

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO  
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



## EDITORIAL:

### O SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM: O BRASIL DENTRO DO MUNDO

Em outubro, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** completa dezoito anos de vida. Atinge, portanto, a maioridade. Nem o mais otimista de seus fundadores poderia supor que a marca fosse alcançada. E com tanto êxito.

Neste ano, realiza o seu décimo sexto Seminário Internacional. Como se vê, apenas dois anos separam a fundação do **IBCCRIM** da edição do primeiro evento. Hoje, para todos que vivemos aqueles dias (e não foram poucos!), surpreendem a ousadia e a pretensão.

A perspectiva histórica de quase duas décadas, de qualquer forma, permite verificar que a iniciativa não destoou de tantas outras bem sucedidas, todas fruto de sonhos que pareciam inacessíveis. Afinal, sem apoio governamental, a escassez de recursos ganhava contornos franciscanos. Mas o importante era manter a independência, a fidelidade aos propósitos estatutários e políticos, criar a feição da instituição, dando-lhe identidade. E a meta parece ter sido obtida. Todos sabem a que veio o **IBCCRIM**, goste-se ou não.

E assim foi com cada uma das idéias que surgiam. Alguém lembrou a conveniência de periódico que exprimisse as nossas posições e mantivesse a atualização do associado. Aí está o *Boletim*, com tiragem de milhares de exemplares e indispensável para os que militam na área. Outro suscitou a necessidade de revista especializada, inexistente no país à época. Mãos a obra e veio a RBCCRIM, com o inestimável apoio da Editora Revista dos Tribunais. Algum companheiro aventou a possibilidade da publicação própria de obras que, por motivos desconhecidos, não despertavam o interesse do mercado editorial, apesar do relevante valor acadêmico. E surgiu a coleção de monografias, com distribuição gratuita dos livros para os associados. Colega comentou a pobreza e a desatualização de nossas bibliotecas jurídicas. Ora, era preciso criar a nossa, hoje com acervo único, reconhecido por todos que a visitam, mesmo os estrangeiros. Há carência de pesquisa? Criamos núcleo específico e não poucos foram os trabalhos produzidos. Estes são apenas alguns exemplos. Muitos outros

poderiam ser citados.

E com o seminário internacional não foi diferente. Era preciso inserir o Brasil no contexto internacional. Conhecer, de viva voz, os mais renomados professores estrangeiros e suas produções científicas. E também fazer com que eles nos conhecessem. Abandonar o inexplicável sentimento de inferioridade. Quantas vezes esses professores exprimiram a surpresa de ver a nossa (dos brasileiros) capacidade de trabalho, de organização e de mobilização de grupos da sociedade civil. Surpreendente para eles a possibilidade de reunir centenas de profissionais e estudantes interessados no aprimoramento intelectual, fenômeno inatingível em seus países de origem, ditos de primeiro mundo, segundo informaram. Talvez aí esteja o sucesso de iniciativas como a do **IBCCRIM**. Se o governo não faz, vamos fazê-lo. Basta arregaçar as mangas. Material humano não nos falta.

Nestes dezesseis anos, do primeiro e acanhado evento no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com temário exclusivo de Direito Penal Econômico, evoluímos até os atuais de cunho multidisciplinar em recintos mais apropriados para receber público cada vez maior, beirando ou ultrapassando as dez centenas de pessoas, entre estudantes e profissionais das mais diversas áreas relacionadas às ciências criminais. Grupos são formados em todo o país para participar do encontro, a ele conferindo caráter de verdadeira integração nacional.

Pedindo antecipadas desculpas por inevitáveis esquecimentos (enfim, chegamos à 16ª edição), vale lembrar alguns dos professores que aqui estiveram. Entre os estrangeiros, por exemplo, seguindo a ordem cronológica dos encontros e deixando de lado as reiterações, Eugenio Raúl Zaffaroni, Klaus Tiedemann, Raúl Cervini, Enrique Bacigalupo, Manoel da Costa Andrade, Carlos Maria Romeo Casabona, Alessandro Baratta, Jorge de Figueiredo Dias, Peter Hünerfeld, Luigi Ferrajoli, Sergio Moccia, Jesús-María Silva Sánchez, José de Faria Costa, Ana Messuti, Anabela Mirante Rodrigues, Pedro Caeiro, José Luís Guzmán Dalbora, Lola Anayar de Castro, Rosa Del Olmo, Adolfo Ceretti, Francesco

Nestes dezesseis anos, do primeiro e acanhado evento no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com temário exclusivo de Direito Penal Econômico, evoluímos até os atuais de cunho multidisciplinar em recintos mais apropriados para receber público cada vez maior...

## EDITORIAL:

- O SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM: O BRASIL DENTRO DO MUNDO ..... 1
- LIVRE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E CENSURA JUDICIAL  
René Ariel Dotti ..... 2
- O EXAME CRIMINOLÓGICO E SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS  
Alvíno Augusto de Sá ..... 4
- A ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL  
Sérgio Salomão Sheccira ..... 6
- ESTUPRO, LEGALIDADE E POLÍTICA CRIMINAL  
Guilherme de Souza Nucci ..... 7
- PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DOS ACUSADOS ESTRANGEIROS: O OUTRO LADO DA MOEDA DA "LUTA CONTRA O CRIME TRANSNACIONAL"  
Heloisa Estellita ..... 8
- REFORMAS LEGISLATIVAS E POPULISMO PUNITIVO: É POSSÍVEL CONTROLAR A SEDUÇÃO PELO PODER PENAL?  
Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho ..... 10
- PROCESSO PENAL: QUANDO PUBLICIDADE E SIGILO OPRIMEM  
Flávia Rahal ..... 11
- A TEMÁTICA DA LAVAGEM DE CAPITAIS E O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS POR PARTE DO ADVOGADO CRIMINALISTA  
Rodrigo Sánchez Rios ..... 13
- A DEFESA NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL – REFLEXÕES PRELIMINARES  
Carolina Yumi de Souza ..... 14
- BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO PENAL AMBIENTAL  
Fabio Roberto D'Avila ..... 15
- A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA PARA ALÉM DA VELHA QUESTÃO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE  
Davi de Paiva Costa Tangerino ..... 17
- ALGUMAS PROVOCAÇÕES A RESPEITO DA LEI N. 7.492, DE 1986  
Flavio Antônio da Cruz ..... 18

### CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

#### O DIREITO POR QUEM O FAZ

- A NÃO RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA REINCIDÊNCIA ..... 1393

#### EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal ..... 1394
- Superior Tribunal de Justiça ..... 1395
- Tribunais Regionais Federais ..... 1395
- Tribunais de Justiça ..... 1397

Palazzo, Antônio Vercher Noguera, Carlo Enrico Paliero, Cornelius Pritwitz, Massimo Pavarini, Bernd Schünemann, José Joaquim Gomes Canotilho, Boaventura de Souza Santos, Luís Fernando Niño, Santiago Mir Puig, Luís Arroyo Zapatero, José Luís Díez Ripollés, Enzo Musco, Ignácio Berdugo, Luigi Foffani, Stella Maris Martínez e Cláudia Cruz Santos..

Entre os brasileiros, também para não incorrer em indesculpável esquecimento, basta registrar que difícil será encontrar estudioso das ciências criminais que já não tenha ministrado palestra em algum dos seminários realizados.

Em intervenções não técnicas, inesquecíveis as participações dos escritores Eduardo Galeano e Rubem Alves. Neste ano, aliás,

seguindo a mesma tendência, teremos a presença do renomado romancista moçambicano Mia Couto e do sociólogo e ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

Para concluir, só resta esperar que desfrutem do evento deste ano, integrando-se aos nossos propósitos.

Participe por acreditar.

## LIVRE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E CENSURA JUDICIAL

René Ariel Dotti

### 1. Introdução

No dia 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, para o efeito de declarar não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 09.02.1967, a *Lei de Imprensa*. O Partido Democrático Trabalhista – PDT, autor da ADPF, sustentou que o diploma, regulador da liberdade de manifestação de pensamento e informação, não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em especial pelo disposto no art. 220, §1º: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

A petição foi acolhida por 7 (sete) dos 11 (onze) Ministros do Supremo Tribunal Federal: **Carlos Ayres Britto** (relator), **Eros Grau**, **Menezes Direito**, **Cármen Lúcia**, **Ricardo Lewandowski**, **Cezar Peluso** e **Celso de Mello**.

Os Ministros **Joaquim Barbosa**, **Ellen Gracie** e **Gilmar Mendes** deferiram parcialmente a *Arguição* para manter a vigência de alguns dispositivos, porque estariam em harmonia com a Carta Política, notadamente os que definiam os crimes e disciplinavam o direito de resposta.

O Ministro **Marco Aurélio** votou pela improcedência da ADPF, argumentando que a substituição do diploma atacado deveria ficar a cargo dos representantes do povo brasileiro, sem ter-se, enquanto isso, o vácuo que só levaria à babel e à insegurança jurídica. Em seu voto vencido, ponderou que a *Lei de Imprensa* foi purificada pelo crivo equidistante do próprio Judiciário ao não aplicar os dispositivos que se contrapunham à Constituição.

### 2. Alguns aspectos do voto vencido

Aludindo aos estudos e à minha contribuição doutrinária durante muitos anos no trato desta matéria e, em especial,

como relator de um Anteprojeto de *Lei de Imprensa* elaborado por comissão de juristas e jornalistas instituída pela Ordem dos Advogados do Brasil,<sup>(1)</sup> o Ministro **Marco Aurélio** destacou vários aspectos positivos daquele *disegno di legge* e rejeitou a premissa, utilizada pela imprensa e pela própria Corte, de que o julgamento teria o propósito de varrer o chamado *lixo autoritário*, como herança do regime militar. Considerou equivocada a interpretação, dada pela maioria dos juízes do STF, segundo a qual a cláusula de reserva do §1º do art. 220 da *Lei Fundamental* seria obstáculo a impedir a elaboração de leis a respeito da liberdade de imprensa, ainda que contenham disposições de reforço à proteção desse bem jurídico e de punição dos abusos.

### 3. Concepção democrática da liberdade de informação

Segundo autorizada doutrina, o vocábulo *informação* designa o conjunto de condições e modalidades de difusão, para o público (ou colocada à disposição do público), sob formas apropriadas de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões.<sup>(2)</sup> Em outras palavras, *informação* significa o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular, “que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e de ser informado. A primeira, observa **Albino Greco**, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda, indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas”.<sup>(3)</sup>

O *direito de informar*, no plano da comunicação social, é exercido pelos jornalistas ou por qualquer outra pessoa que manifesta o seu pensamento em meio impresso ou de difusão de sons e imagens. O *direito de ser informado* é inerente ao cidadão como expressão de direito individual garantido pela Constituição (art. 5º, XIV). Há, em meu entendimento, uma outra *direção*: é o *direito de se informar*, de caráter positivo, e que é exercido por iniciativa de qualquer pessoa, ao procurar, no rádio, no jornal, na televisão ou em outro veículo, os assuntos de seu interesse.

A Constituição de 1988, ao declarar a *liberdade de informação jornalística* (art. 220, §1º), não restringe a sua compreensão

ao meio impresso de comunicação, mas a qualquer outro veículo de divulgação do pensamento.

A concepção democrática da liberdade de informação é afirmada em diversos dispositivos da *Lei Fundamental* e, especialmente, com a criação do Conselho de Comunicação Social, como órgão auxiliar do Congresso Nacional (art. 224). As suas atribuições são amplas, como se infere da leitura do art. 2º da Lei nº 8.389, de 30.12.1991, e é integrado por representantes das empresas proprietárias de veículos de comunicação social, por categorias profissionais e por representantes da sociedade civil.

Os direitos de informar, de ser informado e de se informar devem ancorar nos interesses, anseios e esperanças da sociedade civil. A propósito, **Gandra Martins**: “*Liberdade de imprensa, para mim, é terem, todas as correntes do pensamento e da realidade social, o mesmo reflexo no conteúdo*

Em tema da liberdade de imprensa, vem à lembrança a inspirada frase de **Thomas Jefferson (1743-1826)**, terceiro presidente dos Estados Unidos e advogado de notável prestígio. Disse que, “se lhe coubesse decidir entre um governo sem jornais ou jornais sem governo, não hesitaria em preferir a última alternativa”.

editorial e noticioso, e não apenas algum espaço esporádico e marginal, que serve somente como alibi para manter uma certa aparência de pluralismo e imparcialidade”.<sup>(4)</sup>

#### 4. O risco para a liberdade de informação e a democracia

Na aludida sessão de julgamento, o Ministro **Marco Aurélio** perguntou a si mesmo em que país estava vivendo quando a maioria da Corte leu no §1º do art. 220 da Constituição (“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística (...).”), a proibição para legislar nesse domínio, embora ampliando o arco de proteção das liberdades de informação e de comunicação social.

O Ministro **Gilmar Mendes** apelou, sem êxito, pela manutenção de regras mínimas para o exercício do direito de resposta, cuja ausência provocaria, geralmente, o “desequilíbrio de armas” entre o veículo ofensor e a pessoa ofendida. Embora ainda insuficientes, elas eram observadas no cotidiano judicial e extrajudicial há quase meio século.

O art. 5º, V, da Constituição Federal, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, não é autoexequível, como foi decidido. Na ausência de regras próprias e indispensáveis, a vítima do abuso ficará à mercê dos sicários da honra e sujeita a um esquisito diálogo entre a corda e o pescoço, na liturgia do enforcamento moral. É um truísmo afirmar que a Lei nº 5.250/67 continha dispositivos que não foram recepcionados pela Carta Política de 1988. Justamente por isso, nunca foram aplicados pelos juízes e tribunais, como a censura de espetáculos e diversões e a apreensão de impressos por ordem do Ministro da Justiça. Mas, ao repudiar de cambulhada disposições mais favoráveis que as previstas pelos Códigos Penal, Processual Penal e Civil, a Suprema Corte instaurou o hiato entre a legalidade e o regime de insegurança jurídica.

O confronto entre o diploma especial descartado e a legislação criminal comum, revela prejuízos para a plena liberdade de informação em geral e para os jornalistas em especial. Basta verificar, entre muitas hipóteses, as causas de exclusão de ilicitude penal e civil e os prazos de prescrição. Aquelas, mais amplas; estes, mais curtos. A vassourada no “lixo autoritário” varreu garantias de imunidade profissional que atendem situações peculiares a uma profissão cuja natureza e prática exigem tratamento jurídico próprio. A declaração de que não haveria abuso no exercício da crítica “inspirada no interesse público” (Lei nº 5.250/67, art. 27, VIII), constituía uma das muitas hipóteses de exclusão de ilicitude que não tem correspondente no Código Penal. Para o efeito de competência jurisdicional, o lugar do delito era o do local onde foi produzida a matéria (impressão, gravação e administração da agência noticiosa) e não onde ocorreram

os seus efeitos (art. 42). Esse dispositivo, jogado fora, impedia a distribuição pelo País de milhares de processos nos quais as supostas vítimas teriam sofrido a repercussão do dano. É elementar que, nas ações de indenização com a aplicação das regras gerais do processo civil, serão acesas as *fogueiras de inquisição* em inúmeras comarcas, assim como ocorreu com as múltiplas ações de indenização propostas pela *Igreja Universal do Reino de Deus* contra o jornal *Folha de São Paulo*.

No campo da responsabilidade civil, o desastre será incomensurável. O art. 49 da *Lei de Imprensa*, fiel ao Código Civil de 1916, mantinha a regra clássica de exigir a culpa ou o dolo para obrigar à reparação do dano. Mas já existe precedente, com base no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, estabelecendo o dever de indenizar independentemente de culpa, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Esta foi a decisão unânime do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 28.11.2007, que, valendo-se desse dispositivo, aplicou a teoria da responsabilidade objetiva e condenou a empresa jornalística pela divulgação de fotografia de residência, vinculando-a, equivocadamente, a local de prostituição e uso de drogas (RT 870, p. 368).

É possível, assim, surgir a orientação jurisprudencial de considerar o jornalismo como atividade de risco para autorizar indenizações de grande valor financeiro. Isso é péssimo para a liberdade de informação e o Estado Democrático de Direito.

Em tema da liberdade de imprensa, vem à lembrança a inspirada frase de **Thomas Jefferson** (1743-1826), terceiro presidente dos Estados Unidos e advogado de notável prestígio. Disse que, “se lhe coubesse decidir entre um governo sem jornais ou jornais sem governo, não hesitaria em preferir a última alternativa”.

#### NOTAS

- (1) **Evandro Lins e Silva** (coordenador), **René Ariel Dotti** (relator), **João Luiz Faria Neto**, **Leônidas Rangel Xausa**, **Luís Francisco de Carvalho Filho** e **Manoel Alceu Ferreira** (Diário do Congresso Nacional, 14.08.1991, seção II, p. 4763-477).
- (2) **SILVA, José Afonso da**. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 244.
- (3) *Apud*, **SILVA, José Afonso da**. Ob. e loc. cit.
- (4) **GANDRA MARTINS, Ives**. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, **Celso Ribeiro Bastos** e **Ives Gandra Martins**, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, vol. 8º, p. 886 (nota de rodapé).

