51944

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 86 • set.-out. / 2010

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais
Ano 18 • n. 86 • set.-out. / 2010

Presidência **Sérgio Mazina Martins**
Coordenação **Ana Elisa Liberatore S. Bechara**

Diretoria da Revista

COORDENAÇÃO – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Flávia Rahal, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior e Sérgio Salomão Shecaira.

Colaboradores Permanentes

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 18 • n. 86 • set.-out. / 2010

Coordenação
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do **IBCCRIM**

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Revista
Brasileira de
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 86 • set.-out. / 2010

Presidência
Sérgio Mazina Martins
Coordenação
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

© edição e distribuição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

Diretor responsável
Antonio Belinelo

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Gráfica e Editora Ripress Ltda. CNPJ 00.480.416/0001-54

Impresso no Brasil: [10-2010]
Profissional
Fechamento desta edição: [14.10.2010]

EDITORA AFILIADA

APRESENTAÇÃO

Este número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* reúne diversos artigos que refletem os temas debatidos no 16.º Seminário Internacional de Ciências Criminais, realizado pelo IBCCrim entre os dias 24 e 27.08.2010. São renomados juristas nacionais e internacionais que abrilhantaram o evento e que agora dividem com os assinantes da Revista suas reflexões sobre temas atuais e polêmicos. Ressalta-se, nesse sentido, a discussão acerca da abolição universal da pena capital, que o IBCCRIM toma para si, como membro fundador da Rede Acadêmica Internacional contra a Pena Capital.

Sumário

Apresentação 5

I. Direito Penal

1. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B, introduzidos pela Lei 12.015/2009)
   Guilherme de Souza Nucci, André Vinícius Monteiro, Daniel Gemignani e Ivan Luís Marques 9
2. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica
   Davi de Paiva Costa Tangerino 36
3. Derecho penal económico: delitos tributarios. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales
   Diego Gustavo Barroetaveña 61
4. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias
   Flavio Antônio da Cruz 99
5. A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal
   Jorge de Figueiredo Dias 148
6. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira
   Luciano Feldens e Thiago Zucchetti Carrion 170
7. Reflexões sobre os crimes tributários
   Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira 201
8. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?
   Susana Aires de Sousa 231

II. Processo Penal

1. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?
   Marcos César Alvarez, Alessandra Teixeira, Maria Gorete Marques de Jesus, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla, Caio Santiago e Veridiana Domingos Cordeiro..... 247
2. Efeitos perversos da prisão cautelar
   Odone Sanguiné..... 289
3. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais
   Simone Schreiber..... 336

III. Crime e Sociedade

1. O protagonismo das vítimas de violência doméstica e familiar
   Maria Amélia de Almeida Teles..... 381

IV. Sistema Prisional

1. A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional
   Camila Caldeira Nunes Dias..... 393

V. Seção Especial: Direitos Humanos

1. O caminho para a moratória universal da pena de morte
   Luis Arroyo Zapatero..... 415
2. O Islamismo e a pena de morte: a particular ótica de um muçulmano, brasileiro e pesquisador de Direito Penal sobre as normas corânicas
   Mohamad Ale Hasan Mahmoud..... 427

Índice Alfabético-Remissivo

Autores..... 447
Temas..... 449

IBCCRIM – Diretoria da Gestão 2009-2010..... 453

Normas de publicação para autores..... 455

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da gestão 2009/2010

Diretoria executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1.º Secretária
Juliana Garcia Belloque

2.º Secretário
Cristiano Avila Maronna

1.º Tesoureiro
Édson Luís Baldan

2.º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

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

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

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

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

16.º Seminário Internacional
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

Corretora dos Trabalhos de Conclusão do VI Curso de Direito Penal Econômico e Europeu
Heloisa Estellita

Coordenadores-chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
André 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 Teles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadorias Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

