas, atualmente, em face do que dispõe o atual art. 397, IV, do CPP, não há mais tergiversar: a extinção de punibilidade acarreta a absolvição.

Aliás, o art. 439 do CPPM já previa tal hipótese absolutória antes mesmo da Lei n. 11.719/08, apesar das críticas que enfrentava, exatamente porque, como observou **Jorge Alberto Romeiro**, tal dispositivo processual teria sido gerado, equivocadamente, com embasamento na *sentenza di proscioglimento* do CPP Italiano, que abarcava, em seu significado amplo, a “*sentença de absolvição*” (*di assoluzione*) e, também, a “*de não se dever proceder*” (*di non doversi procedere*).⁽⁴⁾

Contudo, em face do novo sistema legal adotado, essas críticas perderam o sentido e o acusado deve ser absolvido quando configuradas quaisquer das hipóteses de extinção da punibilidade, nos termos do art. 397, IV, do CPP, que assim dispõe: “*o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar (IV) extinta a punibilidade*”.

E esse dispositivo processual foi inspirado,

à evidência, no princípio constitucional garantista da “*presunção de inocência*”, previsto no art. 5º, LVII, da CF e, também, em inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos, os quais têm força pétrea e natureza constitucional⁽⁵⁾ (v.g., Pacto de San José de Costa Rica, art. 8º.2; e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14.2).

Assim, em homenagem à garantia da “*presunção de inocência*”, se o Poder Judiciário encerra a relação processual sem proferir uma sentença condenatória definitiva, seja porque houve declaração da improcedência da pretensão condenatória, seja porque houve extinção da punibilidade, a inocência do acusado deve ser proclamada.

Como ensina **Espínola Filho**, “*a absolvição do acusado é dada na sentença pela qual o réu é declarado inocente ou não responsável, porque, na clara explicação de Pereira e Souza (Esboço de um dicionário jurídico, teórico e prático, vol. 1º, 1825, vº Absolver), absolver é declarar alguém inocente, livre de culpa, de pena, e de qualquer obrigação*”.⁽⁶⁾ Aliás, absolver significa exatamente “*declarar inocente*” (v. *Novo Dicionário Aurélio e do Dicionário Houaiss*). De feito, “*a sentença absolutória é ato jurisdicional decisório de conteúdo declaratório da prevalência do estado de inocência*”.⁽⁷⁾

Em um Estado de Direito Democrático, todo cidadão faz jus ao pleno gozo do estado de inocência, que integra a sua dignidade. Contudo, como as acusações penais somente são admitidas com lastro em elementos probatórios idôneos, há sempre o risco de que se pense que esse estado de inocência fica fragilizado quando o processo é iniciado. Aliás, há quem pense, inclusive, que, diante de uma acusação fundamentada e admitida por decisão judicial, fica estabelecida uma “*presunção de culpa*”. É por isso que, para rechaçar essas conjecturas inadmissíveis, as normas constitucionais pátrias e o sistema de direitos humanos asseguram que, mesmo diante de uma acusação fundamentada e admitida por órgão judicial, há de ser sempre presumida a inocência, jamais a culpa.

E essa presunção somente pode ceder diante de uma condenação com trânsito em julgado. Portanto, se não houver uma condenação definitiva, o estado de inocência do acusado deve ser proclamado e reafirmado em toda a sua plenitude. E isso somente pode ocorrer se o acusado for absolvido. Assim, de acordo com o nosso atual sistema processual constitucional, das duas, uma: ou a pretensão condenatória é procedente e, em consequência, o acusado é condenado; ou a pretensão condenatória não é julgada procedente e, inexoravelmente, o acusado tem que ser absolvido. Ora, se ocorre a extinção da punibilidade antes da sentença condenatória passada em julgado pela ocor-

rência da prescrição, pela morte do acusado ou por qualquer outra causa, não há falar em condenação definitiva e, axiomáticamente, o acusado deve ser absolvido, nos termos do art. 397, IV, do CPP, que deve ser interpretado e aplicado, não apenas com os olhos voltados para a sua claríssima expressão literal, mas, principalmente, à luz dos princípios constitucionais de garantia. Como ensina **Ada Pellegrini Grinover**, citada por **Antonio Scarance Fernandes**, “*o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais*”.⁽⁸⁾

É verdade que o art. 397 do CPP se refere à “*absolvição sumária*”, que deve ser proferida no início da ação penal, antes da abertura da dilação probatória e logo depois do oferecimento da resposta à acusação. Todavia, seria ilógico se a absolvição sumária, com base na extinção da punibilidade, fosse cabível apenas nesse momento procedimental inicial e descabida depois, pelo mesmo motivo, durante a dilação probatória ou em qualquer outro momento processual. Seria absolutamente inaceitável, porque ilógico e contraditório, se, no início da ação penal, o juiz tivesse que absolver o acusado diante da extinção da punibilidade, mas, depois, e antes do trânsito em julgado, em face da mesma causa, o juiz apenas pudesse declará-la.

Assim, o acusado deve ser absolvido mesmo se ocorrer a prescrição depois da sentença condenatória proferida em primeira instância e antes do julgamento definitivo do recurso contra ela interposto, pois, nesse caso, também não há falar em condenação com trânsito em julgado, ou, simplesmente, não há falar em condenação. E, pelos mesmos motivos expostos, o estado de inocência deve ser proclamado. Portanto, se ocorrer a prescrição intercorrente ou a retroativa, a absolvição do acusado é de rigor, para que fique proclamada a plenitude de seu estado de inocência.