#### René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal.

Corredor dos projetos que se converteram nas Leis nos 7.209/84 (nova Parte Geral do CP) e 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados. Advogado.



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

#### DIRETORIA EXECUTIVA

**PRESIDENTE:** Sérgio Mazina Martins

**1º VICE-PRESIDENTE:** Carlos Vico Mañas

**2º VICE-PRESIDENTE:** Marta Cristina Cury Saad Gimenes

**1ª SECRETÁRIA:** Juliana Garcia Belloque

**2ª SECRETÁRIA:** Cristiano Avila Maronna

**1º TESOUREIRO:** Édson Luís Baldan

**2º TESOUREIRO:** Ivan Martins Motta

#### CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,  
Carlos Alberto Pires Mendes,  
Marco Antonio Rodrigues Nahum,  
Sérgio Salomão Shecaira e  
Theodomiro Dias Neto

#### COORDENADORES-CHEFES

##### DOS DEPARTAMENTOS:

**BIBLIOTECA:** Ivan Luís Marques da Silva

**BOLETIM:** Andre Pires de Andrade Kehdi

**CURSOS:** André Adriano Nascimento Silva

**ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:**

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

**INICIAÇÃO CIENTÍFICA:** Camila Akemi Perruso

**INTERNET:** Luciano Anderson de Souza

**MESAS DE ESTUDOS E DEBATES:** Paulo Sérgio de Oliveira

**MONOGRAFIAS:** Fernando Salla

**NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA:** Guilherme Madeira Dezem

**NÚCLEO DE PESQUISAS:** Maria Amélia de Almeida Telles

**PÓS-GRADUAÇÃO:** Helena Regina Lobo da Costa

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS:** Marcos Alexandre Coelho Zilli

#### REPRESENTANTE DO IBCCRIM

**JUNTO AO OLAPOC:** Renata Flores Tybiriçá

**REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:** Ana Elisa Liberatore S. Bechara

#### PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

**AMICUS CURIAE:** Heloisa Estellita

**CÓDIGO PENAL:** Mariângela Gama de Magalhães Gomes

**DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS**

**FUNDAMENTAIS:** Rafael S. Lira

**DIREITO PENAL ECONÔMICO:** Ludmila Vasconcelos Leite Groch

**CORRETORA DOS TRABALHOS DE CONCLUSÃO DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU:** Heloisa Estellita

**HISTÓRIA:** Ana Elisa Liberatore S. Bechara

**INFÂNCIA E JUVENTUDE:** Luis Fernando C. de Barros Vidal

**JUSTIÇA E SEGURANÇA:** Renato Campos Pinto de Vitto

**MEIO AMBIENTE:** Adilson Paulo Prudente do Amaral

**NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:** Maurício Zanoide De Moraes

**POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:** Maurides de Melo Ribeiro

**SISTEMA PRISIONAL:** Alessandra Teixeira

**16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL:** Marta Cristina Cury Saad Gimenes

## O EXAME CRIMINOLÓGICO E SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS

Alvino Augusto de Sá

O exame criminológico enfrenta um conjunto de críticas realmente sérias, que mostram o caráter precário de sua viabilização, principalmente no que tange à instrução de pedidos dos benefícios legais. Tais críticas referem-se particularmente ao prognóstico e, por serem bem embasadas, têm um substrato técnico, e não ideológico. Em artigo recentemente publicado neste *Boletim*, tive oportunidade de discuti-las.<sup>(1)</sup>

Existem outras críticas, porém, que carecem de melhor base teórica e técnica, têm um cunho predominantemente ideológico e se tornam chavões, os quais, por conta de sua repetição, convertem-se em “verdades” e pouco contribuem para o aprimoramento da prática na execução penal. O presente texto, numa abordagem um tanto quanto diferente do artigo anterior, tem por objetivo deter-se na definição e na discussão técnicas de aspectos essenciais à natureza do exame criminológico. Tal abordagem permite encontrar subsídios para se enfrentarem as referidas críticas ideologizadas, bem como para se fundamentarem propostas que visem melhorias nas práticas em execução penal.

O exame criminológico, quando destinado à instrução de pedidos de benefícios, consiste na realização de um diagnóstico e de um prognóstico criminológicos, seguidos de uma conclusão sobre a conveniência ou não de concessão do benefício, tudo dentro de uma abordagem interdisciplinar. A interdisciplinaridade diz respeito à interlocução entre os estudos e exames jurídico, psiquiátrico, psicológico e social. Se não se pode dizer que interdisciplinaridade é quesito essencial da natureza do exame, mister é afirmar que a visão unidimensional de uma questão por demais complexa, como é a dinâmica do ato criminoso, por certo vai comprometer profundamente a qualidade da análise feita.

Imprescindível é reconhecer que o núcleo da natureza do exame está no diagnóstico criminológico. Não existindo prognóstico de reincidência, nem por isso deixa de haver o diagnóstico, ou seja, deixa de se realizar o núcleo do exame criminológico, tal como acontece, aliás, no exame criminológico de entrada, previsto na legislação, tanto no Código Penal (art. 34), como na Lei de Execução Penal (art. 8º).

Pelo **diagnóstico**, que é uma perícia acerca da dinâmica do ato criminoso,<sup>(2)</sup> a natureza do exame criminológico não pressupõe necessariamente nenhuma concepção ontológica de crime. Consequentemente, não pressupõe necessariamente nenhuma relação intrínseca entre condições pessoais e o crime, na linha da concepção causalista, positivista, mas unicamente uma associação entre certas condições pessoais do agente e sua conduta que o Direito

Penal tipifica como crime. O reconhecimento de tal associação independe da conduta ser definida como crime ou não. Assim, fazer um diagnóstico criminológico de um preso que se envolveu em crimes de assalto, por exemplo, é buscar analisar, em todo seu contexto pessoal (familiar, social, psicológico, psíquico, orgânico), as condições e fatores que ajudam a compreender esse seu envolvimento. É, ao se descrever todo um complexo contexto que se entende estar associado ao seu envolvimento com assaltos, pretende-se unicamente identificar um conjunto de fatores interligados que teriam instrumentalizado o examinando (no caso, por exemplo, de características psicológicas, inclusive positivas), ou teriam criado condições facilitadoras (no caso, por exemplo, dos fatores familiares), ou, então, condições de coresponsabilização (no caso, por exemplo, de fatores sociais) para que o examinando se envolvesse com condutas socialmente problemáticas, as quais o Direito Penal define como crime.

Ao recorrer à interdisciplinaridade, o exame criminológico se vale da experiência clínica em entrevista psiquiátrica e dos critérios científicos da Psiquiatria para a compreensão de um quadro psíquico. Vale-se, também, da tradição clínica da Psicologia, nas entrevistas de diagnóstico, além das tradicionais e já cientificamente embasadas técnicas de exame de personalidade e de inteligência. Vale-se, também, de toda a experiência historicamente colhida e validada dos profissionais de Serviço Social, na análise e compreensão do indivíduo em seu histórico familiar e social. A esses exames, soma-se o estudo jurídico do caso, com o devido detalhamento do histórico do examinando em suas práticas tidas como criminosas, suas penas, sua vida prisional etc., tudo isso servindo como “matéria prima” a ser levada em conta no exame. Na interlocução de todos esses estudos e dados, a equipe discute-os e busca **compreender** (não explicar) como a assim chamada *conduta criminosa* (ou seja, conduta socialmente problemática) se insere em todo o complexo contexto pessoal do examinando. É bom repetir, frisar e deixar bem claro: nesse diagnóstico criminológico, ou, nessa compreensão da *conduta criminosa*, na qual se recorre à experiência e ao embasamento das disciplinas envolvidas interdisciplinarmente, não há necessariamente nenhum pressuposto teórico de que o crime tem uma realidade ontológica e de que existe alguma relação causalista ou mecanicista entre os dados analisados, e compreensivamente interligados, e a conduta do examinando. **Repetindo:** o diagnóstico criminológico nada mais é que uma análise interdisciplinar complexa e contextualizada de determinada conduta de um indivíduo, que o Direito Penal define como crime, na busca de compreendê-la e de

situá-la dentro de todo o complexo contexto desse indivíduo.

Outro aspecto importantíssimo, que se deve deixar bem claro, atinente ao diagnóstico criminológico, é a diferença essencial entre esse diagnóstico e o diagnóstico de periculosidade, feito no exame de sanidade mental, para fins de aferição do grau de imputabilidade. Embora essa diferença seja óbvia, tecnicamente, não é incomum fazerem-se confusões entre ambas as peças periciais.

O **prognóstico criminológico** é a parte que se segue ao diagnóstico e dele se deduz, na qual os técnicos expõem sua pressuposição sobre os possíveis desdobramentos futuros da conduta do examinando. Induvidosamente, é a parte mais frágil e pouco defensável do exame. No exame feito para fins de instrução de pedidos de benefícios, o prognóstico diz respeito especificamente à probabilidade de reincidência. No de entrada, porém, que tem como objetivo principal oferecer subsídios para a individualização da pena, não há se falar necessariamente em prognóstico, o qual, se fosse feito, referir-se-ia à probabilidade do interno se adaptar a este ou àquele regime.

O prognóstico de reincidência, em si, é hoje praticamente insustentável. Não por motivos ideológicos e panfletistas, do tipo: ninguém tem o direito ou o condão de pôr-se a adivinhar o comportamento futuro de alguém; todos nós podemos cometer crimes amanhã ou depois; é uma violação aos direitos do preso pretender prever sua conduta futura etc. etc. O prognóstico, em si, é parte que naturalmente se segue a um diagnóstico, seja na Medicina em geral, seja na Psiquiatria, seja na Psicologia, seja, por certo, no próprio Serviço Social, em seus estudos de caso. A Psicologia o aplica em seus mais diferentes ramos do saber: clínica, escolar, aprendizagem, organizacional, saúde pública. O problema oferecido pelo prognóstico criminológico, como parte integrante do exame criminológico, é que, pela expectativa e pela exigência do judiciário e da própria lei (quando previsto em lei), ele deve se fazer em termos bastante específicos e oferecer uma boa dose de certeza sobre a probabilidade do comportamento criminoso se repetir ou não no futuro. Se o contexto do passado é conhecido (para a formulação do diagnóstico), o contexto do futuro não é conhecido (para os fins do prognóstico). Assim, de um lado, se essa dose de certeza sobre a probabilidade de ocorrência de um comportamento específico no futuro é enganosa – esse é o primeiro grande problema, já sobejamente comentado na literatura –, por outro lado – e este é o outro problema – trata-se de uma manifestação técnica que, oferecendo um respaldo enganosamente seguro ao judiciário, vai motivar e fundamentar decisões

que são vitais para o examinando e toda sua família.

Ainda sobre prognóstico, se não se deve confundir diagnóstico criminológico com diagnóstico de periculosidade, também não se deve confundir prognóstico criminológico com parecer de cessação de periculosidade.

Se o prognóstico é a “parte frágil” do exame criminológico, qual seria a saída? A saída é incrementar o exame criminológico de entrada, aliás, o único que continua previsto na legislação penal, por enquanto. Para esse exame, não há necessidade do prognóstico criminológico, nos termos acima caracterizados. Trata-se de exame que deve ser feito única e exclusivamente em benefício do preso. Sua finalidade é oferecer subsídios para a individualização da execução da pena. Ele pode se restringir tão somente ao diagnóstico, ao qual a equipe técnica por certo acrescentará suas sugestões de programação de execução, a serem encaminhadas à Comissão Técnica de Classificação (C.T.C.), órgão tecnicamente encarregado do planejamento da individualização (vide art. 6º da LEP). Entre

essas sugestões, quem sabe venhamos a ter, num futuro próximo, a de encaminhamento para o cumprimento de penas alternativas!

Quanto à instrução dos pedidos de benefícios, caso se volte a exigir a avaliação técnica, conforme já tive oportunidade de discutir no artigo anterior, já citado, deve-se implementar os pareceres das C.T.Cs. Se estas comissões exercerem de fato suas funções previstas em Lei, estarão instrumentalizadas para fazerem uma avaliação técnica interdisciplinar (incluindo os diversos profissionais penitenciários) da conduta do preso.

## NOTAS

- (1) **SÁ, Alvinho A.** *A volta do exame criminológico. Boletim IBCCRIM*, ano 17, nº 205, dezembro de 2009, p. 4-5.
- (2) **MARANHÃO, O. Ramos.** *Psicologia do Crime*. 2. ed. modificada. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

### Alvino Augusto de Sá

Professor de Criminologia (Clínica) da Faculdade de Direito da USP.

# revista *Liberdades*

**Acesse gratuitamente, de onde estiver e quando quiser, o conteúdo interdisciplinar, de embasamento científico, produzido exclusivamente pelo IBCCRIM, com o mesmo padrão de qualidade das demais publicações do Instituto que você já conhece!**

O **IBCCRIM** vem oferecendo, com grande sucesso e facilidade, mais uma ferramenta de suporte científico, a fim de fomentar o conhecimento, os estudos e as pesquisas interdisciplinares nas áreas das Ciências Criminais e afins. É a revista **LIBERDADES**, uma publicação eletrônica, de periodicidade quadrimestral, cujo objetivo é levar ao leitor atualização de conhecimentos, sempre em forma de entrevistas com personalidades, artigos doutrinários, comentários de filmes e livros, análises históricas, entre outros. Além de poder ser lido *on-line*, o conteúdo de **LIBERDADES** é disponibilizado eletronicamente para o associado do **IBCCRIM**, tanto para *download* integral quanto para os artigos separadamente. Imprima e coleciona a revista **LIBERDADES**!

Os exemplares anteriores, que permanecem disponíveis para consulta no Portal **IBCCRIM**, trouxeram entrevistas exclusivas com Alberto Silva Franco, Luís Greco, Miguel Reale Júnior, Antonio Carlos Malheiros, Sérgio Salomão Shecaira, Fábio D'Ávila, Bernd Schünemann e Luis Arroyo Zapatero, além de textos doutrinários de Ana Elisa Bechara, Alamiro Velludo Salvador Netto, Spencer Toth Sydow, Alessandra Teixeira, Cristiano Maronna, Regina Cirino Alves Ferreira, João Paulo Martinelli, Vany Leston Pereira, Fábio Guedes de Paula Machado, Roberta Giacomo, André L. Callegari, Maiquel Ângelo D. Wermuth, Luis Crosselli, Milene Cristina Santos, Débora Faria Garcia, Luís Greco, Janaina Paschoal, Jorge C. S. Baldassare Gonçalves, Gabriel Bertin de Almeida, Ana Gabriela M. Braga, Marcel Figueiredo Gonçalves, Guilherme R. Abrão, Renata Jardim Rieger, Marcio Geraldo Brito Arantes Filho, Claus Roxin, Joceli Scremin da Rocha, Alianna Caroline S. Cardoso, Gabriel Vieira Berla e Camila Garcia da Silva.

A quinta edição da revista **LIBERDADES**, que estará no ar em nosso Portal a partir de 15 de setembro, terá o seguinte conteúdo:

#### - Entrevista:

\* Ana Elisa Liberatore S. Bechara entrevista **IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**

#### - Artigos:

\* **ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A MEDIDA DE INTERNAÇÃO – VIVIAN CALDERONI**

\* **O MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO E AS DIFICULDADES DE SUA TUTELA PELO DIREITO PENAL – JOSÉ DANILLO TAVARES LOBATO**

\* **PERSPECTIVAS POLÍTICO-CRIMINAIS SOB O PARADIGMA DA SOCIEDADE MUNDIAL DO RISCO – LUCIANA CARNEIRO DA SILVA**

#### - Bate-Bola:

\* Camila Garcia da Silva entrevista **ALVINO AUGUSTO DE SÁ**

#### - Resenha:

\* **A GUERRA CONTRA O TERRORISMO: UMA GUERRA JUSTA? – VANESSA FAULLAME ANDRADE**

#### - Filme:

\* **SUBJETIVIDADE E CAPITALISMO RONDAM A CIDADE: HISTÓRIAS DA MODERNIDADE E DO CONTEMPORÂNEO SOB O OLHAR CINEMATOGRAFICO DE CRASH – NO LIMITE – LAILA MARIA DOMITH VICENTE**

#### - Música:

\* **O MALANDRO NOS CONTATOS COM A POLÍCIA: IDENTIDADE E SELETIVIDADE RACIAL DO SISTEMA PENAL NA DISCOGRAFIA DE BEZERRA DA SILVA – FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA**



#### COORDENADORIAS REGIONAIS:

**COORDENADORA-CHEFE:** Juliana Garcia Belloque

**1ª REGIÃO (AC, AM e RR)**

Luis Carlos Valois

**2ª REGIÃO (AP e PA)**

João Guilherme Lages Mendes

**3ª REGIÃO (MA e PI)**

Roberto Carvalho Veloso

**4ª REGIÃO (RN e PB)**

Oswaldo Trigueiro Filho

**5ª REGIÃO (AL e SE)**

Daniela Carvalho Almeida da Costa

**6ª REGIÃO (ES e RJ)**

Márcio Barandier

**7ª REGIÃO (DF, GO e TO)**

Pierpaolo Bottini

**8ª REGIÃO (MT e RO)**

Francisco Afonso Jawsnickier

**9ª REGIÃO (RS e SC)**

Rafael Braude Canterji

#### COORDENADORIAS ESTADUAIS:

**COORDENADORA-CHEFE:** Juliana Garcia Belloque

**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

#### BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

#### COORDENADOR-CHEFE:

André Pires de Andrade Kehdi

#### COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Pagliano 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”.