1.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Luis Carlos Valois

2.ª Região (Amapá e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

3.ª Região (Maranhão e Piauí) – Roberto Carvalho Veloso

4.ª Região (Rio Grande do Norte e Paraíba) – Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª Região (Alagoas e Sergipe) – Daniela Carvalho Almeida da Costa

6.ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro) – Marcio Barandier

7.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8.ª Região (Mato Grosso e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

9.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

Coordenadorias Estaduais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

1.ª Estadual (Ceará) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

2.ª Estadual (Pernambuco) – André Carneiro Leão

3.ª Estadual (Bahia) – Wellington César Lima e Silva

4.ª Estadual (Minas Gerais) – Felipe Martins Pinto

5.ª Estadual (Mato Grosso do Sul) – Marco Aurélio Borges de Paula

6.ª Estadual (São Paulo) – João Daniel Rassi

7.ª Estadual (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

51946

I DIREITO PENAL

1

Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-A e 218-B, introduzidos pela Lei 12.015/2009)

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Livre-docente em Direito Penal, Doutor e Mestre em Processo Penal pela PUC-SP. Professor concursado de Direito Penal na PUC-SP. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Ciências Criminais da PUC-SP. Juiz em Segundo Grau, atuando como Desembargador da Seção Criminal do TJSP.

ANDRÉ VINÍCIUS MONTEIRO

Assistente Jurídico do TJSP, graduado pela PUC-SP e Pesquisador do Núcleo de Ciências Criminais da PUC-SP.

DANIEL GEMIGNANI

Bacharel pela PUC-SP e Pesquisador do Núcleo de Ciências Criminais da PUC-SP. Advogado.

IVAN LUÍS MARQUES

Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal e Processual Penal. Coordenador-chefe no IBCCrim. Membro Efetivo da Comissão de Direito Criminal da OAB/SP e Pesquisador do Núcleo de Ciências Criminais da PUC-SP.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A chamada proteção do vulnerável ganhou, por força da Constituição de 1988, considerável notoriedade e despertou a preocupação de estudiosos. Busca-se, por meio do Direito Penal, encontrar formas eficazes de combate a essa forma de criminalidade, atendendo aos anseios constitucionais e às prementes necessidades sociais. A Lei 12.015/2009 trata dos meios e regras específicas aplicáveis à persecução penal dos crimes cometidos contra a dignidade sexual, inclusive do vulnerável. O escopo do presente trabalho é analisar as consequências da criação dos tipos penais dos arts. 218-A e 218-B.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma penal – Constitucionalidade – Contornos normativos – Proteção dos vulneráveis – Crimes contra a dignidade sexual.

ABSTRACT: The so-called protection for the vulnerable attracted major publicity due to the 1988 Brazilian Constitution, causing concern to scholars. Criminal Law seeks to find efficient ways to fight this form of criminality fulfilling constitutional aspiration and meeting pressing social needs. Federal Law 12.015/2009 addresses means and specific rules applicable to criminal prosecution of crimes committed against the sexual dignity, including those against the vulnerable. The scope of this study is to examine the consequences of the creation of 218-A and 218-B criminal types.

KEYWORDS: Criminal law reform – Constitutionality – Regulatory outline – Protection for the vulnerable – Crime against sexual dignity.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente: 2.1 Sujeito ativo e passivo; 2.2 Meios virtuais sob perspectiva constitucional; 2.3 Do elemento *induzir*; 2.4 Classificação; 2.5 Do elemento subjetivo específico – 3. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável: 3.1 Classificação; 3.2 Sucessão legislativa; 3.3 A vinculação do § 2.º do art. 218-B ao seu *caput*; 3.4 Veto ao art. 234-C e o conceito de *exploração sexual* – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou a patamar constitucional temas dantes tratados exclusivamente pelo legislador ordinário, a indicar a necessidade de se tutelarem outros direitos, além daqueles já familiarizados com as anteriores ordens constitucionais.

Nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, bem como na EC 1/1969, encontramos títulos que, em conjunto ou separadamente, cuidavam da família, da educação e da cultura, apontando regra geral quanto à obrigação do Estado em prestar assistência à infância e à adolescência; mas, apenas em 1988, o constituinte voltou sua atenção

às crianças, fazendo-se inserir capítulo denominado "Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso", no qual determina que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" (art. 227, § 4.º, da CF/1988).

O sexo sempre foi objeto de tenso debate na sociedade. O Direito não se manteve alheio a esta questão. Uma análise do bem jurídico protegido leva a novas considerações quanto ao Direito Penal sexual.[1] Como bem asseverou Celso Eduardo Faria Coracini, "adotar um dogmatismo fechado ou simplesmente aceitar a continuidade do que já se conhece, significa camuflar a referida crise e optar pela inanição".[2]

Exemplo concreto da evolução constitucional da tutela penal de bens jurídicos ocorreu em 2005, com a Lei 11.106/2005, que atualizou flagrante desrespeito à isonomia entre homens e mulheres, previsto no antigo Título – Dos crimes contra os costumes, extirpando do Código Penal a expressão "mulher honesta".

A elaboração do Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes – justificava-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. Para a sociedade da época, apenas as mulheres de família, de bons costumes, virgens até a data do casamento mereciam a proteção da lei. Prova disso, era a possibilidade de anulação do casamento caso fosse constatado, em pós-núpcias, o prévio defloramento da recém-casada (art. 219, IV, do CC/1916). Todas as mulheres que não possuíam esses requisitos "formais" eram consideradas sexualmente desonestas e, portanto, não tinham a sua liberdade sexual integralmente protegida contra os delitos hoje reformados. Afinal, mulheres carecedoras da honra sexual cultural não possuíam, por exemplo, a ingenuidade necessária para figurarem no polo passivo dos delitos sexuais praticados mediante fraude.[3]

1. Silveira, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual – A moral e a questão da honestidade. *RBCCrim* 33/133.
2. Coracini, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. *RBCCrim* 50/237.
3. Marques, Ivan Luís. A presunção de honestidade da mulher – algumas reflexões sobre a Lei 11.106, de 28.03.2005. *Boletim do IBCCrim*, n. 150, p. 3.

Entretanto, o Título VI tutelava bem jurídico incompatível com a modernidade do século XXI. Cuidava dos costumes e não da *dignidade sexual* das pessoas.

Neste sentido, o legislador de 2009, já em tardia hora, regulou tema que não se encontrava na pauta legislativa de 1940. Para tanto, além da dignidade sexual em geral, sob um prisma mais específico criaram-se tipos penais para coibir condutas atentatórias à *dignidade sexual dos vulneráveis*, em atenção à proteção de bem jurídico outrora inexistente no texto constitucional.

Assim, não por simples discricionariedade legislativa, mas por atenção às responsabilidades sociais traçadas e determinadas pela Constituição de 1988, movimentou-se o Poder Legislativo no sentido de garantir proteção jurídica diferenciada a bem jurídico de nítido e inconteste valor para a formação social brasileira.

Desta forma, tem o presente estudo por mote os arts. 218-A e 218-B do CP, inseridos pela Lei 12.015/2009, que vieram, na esteira do que até aqui afirmado, não só adequar o epíteto do capítulo respectivo aos crimes novos ou reformulados, como também, adequá-los a uma nova visão do direito penal, mais adequada às diretrizes e aos princípios constitucionais.

Assim, pode-se notar, de forma introdutória, nova perspectiva que começa a se espraiar pelas novéis legislações em matéria criminal, e.g. as Leis 11.689/2008 e 11.719/2008,[4] a indicar, por um lado, maior observância pelo legislador dos princípios e das regras constitucionais – como

4. Nucci, Guilherme de Souza; Monteiro, André Vinícius; Gemignani, Daniel; Marques, Ivan Luís; Silva, Raphael Zanon da. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008. *RT* 888/395-439.

o princípio[5] implícito da proporcionalidade,[6] que alçado a instrumento pertinente para a aferição da constitucionalidade material de prescrições penais, presta-se, ainda, a informar a necessária congruência entre as penas cominadas às condutas respectivas.