Lembre-se, também, de que, nos casos de condenação em primeira instância, quando o acusado recorrer e há o reconhecimento da extinção da punibilidade, a condenação recorrida não é sequer reexaminada, o que o impede de ver declarada a sua inocência. A simples declaração da extinção da punibilidade, na esfera recursal, antes da análise do mérito, sem a proclamação da absolvição, mantém sobre a cabeça do acusado a espada de **Dâmocles** do estigma de uma condenação precária, que não tem nenhum valor jurídico, mas que acarreta drástica repercussão ética para a dignidade do acusado, que fica marcado de forma indelével por uma decisão condenatória não definitiva, mas reticenciosa.

Portanto, reconhecida a prescrição ou qualquer outra causa de extinção da punibilidade, a condenação recorrida deve ser excluída às completas do lodo enganoso das bocas, como

diria o poeta **Thiago de Melo**, para que o estado de inocência do acusado seja afirmado.

E não se diga que é descabida a absolvição porque não há enfrentamento do mérito quando se reconhece a prescrição, pois, como ensinam **Dinamarco**,⁽⁹⁾ **Greco Filho**⁽¹⁰⁾ e **Theotônio Negráo**,⁽¹¹⁾ e como já decidiu o STF,⁽¹²⁾ é de mérito, sim, a decisão que reconhece a prescrição ou até mesmo a decadência. A prescrição extingue a pretensão punitiva e fulmina o direito material. Trata-se, por isso, de decisão de mérito.⁽¹³⁾

Quanto à morte, é preciso lembrar das palavras de **Aloysio de Carvalho Filho**: “nome, obra, virtude, defeitos e os próprios crimes passam, com a morte, a sofrer a influência destrutiva do tempo, às vezes pronta, às vezes lenta. O túmulo, nivelando os indivíduos no mesmo destino, deve apagar, nos que sobrevivem, quaisquer resquícios de ressentimento, de desafeição, de ódio, contingência de que não estão livres, por sua mesma condição de homens. (...) Assim, as legislações penais atribuem à morte o poder de sepultar, também, vestígios e lembranças de crimes, ainda que atroz, para que sobre o passado desça, piedosamente, o olvido. Mors omnia solvit”.⁽¹⁴⁾ Portanto, diante da morte de quem

ainda não foi condenado definitivamente, somente a absolvição poderá resgatar a plenitude de sua dignidade. Ou, então, restará uma mácula indelével em sua memória: a existência de um processo inconcluso, sem julgamento definitivo, mas que irá prevalecer, como um espectro, por toda a eternidade.

É preciso interpretar e aplicar o art. 397, IV, do CPP com o oúso de quem rompe com antigos paradigmas e com a lembrança dos versos de **Fernando Pessoa**: “há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousamos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.

NOTAS

- (1) **EDOSI, Ettore**. *La sentenza penale di proscioglimento*, 1955, p. 19 e 21.
- (2) **MARQUES, José Frederico**. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998, v. III, p. 39.
- (3) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. *Código de Processo Penal comentado*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 927.
- (4) **ROMEIRO, Jorge Alberto**. *Curso de direito penal*

militar - Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 277.

- (5) **PIOVESAN, Flávia**. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 59.
- (6) **ESPÍNOLA FILHO, Eduardo**. *Código de Processo Penal anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 123.
- (7) **MORAES, Maurício Zanóide de**. *CPP e sua interpretação jurisprudencial – doutrina e jurisprudência – 2ª ed.* São Paulo: RT, 2004, v. 3, p. 1.586.
- (8) **SCARANCE, Antonio**. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2005, p. 16.
- (9) **DINAMARCO, Cândido José**. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III, p. 262.
- (10) **GRECO FILHO, Vicente**. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 2ª, p. 72.
- (11) **NEGRÃO, Theotônio**. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 398.
- (12) STF. AgRg em AgLn 143.714-7-RJ – 1ª T. – j. 15.09.1995 – rel. Min. **Moreira Alves** – DJU 26.04.1996, in *Revista dos Tribunais*, ano 85, outubro de 1996, v. 732, p.157.
- (13) **ESPÍNOLA FILHO**, op. cit., p. 262.
- (14) **CARVALHO FILHO, Aloysio de**. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 1944, v. IV, p. 70.

José Henrique Rodrigues Torres

Juiz de Direito – Titular da 1ª Vara do Júri de Campinas.
Professor de Direito Penal da PUCCampinas.
Membro da Associação Juízes para a Democracia.

DIREITO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMIOLOGIA: UNIVERSOS DISTANTES!

Guilherme Gouvêa de Figueiredo

I
Há muito se sabe que o estudo do direito penal (em sentido estrito), enquanto estudo dogmático dos pressupostos e categorias normativas que predicam como crime uma conduta humana e a ela atribuem uma pena, não deve ocorrer de modo isolado e alheio a contribuições oriundas de outras disciplinas afins. Tornou-se lugar comum, sobretudo em terreno europeu, a necessidade de ser o direito penal permeado por incursões provenientes de outras disciplinas, que também têm no fenômeno criminal o seu eixo fundamental de problematização: a criminologia e a política criminal. “Foi ao tentar englobar este conjunto de disciplinas numa unidade coerente e harmoniosa que **v. Liszt** criou o designativo, que se tornaria justamente célebre de ‘ciência global (total, universal ou conjunta) do direito penal’”.⁽¹⁾ Pretendia **Liszt** atentar para o fato de ser o direito penal - visto como disciplina normativa e sujeita a pressupostos dogmáticos - sempre impotente para dar, com seus instrumentos particulares de atuação, uma resposta contundente a todos os questionamentos que o “problema criminal” evoca.⁽²⁾

Mas não se deve pensar que **Liszt**, a partir da ideia de uma “ciência conjunta” do direito penal, conferia à política criminal ou à criminologia uma posição privilegiada em relação à dogmática. Em uma designação sempre recorrente, o Autor germânico atribuíria à

política criminal uma posição acessória e secundária, firmando o “direito penal como barreira intransponível da política criminal”.