**TIRAGEM:** 11.000 exemplares

#### CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar  
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP  
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

#### 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 e boletim@ibccrim.org.br

**Você é nosso convidado para ler, interagir e colaborar com a revista LIBERDADES! Para enviar textos, conheça as regras de publicação divulgadas em nosso Portal: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)**

# A ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL

Sérgio Salomão Shecaira

## I. Introdução

De 9 a 11 de dezembro de 2009, realizou-se em Madri um Colóquio Internacional para abolição da Pena de Morte, sob os auspícios da Universidade Castilla-La Mancha, do Instituto Penal Europeu e Internacional e do Governo Espanhol (Ministério da Presidência). Na sequência, de 22 a 24 de fevereiro de 2010, fez-se realizar, em Genebra, novo encontro para aprofundar tais discussões. Estes conclaves são parte de uma grande campanha internacional para abolição da Pena de Morte em todo o mundo.

Inúmeros são os instrumentos internacionais a recomendar o fim da pena de morte em escala mundial, quando não a moratória para alguns casos (menores de 18 anos, mulheres grávidas ou agentes que cometeram crimes de natureza política).

Em 18 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 63/168, intitulada “*Moratória do uso da pena de morte*”. Neste documento acolheu-se, com beneplácito na decisão adotada por um número crescente de Estados, a ideia de aplicar uma moratória de execuções como parte de uma tendência mundial pela abolição da pena de morte. Em julho de 2009, a Assembleia Parlamentar da Organização para Segurança e Cooperação da Europa adotou uma resolução “*sobre uma moratória da pena de morte como caminho para sua abolição*”. O Comitê de Direitos Humanos segue ocupando-se da questão da pena capital, no marco do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Até julho de 2008, 141 países haviam abolido a pena de morte. Deles, 93 eram completamente abolicionistas, 10 eram abolicionistas unicamente a respeito dos delitos comuns e 38 podiam ser relacionados como abolicionistas de fato (há previsão da pena no ordenamento, mas ela não é aplicada pelo Poder Executivo). Outros 56 países e territórios seguiam mantendo e aplicando a pena de morte.

É importante observar que o Brasil, a despeito de não aplicar pena de morte de longa data, é considerado internacionalmente como um país abolicionista somente para delito comum, por prever a pena de morte em casos de guerra declarada.

Por isso, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária — CNPCP — aprovou uma proposta de emenda constitucional, ora em trâmite no âmbito do Ministério da Justiça — na Secretaria de Assuntos Legislativos — para propor ao Congresso Nacional a supressão da Pena de Morte da Constituição de 1988, cujos fundamentos estão em parte abaixo reproduzidos.

## II. História e situação jurídica atual

O Descobrimiento do Brasil ocorre em

uma época de regras severas na seara penal, absolutismo da monarquia e intolerância da Igreja Católica. Com esse quadro, a esquadra de **Cabral** chega ao Brasil trazendo **20 condenados à morte como bagagem**. A carta de **Pero Vaz de Caminha** ao rei **Dom Manuel** revela que os presos exerceram um papel utilitário na expedição: penetrar o território desconhecido. Foram desembarcados diversas vezes para que se aproximassem dos índios. Dois foram deixados no novo território com o propósito de obter informações sobre os costumes nativos e as riquezas da terra e para disseminar a palavra de Deus. Nossos primeiros habitantes de linhagem europeia, abandonados à própria sorte, já cumprindo suas penas, foram resgatados com vida. Um deles é mencionado em carta firmada pelo próprio rei: “*Voltou um que sabia a língua dos indígenas e nos informou de tudo*”.<sup>(1)</sup>

Nossas Ordenações do Reino previam a pena de morte em mais de 70 casos, desde o crime de lesa-majestade até o de sodomia, passando por homicídios e roubos. A execução, embora variada, era feita por meio do enforcamento, sendo precedida, conforme o caso, de suplícios e podendo ser sucedida de esquartejamento, queima do cadáver e perda de bens.

Com a Independência (1822), embora mantida transitoriamente a legislação reinol, a **Constituição de 1824** expressamente **aboliu as penas cruéis**. A Lei de 11 de setembro de 1826, em seu art. 1º, determinava que a sentença proferida em qualquer parte do império, que impusesse pena de morte, não seria executada sem primeiramente subir à presença do **imperador**, para **perdoar ou moderar a pena** (Constituição de 1824, art. 101, §§ 8º e 9º). Só em **1830** foi promulgado o **primeiro Código Penal do Brasil**, em cujo arsenal de penas se incluía a **morte na força, restritamente cominada aos crimes de insurreição de escravos, homicídio qualificado e latrocínio**.<sup>(2)</sup>

Contribuiu para a abolição de fato da pena de morte em 1855 o erro judiciário que levou à força o fazendeiro Manuel Motta Coqueiro, em Macaé, RJ. Foi acusado de ter chacinado, em 1852, o colono Francisco Benedito e toda a sua família. Submetido a julgamento pelo tribunal do júri, o réu, que o povo denominara de Fera de Macabú, foi condenado, por unanimidade, à força, não obstante seus reiterados protestos de inocência. Posteriormente descobriu-se o erro judiciário que levou Motta Coqueiro à morte. A partir daí, **D. Pedro II**, usando de seu poder moderador, passou a comutar, sistematicamente, a pena capital para galés, apegando-se, para tanto, a qualquer circunstância favorável ao condenado<sup>(3)</sup>

e decidindo favoravelmente a todas as petições de graça que recebeu para beneficiar homens livres e libertos, e, a partir da década de 1860, estendeu esse favor aos escravos, mesmo quando acusados de crimes mais graves.<sup>(4)</sup> O derradeiro enforcado foi o escravo Francisco, residente na cidade de Pilar, em Alagoas. Assim, o processo evolutivo assegurou a concessão de graça imperial a partir de 1856 para os homens brancos, sendo gradativamente seus benefícios estendidos aos libertos e, por fim, aos escravos. Até o final do Império, a pena de morte só existia no papel.

Com a proclamação da República, o **Dec. 774/1890** riscou da legislação a pena de morte e logo a seguir foi publicado o **Código Penal**, o qual **não previu a pena de morte**, antecipando-se à **Constituição de 1891**, e que, depois de abolir a pena de galés e a de banimento judicial, declarava no art. 72: fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

Com o advento da Ditadura **Vargas**, no final dos anos 30 do Século XX, a pena de morte **voltou a ser autorizada, mesmo na legislação civil e em tempo de paz**. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei prescrevia a pena de morte para todos os crimes que pudessem colocar em risco a existência do Estado. O Dec.-lei 86, de 20 de janeiro de 1938, autorizava a criação de um Tribunal de Segurança com sede na Capital da República, permitindo a imposição da pena de morte, que, todavia, jamais foi aplicada.

A redemocratização de 1946, por força do art. 141 da Constituição Federal, aboliu a pena de morte para os tempos de paz, só mantendo para os casos militares, ainda assim em caso de guerra declarada.

Com o advento da Ditadura Militar de 1964, no entanto, a pena de morte foi novamente introduzida no Brasil (Lei 898/69). Vigorou de 1969 até 1979 e, mais uma vez, não ocorreram execuções. Um jovem militante do Partido Comunista Brasileiro Revolucionário (PCBR), acusado de assassinar um sargento da Aeronáutica em 1970, na cidade de Salvador, foi condenado à morte pela Justiça Militar, mas não foi fuzilado. Sua sentença foi sendo sucessivamente reformada. Excluído da anistia, fugiu da prisão e exilou-se no exterior. Voltou ao país em 1985, depois que se encerrou o ciclo militar, tornando-se juiz da Justiça do Trabalho.<sup>(5)</sup>

Atualmente, a única hipótese de pena de morte prevista constitucionalmente (art. 5º, XLVII) é no caso de guerra declarada. Nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, a **vedação da pena de morte**, por se tratar de direito e

garantia individual, é **cláusula pétreia**, ou seja, não é passível de emenda constitucional no sentido de permitir que ela venha novamente a ser aplicada em outros casos.

No entanto, permanece a previsão de pena de morte no Código Penal Militar (Dec.-lei 1.001 de 21/10/1969), para inúmeros crimes, sempre em caso de guerra. O Código Castrense, no Livro II da Parte Especial, prevê as hipóteses em que ocorreriam. Elencamos, dentre outros: traição (art. 355); favorecimento ao inimigo (art. 356); cobardia qualificada (364); motim (art. 368); incitamento na presença do inimigo (art. 371); dano especial (art. 383); abandono de posto (art. 390); deserção em presença do inimigo (art. 392); homicídio (art. 400); roubo (art. 405).

Assim, desde um roubo até um crime de dano há autorização de pena capital. Tem-se notícia, na 2ª Guerra Mundial, de sua fixação para essas hipóteses, com posterior comutação da pena antes de sua execução.

### III. Intimidação e pena de morte: a opinião pública

É importante mencionar que, a despeito da decisão da Assembleia Constituinte de 1988 ter sido majoritariamente desfavorável à pena de morte, sucessivas pesquisas de opinião mostraram que a pena capital tem grande suporte popular. No ano de 2007, por exemplo, data da última grande pesquisa sobre pena de morte pelo Datafolha, identificou-se que 47% dos entrevistados davam suporte à pena capital. Logo após o terrível assassinato de uma criança em uma tentativa de sequestro no Rio (caso João Hélio), ainda no mesmo ano de 2007, o índice de favoráveis à pena de morte subiu para 55%.

Nos EUA, sempre foi muito mais provável a execução do negro que assassina o branco do

que a do branco que assassina o negro. Dos 2.307 executados entre 1930 e 1980, na região Sul do país, 1.659 eram negros (71,91%). De 1976 a 1991, das mais de 150 pessoas executadas, somente uma era um branco condenado pelo assassinato de um negro.

Pesquisa realizada no Estado da Geórgia demonstrou que quando a vítima é branca e o réu é negro, chega a 22% a possibilidade do acusado ser condenado à morte; todavia, quando a vítima é negra e o réu é branco, essa probabilidade é praticamente zero. No mesmo Estado, descobriu-se, durante a década de setenta, que os assassinos de pessoas brancas foram executados numa proporção onze vezes maior do que os assassinos de pessoas negras. Um estudo realizado no Estado do Texas revelou que em cada grupo de 4 pessoas defendidas por advogados indicados pelo Estado (réus sem condições de pagar advogados), em processos onde a pena capital poderia ser aplicada, 3 eram condenados à morte; por outro lado, em cada grupo de 3 pessoas defendidas por advogados particulares, somente 1 era condenado à morte.

Por que os assassinos do Missouri (com pena de morte e taxa de 9 homicídios para cada 100 mil habitantes), daquele mesmo período, não escolheram como lugar do delito o Estado vizinho, Kansas, sem pena de morte e taxa de 5,1 homicídios no mesmo universo populacional? Nunca ficou comprovado o potencial de intimidação da pena capital. Não é possível aferir quantas pessoas deixaram de matar justamente pelo temor de serem executadas. Em 2004, nos EUA, o índice médio de assassinatos nos Estados com pena de morte foi de 5,71 por cada 100.000 habitantes, mas nos Estados sem a pena capital foi só de 4,02.<sup>(6)</sup>

Não havendo qualquer efetividade para sustentação da pena de morte sob a ótica

da dissuasão penal, nunca é demais lembrar que nossa Constituição Federal consagrou o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Ademais, os erros judiciais — e entre nós eles não são poucos, em face das deficiências de nossa justiça — serão sempre irreparáveis, quando falamos da pena capital.

Ora, como admitir que a pena de morte, vedada em todo o nosso ordenamento, possa ser aplicada a um simples crime patrimonial em tempo de guerra? Seria esse o diferencial a assegurar a obediência hierárquica a garantir a coesão da tropa em caso de conflito armado?

**Albert Camus** bem expressa a situação: o acusado acaba sendo condenado menos pelo crime que cometeu do que por todos os crimes que poderiam ter sido cometidos. “*Estranha lei que conhece o assassino que ela mata e ignorará para sempre aquele cujo crime impede de cometer*”.<sup>(7)</sup>

### NOTAS

- (1) **Luís Francisco Carvalho Filho**. *O que é pena de morte*, p. 26/7.
- (2) **Helena Fragoso**. In: *Pena de morte*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, *Pena de morte*. p. 73.
- (3) **Nelson Hungria**, *A pena de morte no Brasil*. In: *Pena de morte*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, p. 176.
- (4) **René Ariel Dotti**. *Rituais e martírios da pena de morte*. In: *RBCCrim*, vol. 26, abr/jun 1999, p. 274.
- (5) **Luís Francisco Carvalho Filho**, *Op. cit.*, p. 34.
- (6) **Anistia Internacional**, *A questão da pena de morte*, 1998.
- (7) **Nereu Lima**. *Pena de morte: pedagogia da violência*. In: **Marques, João Benedicto de Azevedo**. *Reflexões sobre a pena de morte*, 1993, p. 72.

**Sérgio Salomão Shecaira**

Professor Titular de Direito Penal da USP.

Ex-presidente do **IBCCRIM** e CNPCP.

## ESTUPRO, LEGALIDADE E POLÍTICA CRIMINAL

**Guilherme de Souza Nucci**

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe nova redação ao art. 213 do Código Penal, unificando-o com o revogado art. 214. Portanto, não mais existem dois delitos sexuais violentos (estupro e atentado violento ao pudor), mas um único, sob a forma mista alternativa. *In verbis*: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*” (destaque nosso). Sabendo-se constituir o tipo penal do estupro uma forma específica de constrangimento ilegal, visualize-se a fórmula genérica do art. 146 do Código Penal: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a*

*fazer o que ela não manda*” (grifamos).

*Constranger* é o verbo principal, condutor do objeto e dos demais verbos dependentes do primeiro. Em ambas as construções, o agente *constrange* alguém, sob o meio *violência* ou *grave ameaça*, a duas possíveis condutas, associadas pela partícula alternativa *ou*. Logo, aquele que *constrange* outrem, violentamente, a deixar de fazer o que a lei permite e, na sequência, a fazer o que a lei não manda, comete um único crime de constrangimento ilegal. Não há que se fugir da mesma interpretação, no tocante ao crime de estupro. O agente que *constrange* alguém, violentamente, a manter um ou mais atos libidinosos, no mesmo cenário, à mesma hora, pratica um único delito de estupro. Lembre-se que a conjunção carnal não passa

de um ato libidinoso, logo, não se constitui em objeto completamente dissociado da segunda possibilidade elencada no art. 213 (*outro ato libidinoso*).

Indaga-se, então: mas a pena é justa para a prática de dois ou mais atos libidinosos contra a mesma vítima? Depende da individualização da pena, tarefa do juiz. Há uma variação de seis a dez anos de reclusão. Portanto, cabe ao magistrado, valendo-se do disposto no art. 59 do Código Penal, concretizar o seu poder individualizador.

Entretanto, se se pode considerar ainda insuficiente a pena máxima de dez anos para quem abusar sexualmente de outrem, cuida-se de preservar o respeito ao princípio da legalidade. A pena é cominada em lei, conforme critério legislativo. E, sob tal premissa, cabe ao

legislador revê-la. A invasão de instrumentos de interpretação, calcados em pura política criminal, não é bem-vinda no campo penal, mormente para prejudicar o réu. O escudo protetor, construído pelo princípio da legalidade, corrói-se diante da ousada interpretação tendente a situar o art. 213 dentre os tipos mistos cumulativos.

Idêntica política criminal já foi utilizada no passado, quando se fez crer tratar-se o estupro seguido de morte de crime preterdolo, vale dizer, aquele que somente pode se desenvolver com dolo na conduta antecedente (estupro) e culpa na conduta consequente (morte). Desse modo, interpretando-se a bel-prazer o tipo penal do art. 213, combinado com o art. 223 (hoje, art. 213, § 2º, CP), instituiu-se que, cometido o estupro, havendo dolo, ainda que eventual, por parte do agente, em relação à morte da vítima, configurar-se-ia estupro e homicídio em concurso material. A pena seria muito superior àquela prevista para o crime qualificado pelo resultado. Porém, esse método é um erro, derivado de pura política criminal. Ademais, no campo do roubo seguido de morte, não se advoga a mesma tese. Se o roubo for praticado com dolo e, igualmente, advier a morte da vítima por dolo do agente, cuida-se de latrocínio – e não de dois delitos, roubo +

homicídio. Em suma, afora a política criminal, deve-se considerar o estupro seguido de lesões graves ou morte como crime qualificado pelo resultado, pouco importando se, quanto ao resultado agravador, atue o agente com dolo ou culpa, utilizando-se o mesmo critério que reina absoluto no contexto do roubo seguido de lesões graves ou morte.