E, por outro lado, há também para o legislador penal os inderrogáveis limites e obrigações do sistema de proteção de expectativas

5. Não se olvida das discussões envolvendo a classificação das normas jurídicas, bem como da caracterização da proporcionalidade em princípio ou regra. Respeitando posições, estudos e análises, em sentido contrário, adota-se aqui o designativo princípio como correspondente à proporcionalidade por razões estritamente finalísticas. Por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT* 798/25-26. "Normas são ou regras, ou princípios. Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é regra da proporcionalidade, razão pela qual se dará preferência a esse termo no presente trabalho. Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo 'princípio' pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo "princípio", não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto à regra jurídica."
6. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 629-632: "Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia de que a intervenção estatal por meio do direito penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade. (...). Abre-se, com isso, a possibilidade de controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficiente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção dos bens jurídicos fundamentais."

normativas[7] ou de bens jurídicos[8] constitucionais. Assim, não apenas está o legislador adstrito ao cumprimento de um programa constitucional, como a este está limitado, não podendo deixar de proteger,[9] através da criminalização de condutas lesivas, determinados bens jurídico-penais,[10] como, tampouco, protegê-los de forma exagerada e desproporcional.

Objetiva-se, desta forma, analisar os arts. 218-A e 218-B sob duas perspectivas: (a) a do direito constitucional, naquilo que podemos denominar de análise da constitucionalidade de novos tipos penais, seja quando vislumbrados sob o crivo da proporcionalidade, seja sob a perspectiva do direito penal como instrumento de *ultima ratio*, fragmentário, focado e voltado à proteção de bens jurídicos previamente

7. LYNETT, Eduardo Montealegre, TORRES, Jorge Fernando Perdomo. Funcionalismo y normativismo penal – Una introdución a la obra de Günther Jakobs. *Cuadernos de Conferencias y Articulos*, 37. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, 2006.

8. Na doutrina internacional, ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006, p. 15-16: "Entretanto, a ideia da proteção de bens jurídicos como um instrumento para restringir a intervenção jurídico-penal também encontrou defensores decididos. Hassemer, há mais de 30 anos, é protagonista de um conceito de bem jurídico denominado por ele 'crítico ao sistema' e hoje, vice-presidente do Tribunal Constitucional alemão, afirmou recentemente: 'A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal (...). A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido'. Schünemann interpreta a renúncia à capacidade crítica do princípio de proteção de bens jurídicos como um retrocesso do Direito Penal a um nível anterior à ilustração. 'Não somente se deve à posição central do conceito de bem jurídico na dogmática penal, mas que também o verdadeiro desenvolvimento da teoria do bem jurídico é inclusive iminente'."

9. Em sentido contrário, defendendo a não obrigatoriedade do ato de tipificar condutas, Janaína Conceição Paschoal. Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo, passim.

10. A título de esclarecimento metodológico, não se olvidam as discussões funcionalistas em torno dos pressupostos do direito penal, isto é, se protetor de bens jurídicos ou de expectativas normativas. Contudo, por não ser este o objetivo deste trabalho, utilizar-se-á a expressão *bens jurídicos*, sem, contudo, querer com isso expressar uma vinculação à teoria de Claus Roxin sobre a matéria.

delineados pelo Constituinte; e (b) a dos crimes como tipos pertencentes a um ordenamento, ou seja, da relação das novas prescrições criminais com o restante do ordenamento infraconstitucional, tendo-se em vista repetições inúteis e a vigência de regras simbólicas e sem validade.