Apesar da ideia de uma ciência conjunta do direito penal não ter sido abandonada ao longo do século passado,⁽³⁾ as ulteriores contribuições doutrinárias mais contundentes só vieram partidas do estudo programático de **Roxin**, *Kriminalpolitik und strafrechtssystem* (1970),⁽⁴⁾ e tiveram o objetivo de redimensionar a relação a interceder entre o direito penal e a política criminal. Nos quadros de um Estado de Direito material, assumidas as vantagens de se compreender e interpretar o sistema jurídico-penal de forma teleológica, foi-se aos poucos sedimentando uma nova postura que se convencionou chamar de *teoria racional-final ou teleológica (funcional)*.⁽⁵⁾ A política criminal deixa, então, de assumir uma posição somente auxiliar e passa a atuar na própria “determinação” dos conceitos e categorias dogmáticas e, assim, a exercer uma posição privilegiada no discurso jurídico.

Efetivamente, são já quase inabarcáveis os estudos a reconhecer as benesses de um sistema dogmático político-criminalmente ancorado e a confessar a adesão a esta atitude metodológica que, na formulação de **Schünemann**, objetiva “reestabelecer a conexão direta entre as pedras do sistema penal e a respectiva função”,⁽⁶⁾ ou, agora com **Figueiredo Dias**,

permitir à “política criminal não somente reforçar a sua posição, já adquirida, de autonomia, mas ganhar uma posição de domínio e mesmo de transcendência face à própria dogmática”;⁽⁷⁾ “tornando-se trans-sistemática e competente para definir os limites últimos do punível, ao mesmo tempo que entre ela e a dogmática jurídico-penal se estabelece uma autêntica relação de unidade funcional”.⁽⁸⁾ Tudo isso a emprestar sentido e substância à expressão de **Roxin** de que o direito penal há de ser “a forma através da qual as proposições político-criminais se vazam no modus da validade jurídica”.⁽⁹⁾

II

Contudo, transcende os objetivos deste estudo um olhar mais profundo sobre tudo o que se afirmou, mormente sobre todos os pontos problemáticos que insurgem de uma concepção teleológica do sistema jurídico-penal.⁽¹⁰⁾ Poderíamos, de fato, questionar: até que ponto o “pensamento do problema”, quando elevado agora a um novo status, não prejudica ou inviabiliza o método sistemático, próprio do direito penal em sentido estrito? Se, agora, as finalidades de política criminal não só influenciam, mas determinam o próprio desenho das categorias e dos conceitos jurídico-penais, de que política criminal estamos a falar?⁽¹¹⁾ Seria ela imanente ou extrassistemática em relação ao sistema jurídico-constitucional e aos seus valores políticos institucionalizados? Uma tal

metódica teleológica destitui qualquer sentido apriorístico ou ôntico das categorias dogmáticas concebidas legislativamente?⁽¹²⁾

A resposta para esta série de indagações seria extremamente frutuosa se não tivéssemos ainda que confrontar um problema muito mais premente, cingido à dura realidade do estado do pensamento jurídico-criminal brasileiro. De fato, se por um lado, pululam, aqui e ali, ensaios e estudos preocupados em escancarar a incoerência das nossas categorias dogmáticas ou a falência político-criminal do nosso sistema punitivo, por outro, estão a própria doutrina e a *práxis* acadêmica⁽¹³⁾ a demonstrar a distância entre as construções jurídicas e todo o horizonte político-criminal e criminológico que as condena. Aprisionado aos pressupostos metodológicos do finalismo e a um pragmatismo apolítico, o estudioso do direito penal ainda desmerece todo um universo de conhecimento que não somente reflete e aponta soluções para a “questão criminal” como dialoga e intervém nas construções eminentemente jurídicas.

“O direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão no nosso Lebensraum, façamos ressoar, em toque de rebate, nossos tambores e clarins!”, dizia **Nelson Hungria** décadas atrás.⁽¹⁴⁾ Pois se, naquela altura, o ilustre doutrinador combatia com fervor a interferência do cientista social no seu pequeno universo dogmático, é com o mesmo fervor que devemos, agora, reconhecer a urgência de uma tal interferência. Mais do que isso, urge, pois, que nós, vertidos ao direito, tomemos também como nossa a tarefa de encontrar soluções satisfatórias diante da falência das respostas institucionais ofertadas para o combate à criminalidade.⁽¹⁵⁾

III

E tudo isso é tão mais urgente quanto mais se nota, um pouco por todo lado, o quadro de crise por que passa a ciência do direito penal (em sentido estrito).

De um lado, as categorias dogmáticas que compõem o sistema se mostram, com o recorte atual que a doutrina lhes imprime, antiquadas e carentes de um olhar político-criminalmente interessado. Assim, a título meramente explicativo: o conceito finalista de ação, a doutrina da imputação objetiva e o dogma da causalidade, o ilícito-típico e o conceito material de crime, a doutrina da culpabilidade como “culpabilidade da vontade”, a teoria da dosimetria da pena e as finalidades de prevenção geral e especial etc. Para todos estes problemas, a política criminal oferece respostas que não somente auxiliam na *reforma penal*, mas que, tal como acima se descortinou, atuam no plano *de jure constituendo* a permitir uma renovada determinação dos conceitos dogmáticos pela via de uma “penetração axiológica”.