A política criminal tem limite. Sua principal fronteira é o fiel respeito aos princípios constitucionais penais. A legalidade demanda expressa previsão de definição legal e de pena, em abstrato, promovida pelo legislador. Não cabe ao operador do Direito insurgir-se contra tal competência exclusiva, instituindo interpretação inadequada, buscando romper a faixa de fixação da pena, alcançando-se penalidades mais severas, pelo simples fato de se *considerar* grave a infração penal ou as condutas que a compõem.

Note-se que, mesmo concebendo-se o tipo penal do art. 213 como misto cumulativo, tal assertiva não o transforma em dois tipos penais de espécies diferentes. Desse modo, é perfeitamente cabível que se possa considerar crime continuado, somente para argumentar, a prática da conjunção carnal violenta, seguida de outro ato libidinoso qualquer, visto que ambos, ainda que reputados dois

delitos autônomos, inseridos no mesmo tipo penal, constituem delitos da *mesma espécie*, preenchendo, perfeitamente, o disposto no art. 71 do Código Penal. Seria inviável acolher a tese de que tipos penais mistos cumulativos, com figuras constantes do mesmo artigo do Código Penal, possam ser de espécies diferentes. Se assim ocorrer, inova-se, outra vez prejudicando o réu, em matéria de crime continuado. Seria outro golpe no princípio da legalidade, fomentando-se interpretação restritiva em relação a um benefício criado em lei, buscando-se a aplicação da pena justa.

Do exposto, conclui-se ser o crime de estupro, constante do art. 213 do Código Penal, um tipo misto alternativo, devendo-se regular a pena concreta e adequada por meio da individualização proporcionada pelos vários instrumentos previstos em lei, sem qualquer intervenção de política criminal, passível de ferir o princípio da legalidade.

#### Guilherme de Souza Nucci

Livre-docente em Direito Penal pela PUC-SP.  
Doutor e Mestre em Processo Penal pela PUC-SP.  
Professor concursado na cadeira de Direito Penal na PUC-SP. Juiz em Segundo Grau, atuando como Desembargador na Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo

## PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DOS ACUSADOS ESTRANGEIROS: O OUTRO LADO DA MOEDA DA “LUTA CONTRA O CRIME TRANSNACIONAL”

Heloisa Estellita

Muito se fala e se escreve a respeito do “combate ao crime transnacional”, que, de tão importante, recebeu da ONU uma Convenção específica: a amada, odiada e, por vezes, temida Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional). Também sabem todos que este instrumento internacional, como outros do mesmo viés, busca incrementar a cooperação internacional “no combate” a determinadas práticas criminosas a partir da tentativa de harmonização das legislações nacionais.<sup>(1)</sup>

Nenhuma região melhor exemplifica este quadro do que a da União Europeia, na qual, de carona com o incremento da cooperação para o “combate” ao crime, levantaram-se vozes postulando que a esse incremento do esforço internacional “contra os criminosos” correspondesse, igualmente, um esforço internacional e nacional de garantia das prerrogativas processuais das pessoas “objeto” dos atos de cooperação. A igualdade não foi até hoje alcançada.<sup>(2)</sup>

Dois aspectos são dignos de atenção: de um lado, a debilidade das prerrogativas processuais das pessoas “objeto” dos atos de cooperação; de outro, a debilidade do

acusado estrangeiro em geral, independentemente da prática de atos de cooperação. É sobre este segundo aspecto que pretendo dedicar algumas reflexões. Não será possível nestas poucas linhas apresentar as razões pelas quais é cada dia mais frequente que se encontre um estrangeiro no polo passivo da ação penal, mas basta remeter o leitor ao fenômeno da “queda” ou da perda de importância das fronteiras nacionais para o exercício de quaisquer atividades (também as criminais) protagonizado pela globalização.

Daí que nos encontremos hoje diante de um sem número de ações penais nas quais são colocados, no polo passivo, acusados estrangeiros. E o que se tem constatado é que o sistema de justiça criminal deseja “combater” o crime transnacional sem “pagar o preço” de garantir aos acusados estrangeiros as mesmas prerrogativas processuais asseguradas aos seus acusados nacionais. Um dos “preços” que não se quer pagar é o de lhes garantir um aspecto fundamental da garantia da ampla defesa: a compreensão de todo o desenrolar processual.

“Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa”, ensina **Antonio Scarance Fernandes**, “entende-se que, para observância

desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementariedade.”<sup>(3)</sup> Essa autodefesa “é aquela exercida pelo próprio réu, em momentos fundamentais do processo, não a que é patrocinada por advogado em seu próprio benefício, quando acusado em processo criminal.”<sup>(4)</sup> Manifestando-se seja como direito de presença, seja como direito a postular pessoalmente, seja, por fim, como direito de audiência, que “consiste no direito que tem o acusado de, pessoalmente, apresentar ao juiz da causa a sua defesa”, o que se fez “por meio do interrogatório”.<sup>(5)</sup>

Para o exercício desses direitos, ao acusado estrangeiro que não compreenda a língua nacional deve ser assegurada não só a assistência de intérprete, quando for se manifestar perante as autoridades nacionais, mas, mais importante do que isto, deve ser-lhe garantida a tradução de todo o material relevante para o desenvolvimento das fases processuais e para a formação da convicção judicial.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa

Rica), em seu artigo 8, n. 2, “a”, estabelece ser garantia mínima o “direito do acusado a ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal”. O mesmo preceito encontra-se consagrado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, 3, “f”.<sup>(6)</sup>

“Cabe assinalar”, destaca a doutrina acerca do dispositivo convencional acima transcrito, “que esse direito a intérprete (que interpreta a comunicação verbal) ou tradutor (que interpreta a comunicação escrita) é de fundamental relevância em todos os momentos processuais (durante todo o processo), é dizer, desde a citação, passando pelo interrogatório, audiências, sentença etc. [...] A premissa básica do contraditório é a informação (e não existe informação válida senão quando ela é compreendida pelo acusado).”<sup>(7)</sup>

A extensão deste direito já foi apreciada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no **Opinião Consultiva n. 16/99**, quando ficou estabelecido que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”, para tal “se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.”<sup>(8)</sup> Em seu voto concorrente, observou o Juiz **Sergio García Ramírez**: “Los extranjeros sometidos a procedimiento penal – en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad – deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.”<sup>(9)</sup>

A mesma garantia está consagrada na

Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 6º, § 3º. O “direito a ser assistido por um intérprete pode ser visto como parte do direito a ser ouvido”, ensina **Stefan Trechsel**,<sup>(10)</sup> daí que não se restrinja à disponibilidade de intérprete, mas se estenda à tradução de documentos: “De fato, a Corte [Europeia de Direitos Humanos] interpretou a norma como requerendo não só interpretação durante a audiência oral – mas também a tradução de documentos importantes.” E a decisão que estabeleceu tal entendimento foi a proferida no caso **Luedicke, Belkacem, and Koç**: “Interpretado no contexto do direito a um julgamento justo, garantido pelo Artigo 6º, parágrafo 3 (e) (art. 6-3-e) significa que um acusado que não pode entender ou falar a língua usada pela corte tem o direito à assistência gratuita de um intérprete para a tradução ou interpretação de todos os documentos ou declarações nos procedimentos movidos contra ele que lhe sejam necessários para compreender de forma a ter o benefício de um julgamento justo.”<sup>(11)</sup>

No âmbito do Tribunal Penal Internacional, a matéria recebeu disciplina minuciosa no artigo 67, par. 1, letra “f”, do Estatuto de Roma,<sup>(12)</sup> onde se prevê o direito de o acusado “ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal”.<sup>(13)</sup> Este direito já foi objeto de discussão e reafirmação em pelo menos dois casos: *Promotor v. Germain Katanga*<sup>(14)</sup> e *Promotor v. Thomas Lubanga Dyilo*.<sup>(15)</sup>

O Código de Processo Penal, promulgado em uma época estranha ao “combate ao crime transnacional”, limita-se a garantir intérprete no ato do interrogatório ao acusado que não falar a língua nacional (art. 193), silenciando-se quanto à tradução de documentos. Todavia, garantir-se intérprete somente no ato do interrogatório é amesquinhar a importância deste ato que, de tão imbricado com a prerrogativa da ampla defesa, passou, a partir de 2008, para o derradeiro momento da instrução processual. Tal mudança, aponta **Gustavo Badaró**, “ressalta a sua natureza de ato de defesa, mais especificamente, de autodefesa, por meio do seu direito de audiência. É a oportunidade que o acusado tem para, pessoalmente, apresentar a sua versão dos fatos, independentemente da representação por seu advogado.”<sup>(16)</sup> A autodefesa exercida no ato do interrogatório, para que seja plena, reconheceu o legislador, pressupõe que o acusado não só tenha conhecimento da acusação, mas, igualmente, de toda a prova contra si produzida, para que possa pessoalmente dela se defender. Como poderá fazê-lo o réu estrangeiro se não lhe

é garantida a tradução dos documentos essenciais do processo?

Era de se esperar, assim, que a mesquinhez historicamente explicável do CPP fosse compensada pela atuação do Poder Judiciário, não só atento à evidente *ratio* da norma, que é a de garantir a efetiva defesa do acusado, mas, especialmente, às normas convencionais acima indicadas. Não é o que se tem visto, infelizmente. Ao contrário, já se chegou a afirmar que a tradução das principais peças processuais e da prova, mesmo a acusatória, é ônus do acusado.

A prática evidencia a desigualdade entre acusados nacionais e estrangeiros (que não compreendam o idioma nacional) e a quebra das garantias mais básicas do *due process*, demonstrando que a Justiça Criminal não está preparada ou ainda não está disposta a pagar o preço de “combater o crime transnacional” com respeito às prerrogativas dos acusados estrangeiros.

## NOTAS

- (1) Cf. **MACHADO, Maira Rocha**. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- (2) Cf. **SCHÜNEMANN, Bernd** (Hrsg./Ed.). *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtsplege – A Programme for European Criminal Justice*. Köln-Berlin-München: Carl Heymanns, 2006, p. 344-361.
- (3) **FERNANDES, Antonio Scarance**. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 252.
- (4) *Idem*, p. 263.
- (5) *Idem*, p. 263.
- (6) Tais Convenções, reconheceu-o o Supremo Tribunal Federal, têm *status* supralegal, sobrepõem-se às normas do Código de Processo Penal. Cf. STF, **RE 349.703**, relator originário Min. **Carlos Britto**, relator para o acórdão Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, Dje 05/06/2009, e **RE 466.343**, Min. **Cezar Peluso**, Tribunal Pleno, Dje 05/06/2009.
- (7) **GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira**. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.
- (8) **Corte Interamericana de Direitos Humanos - Opinião Consultiva 16/99** (disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf)). Grifei.
- (9) *Idem*. Grifei.
- (10) **THECHSEL, Stefan**. *Human rights in criminal procedures*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 328.
- (11) Tradução livre. Case of Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany, Application no. 6210/73; 6877/75; 7132/75, Judgement, Strasbourg, 28 November 1978.
- (12) Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.
- (13) Tradução livre.
- (14) ICC-01/04-01/06.
- (15) ICC-01/04-01/07.
- (16) **BADARÓ, Gustavo**. *Direito processual penal*: tomo II. 2. ed. atual., Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 23.

**Helois Estellita**

Doutora em Direito Penal.  
Professora. Advogada.

## REFORMAS LEGISLATIVAS E POPULISMO PUNITIVO: É POSSÍVEL CONTROLAR A SEDUÇÃO PELO PODER PENAL?

Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho

REFORMAS LEGISLATIVAS E POPULISMO PUNITIVO: É POSSÍVEL CONTROLAR A SEDUÇÃO PELO PODER PENAL?

Apesar de os discursos de pânico moral consensualizarem a ideia de o país viver uma intensa crise de impunidade – em razão da alta flexibilidade das leis penais, da tolerância do Poder Judiciário e da ineficácia das agências policiais –, os índices de encarceramento, nos últimos 15 anos, atingiram taxas assustadoras.

A análise superficial da curva de prisionalização permite a validação da hipótese (valores expostos na relação número de presos por 100.000 habitantes) (quadro abaixo).

Incabível, portanto, sugerir – como tem sido comum perceber nos discursos de inúmeros agentes públicos pouco preocupados com os dados da realidade – que a sociedade brasileira vive período de afirmação de política criminal de índole minimalista ou garantista. Ao contrário, passados mais de 20 anos da publicação da Constituição Federal, os atores da cena judicial ainda buscam encontrar mecanismos que permitam limitar o populismo punitivo, que coloquem freio ao incremento de políticas criminais autoritárias que se materializam, fundamentalmente, em propostas legislativas voltadas tão somente à satisfação dos reclamos sociais passionais e contingentes.

Nas últimas décadas, a política criminal distanciou-se, sobretudo no plano legislativo, do necessário rigor técnico e da orientação científica. Neste quadro, as últimas reformas penais têm levado os juristas à perplexidade, visto que a falta de critério atingiu a própria parte geral do Código Penal brasileiro, conforme destaca **Miguel Reale Júnior**: “(...) o vício que caracteriza a produção da legislação penal nos últimos tempos, mormente nos governos Fernando Collor e Fernando Henrique, de início, se restringindo à legislação extravagante e à Parte Especial do Código, atinge, agora, a Parte Geral do Código Penal. O Direito Penal fernandino faz da década de 90 um dos momentos mais dramáticos para o Direito Brasileiro, pois era

*imprevisível que se produzissem em matéria repressiva tantas soluções normativas ao sabor dos fatos, sob o encanto de premissas falsas e longe de qualquer técnica legislativa”*.<sup>(1)</sup>

O produto normativo das legislações de pânico demonstra-se em visível desobediência à necessária limitação das fontes de criação de proibições penais, mormente à regra de codificação. Apesar de a doutrina nominar este fenômeno como “legislação simbólica”,<sup>(2)</sup> suas consequências são concretas, não apenas por elevar massivamente o número de encarcerados, mas, igualmente, por alterar a postura dos operadores do direito, cada vez mais identificados ideologicamente com esta política criminal antidemocrática fortemente apoiada no imaginário social de pânico fomentado pelos meios de comunicação de massa.

Segundo **Claus Roxin**, a política criminal populista, ao optar pela forma de “reação simbólica”, desnaturaliza o sentido primeiro de política criminal, arte ou técnica com aptidão para delinear a estrutura reitora que constitui o sistema de direito penal a partir dos fins estabelecidos pela ciência. Desde as lições de **Sebastián Soler**, a política criminal deve ser concebida como um campo no qual se conciliam as “conclusões da ciência” e “as exigências da política”, conservando a “pureza metódica da primeira e barrando as improvisações da segunda”.<sup>(3)</sup>

Apesar do idealismo otimista dos autores tradicionais em relação à capacidade da ciência e à instrumentalidade da técnica (política), seria possível dizer que uma reforma legislativa democrática necessariamente deveria estar ancorada nos princípios definidos pela Constituição (base normativa). Todavia a coerência normativa não é suficiente, sendo imprescindível às reformas a base empírica. Conforme destaca **Nilo Batista**, a transformação da legislação criminal deve surgir “do incessante

*processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia”*.<sup>(4)</sup>

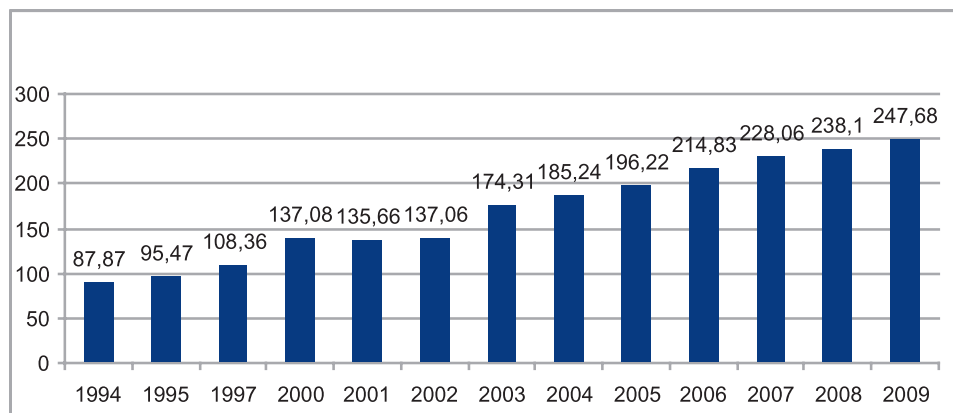
A adequação da política criminal à Constituição necessariamente prescindiria da adoção do princípio de reserva de codificação (**Luigi Ferrajoli**). A técnica de Reserva de Código criaria verdadeira barreira contra propostas legislativas de emergência que invariavelmente oferecem respostas meramente emotivas, geradas em casos episódicos e, nestas circunstâncias, divorciadas dos requisitos constitucionais e alheias à realidade do sistema penal – no caso específico: a caótica situação carcerária.