De outro lado, para além da velada crise por que passa a dogmática jurídico-penal, muito mais declarado é o quadro desordenado e ilegítimo que se desenha quando em conta

a relação entre o “problema criminal” e as respostas institucionais que o direito penal oferece. De fato, observamos uma política legislativa na qual o que sobreleva é o desrespeito por parte do legislador a mandamentos político-criminais que buscam restringir a intervenção penal a condutas de fato ofensivas a valores fundamentais à sobrevivência da sociedade (bens jurídicos-penais) e, ademais, aos casos em que a cominação, a aplicação e a execução da pena são ineficazes do ponto de vista preventivo geral e especial. Desdenha-se, pois, a necessidade de criminalizar somente condutas de fato relevantes, o que implica num conjunto legislativo casuísta e *simbólico*.⁽¹⁶⁾ Por outro lado, segue-se uma orientação de recrudescimento das respostas punitivas em relação aos crimes dos menos favorecidos e, em contrapartida, uma parca intervenção, do ponto de vista da sua efetividade preventiva, em relação à criminalidade econômica e política.⁽¹⁷⁾

Todo o dito para que possamos finalmente afirmar, agora com maior rigor, que uma alternativa satisfatória para os problemas acima levantados só será encontrada se partirmos de uma abordagem que estabeleça entre os universos jurídico, criminológico e político-criminal uma autêntica relação dialógica e de interferência recíproca. De resto, à semelhança do que deve ocorrer com a política criminal, também a criminologia reivindica uma posição de autonomia e transcendência em relação ao horizonte jurídico-criminal. E é exatamente por meio do pensamento criminológico que poderemos encontrar algumas respostas para a ineficácia do sistema jurídico-penal no controle tanto da criminalidade comum quanto dos *crimes of the powerful*. Respostas que deverão influenciar, nos moldes de uma autêntica relação de “unidade funcional”, o sistema institucionalizado de controle de um modo geral e, mais precisamente, a partir de mandamentos de política criminal, a ciência do direito penal em sentido estrito.⁽¹⁸⁾

NOTAS

- (1) **DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa.** *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 93.
- (2) Convictivamente, neste sentido, **BARATTA.** *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal (introdução à sociologia do direito penal)*. Rio de Janeiro: Ed. Renovam, 2002, p. 155 e ss.
- (3) Como salientam **DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa.** *Criminologia*, p. 96, notas 10 e 11.
- (4) Consultamos a versão em espanhol: *Política criminal y sistema de derecho penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1972.
- (5) **ROXIN, Claus.** *Derecho Penal – Parte General – tomo I*. Trad. **Diego-Manuel Luzón Peña e Miguel Díaz**. Madrid: Civitas, 2000, p. 203 e ss.
- (6) Apud **COSTA ANDRADE, Manuel.** A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, *RPCC* 2, 1992, p. 173.
- (7) Cf. **FIGUEIREDO DIAS.** *Questões Fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 40 e ss.

- (8) Cf. **FIGUEIREDO DIAS.** *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 1983, p. 11.
- (9) **ROXIN, Claus.** *Política criminal y sistema de derecho penal*, p. 27.
- (10) Profundidade que encontramos no trabalho de **D’Avila** acerca o papel da política criminal no contexto de uma “ciência conjunta de direito penal”. Na sua apurada percepção, a supervalorização da política criminal empreendida por **Roxin** redundava num “equivoco metodológico”, na justa medida em que desmerece a normatividade insita ao próprio sistema dogmático. Nas suas palavras, “se os princípios reitores da dogmática penal, se os critérios axiológicos que lhe devem servir de base já não mais estão na normatividade, mas na política criminal, encontrando, daí, apenas e exclusivamente nela, a orientação axiológica capaz de conduzir, de forma ajustada, aos parâmetros de um Estado democrático e social de Direito, o que então resta à normatividade?” (cf. **D’AVILA, Fabio Roberto.** *Ofensividade em direito penal [escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos]*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 25 e ss.).
- (11) Sobre as várias maneiras de se determinar o que seja “política criminal” para o modelo funcionalista, especialmente as propostas de **Jakobs, Roxin** e da Escola de Frankfurt, ver **ROXIN.** *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000, p. 57 e ss.
- (12) **ROXIN.** *La evolución de la Política criminal...*, p. 111 e ss.
- (13) Estamos aqui a falar de uma declarada dissintonia entre o universo, extremamente restrito, dos verdadeiros estudiosos das ciências penais e aquele outro, infelizmente amplamente difundido pela “cultura dos manuais”, de “acadêmicos” que se bastam em discorrer sobre o crime da perspectiva sempre reducionista de falidas matrizes dogmáticas e técnico-jurídicas.
- (14) **HUNGRIA, Nelson.** *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945, p. 15.
- (15) Na brilhante formulação de **Baratta**, “a indicação do momento técnico-jurídico e da sua dependência da ciência social, no âmbito de um novo modelo integrado de ciência penal, pretende ser tudo menos uma capitis diminutio do jurista, tudo menos a sua redução a técnico da sociedade. Ao contrário, ela quer suscitar a consciência de uma nova dignidade científica da atividade do jurista, indicando claramente a sede em que esta dignidade deve poder se realizar. Ele será cientista, e não mero técnico, na medida em que, finalmente, se tornará um cientista social e sustentará com a ciência a sua obra de técnico” (cf. **BARATTA.** *Criminologia crítica*, p. 156).
- (16) **ALBRECHT, Peter-Alexis.** *El derecho penal en la intervención de la política populista. La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, in fine.
- (17) **FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de.** *Direito penal secundário, inflação legislativa e white-collar crimes*, *RBCCRIM*, n. 87, 2010, in fine.
- (18) Sobre as relações a interceder entre o direito penal e a criminologia, nos moldes de uma ciência conjunta do direito penal, mas chegando a diferentes conclusões, **BARATTA.** *Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal*, *Revista e Direito Penal*, v. 31, 1981, p. 5 e ss.; **DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa.** *Criminologia*, p. 96 e ss.

Guilherme Gouvêa de Figueiredo

Professor de Direito Penal e Criminologia e Professor-pesquisador (UNESP-CNPQ). Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Advogado criminal.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE A REVISTA ÍNTIMA (RECTIUS: VEXATÓRIA) É PROIBIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

Escrevemos este singelo texto para demonstrar nossa indignação com uma prática deveras corriqueira nos presídios brasileiros: a revista íntima,⁽¹⁾ que doravante será denominada por nós de revista vexatória.

O Relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos⁽²⁾ nos dá uma ideia a respeito da revista vexatória, justificando sobremaneira tal adjetivação: “*Há a prática de desnudamento dos familiares de presos, com a exigência de flexões e arregaçamento da vagina e do ânus*”. Comentando tal procedimento, **Cristina Rauter**, Professora do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense, já o comparou à tortura: “*Acréscete-se a isso o já mencionado procedimento da revista íntima, outra situação que pode ser equiparada à tortura — e assim é vivida por quem passa pela experiência. Estou atendendo uma mãe de ex-presos que foi durante anos submetida a esse procedimento e que exhibe hoje efeitos psicológicos semelhantes aos dos torturados, de pessoas torturadas na época da ditadura militar*”.⁽³⁾

Há duas questões jurídicas a serem tratadas em relação ao procedimento da revista vexatória: (1) tal procedimento não está previsto em lei; (2) tal procedimento, mesmo que previsto em lei, seria completamente inconstitucional, uma vez que contraria os mais comecinhos direitos fundamentais do ser humano.

Da afronta ao princípio da legalidade

O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*. Todavia, talvez por conta do art. 5º, XXXIX, da CF, que consagra a regra da legalidade estrita em direito penal, muitos criminalistas acabam se esquecendo daquela norma mais ampla e pensam que, se não for para definir crimes e/ou cominar penas, é possível que sejam utilizadas portarias, resoluções, decretos para impor condutas aos cidadãos. Ledo engano, obviamente.

José Afonso da Silva assevera que o princípio da legalidade “*não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia-matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade*

modificativa da ordem jurídico-formal”.⁽⁴⁾

Em outras palavras, qualquer imposição de conduta (omissiva ou comissiva), seja de natureza penal ou não, só pode ser feita por meio de lei. Assim, não pode uma portaria ou resolução⁽⁵⁾ impor que os visitantes de um preso, para concretizarem o direito previsto no art. 41, X, da LEP, passem por um procedimento verdadeiramente humilhante e degradante. Ainda que se admitisse a constitucionalidade material de tal procedimento, não poderia um ato extralegal criá-lo, pois *ato extralegal não pode inovar a ordem jurídica*.⁽⁶⁾

Da (in)constitucionalidade material

Pois bem, digamos, então, que o Poder Legislativo edite uma lei prevendo a revista vexatória. Seria essa lei legítima, certo? Errado!

Como se sabe, a CF impõe certos limites à atividade do legislador. É a imposição da revista vexatória encontra limites nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 5º, III (proibição da tortura); art. 5º, X (direito à intimidade); art. 5º, XLV (personalidade da pena); art. 5º, LVII (presunção de inocência); art. 5º, LXIII (direito do preso à assistência da família). Além disso, podemos citar o art. 5º do Pacto de São José da Costa Rica e o art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Vê-se que já há bastantes normas jurídicas tratando do tema. O problema não está na inexistência de normas, mas no modo como elas são aplicadas.

A doutrina constitucionalista contemporânea já tem bem sedimentada a ideia de que direitos e garantias fundamentais não são absolutos, uma vez que se caracterizam, em sua maior parte, como princípios (não como regras), sendo de sua própria essência a possibilidade de serem restringidos quando em confronto com outros princípios de igual envergadura constitucional.⁽⁷⁾

Há que se lembrar, contudo, que nem todos os direitos e garantias fundamentais são veiculados por princípios. Muitos o são por regras. E regras não podem ser relativizadas. Ou são válidas e plenamente aplicáveis ou não o são.⁽⁸⁾ No art. 5º da CF, encontram-se os seguintes exemplos de regras, as quais não podem ser relativizadas: incisos XXXVII,

XXXVIII, XL etc.

O art. 5º, inc. III, também deve ser considerado como regra. Sendo a revista vexatória verdadeira tortura, tratamento desumano e degradante, sua vedação é absoluta, não podendo ser relativizada em prol de uma suposta *segurança pública*.

Sendo a revista
vexatória
verdadeira tortura,
tratamento desumano
e degradante, sua
vedação é absoluta, não
podendo ser relativizada
em prol de uma
suposta segurança
pública.