Assim, em paralelo à proposta de Reserva de Código, conforme defendido em outro momento,<sup>(5)</sup> imperioso que qualquer projeto legislativo criminalizador – com previsão de novos tipos penais, de aumento de penas, de restrição à progressão de regime ou de ampliação de hipóteses de prisão processual –, seja precedido de estudo de impacto carcerário. O estudo de impacto carcerário (ou político-criminal), seguindo a linha dos mecanismos de proteção ao meio ambiente, apresentaria a previsão de encarceramento futuro decorrente da aplicação da nova lei e indicaria quais políticas públicas seriam necessárias à sua implementação, como, p. ex., qual a incidência da criminalidade nas diferentes regiões do país; qual a situação regionalizada do sistema prisional e qual o número de vagas necessário para suprir a nova demanda; qual o tempo e quais os gastos necessários para a criação das novas vagas e a contratação de novos servidores; e, sobretudo, qual a origem dos recursos para implementação da nova política criminal.

Outrossim, de maneira similar ao que ocorreu em Portugal, entende-se fundamental a elaboração de uma Lei-Quadro de Política Criminal, com claras diretrizes sobre a relevância de tutela de bens jurídicos, projetando processos de descriminalização e de diversificação de penas não carcerárias. Afinal, na linha da antiga advertência de **Miguel Reale Júnior**, o “pensamento crítico do Direito Penal remete, obrigatoriamente, à questão da criminalização e descriminalização”.<sup>(6)</sup>

Entende-se, a partir dos projetos apresentados, que qualquer reforma, por menor que seja, deve criar condições de efetiva aplicabilidade, diminuindo ao máximo, dentro dos limites do possível, os efeitos perversos. Essa tarefa é tanto mais imperiosa quanto maiores são as diferenças entre os modelos político-criminais defendidos pela academia

Brasil: Curva de Encarceramento 1994-2009



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)

e os implementados pela política. O movimento pendular da política criminal entre minimalismo e punitivismo não pode obstar a efetivação do texto constitucional e a tutela dos direitos humanos. Exige-se, pois, um mínimo de compromisso do Legislativo com a Constituição. E se a opção é pelo encarceramento, como foi possível perceber nos últimos anos, que ao menos sejam respeitados minimamente os direitos das pessoas.

## NOTAS

- (1) *Mens legis insana, corpo estranho. Penas restritivas de direito: críticas e comentários às penas*

- alternativas Lei nº 9.714/1998.* São Paulo: RT, 1999, p. 23-43.
- (2) **ROXIN, Claus.** *Tratado de derecho penal, parte general.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, v. I, p. 59.
- (3) *Derecho penal argentino.* 10 ed. Buenos Aires: Tea, 1992, v. I, p. 58-59.
- (4) **BATISTA, Nilo.** *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 34.
- (5) **CARVALHO, Salo.** *Em defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal.* **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, ano 16, n. 193, dez. 2008.
- (6) *Novos rumos do sistema criminal.* Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 213. Sobre o tema, ainda outras antigas advertências: **HULSMAN, Louk.** *Descriminalização.* *Revista de Direito Penal,* trad. Yolanda

Catão, São Paulo, v. 9/10, p. 7-26, 1973; **BATISTA, Nilo.** *Algumas palavras sobre descriminalização.* *Revista de Direito Penal,* São Paulo, RT, nº 13/14, 1974; **CASTRO, Lola Aniyar de.** *Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo.* *Revista de direito penal,* Rio de Janeiro, nº 30, jun./dez. 1980.

## Alexandre Wunderlich

Professor Coordenador do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da PUC-RS.

## Salo de Carvalho

Professor do Departamento de Ciências Penais da UFRGS.

# PROCESSO PENAL: QUANDO PUBLICIDADE E SIGILO OPRIMEM

Flávia Rahal

*“O que a lei dispõe em benefício de certas pessoas não pode servir-lhes de prejuízo”.*<sup>(1)</sup>

Muitas vezes é o uso que torna as normas e regras perigosas. Não a regra em si. O tema da publicidade no processo penal é paradigma disso.

Lembremos que das formas de persecução penal prévia à ação penal de natureza condenatória, o inquérito policial é a mais conhecida, destinando-se à demonstração da existência material do fato ilícito e típico e dos indícios de autoria, coautoria e participação. O acusado *“sofre o processo – da imputação subjetiva ao julgamento final – da ação penal condenatória, ainda que termine absolvido. A função simbólica do processo de conhecimento traz-lhe a marca da infâmia. Tal averiguação, a inquirição prévia – cuja forma procedimental varia, consoante os diversos sistemas processuais – volta-se, assim, a duplo objetivo. Diminuir, minimizar antes de tudo, o risco de acusações formais infundadas, temerárias e até caluniosas”.*<sup>(2)</sup>

Pois bem. Tomemos como exemplo o art. 20 do CPP: *“A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.*

O que o artigo mencionado afirma é que a autoridade policial lançará mão do sigilo quando houver motivo relevante e não conflitante com garantia individual. Mas o entendimento daquele que conduz as investigações deve ser condizente com os direitos individuais e garantias processuais outorgadas pela Constituição e pela legislação processual. É fundamental que os olhos que veem a primeira das fases da persecução penal a enxerguem em sua inteireza: não se presta a investigação apenas aos fins do Estado. Nela divisam-se interesses do acusado, da vítima e da sociedade. É também o interesse do ser humano que está em jogo, como indivíduo e membro da coletividade, possuidor de interesses legítimos.

Mas, como é notório, *“a forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico. As alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época ocasionam diferentes tratamentos aos institutos processuais”.*<sup>(3)</sup> E aí reside, exatamente, o problema de que se falou no início deste artigo, do mau uso da norma, cuja aplicação passa a refletir tão somente os supostos valores políticos e ideológicos da nação, transformando a investigação exclusivamente em instrumento de satisfação dos anseios, nem sempre justos, da população à realização de Justiça.

Foi o que se experimentou em relação à aplicação recente dada ao art. 20 do CPP. Transformado em algoz do direito de defesa e dos direitos do investigado, o dispositivo passou a ser utilizado como fundamento para se impor ao inquérito policial um sigilo contrário ao espírito constitucional: o sigilo para a parte e seus procuradores. Um sigilo que, malgrado o absurdo que representava, tomou corpo e ganhou força e passou a existir para oprimir, não só aqueles que eram investigados, mas a própria essência da norma processual.

Comuníssimas eram as decisões que mantinham a decretação do sigilo para aquele que, investigado ou mesmo preso(!), tentava ter acesso às investigações. E a imposição do sigilo era feita sob o argumento de que *“o inquérito policial é procedimento administrativo de natureza investigatória e, considerando-se a especificidade do caso, no qual devem ser resguardadas a proteção à sociedade, ao Estado e principalmente ao sucesso de investigação de tamanho porte, aos impetrantes, na qualidade de advogados constituídos pelo interessado, foi negada vista do respectivo procedimento, sem que com isso haja qualquer violação a direito líquido e certo”.*<sup>(4)</sup>

Foram corriqueiras as decisões que impunham o completo alheamento do investigado do procedimento que lhe dizia respeito, em

inadmissível retrocesso na ordem processual que existe para ser garantista.<sup>(5)</sup>

Foi apenas em 2004, com decisão da lavra do Min. **Sepúlveda Pertence**, no HC nº 82.354-8/PR, que o STF assentou o direito do advogado de ter acesso aos autos, a teor do que determina o art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, com a consagração do óbvio (pois proveniente de expressa disposição legal e constitucional): *“A oponibilidade [do sigilo] ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica de advogado, que este não poderá lhe prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações”.*<sup>(6)</sup>

Posteriormente, por iniciativa do Conselho Federal da OAB,<sup>(7)</sup> o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 14: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.*

Foi uma vitória, não há dúvida, especialmente se considerarmos o momento histórico no qual a proposta foi feita, em meio a uma enxurrada de decisões judiciais que negavam o mais elementar dos direitos: o de acesso aos autos por quem tem neles interesse. Mas é de se salientar que a súmula teve por base o direito do advogado, previsto em seu estatuto profissional e não, como seria de se esperar, o reconhecimento de que o investigado tem direito a se defender, o que só pode fazer se tiver ciência do objeto da investigação.

Para além da Súmula Vinculante nº 14 e, apesar dela, fica claro ter havido desvirtuamento do artigo 20 do CPP, em interpretação que lhe foi dada não para atender aos fins do processo penal garantista, não na concepção do processo que existe como anteparo do cidadão contra o arbítrio estatal, mas que procura satisfazer o

interesse ideológico que conclama o Estado a agir contra a impunidade e que grita pela rápida resposta do Poder Judiciário às suas demandas, ainda que elas não representem realização de Justiça. O sigilo do inquérito vê-se, assim, transformado em instrumento de opressão, consubstanciado mais numa pena antecipada que se impõe ao cidadão, aquele mesmo que se deveria presumir inocente por mandamento constitucional (art. 5º, LVII, CR).

Não muito diferente é o que vem ocorrendo com a regra da publicidade no processo penal. Como se sabe, a publicidade nasceu para proteger o indivíduo e garantir direitos seus. Isso porque a ideia de sigilo no processo esteve sempre ligada ao cerceamento do exercício do direito de defesa. Na inquisição, por exemplo, o processo penal era baseado no mais absoluto segredo e as execuções eram espetáculos públicos apreciados pela multidão.

Enquanto no inquérito policial a regra estabelecida é a do sigilo – que não pode ser oposto a quem tem interesse na investigação – o contrário dá-se na ação penal de natureza condenatória, seja pelo exposto teor do artigo 792, §1º, do CPP, seja por aplicarem-se a ela as regras constitucionais da publicidade, estatuídas nos artigos 5º, LX, e 93, IX, da Constituição.

A legislação processual penal não previu expressamente o segredo de justiça acabando ele por ser instituído nas ações penais condenatórias por analogia com o artigo 155 do CPC. Durante tempo essa lacuna importou na quase inócuência de sua aplicação em nosso sistema processual penal, em entendimento que se consolidou de que a publicidade processual só geraria bons reflexos e que qualquer tentativa de se lhe impor restrições era prejudicial à realização de Justiça. A publicidade, instrumento que é de acesso do povo à própria Justiça, seria garantidora do direito de informação da população.

Há não muito tempo, no entanto, a excessiva publicidade que se passou a dar a casos criminais e seu inegável reflexo nas decisões – muitas vezes em claro prejuízo à realização de um julgamento justo e imparcial – fez com que se começasse a refletir sobre esse olhar tão apaixonado que se tinha pela publicidade irrestrita dos atos e julgamentos penais.

O fortíssimo interesse da mídia e a transformação dos julgamentos em verdadeiros *shows* geraram o salutar questionamento de até onde se deve ir com a aplicação irrefletida da regra da publicidade processual. Casos emblemáticos, como do assassinato da atriz Daniela Perez, do juiz Nicolau dos Santos Neto, do goleiro Bruno e tantos outros, nos quais o excesso de informação fez com que a Justiça perdesse seu lugar de julgadora para apenas referendar o que aparentava ser a opinião pública e publicada, trouxeram à luz a discussão sobre a importância que, por vezes, o segredo de justiça pode ter.

Ora, será que, em um Estado Democrático de Direito, acusado, vítima e testemunha não podem ter direito subjetivo à privacidade, consubstanciado no segredo de justiça? Será que esse segredo que se impõe aos atos processuais deve necessariamente ser visto como forma de negar aos demais cidadãos o conhecimento do que ocorre na apuração dos fatos? Será que ele não deve, no mais das vezes, ser visto como instrumento de garantia de direitos individuais tão valiosos quanto o da informação, que são aqueles da privacidade e intimidade?

E se o sigilo pode existir para proteger direitos individuais e a própria realização da Justiça, não se é de esperar daqueles que detêm a informação sigilosa que dela cuidem com a cautela esperada? O pouco respeito que se dá à existência de segredo nos autos e a percepção equivocada de que um alegado interesse público justifica qualquer vazamento fizeram surgir um outro fenômeno, o do sigilo que só existe para as partes, mas que nunca é oposto aos meios de comunicação.

Não por acaso, em 9/9/2008, o CNJ editou a Resolução nº 59, determinando em seu art. 17 que “*não será permitido ao magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos contidos em processos ou inquéritos sigilosos, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente*”.

Ao menos se pode dizer que hoje em dia há uma preocupação com o vazamento de informações. É um avanço. Infelizmente, no entanto, essa preocupação demonstra não uma alteração na forma de olhar a regra da publicidade, mas tão só a de justificar sua implementação em casos concretos. Exemplo disso é o que ocorreu em processo instaurado contra um vice-prefeito. Sem que tivesse sido provocado para tanto, o Juiz da Comarca disponibilizou a “*vista e a extração de cópias para qualquer advogado, com ou sem procuração, com exceção das gravações sonoras*” (muito embora nos autos estivessem as mesmas integralmente transcritas). Justificou S. Exa. a publicidade irrestrita afirmando que “*restringir a interpretação do Direito ao positivismo jurídico significa, muitas vezes, fechar o círculo do Direito e impedir a entrada da justiça*”.

A publicidade continua, em muitas situações, a ser usada para *oprimir*. Foi o que se viu, de forma exaustiva, no paradigmático caso “Nardoni”. A todos se possibilitou o acompanhamento passo a passo do julgamento. Do começo da investigação até seu julgamento, tudo foi parte de um grande show. O combativo advogado de defesa acabou agredido pela aqualada turba que foi assistir ao espetáculo, incitada pelos meios de comunicação a fazer coro pela condenação. A sentença proferida publicamente a espectadores que se encontravam há dias na porta do fórum foi comemorada a gritos e com fogos de artifícios. Em nenhum

momento, a privacidade dos envolvidos foi considerada um fator que pudesse alterar o rumo daquela grande encenação.

Se na Inquisição as multidões se aglomeravam para apreciar execuções, nos dias que correm elas se acotovelam em frente às televisões, das delegacias e dos fóruns, aos gritos de “assassinos”, extravasando seu rancor com o pedido de que o outro seja penalizado. É essa a opressão clara que a publicidade excessiva e desmedida traz, explicitando o que o Min. Cesar Peluso recentemente chamou de “*pulsão primitiva que o ser humano tem pela vingança*”.

Não é demais afirmar que a publicidade, que nasce como auxílio à realização da Justiça, e o sigilo, que deveria existir para a proteção do próprio processo e daqueles que nele são envolvidos, transformaram-se aos poucos em formas alternativas de penalização. Oprimem, desvirtuam e, por isso, precisam ser repensados. Mais no mau uso que a eles têm sido dado, do que na forma como vêm previstos em nossa legislação.

É a ideologia por trás disso que preocupa. Não se pensa em Justiça, em atos processuais, em direitos individuais. Há, apenas, a vontade de responder ao clamor das ruas, como se isso fosse Justiça. Nenhuma novidade, a não ser a máscara que alguns operadores do direito envergam ao falar do tema e a emprestar-lhes uma falsa atenção.

## NOTAS

- (1) **Francisco de Paula Baptista**, *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, ed. Saraiva, 1984, pág. 37, nota de rodapé ao § 35, com transcrição da origem: “*Quod favorem quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolimus inventum videri*”, *Codex* (Livro I, Título XIV, 6).
- (2) **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**, palestra acerca do “*Inquérito Policial: Exercício do Direito de Defesa*”, apresentada em 08/10/1999, em painel relativo ao “*Inquérito Policial: Novas tendências e Práticas*”, do V Seminário Internacional do IBCCRIM.
- (3) **Antonio Scarance Fernandes**, *Processo penal constitucional*, São Paulo, RT, 2010, 6ª ed, revista e atualizada, p. 21.
- (4) Grifos nossos. STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14397/PR, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJ. 4.11.202, p. 217.
- (5) Não por acaso no julgamento do HC 95.009/SP, o STF disse que da máxima “*não há direitos absolutos*” “*se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz dirá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos*”; Min. Rel. **Eros Grau**, DJE 19.12.2008, fls. 41/42.
- (6) STF, HC nº 82.534-8 Paraná, julgado em 10/8/2004.
- (7) Registre-se que o Conselho Federal aprovou proposta feita nesse sentido por seu então Conselheiro Federal, o advogado **Alberto Zacharias Toron**, que foi quem promoveu a ação perante o Colendo Tribunal.

**Flávia Rahal**

Advogada. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Conselheira do IDDD.