Mesmo quem entende que a norma ali prevista é um princípio, não uma regra, deve ter cuidado na hora de relativizá-la (a relativização desregrada de direitos fundamentais é própria de ditaduras, não de Estados Democráticos de Direito!). Há que se tomar fundamentalmente três cuidados: (1) respeito ao

postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito);⁽⁹⁾ (2) respeito ao art. 244 do CPP (deve haver *fundada e objetiva* suspeita de que a pessoa a ser revista possua arma, droga etc.); (3) respeito ao núcleo essencial do direito fundamental.⁽¹⁰⁾

Cumprir frisar que a Comissão Interamericana de Justiça já se pronunciou no sentido de que a revista íntima deve ser “*absolutamente necessária para alcançar o objetivo legítimo no caso específico*”, “*não deve existir nenhuma medida alternativa*”, “*deveria, em princípio, ser autorizada por mandado judicial*” e “*deve ser realizada unicamente por profissionais da saúde*”.⁽¹¹⁾

Após ler excelente acórdão proferido pela 5ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. **Sérgio Verani**, finalizamos este texto com esperança de que o Poder Judiciário seguirá seu caminho na luta incessante em favor dos direitos humanos. Segue a ementa do brilhante acórdão:

“*Essa revista pessoal - obrigada a visitante a despir-se completamente, abaixar-se, abrir as pernas, fazer força, pular - é vexatória, degradante, violenta o direito à intimidade (art. 5º, X, C.F.) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, C.F.), nenhum valor processual tendo a prova assim obtida. O Processo Penal Democrático não pode permitir a realização de busca manual nas entranhas da mulher, no interior da sua vagina. Não se pode relativizar a garantia constitucional, porque não se pode relativizar a própria dignidade humana*”.⁽¹²⁾

NOTAS

(1) Nomenclatura até certo ponto suportável para

- designar o que é verdadeira *revista vexatória*, absolutamente insuportável e intolerável num Estado que se diz Democrático de Direito.
- (2) Disponível em www.ibccrim.org.br, acesso em 21/02/2011.
- (3) Texto citado por **Carlos Roberto Mariath** em *Limites da revista corporal no âmbito do sistema penitenciário*, Revista *JusNavegandi*, 03/2008.
- (4) **Comentário contextual à Constituição**, 6ª ed., Malheiros, p. 82, grifamos. Nesse mesmo sentido: **FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves**. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 3ª ed., Saraiva, p. 30 (ressaltando, porém, a possibilidade de outros atos normativos primários [*“todo ato normativo, editado imediatamente com base em competência constitucional, incluído no chamado processo legislativo”*]) determinarem que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa); **BASTOS, Celso Ribeiro**. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, Saraiva, 1989, p. 24; **MELLO, Celso Antônio Bandeira de**. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., Malheiros, p. 103. Pelo seu brilhantismo, merece transcrição a lição deste último: *“Nos termos do art. 5º, II, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Aí não se diz ‘em virtude de’ decreto, regulamento, portaria ou quejandos. Diz-se ‘em virtude de lei’. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculta proibir ou impor algo a quem quer que seja”*.
- (5) Em São Paulo, ao que nos consta, além de não haver lei, sequer há regulamento prevendo a forma como devem se dar as revistas íntimas. A Portaria Conjunta CRO/CRN/CCAP/CRC/CVL 01, de 19 de abril de 2007, que padroniza os procedimentos de visita, recebimento de produtos para consumo e dinheiro nos presídios subordinados às Coordenadorias Regionais do Estado de São Paulo, dispõe singelamente que é dever da visita *“colaborar com as revistas”* (art. 9º, V), sendo seu direito *“ser revista em lugar reservado, preservada a sua honra e dignidade”* (art. 10º, II). O modo como essas revistas devem ser realizadas não é previsto. Atualmente, fica a critério de cada estabelecimento prisional decidir sobre esse ponto.
- (6) **Celso Antônio Bandeira de Mello** ensina que *“a Admi-*

- nistração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei. Diversamente, assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse (...). Há uma pletera de situações (...) que revelam a necessidade de se reconhecer a ‘supremacia especial’”. Todavia, o próprio autor assevera: “O que não pode mais ser admitida é a extensão que se lhe atribua (...). Assim, pode-se entender como indispensável, pelo menos, os seguintes condicionantes positivos (...): c) restrinjam suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações especiais; d) mantenham-se rigorosamente afinadas com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (...). Por outro lado, seriam seus condicionantes negativos: a) não podem infirmar qualquer direito ou dever (...) decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal (...); d) não podem produzir, por si mesmas, consequências que restrinjam ou elidam interesses de terceiros, ou os coloquem em situações de dever”* (ob. cit., p. 817-821, grifamos). Vê-se, portanto, que também não pode prevalecer a tese que sustenta ser possível a imposição, por ato infralegal, de procedimentos a serem realizados em visitantes de presos pelo fato de estes estarem inseridos em uma relação especial com a Administração Pública. Por conta do princípio da personalidade da pena, os visitantes do preso são terceiros em relação ao vínculo especial que liga o Estado a este. O máximo que poderia o Estado fazer, sob este prisma, seria regulamentar a revista do próprio preso (e não do visitante), que seria realizada após a visita.
- (7) **MORAS, Alexandre**. *Direito constitucional*, 24ª ed., Atlas, p. 34.
- (8) *“As normas-regras de direitos fundamentais possuem seus dispositivos previstos essencialmente na própria Constituição, sendo mínima a necessidade de densificação normativa. Por se tratarem de direitos irrestringíveis, conduzem a posições jurídicas não suscetíveis de restrições, não sendo (normalmente) necessário que a legislação infraconstitucional esmiúce este tema. Qualquer intervenção no âmbito dos direitos fundamentais resguardados normas-regras, consiste em violação*