# A TEMÁTICA DA LAVAGEM DE CAPITAIS E O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS POR PARTE DO ADVOGADO CRIMINALISTA

Rodrigo Sánchez Rios

Instigado por fatos provenientes da *praxis* advocatícia, faz-se necessária a elaboração de uma reflexão teórica capaz de estabelecer um enlace entre a normativa da lavagem de capitais e o exercício da defesa criminal em favor do denunciado acusado de incorrer na figura típica desse diploma legal. O ponto essencial dessa relação está na controvérsia a respeito da amplitude do tipo penal do branqueamento<sup>(1)</sup> e o recebimento de honorários pela prestação de serviços advocatícios. Apontado o cerne da problemática, busca-se uma explicação jurídico-penal para a compreensão ou não da atipicidade da conduta praticada pelo causídico. Contudo, o trajeto a ser percorrido requer a devida compreensão das razões de política criminal que estão na base da criação do delito de lavagem, antes mesmo de se ensaiar uma resposta eminentemente dogmática com base nos enunciados da Lei 9.613/98.

Uma das primeiras constatações em relação ao objeto de estudo é atestar o caráter transnacional do delito de lavagem, o qual traz consigo uma mudança de pensamento decorrente da efetiva internacionalização do Direito penal. Neste terreno, diversos diplomas normativos internacionais passaram a ser referenciais obrigatórios, nem sempre, porém, recepcionados com um espírito crítico em nosso sistema legal ou na própria legislação comparada. Na profusa produção legislativa em matéria penal, o Projeto de Lei 209/2003 retrata a dinâmica do movimento da ordem legal nacional em direção ao controle do branqueamento de capitais, com repercussão direta nas categorias de imputação da figura típica, nas consequências do delito, nas disposições processuais, na eleição dos bens sujeitos a medidas assecuratórias, nos agentes públicos e privados envolvidos na política de prevenção, entre outras.

Em meio a este cenário o discurso parece simples, ou seja, a política criminal é destinada a prevenir a reciclagem dos ativos ilícitos e a intenção normativa tem o escopo de retirar todos os ganhos decorrentes da prática do ilícito, visando impedir o reingresso do capital espúrio ao mercado regular. Com esse fim, no âmbito preventivo, inegavelmente resta justificada a inserção do sistema bancário e de agentes financeiros, comprovando-se a adoção uniforme de medidas internacionais por diversos países signatários dos compromissos assumidos a partir da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), bem como das subsequentes diretrizes internacionais. Todavia, os mecanismos de controle até o momento adotados têm exigido uma maior colaboração de outras entidades privadas, sensíveis ao possível contato com agentes branqueadores de capitais. Neste caso,

contadores, corretores imobiliários, tabeliães, agentes que atuam no comércio de jóias e de artes e profissionais do direito acabaram por ser incluídos nas Diretrizes e Recomendações orientadas à prevenção da lavagem de dinheiro.

Especificamente em relação à eventual inserção da classe dos advogados na política preventiva, a reflexão resta centralizada no alcance dos diversos documentos internacionais que circundam e traduzem a problemática. Nessa ordem, a proposta das orientações coerentemente assenta-se na nítida separação entre a atividade consultiva e a contenciosa no exercício da advocacia. Quanto à atividade contenciosa, os enunciados da política criminal são transparentes em requerer a exoneração plena do advogado atuante em total harmonia com suas prerrogativas funcionais. A mesma assertiva não encontra idêntico resultado na área consultiva, sobretudo quando se enfocam as especialidades do direito societário e do tributário,<sup>(2)</sup> e principalmente diante da primeira manifestação jurisprudencial de uma alta Corte Europeia, que considerou legalmente admissíveis as Diretrizes no caso da imposição aos advogados de obrigações de informação e de colaboração com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento.<sup>(3)</sup>

Nessa senda e tendo como referenciais as disposições internacionais as quais serviram de impulso às legislações penais internas para combater o fenômeno da lavagem de capitais, encontrar-se um consenso por parte da doutrina no tocante à justificativa da convocação de instituições e agentes financeiros entre outros particulares na política de prevenção. Não obstante permaneça uma certa divergência acerca do aumento no rol de agentes privados e classes submetidas às estratégias de controle à reciclagem de dinheiro, residirá a maior discordância na figura dos advogados, pois o dever especial de diligência e de comunicação de operações suspeitas por parte destes profissionais deturparia o papel que lhes está constitucionalmente previsto, lesando os princípios do sigilo e da independência profissional.

Uma das questões mais significativas reside em determinar até onde compete conhecer a destinação que será dada pelo cliente ao serviço prestado. Na linha da indagação proposta por **Gomez-Jara**, deverá se refletir sobre até onde cabe a um advogado conhecer o destino a ser dado pelo cliente à sociedade constituída por meio da sua assessoria legal. Este autor vai mais longe, ao afirmar que a normativa internacional (principalmente as Diretrizes Europeias) em matéria de prevenção modifica o rol de deveres profissionais, surgindo deveres positivos que ultrapassam o *nenimem laedere*.<sup>(4)</sup> Os deveres de comunicação e, em certos casos, de denúncia impostas pela legislação extrapenal

deverão ter uma solução adequada ao objetivo de não alterar os vetores da Política criminal direcionados ao delito de lavagem.

No concernente à política preventiva, o legislador pátrio, por razões alheias a uma política jurídica racional, inicialmente não conseguiu separar o papel do advogado como alvo das medidas impositivas do dever de vigilância – restrito ao âmbito consultivo – do profissional que exerce a função de defensor do agente acusado do delito de lavagem. Essa falta de esclarecimento acerca da eventual função do advogado na política de prevenção ao branqueamento de capitais e do profissional no exercício de uma missão de defesa ou representação em juízo acabou dando margem a Projetos de Lei (6.413/2005) que ostensivamente afrontavam garantias constitucionais, entre elas a da presunção de inocência e a da ampla defesa, chegando-se às raízes da insensatez ao se cogitar a imposição de advogados dativos para os acusados do crime de lavagem, sob a descabida alegação de que a remuneração do profissional livremente escolhido pelo acusado dar-se-ia com recursos maculados oriundos do delito antecedente.

Quanto à participação do profissional na atividade contenciosa, a doutrina penal não mediu esforços para externar críticas à técnica de tipificação utilizada,<sup>(5)</sup> a qual abrange, numa interpretação literal em razão da amplitude do tipo, as condutas socialmente adequadas, entre elas a do recebimento de honorários maculados por parte do advogado. Praticamente, poderá se atestar um descompasso entre a pretensão da política criminal do *catch the money* e as categorias delitivas configuradoras do injusto punível, principalmente nestas últimas, pois é com os postulados da imputação objetiva que deverão ser compreendidas e sistematizadas essas categorias. Sob a unidade sistêmica entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal nos moldes da proposta de **Roxin** é possível encontrar uma interpretação restritiva do tipo penal da lavagem excludente da figura do defensor.

Uma das respostas advindas da doutrina é saldo dos estudos em torno das condutas neutras,<sup>(6)</sup> socialmente adequadas ou *standard*. Tem havido a devida reflexão teórica em traçar linhas concretas de diferenciação junto ao instituto da cumplicidade, além de identificar no tipo – especificamente no seu aspecto objetivo – a categoria de imputação passível de constatar a existência de sentido delitivo ou se a conduta do autor não supera os limites do risco permitido. Tais conclusões permitem um traslado conceitual ao campo da atividade dos advogados e do recebimento de honorários maculados. A invocação aos postulados da imputação objetiva deverá conferir uma prévia análise tanto das incoerências do critério da causalidade quanto das parciais e insuficientes

percepções derivadas dos critérios ontológicos.

Com esses pressupostos teóricos definidos – e ciente das determinações oriundas dos documentos internacionais, que tendem a influenciar a configuração do tipo da lavagem nos seus elementos objetivos e subjetivos – é viável uma análise do injusto punível da lavagem. É possível aferir que um dos temas expressivos de dissonâncias na doutrina envolve a abrangência do elemento subjetivo e da pertinência do dolo eventual. O resultado de uma maior normatização do aspecto objetivo esvaziaria o elemento volitivo do tipo, refletindo-se nas modalidades do dolo.

Retirar o manto de punibilidade da atividade do advogado em razão do recebimento de honorários supostamente maculados, merecem especial atenção as propostas ofertadas pela doutrina penal para conferir uma exegese restritiva ao tipo da lavagem. As teses aglutinam-se em torno da categoria da tipicidade, que reúne, seja sob a perspectiva objetiva, seja pela via do dolo, os mais variados posicionamentos teóricos. Adstritos à orientação objetiva, elencam-se: a teoria da adequação social – considerada tradicionalmente o primeiro tópico explicativo das condutas neutras; o critério da redução teleológica do tipo da lavagem; e formulações com

maior matiz político-criminal, que propagam ser penalmente irrelevante a conduta do advogado ao receber honorários independentemente do valor ou da forma de pagamento, incorrendo na tipicidade unicamente a hipótese dos “honorários fingidos ou simulados”. Na perspectiva subjetiva, ou melhor, na denominada solução do dolo, o enunciado é cristalino: a conduta do advogado será sancionada penalmente quando conhecer a origem delitativa do dinheiro recebido a título de honorários. Significa a aplicabilidade exclusiva da modalidade do dolo direto.

De forma sintetizada, assevera-se que uma atuação pautada no cumprimento das regras deontológicas da profissão, atinentes à normativa extrapenal referente às suas prerrogativas, capaz de demonstrar a inexistência de qualquer liame de instrumentalidade com a conduta do agente do delito principal, revela-se suficiente para se interpretar restritivamente a figura típica da lavagem, optando-se pela solução do tipo objetivo e defendendo-se a atipicidade da conduta conforme o magistério de **Perez Manzano**.<sup>(7)</sup>

#### NOTAS

- (1) Os termos *lavagem* e *branqueamento* são aqui usados como sinônimos. O termo *branqueamento* é largamente utilizado na legislação portuguesa.

- (2) Vide as Diretrizes da União Européia, 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001; a de 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005 e as Quarenta Recomendações do GAFI, de 20 de Junho de 2003, para o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.
- (3) Vide **acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias** no processo C-305/05, Luxemburgo, 26 de junho de 2007.
- (4) **GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos**. *El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales*: Un apunte introductorio, p. 218 e 219. In *Política criminal y Blanqueo de capitales*. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- (5) Vide, por exemplo, as críticas de **BAJO FERNANDEZ** in *Prólogo a obra Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, p. 7. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- (6) **GRECO, Luís**. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- (7) **PÉREZ MANZANO, Mercedes**. *Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutras”*. *La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004*. In *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra: Civitas, 2005.

#### Rodrigo Sánchez Rios

Doutor em Direito penal pela Universidade de Roma “La Sapienza”. Professor de Direito Penal da graduação e do PPGD da PUCPR. Advogado Criminalista.

## A DEFESA NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL – REFLEXÕES PRELIMINARES

Carolina Yumi de Souza

O instituto da cooperação jurídica internacional (em sentido estrito) deixou de ser desconhecido no meio jurídico brasileiro. Ao contrário, vem sendo utilizado cada vez mais e nos casos cotidianos. Assim, não é instrumento que se destina à produção de provas ou à efetivação de medidas assecuratórias em grandes casos de lavagem de dinheiro ou de crime organizado: é instrumento que passou a integrar o processo penal. Mesmo com essa disseminação do instituto, diversas dúvidas ainda remanescem. Não somente com relação a seu funcionamento ou a seus instrumentos, mas também no que concerne à compatibilização entre conceitos e princípios de direito internacional com aqueles que são caros ao direito penal.

A falta de uma lei específica sobre o tema é um dos principais problemas. Parece repetitivo dizer, mas, claramente, esta questão vem sendo menosprezada. Tanto que, na proposta de um novo Código de Processo Penal,<sup>(1)</sup> em trâmite no Senado Federal, simplesmente o assunto foi ignorado. Repete-se a fórmula da carta rogatória como único instrumento de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Não há sequer menção ao auxílio direto ou à autoridade central e nenhuma diretriz mais específica sobre o processamento dos pedidos internacionais nem quanto às garantias que

devem cercá-los. Perde-se uma grande oportunidade de resolver o problema e demonstra-se a pouca importância que se dá ao tema.

Mas, a par desta breve observação, sobre a ausência da lei, que parece óbvia, há alguns aspectos específicos da cooperação internacional que merecem destaque, especialmente por dificultarem o exercício da ampla defesa, ferindo o devido processo.

O papel da defesa na cooperação internacional é colocado em segundo plano, ocorrendo dificuldades tanto na cooperação passiva (quando o pedido vem do exterior) como na ativa (quando o pedido é encaminhado ao exterior). A impressão que se tem é que a cooperação tornou-se um fim em si mesma. Explico-me. Tornou-se instrumento que busca a consecução de um fim imediato (uma oitiva de testemunha, por exemplo), desconectada do processo como um todo. Isto ocorre, em parte, em virtude da natureza híbrida do instituto, que não é puramente de direito processual penal nem de direito internacional. Traz consigo características dos dois ramos do direito e deve seguir alguns de seus princípios básicos. No nosso modelo, as características relacionadas ao direito internacional têm prevalecido, o que causa grande dano ao processo.

É o que se pode notar com relação ao conceito de ordem pública. Sua definição mostra-

se especialmente relevante quando se trata de defesa de mérito nos pedidos de cooperação. Ao analisarmos a Resolução nº 9/2005, do Superior Tribunal de Justiça, que regulamenta os procedimentos de *exequatur* e de homologação de sentença estrangeira, vemos ali estabelecido que, nas cartas rogatórias, a defesa somente pode se manifestar sobre “*autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução*” (art. 9º). Além dos requisitos formais, portanto, a única matéria de defesa que pode ser utilizada é a ocorrência de ofensa à ordem pública e à soberania<sup>(2)</sup> (art. 6º). Quanto à soberania, independentemente das discussões doutrinárias sobre seu conceito, inerente à própria definição de Estado,<sup>(3)</sup> o campo de dúvidas mantém-se mais restrito, pois delimitada a área do direito em que se encontra.

Mas, no tocante à ordem pública, também surgem diversas dúvidas. Esta “ordem pública” é a mesma a que se refere a nossa legislação penal? É a mesma utilizada para a decretação de prisões preventivas e que é tão combatida quando se revela seu único fundamento? Como é possível que a defesa utilize, em sua defesa de mérito, um princípio que “*é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível*”?<sup>(4)</sup> Isso se coaduna com os demais princípios de direito penal?

Uma das principais explicações acerca do

que constitui a ordem pública pode ser dada por Jacob Dolinger:<sup>(5)</sup> “... o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído.

A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na avaliação do que fere e do que não fere a ordem pública. Compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um povo – eis a grande questão medida pela ordem pública – para cuja aferição a Justiça deverá considerar o que vai na mente e no sentimento da sociedade.

Daí ter sido a ordem pública comparada à moral, aos bons costumes, ao direito natural e até à religião.”

A partir desta explicação, percebemos que somente é possível encontrar parâmetros na jurisprudência que nos indiquem, então, no que consiste a ordem pública em nossa sociedade nos dias atuais.

Sendo um conceito fluido, portanto, que não tem interpretação certa nem mesmo para a decretação de prisão preventiva<sup>(6)</sup> (com aplicação complexa), parece desafiador com ele trabalhar na esfera penal, na qual a certeza de conceitos ganha relevância.

Lembre-se, contudo, que, apesar de o foco dos comentários ter recaído sobre a carta rogatória, este conceito permeia todos os instrumentos de cooperação internacional,<sup>(7)</sup> utilizado também para motivo de denegação de homologação de sentença estrangeira e de cumprimento de pedidos de auxílio direto previsto nos acordos internacionais na área (bilaterais e multilaterais).

Outras questões, ainda, desafiam aqueles

encarregados da defesa em casos que envolvam a cooperação.

Em primeiro lugar, a falta de informação e a decorrente impossibilidade de prestar uma defesa efetiva. É que, em muitos casos, a defesa não é sequer comunicada da expedição de um pedido de cooperação internacional. A possibilidade de argumentação fica sempre, portanto, diferida. A manifestação sobre a validade de determinada prova fica prejudicada, pois não há maneira, assim, de se questionar a própria necessidade de sua produção ou de influir em seu conteúdo, formulando perguntas para uma oitiva de testemunha ou estabelecendo critérios e quesitos para a realização de uma perícia. Mais grave ainda quando se trata de imposição de uma medida assecuratória. Em um caso de bloqueio, as dificuldades são ainda maiores. O defensor atual, para poder praticar defesa efetiva, deve congregiar conhecimentos sobre os mais diversos sistemas jurídicos (visto que a lei aplicável na cooperação é a *lex delicti*), não possuindo, muitas vezes, informações sobre as bases em que tal bloqueio foi efetuado.

Em segundo lugar, as dificuldades de se utilizar da cooperação para a produção de provas para a defesa. Como já dito em outras oportunidades, a cooperação jurídica internacional é vista como um instrumento de colaboração entre estados. Os particulares não são considerados como atores no processo. Desta forma, só há a possibilidade de produção de prova para a acusação ou para o juízo, sendo que, neste último caso, podem ser solicitadas as provas de defesa, se comprovada a importância efetiva para o deslinde do caso. Como exemplo, observe-se o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América,<sup>(8)</sup> que assim dispõe em seu art. I, 5: “O presente Acordo destina-se tão somente à assistência judiciária mútua entre as Partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida”.