- (restrições ilegítimas)”* (**SILVA, Pedro José Rocha e**. *Concretização das normas de direitos fundamentais*, trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Universidade Presbiteriana do Mackenzie, 2011, p. 80).
- (9) Cremos ser impossível, ao menos como regra, que o vago direito à *segurança pública* se sobreponha à dignidade humana dos visitantes do preso. Se isso ocorresse - como de fato vem ocorrendo -, o desrespeito ao postulado da proporcionalidade em sentido estrito seria patente. Além disso, os próprios requisitos da necessidade e da adequação não restariam preenchidos, uma vez que há outros meios capazes de atingir o objetivo buscado pelas revistas vexatórias (detector de metais etc.) e já há estudos que demonstram a inadequação desses procedimentos para atingir o fim ao qual visam (drogas e telefones celulares continuam entrando em presídios e, enquanto a corrupção que existe nesses locais não acabar, isso continuará acontecendo).
- (10) *“A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (...). Tal cláusula reforça a idéia de um limite do limite também para o legislador ordinário. Embora o texto constitucional não tenha consagrado expressamente a idéia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental”* (**Gilmar Ferreira MENDES**, in *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., Saraiva, p. 319).
- (11) Relatório n. 38/96, Caso 10.506 (Argentina).
- (12) Apelação 1657/2004. Igualmente exemplar a decisão proferida pela 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a lavra do eminente Desembargador **Almeida Toledo**, no *Habeas Corpus* n. 990.10.418722-2, julgado em 16/11/2010.

Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

Aluno do 5º ano da PUC/SP

PARTICIPE POR ACREDITAR

I CICLO IBCCRIM/FAAP DE PALESTRAS SOBRE A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009

Data: 09 e 10 de maio de 2011

Horário: 19h às 22h

Local: Auditório da FAAP

Apoio: FAAP

Cronograma:

09.05.2011 - segunda-feira

A Reforma do CPP à Luz dos Princípios Constitucionais Penais

Palestrante: Guilherme de Souza Nucci

O *Habeas Corpus* no Projeto de Reforma do CPP

Palestrante: Alberto Zacharias Toron

Presidente de mesa: Fábio Tofic Simantob

10.05.2011 - terça-feira

O Juiz de Garantias

Palestrante: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Medidas Cautelares Pessoais

Palestrante: Guilherme Madeira Dezem

Presidente de mesa: Francisco de Paula Bernardes Jr.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE O ALCANCE DA EXPRESSÃO “ÓRGÃO COLEGIADO” NA INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA (LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90, ART. 1º, I, E, 9)

Rafael Alvarez Moreno

A Lei Complementar nº 135/10, conhecida como Lei da Ficha Limpa, originou-se de um projeto de iniciativa popular,⁽¹⁾ que contou com mais de 1,5 milhão de assinaturas, e foi responsável por alterar a Lei Complementar nº 64/90, a qual, atendendo ao disposto na Carta Suprema (art. 14, § 9º), disciplina as inelegibilidades infraconstitucionais.

A grande inovação produzida pela Lei da Ficha Limpa foi o fato de considerar suficientes, para afastar o candidato da disputa eleitoral, condenações a determinados crimes proferidas por órgão colegiado.⁽²⁾

Assim, conforme a Lei Complementar nº 64/90 (art. 1º, I, e, 9), a condenação por crime doloso contra a vida, definitiva ou proferida por órgão colegiado, torna o cidadão inelegível. Tendo em vista tal inelegibilidade e a regra contida no art. 492 do Código de Processo Penal, segundo a qual o juiz presidente do Tribunal do Júri proferirá a sentença, cumpre desvendar se as sentenças proferidas no âmbito de competência do Júri produzem a restrição pontuada.

Entende **Delvan Tavares Oliveira** que as decisões do Tribunal do Júri produzem a inelegibilidade referida, ante o fato de o legislador não ter adjetivado a expressão “órgão colegiado”.⁽³⁾ A seu turno, embora não o diga expressamente, **Francisco de Assis Vieira Sanseverino** assume posição oposta, eis que enquadra como órgãos colegiados “[...] os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Superiores (STJ, TSE) e o STF, no exercício de sua competência originária ou recursal”.⁽⁴⁾

De primeiro, oportuno que não se olvide que, na interpretação dos direitos políticos, o princípio a ser utilizado como referência é o princípio da plenitude do gozo dos direitos de votar e de ser votado. Dessa forma, a privação ao exercício desses direitos configura-se como exceção ao citado princípio. Em sendo assim, as regras de restrição ao exercício dos direitos políticos positivos devem entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal.⁽⁵⁾

É dizer, sendo a inelegibilidade uma restrição aos direitos políticos, *in casu*, o direito de o cidadão ser votado, as regras que a disciplinam devem ser interpretadas restritivamente. Por via de consequência, daqueles dois posicionamentos citados, o primeiro deve ser descartado.

Assim é que, em nosso sentir, as decisões tomadas pelo Tribunal do Júri não podem gerar inelegibilidades, senão após sua confirmação, em sede recursal, pelo tribunal

ad quem. O motivo para defendermos esse entendimento é simples: de um lado, exige a Lei das Inelegibilidades que a sentença condenatória tenha sido proferida por órgão colegiado; de outro lado, dispõe o Código de Processo Penal que o juiz togado é responsável por proferir a sentença. Se a sentença não é proferida pelo Tribunal do Júri, mas pelo juiz presidente, à evidência que não poderia produzir a inelegibilidade prevista pelo art. 1º, I, e, 9, da Lei Complementar nº 64/90.