Por fim, a impossibilidade, em diversos

casos, de promover a defesa durante a execução do pedido no exterior, seja em virtude de fatores de tempo, econômicos ou, ainda, de acesso às autoridades judiciárias estrangeiras.

Estas são considerações preliminares que demonstram a necessidade e a urgência de reflexão sobre o tema. Ainda que muito utilizada, a cooperação jurídica internacional carece de institucionalização e de sedimentação de conceitos e procedimentos. E esta carência pode levar resultados desastrosos ao processo, seja do ponto de vista da defesa, que se vê cerceada, seja sob o prisma da acusação e da própria justiça, em razão de eventuais nulidades processuais que prejudicarão o exercício do *ius puniendi* estatal.

## NOTAS

- (1) Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. O Livro V trata “Das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira”.
- (2) O Código de Processo Penal, em seu art. 781, traz como causas de não cumprimento dos pedidos a contrariedade à ordem pública e aos bons costumes.
- (3) Note-se que o conceito de soberania sofreu transformações significativas nos últimos séculos, principalmente em virtude da globalização.
- (4) **DOLINGER, Jacob.** *Direito Internacional Privado. Parte Geral*, 9ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.
- (5) **DOLINGER, Jacob.** *Idem*, p. 394-395.
- (6) A garantia da ordem pública consta no art. 312 do Código de Processo Penal como uma das hipóteses autorizadas da prisão preventiva. Porém, na jurisprudência, encontramos as mais diversas interpretações e aplicações sobre o tema. Exemplo da restrição de seu alcance pode ser observado na jurisprudência do STF, especialmente nos votos proferidos no HC nº 89.525, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 09.03.2007.
- (7) Aqui levamos em consideração de maneira breve alguns comentários sobre a ordem pública, mas não se desconsidera ser conceito há muito utilizado e balizador de todo o direito internacional privado.
- (8) Promulgado pelo Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001.

**Carolina Yumi de Souza**

Chefe de Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

## BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO PENAL AMBIENTAL

**Fabio Roberto D’Avila**

Ao longo da história recente do direito criminal, poucos âmbitos de intervenção jurídica se mostraram tão controvertidos quanto aquele circunscrito pelos denominados crimes ecológicos. Pouco ou nada restou que não fosse objeto de crítica. Da sua validade e dignidade enquanto espaço apto a resguardar uma *per se* exigente natureza penal ao atendimento de imposições práticas de funcionalidade e eficácia no controle dos riscos ecológicos, passando, inclusive, pela própria indefinição da matéria a ser erigida a objeto de tutela.

Após algumas décadas de discussão, o alar-

de das controvérsias iniciais perde em volume e abre margem a um cenário que, conquanto não novo, mostra-se já maduro para novas perspectivas dogmáticas e político-criminais. Os problemas originais, sem dúvida, mantêm-se e, por sua conformação, ao que tudo indica, ainda muito acompanharão o direito penal ambiental. Contudo, a densificação permitida pela forte concretização legislativa constitucional e infraconstitucional já autoriza, senão mesmo exige, novos olhares e novos níveis de problematidade.

Se, por um lado, as particularidades ínsitas

à matéria de incriminação dos delitos ecológicos fazem do direito penal ambiental um espaço de regulação verdadeiramente único em termos de desafios, por outro, é igualmente verdade que os elementos aqui colhidos, ainda que em cotejo com outras searas do direito penal secundário, permitem um contexto incomparável não apenas para a reflexão e o desenvolvimento de tradicionais institutos penais, como, e principalmente, para pôr a prova a efetiva capacidade de garantia e informação dos princípios reitores do direito penal – ou, ao menos, o comprometimento da ordem penal

para com eles –, de modo a delinear, ainda que a traços grossos, o efetivo papel e validade da normatividade penal nesses novos meandros.

Houve, sem dúvida, conquistas importantes, embora, a nosso juízo, ainda não suficientemente dimensionadas pela doutrina. Bom exemplo disso parece-nos a controvérsia acerca da compreensão do objeto de tutela dos crimes ecológicos. Mais precisamente, se tal compreensão deve atender a aspirações de cunho meramente antropocêntrico ou se, em seu lugar, deve admitir uma leitura em termos imediatamente ecológicos.

Se bem vemos, aqui não está em questão apenas uma disputa pontual entre duas possíveis compreensões a respeito do bem jurídico tutelado. Muito mais do que isso, a simples colocação do problema, já na sua origem, denotava o esgotamento explicativo de todo um modelo de direito penal estabelecido exclusivamente a partir de um referencial antropocêntrico. E o posterior desdobramento da matéria, por sua vez, não deixou dúvidas sobre isso.

O contínuo enfraquecimento das orientações puramente antropocêntricas em prol de compreensões mistas, i.e., ecológico-antropocêntricas, seguido, no caso brasileiro, de significativos desdobramentos legislativos, não pode – e não deve – ser visto como uma concessão “local” em termos de regulação criminal, uma vez que, se bem contextualizado, está não para causa, mas para resultado de uma precisa forma de perceber o direito e o direito penal. Admitir nos quadros da ciência penal o meio ambiente, em suas inúmeras projeções, enquanto objeto de tutela dotado não só de autonomia, mas também de uma dimensão verdadeiramente ecológica (embora não exclusivamente ecológica, o que é próprio das concepções mistas) não é, pois, uma tímida e concessiva fratura “local”, mas uma importante abertura de toda a ordem de valoração jurídico-criminal a novas fontes de informação axiológicas e, portanto, também assim, a um novo horizonte compreensivo.

Em verdade, o simples reconhecimento dos bens ambientais enquanto realidades dotadas de valor em si, i.e., para o qual o referencial humano pouco ou nada tem a dizer, arrasta consigo toda uma compreensão do ser comunitário que, ao que tudo indica, parece constituir um passo definitivo em termos civilizacionais. Inaugura-se um novo olhar sobre a vida e sobre a responsabilidade pela vida. Mas também, em uma dimensão já mais próxima da juridicidade, permite perceber que a riqueza e complexidade da matéria de incriminação já há muito não obtém adequada tradução na equívoca e restrita idéia de um mero “interesse”, quer seja ele individual, quer seja coletivo. Pois, ainda que a noção de interesse possa abranger também valores obtidos a partir de um processo de reconhecimento de informação não-antropocêntrica – eis que sempre que houver dignidade e carência de tutela pode-se falar em interesse –, o que se reconhece e o que se deve garantir será sempre não o interesse, mas o seu objeto, o bem em si,

enquanto expressão do valor que lhe é ínsito.

Isso por um lado. Por outro, o quadro de desdobramentos jurídico-penais já muito pouco tem de favorável. O direito penal ambiental tem sido, lamentavelmente, palco de reiterada e não raramente gratuita desconsideração de tradicionais princípios penais de garantia, a denotar um preocupante descomprometimento não só da política criminal, mas também da própria práxis penal. Descomprometimento que se torna ainda mais saliente no âmbito dos princípios de caráter substancial, como o são aqueles atinentes ao conteúdo material do ilícito.

Não são poucos os julgados em matéria penal ambiental que, *v.g.*, simplesmente consideram inaplicável o princípio da insignificância, sob o argumento dela versar sobre bens jurídicos supraindividuais. Como se a principiologia penal devesse se adaptar à matéria de proteção e suas vicissitudes e não o contrário. E isso partindo de uma premissa igualmente equivocada, i.e., partindo da ideia de que bens supraindividuais não são suscetíveis de análise em termos de insignificância. Ora, nada mais equivocado. É exatamente o caráter supraindividual dos crimes ecológicos, associado à técnica de tutela adotada, que reforça ainda mais a importância da análise de significação para a definição do âmbito de proteção da norma. O que, aliás, uma vez não atendido, não apenas subverte a racionalidade indispensável à lei penal, violando simultaneamente as exigências de fragmentariedade e ofensividade, pela punição de fatos manifestamente irrelevantes – vale dizer, insuscetíveis *a priori* de conformar materialmente o ilícito-típico –, como inviabiliza em termos práticos a própria resposta penal, devido à excessiva abertura típica e, assim, também da matéria punível. O direito penal arvora-se, desse modo, tristemente, em *prima ratio*. E como *prima ratio*, tendo ele o peso garantístico penal e processual que tem, não é preciso grande esforço para antever o seu incontornável fracasso em termos regulatórios, ainda que se queira dele – o que, por certo, não é o nosso caso – o atendimento de pretensões puramente utilitárias. Torna-se, pois, impraticável a qualquer um dos seus senhores.

Na mesma linha, a peculiar complexidade da matéria ambiental associada a técnicas de tutela tendencialmente formais permitiu, de forma igualmente lamentável, a profusão de propostas de legitimação puramente formal ou – o que não é nada diferente – apenas imediatamente material.

Tanto os denominados crimes de acumulação quanto os chamados crimes de desobediência qualificada, *v.g.*, não passam de proposições de ilicitude manifestamente formal. Embora propostos tendo como referencial a tutela de bens jurídicos, esse referencial de cunho substancial – tal qual ocorre na tradicional, e constitucionalmente inaceitável, concepção de crimes de perigo abstrato enquanto crimes de perigo presumido – assume um papel meramente propulsor da elaboração legislativa, desacompanhando

posteriormente a conformação do ilícito-típico. Em outras palavras, o ilícito-típico abandona o seu referencial material em âmbito legislativo, realizando-se *de lege lata* em uma dimensão exclusivamente formal.

Em verdade, é exatamente este o aspecto que mais preocupa em tais elaborações. Diferentemente de construções assumidamente formais, a manutenção, nesses casos, de uma orientação teleológica atenta ao objeto de tutela, ainda que mediata e distante, acaba por maquiar um ilícito que, ao fim e ao cabo, se perfaz de modo unicamente formal. Daí ser possível entender a diferença de posicionamento entre aqueles que defendem a teoria do bem jurídico enquanto fundamento que se faz suficiente ainda que de forma mediata e aqueles que, como nós, entendem que não se pode afastar da teoria do bem jurídico a dimensão da ofensa, de modo a impedir precisamente esse intolerável descolamento do ilícito em relação ao substrato material no qual está assente a sua legitimidade. Só assim a teoria do bem jurídico torna-se, verdadeiramente, uma teoria do crime como *ofensa a bens jurídicos*. E, apenas nesse contexto, tais elaborações em termos de acumulação e desobediência, visto que incapazes, pelo deslocamento do substrato material, de traduzir hipóteses de ofensa, i.e., dano ou perigo ao objeto de tutela, definitivamente não encontrarão espaço.

Não por outra razão, temos, há muito, em vários escritos, de forma insistente e reiterada, afirmado que o ilícito penal não pode e não deve se satisfazer com proposições em termos de acumulação ou desobediência, com proposições que buscam na mera orientação teleológica a sua *ratio* substancial. A reivindicação de ofensividade enquanto dimensão indispensável e indissociável para o reconhecimento do ilícito-típico individualmente considerado torna inaceitável – quanto a nós, constitucionalmente inaceitável – os delitos de acumulação e desobediência.

De qualquer modo, importa ter claro que, a exemplo do que aqui se observa, a maior parte das dificuldades levantadas em desfavor do direito penal ecológico mais está no seu ainda amplo desconcerto teórico e prático do que em problemas ínsitos à respectiva matéria de incriminação. E que, de certo modo, esse desconcerto não é de todo mal. O direito penal ecológico, convertido em amplo campo de prova do que pode vir a ser o direito penal nos anos que seguem, muito tem a contribuir para a feição, ainda demasiadamente frágil, do direito penal que se deseja para este novo milênio.

#### Fabio Roberto D’Avila

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidad de Frankfurt am Main. Advogado Criminal.

# A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA PARA ALÉM DA VELHA QUESTÃO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

Davi de Paiva Costa Tangerino

Em que pesem importantes resistências doutrinárias ao instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica,<sup>(1)</sup> incontestemente que ela instaurou-se no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com o apanágio das cortes superiores. O Supremo Tribunal Federal, muito embora nunca o tenha decidido em controle concentrado, conta com decisões, de ambas as Turmas, em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi debatida, sem, contudo, qualquer pecha de inconstitucionalidade. O Superior Tribunal de Justiça, mais do que aceitar o instituto, tem imposto parâmetros à sua aplicação, notadamente no que tange à necessidade de dupla imputação, bem como a outros requisitos para fixação de dita responsabilidade. Quer, então, parecer que o debate quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica mereça ser adensado para além de sua constitucionalidade. Considerando-se, pragmaticamente, que as pessoas jurídicas podem e são julgadas por crimes ambientais, é missão da doutrina buscar conter o poder punitivo,<sup>(2)</sup> injetando-lhe parâmetros garantistas que tornem seu emprego compatível com os preceitos constitucionais penais, sobretudo quando se tem por horizonte a tendência expansionista do poder punitivo.

E a garantia fundamental que é comumente violada quando do emprego, sem mais, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, é a antiquíssima vedação de responsabilidade penal objetiva, conteúdo do famoso brocardo *nullum crimen sine culpa*, que dá corpo a uma das três possíveis acepções do vocábulo culpabilidade no Direito penal brasileiro.<sup>(3)</sup>

No campo da responsabilização penal da pessoa jurídica, porém, a responsabilidade objetiva acaba por renascer, na medida em que os aplicadores do Direito, ao encontrarem natural dificuldade em aplicar os institutos da teoria do delito, umbilicalmente ligados ao sujeito natural, às pessoas jurídicas, migram para um modelo privatista, mais adaptado aos entes morais. No marco da responsabilidade, a pessoal e subjetiva tende a se aproximar, perigosamente, da objetiva.

Com efeito, Ministro **Gilson Dipp**, relator de acórdão paradigma no assunto, afirma que “na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, nesse contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito”.<sup>(4)</sup> A reforçar o cunho objetivo da responsabilidade, cita, em seu voto, a posição de **Valdir Sznick**, para quem a culpabilidade da pessoa jurídica seria uma culpa diferenciada, “diversa da culpa

tradicional, dentro do interesse público, fundamento do *strict liability*, do direito americano, que prescinde de *mens rea*, ou seja, do dolo”.<sup>(5)</sup>

Prepondera, assim, na jurisprudência, a concepção segundo a qual a culpabilidade clássica serve para a fixação da responsabilidade pessoal e subjetiva, nascendo a da pessoa jurídica quando presentes os seguintes requisitos ditos explícitos: “1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que o autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica”, somados aos ditos implícitos “1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica”.<sup>(6)</sup>

Consagra, portanto, o sistema de dupla imputação que, nos dizeres de Sérgio Salomão Shecaira, “é o nome dado ao mecanismo de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade pessoal das pessoas físicas que contribuíram para a consecução do ato”.<sup>(7)</sup>

A dupla imputação, tal como exposta acima, reforça, de um lado, a dimensão garantista, na medida em que demanda um agir humano como ponto de partida da responsabilidade da pessoa jurídica, cria, porém, de outro, uma responsabilidade quase reflexa para a pessoa jurídica, fruto direto da ação delitiva da pessoa física, sendo, portanto, em essência, responsabilidade objetiva, em tese vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

Os estudos de direito penal comparado revelam que os modelos de responsabilização das pessoas jurídicas podem ser agrupados em três categorias: (i) responsabilidade pelo fato de outrem ou responsabilidade vicária; (ii) imputação penal baseada na teoria orgânica; e (iii) responsabilidade originária da empresa.<sup>(8)</sup>

No primeiro modelo, afirmam **Kremnitzer** e **Ghanayim**,<sup>(9)</sup> a responsabilidade da pessoa jurídica decorre diretamente da da pessoa física, de sorte que aquela responde ainda “que o subordinado não tenha permissão para agir ou ainda tenha contrariado uma proibição expressa nesse sentido, se desfazendo, em contrapartida, quando a pessoa física não se fizer punível”. Variação desse modelo é a teoria da identificação, que localiza no órgão diretivo da empresa espécie de alter ego da mesma, de sorte que “a ação e a culpa da empresa seriam identificados com o agir e a culpabilidade do indivíduo que possui um poder de direção em seu âmbito”. Parece ser esse o modelo adotado no Brasil.

As teorias que sustentam uma responsabilidade originária da empresa enfocam

outro aspecto da responsabilidade: ela não decorreria do agir de pessoas físicas quando da prática de atos delitivos, porém seria aferível a partir de certa culpa da própria pessoa jurídica quando da organização *interna corporis* de suas atividades. Assim, por exemplo, a culpabilidade por defeito de organização, defendida por **Klaus Tiedemann**,<sup>(10)</sup> que, essencialmente, diz respeito à responsabilização da pessoa jurídica por não ter tomado as medidas de cuidado ou vigilância necessárias à garantia de uma atividade não delitiva. **Heine**, por sua vez, sustenta uma responsabilidade baseada na má condução da atividade empresarial no diz respeito à prevenção de riscos empresariais. Bastante mais complexa é a elaboração de **Lampe**,<sup>(11)</sup> para quem a responsabilização da pessoa jurídica passa pela construção de um novo sistema de injusto, assim entendidas “relações de pessoas organizadas com fins ilícitos”. No campo dos delitos cometidos no seio da empresa, os injustos de dimensão sistêmica seriam atribuíveis às pessoas jurídicas, na medida em que lesionam bens jurídicos com base em certa filosofia da empresa, assim entendida a totalidade da orientação e da concepção de valores que direcionam a empresa, principalmente em relação a sua posição em seu contexto social, econômico e ecológico, ou ainda com base em uma dada forma de sua organização. Concretamente, existiriam quatro causas fundamentais que constituiriam injusto imputável à empresa: a) o potencial perigo utilizado pela empresa para realizar uma dada prestação; b) a estrutura deficitária de sua organização, que neutralizaria erroneamente a periculosidade deste potencial; c) uma filosofia empresarial criminosa; d) a erosão de responsabilidade interna à empresa, nos casos em que esta não possui regras claras e eficientes de responsabilização de seus membros em caso de desvios funcionais.

Todas as teorias da culpabilidade da empresa coadunam-se com a adoção de programas de *compliance* como régua de fixação dessa culpabilidade. O *U.S. Sentencing Guidelines Manual*, em seu capítulo oitavo, prevê uma extensa relação de etapas, cada qual composta de inúmeras variáveis, para a quantificação da pena referente às corporações. Alcança-se uma verdadeira equação em pontos adicionais ou subtraídos a partir de posturas pró ou contra tolerância de atividades criminosas *interna corporis*. Elucidativo, assim, o exemplo contido em (f), (1), a saber, a previsão de subtração de três pontos da equação, “se o delito ocorreu apesar de a corporação ter implementado, no tempo do delito, um programa efetivo de ética

e compliance, tal como previsto do §8B2.1". Para se ter parâmetro do impacto que esses programas têm no *quantum* da pena, mister consignar que a multa, na hipótese de menor culpabilidade possível, será diminuída para 1/20 do valor original, ao passo que será quadruplicada no cenário de culpabilidade mais intensa.

Os modelos de culpabilidade própria da pessoa jurídica, além de mais compatíveis com as garantias constitucionais, revelaram-se, segundo **Sieber**,<sup>(12)</sup> mais efetivos na prevenção de delitos, haja vista que estudos criminológicos constataram que "o comportamento dos empregados é principalmente sensível à influência exercida pela própria empresa. Em um estudo empírico comparativo, descobriu-se que o cometimento de crimes é consideravelmente menor nas empresas onde existem regras éticas e programas de compliance".

O emprego de modelos de culpabilidade de empresa, por fim, não dispensa o debate quanto à viabilidade de se empregar o Direito penal na tutela da economia e, em especial, dadas as características legislativas brasileiras, do meio ambiente. Isso porque, também no campo do direito administrativo sancionador, mister a atribuição de responsabilidades, visto que não se confunde com o direito administrativo, precisamente por seu caráter sancionatório.<sup>(13)</sup>

Tal como está, o Direito penal ambiental

representa um retrocesso, eis que responsabilização da pessoa jurídica, por ato de outrem, é incontroversamente um modelo de responsabilidade objetiva. Peca, ademais, ao reforçar a lógica da dissuasão que impregna a pena privativa de liberdade, cuja falência é evidente. A superação do paradigma clássico do Direito penal é um desafio que perpassa toda a dogmática penal. Curiosamente, o Direito penal ambiental oferece campo profícuo para que se vivenciem transformações, em especial no que diz respeito à pessoa jurídica. Os modelos de culpabilidade de empresa propiciam círculos virtuosos de prevenção delitativa que poderão, de fato, proteger com maior eficiência o meio ambiente a partir de um movimento crescente de envolvimento com o bem jurídico.

#### NOTAS

- (1) Por todos, **Luiz Régis Prado**. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: RT. Precursor, no Brasil, na defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, **Sérgio Salomão Shecaira**, principalmente em *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010, no prelo.
- (2) **TANGERINO, Davi**. *Culpabilidade*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010, no prelo.
- (3) **BITENCOURT, Cezar**. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 1, p. 15.
- (4) Recurso Especial n. 610.114/RN, Quinta Turma, j. 17.11.2005.

- (5) *Direito penal ambiental*. Editora Ícone, 2001, pp. 66/67.
- (6) Recurso Especial n. 610.114/RN, Quinta Turma, j. 17.11.2005.
- (7) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2010, no prelo.
- (8) As referências que seguem foram extraídas da pesquisa *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, patrocinada pelo Ministério da Justiça, de que participei como pesquisador. Foi publicada na série *Pensando o Direito*, em seu número 18, em 2009, e encontra-se disponível gratuitamente no sítio do ministério.
- (9) **KREMNITZER, Mordechai; GHANAYIM, Khalid**. *Die Strafbarkeit von Unternehmen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 113, 2001.
- (10) **TIEDEMANN, Klaus**. *Die, Bebußung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 19, 1988.
- (11) **LAMPE, Ernst-Joachim**. *Systemunrecht und Unrechtssysteme*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 106/1994.
- (12) **SIEBER, Ulrich**. *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht*. In: *SIEBER, Ulrich et alli (org.). Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln/ München, 2008.
- (13) A respeito do Direito administrativo sancionador, na seara ambiental, por todos, **Helena Regina Lobo da Costa**. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

#### Davi de Paiva Costa Tangerino

Doutor e Mestre em Direito penal e criminologia (USP). Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado criminalista

## ALGUMAS PROVOCAÇÕES A RESPEITO DA LEI N. 7.492, DE 1986

Flavio Antônio da Cruz

*"A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhe concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento".<sup>(1)</sup>*

**Jacques Derrida**

É sabido que "o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotadas de menor potencial ofensivo".<sup>(2)</sup> Mas isso não tem sido empreendido a contento.

Raras são as decisões judiciais em que se promove efetiva crivação, pelo tamis constitucional, das fontes normativas do Direito Penal. A carga retórica das sentenças penais tem gravitado essencialmente em torno do exame dos meios probatórios: o que esta ou aquela testemunha teria dito, qual o alcance de determinado documento etc., sem maior confronto entre as normas infraconstitucionais e os vetores axiológicos que animam nossa já vintaneira democracia. Talvez porque esse controle imponha um significativo custo político, sobremodo em um tempo de midiaticização de processos e de notório clamor

popular por maior criminalização e punição.

É com esse pano de fundo que a Lei 7.492 deve ser examinada.

O diploma bem retrata o afã de se empregar a sanção criminal como instrumento de programação de condutas, mesmo quando destituídas de uma prévia reprovação coletiva. Ao contrário do que ocorre com o homicídio e outros delitos tipificados no Código Penal, a Lei 7.492 criminaliza comportamentos eticamente neutros,<sup>(3)</sup> de maneira que, em muitos casos, a autocensura do agente, quanto ao próprio agir, somente eclode após a pesquisa da legislação.

Subsiste uma constante sobreposição de normas, eis que a censura penal fica condicionada à existência de uma infração administrativa. Não há como aplicar o art. 22 da Lei 7.492 sem que o Juízo disponha de profundos conhecimentos a respeito dos regulamentos que versem sobre o mercado de câmbio, por exemplo.

Exceto quando se tratem efetivamente de preceitos de caráter temporário ou excepcional (como eram, ao seu tempo, os tabelamentos da SUNAB), a eventual alteração de dispositivos administrativos, deixando de

exigir esta ou aquela autorização, implicará em *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*.

Em princípio, os regulamentos cambiários não podem ser tomados como preceitos de caráter excepcional ou temporário, de modo que – *via de regra* – alterações favoráveis aos acusados devem ser aplicadas retroativamente.<sup>(4)</sup> A alteração de valores para a exoneração do dever de declarar capitais internacionais pode causar, portanto, *abolitio criminis* (p.ex., comparação das Circulares 3.181/2006 e 3.071/2001, BACEN).<sup>(5)</sup> A grande verdade é que as autoridades administrativas que editam essas resoluções não se mostram muito preocupadas com os efeitos criminais que delas decorram.

Outro aspecto diz respeito ao postulado da lesividade (*nulla lex poenalis sine necessitate; nulla necessitas sine injuria*). As condutas – mesmo quando supostamente típicas – devem ser confrontadas com o art. 17 do CP; eis que, no Brasil, tentativas absolutamente inidôneas não podem ser reputadas como crime. O Judiciário há de tomar em conta as grandes contradições que têm vigorado no Direito Administrativo quanto ao regulamento do câmbio, por exemplo.

Ensina **Zaffaroni**: “Não seria admissível para uma elementar racionalidade de qualquer decisão judicial, que se considerasse proibida uma conduta que não lesiona outrem; tampouco é racional afirmar que está proibida uma ação que outra norma ordena, ou considerar que uma norma proíbe o que outra fomenta. Mas além de que ninguém saberia o que fazer em uma situação concreta, os juízes estariam confirmando a irracionalidade absoluta do poder ao condenar pelo que não prejudica a outrem”.<sup>(6)</sup> Há que se questionar, p.ex., a razão pela qual se rotula como crime a atitude de quem tenha depositado valores em contas CC-5, a partir de contas correntes alheias (“*laranjas*”), se o próprio Estado não se mostrou muito preocupado com a efetiva identificação dos remetentes (dado que franqueou, a 05 Bancos, a realização de depósitos em espécie em tais contas, conforme conhecidas autorizações especiais do BACEN; além da inegável contradição do art. 10, §1º, com art. 12, inc. I, da Circular n. 2.677/96, BACEN, quando confrontados com o art. 8º do mesmo diploma).<sup>(7)</sup>

Por outro lado, em brilhantes votos do Ministro **Celso de Mello**, a Suprema Corte tem reconhecido ao Judiciário o dever-poder de efetivar o controle da coerência das sanções criminais (*HC 92.525 e 102.094*). Há certo disparate na Lei 7.492 quando censura, com a pena de 02 a 06 anos, a conduta de quem tenha remetido irregularmente R\$ 30.000,00, em divisas, ao exterior (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492), ao mesmo tempo em que repreende, com pena entre 01 e 04 anos, o comportamento de quem *com habitualidade e por longos anos* tenha operado uma instituição financeira clandestina (art. 16), conduta mais agressiva.

Destaca-se ainda a aparente inconstitucionalidade do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492, dada a agressão à regra constitucional da taxatividade (*nulla poena sine lege certa* – art. 5º, inciso XXXIX, CF). Os parlamentares tipificaram, como crime, uma conduta imprudente (*gerir temerariamente*), mas sem condicionar a aplicação da pena à sobrevinda de um resultado lesivo<sup>(8)</sup> e sem fazer expressa menção à aludida condição (como exige o art. 18, parágrafo único, CP).

Ainda que todo crime culposos esteja fundado em tipos abertos (violação ao dever geral de cautela), a Dogmática concebeu inúmeros critérios de contenção do arbítrio nisso envolvido (previsibilidade, evitabilidade, incremento indevido do risco, consumação do risco no resultado etc.). A simples tipificação penal de um agir temerário, sem exigir a ocorrência de dano, não pode ser aceita em um Direito Penal democrático, pois – *do contrário* – quem estará criando a proibição, ao final de contas, será o Judiciário, em exame *post factum*.

Seriam admissíveis tipos penais assemelhados: “*conduzir-se temerariamente no trânsito*” ou “*exercer temerariamente a medicina*”? Tais dispositivos, que veiculam redação análoga ao do art. 4º, parágrafo único, bem ilustram o perigo de tais preceitos. Fica sempre ao gosto do censor de plantão definir quando é que tal ou qual conduta seria delituosa, o que agride o inc. XXXIX, já referido.

Nem se diga que o delito seria doloso. Os crimes imprudentes também envolvem certo conteúdo

volitivo (a escolha *voluntária* dos meios para a realização de um propósito lícito). Quem, sem intenção, atropela um transeunte, por estar a 150 km/h, atua com vontade de dirigir a 150 km/h, o que, *por si só*, não converte um crime negligente em doloso. Ademais, mesmo que se suponha que se trata de crime doloso, continua ausente a delimitação da conduta penalmente censurada.

Cumpra também registrar a aparente atipicidade das chamadas operações *hawalla* (dólar-cabo). Como explica **Tórtima**,<sup>(9)</sup> o crime do art. 22, parágrafo único, da Lei somente se consuma quando, *de forma irregular*, o agente promove a saída, para o exterior (*pleonismo legislativo*), de divisas que se encontravam em solo nacional. A simples transferência de titularidade de divisas que já se encontrem no exterior – ainda que configure infração administrativa (art. 1º, Dec. 23.258/33), ou possa caracterizar outro delito – não parece atender aos requisitos daquele parágrafo único ora referido.

Quem dispara em um cadáver não pratica homicídio (art. 17, CP). A negociação de divisas já ocultadas ao Estado não poderia ser tomada, *em princípio*, como evasão (eis que, quando muito, a verdadeira evasão teria ocorrido anteriormente). Por mais que se reconheça que toda interpretação da lei está condicionada pela polissemia do idioma, não menos certo que há regras para uso dos termos linguísticos, de modo que, onde se diz saída de divisas para o exterior, não se pode simplesmente ler “*transferência de divisas que já se encontrem no exterior*”.

O controle de constitucionalidade não deve ser tomado como complacência com conjeturados delitos. Antes, trata-se da função mais nobre reconhecida ao Judiciário: a de garantir a efetividade dos valores fundamentais da nossa comunidade política. Do reconhecimento da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, no âmbito da Lei n. 8.072 (STF, *HC 82.959*), não se seguiu o caos profetizado por alguns. Os parlamentares cumpriram seu papel, editando novo texto, com respeito aos comandos constitucionais (Lei 11.464/2007). Se nos contentarmos com dispositivos deficitários, nunca teremos normas constitucionalmente adequadas.

## NOTAS

- (1) **Jacques Derrida**. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, SP; Martins Fontes, 2007, p. 21.
- (2) Brasil, STF, ADIn 3112, voto do Ministro **Gilmar Mendes**, p. 14.
- (3) **Figueiredo Dias**. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 2ª ed. p. 392-415.
- (4) **Roxin**, *Derecho penal*, p. 169. **Américo Taipa de Carvalho**. *Sucessão de leis penais*. 3ª ed., p. 256.
- (5) **Taipa de Carvalho**, *Sucessão de leis penais*, p. 267.
- (6) **Zaffaroni**. *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, p. 485.
- (7) Lógica já aplicada pelo TRF da 4ª Rg., ao julgar a apelação criminal n. 2005.70.00.00.3484-8/PR, DJE de 28.08.2008.
- (8) Ao contrário do que previa a Lei n. 1.521/51, art. 3º, inc. IX, que condicionava a aplicação da sanção à existência de falência ou insolvência, decorrentes da gestão temerária.
- (9) **José Carlos Tórtima**. *Evasão de divisas*, Lumen Juris, 2006.

**Flavio Antônio da Cruz**

Doutorando em Direito do Estado pela UFPR.  
Juiz Federal Substituto em Curitiba desde 2002.

## Entidades que assinam o Boletim:

### ■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

### ■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- 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

### ■ RIO DE JANEIRO

- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

### ■ 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

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

PATROCINADOR OFICIAL



# 16º Seminário internacional

De 24 a 27 de agosto de 2010  
Hotel Tivoli São Paulo - Mofarrej

Confira nossos lançamentos:

**A Busca da Verdade no Processo Penal, 2.ª ed.**  
Marco Antonio de Barros

**Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 3.ª ed.**  
Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli

**Comentários ao Código Penal, 5.ª ed.**  
Luiz Regis Prado

**Crimes Eleitorais, 4.ª ed.**  
Susana de Camargo Gomes

**Criminologia Clínica e Psicologia Criminal, 2.ª ed.**  
Alvino Augusto de Sá

**Criminologia Integrada, 3.ª ed.**  
Valter Fernandes e Newton Fernandes

**Direito Internacional Público, 5.ª ed.**  
Valerio de Oliveira Mazzuoli

**Direito Supraconstitucional**  
Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli

**A Imputação Objetiva no Direito Penal, 3.ª ed.**  
Günter Jakobs e André Luís Callegari

**A Investigação Criminal Defensiva**  
André Augusto Mendes Machado

**Legislação Eleitoral Interpretada, 3.ª ed.**  
Rui Stoco e Leandro Stoco

**Leis Penais e Processuais Penais Especiais Comentadas, 5.ª ed.**  
Guilherme de Souza Nucci

**Métodos de Trabalho do Direito Constitucional, 4.ª edição**  
Friedrich Müller

**Princípio da Insignificância, 2.ª ed.**  
Luiz Flávio Gomes

**Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**  
Guilherme de Souza Nucci

**Recursos em Matéria Eleitoral, 9.ª ed.**  
Tito Costa

**Da Tentativa, 9.ª ed.**  
José Henrique Pierangeli e Eugênio Raul Zaffaroni

**Revista Brasileira de Ciências Criminais – Assinatura 2010**

VISITE NOSSO ESTANDE

Siga-nos



www.rt.com.br