Não se desconhece que o nosso Tribunal do Júri foi instituído segundo o sistema francês, em que os jurados só decidem as matérias de fato, cabendo ao juiz togado dar a decisão de direito segundo as respostas daqueles⁽⁶⁾ e que, por isso, as decisões ali tomadas são de formação complexa, pois, enquanto os jurados decidem sobre o crime, o juiz presidente aplica as sanções penais.⁽⁷⁾ Contudo, é o magistrado que, adstrito ao veredito dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, c), profere a sentença.

Com efeito, a Constituição Federal estabelece ser da competência do Júri, “com a organização que lhe der a lei”, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII, d). O Código de Processo Penal, por sua vez, regulando a organização do Tribunal do Júri, estabelece que ele é composto por um juiz togado, seu presidente, e por mais vinte e cinco jurados, dentre os quais sete serão escolhidos para compor o Conselho de Sentença (CPP, art. 447). Ademais, dispõe o Código que “o Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido” (CPP, art. 482). Finalmente, encerrada a votação, o juiz proferirá a sentença (CPP, art. 492).

As regras pontuadas deixam clara a opção que o legislador fez ao organizar o Júri: inobstante o fato de o juiz presidente estar vinculado ao veredito dos jurados, por expressa disposição constitucional, a sentença é por ele proferida porque ele é quem detém a jurisdição.⁽⁸⁾ Em que pese o Tribunal do Júri ser órgão colegiado, a sentença é proferida apenas por um de seus membros, o juiz presidente, posto ser o único, dentro desse órgão composto, detentor da jurisdição.

Ora, para que possa ser aplicada a inelegibilidade em questão, é indispensável que o cidadão tenha sido condenado, se não definitivamente, por sentença proferida por órgão colegiado. E, como demonstrado, no Tribunal do Júri, órgão colegiado, a sentença é proferida apenas por um de seus membros.

Em consequência, a condenação por crime doloso contra a vida (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, e, 9) só gera inelegibilidade se confirmada pelo tribunal em sede recursal.

NOTAS

- (1) Insta salientar que a Lei da Ficha Limpa não foi totalmente de iniciativa popular, eis que recebeu emendas do Deputado José Eduardo Cardoso.
- (2) Confirmam-se as alíneas d, e, h, j, l e n do alterado inciso I do art. 1º da Lei das Inelegibilidades.
- (3) **OLIVEIRA, Delvan Tavares**. *Da inelegibilidade decorrente de condenação não transitada em julgado: aspectos processuais*. In: **CASTRO, Edson de Resende; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de; REIS, Márion Jacinto** (coords.). *Ficha limpa: Lei complementar nº 135, de 04.06.2010: interpretada por juristas e membros de organizações responsáveis pela iniciativa popular*. Baurur: Edipro, 2010, p. 244.
- (4) **SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira**. *Dois casos de inelegibilidades: alínea e (condenação criminal) e alínea g (rejeição de contas) - Alterações na LC nº 64/90*. In: **CASTRO; OLIVEIRA; REIS** (coords.), op. cit., p. 157.
- (5) **SILVA, José Afonso da**. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 382.
- (6) **ACOSTA, Walter P.** *O processo penal brasileiro*. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1964, p. 448.
- (7) **MIRABETE, Julio Fabbrini**. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008, p. 555. No mesmo sentido, **Vicente Greco Filho** aduz que “[...] os jurados decidem sobre a existência do crime e a autoria, e o juiz-presidente aplica a pena ou medida de segurança ou proclama a absolvição” (**GRECO FILHO, Vicente**. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 389).
- (8) Entende **Antonio Scarance Fernandes** que há jurisdição penal quando a vontade da lei penal é concretizada “[...] no julgamento de acusados por prática de infrações penais e na efetivação do comando emergente das sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias”, sendo que “a jurisdição penal é atuada tanto por órgãos inferiores monocráticos (juizes) ou colegiados (tribunais de júri, auditorias) como por tribunais superiores colegiados” (**FERNANDES, Antonio Scarance**. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121). De posse dessas palavras, podemos enquadrar o Tribunal do Júri como órgão colegiado e detentor da jurisdição, todavia, não podemos afirmar que os jurados detêm esta importante função estatal, a qual é exercida apenas pelo juiz.

Rafael Alvarez Moreno

Aluno do 8º Semestre da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Estagiário do Ministério Público Federal.
Associado do IBCCRIM.

Curso de Pós-graduação em Direitos Fundamentais

Realização: IBCCRIM e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O IBCCRIM e o Instituto de Direito Internacional e da Cooperação com os Estados e Comunidades Lusófonas “Ius Gentium Conimbrigae” – IGC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, reunirão professores brasileiros e portugueses para realizar a terceira edição do curso de Pós-graduação em Direitos Fundamentais.

Inscrições abertas

Informações: www.ibccrim.org.br

realização



patrocínio:



apoio:



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



REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE®. MUITO MAIS DO QUE UMA PESQUISA DIGITAL.

A combinação de quase um século de conteúdo e qualidade editorial da Editora Revista dos Tribunais com a tecnologia inovadora da Thomson Reuters, companhia líder mundial no fornecimento de informação inteligente para negócios e profissionais, resultou na **REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE®**, a melhor e mais completa ferramenta para pesquisa jurídica digital.

Neste produto Premium você cruza dados, reúne doutrina, jurisprudência, legislação, súmulas e notícias, obtendo uma visão completa sobre o assunto pesquisado e respostas sólidas para suas reflexões e tomadas de decisões.

Visite www.revistadostribunais.com.br e veja como a **REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE®** pode trazer resultados expressivos para o seu negócio.