Pretende-se, ainda, não a mera exposição contemplativa de entendimentos, mas a dialética de posições e a consequente interpretação constitucional dos dispositivos em análise, sem, contudo, furtarmo-nos a críticas e considerações.

2. Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

"Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos."

Na redação original do Código Penal de 1940, na parte final do art. 218, lia-se a criminalização do ato de instigar pessoa maior de 14 e menor de 18 anos a presenciar ato de libidinagem. Severas críticas dirigiram-se a tal dispositivo, pois a descrição típica excluía do rol de sujeitos passivos o menor de 14 anos, de forma que contra este não se verificava a chamada corrupção de menores através do núcleo *induzir a presenciar*.[11]

Já tardava o legislador em corrigir a evidente falha no sistema quando a Lei 12.015/2009 trouxe a rubrica *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, tornando típica a conduta de praticar na presença ou induzir alguém menor de 14 anos a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem.

Notamos, assim, grande guinada no foco legislativo, que passa a considerar irrelevante a conduta supradescrita quando realizada com indivíduos entre 14 e 18 anos – os únicos protegidos até então.

Antes, porém, de apontarmos os vícios e virtudes que nos saltam aos olhos no recém-criado art. 218-A do CP, mister se faz destacar o objeto jurídico ora tutelado, o qual encontra respaldo na Convenção de

11. Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Junior, Fabio M. de Almeida. *Código Penal comentado*, p. 600; Mirabete, Julio Fabbrini; Fabbrini Renato N. *Manual de direito penal*, p. 428.

Genebra de 1924, referendada pelo Dec.- legislativo 28/1990 e ratificada pelo Dec. 99.710/1990, que em seu art. 19 reza:

"1. Os Estados-partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela."

É de se notar que o abuso sexual, normalmente entendido como forma de violência física, também pode se dar através da violência moral, tal qual o é a prática descrita no novo tipo penal. O mal age, portanto, em nível psicológico, afetando a formação da sexualidade, da moral, da dignidade e da própria personalidade da vítima. Estudos comprovam que o abuso sexual na infância pode repercutir em medo excessivo, perda de interesse em suas atividades, isolamento social, déficit de linguagem e aprendizagem, distúrbios de conduta, baixa autoestima, fugas de casa, uso de álcool e drogas, ideias homicidas, automutilação, agressividade, suicídio, comportamento sexual inadequado, dificuldade de relacionamento com filhos etc.[12] Razões estas mais do que suficientes a justificar a tutela penal do abuso, mesmo que no plano exclusivamente psicológico.

2.1 Sujeito ativo e passivo

Quanto ao sujeito ativo, maiores questões não se afiguram, bastando para tanto assentar tratar-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de gênero ou parentesco com a vítima.

O sujeito passivo, por sua vez, é o menor de 14 anos, no entanto, hemos de lembrar o disposto no art. 1.° da já mencionada Convenção de Genebra que considera como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade,[13] a não ser que, em conformidade com a lei aplicável

12. Naura Liane de Oliveira Aded, Bruno Luís Galluzzi da Silva Dalcin, Talvane Marins de Moraes e Maria Tavares Cavalcanti, em Abuso sexual em crianças e adolescentes: revisão de 100 anos de literatura. *Revista de Psiquiatria Clínica*. Disponível em: www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol33/n4/204.html.

13. Ressaltamos que dita Convenção utilize-se da expressão *criança* em sentido *lato*. Não se vislumbra, destarte, qualquer discrepância em relação à legislação brasileira, que opta por graduar a proteção dispensada aos

à criança, a maioridade seja alcançada antes – fato que, como sabemos, não se aplica ao Brasil.[14]

Parece-nos, assim, que a legislação brasileira que antes faltava em proteger o menor de 14 anos, falha agora ao deixar de resguardar a formação do indivíduo entre 14 e 18 anos de idade. Ainda que se opte por diferenciar a sanção penal em virtude da faixa etária cominando penas menos graves aos atos praticados contra o maior de 14 anos, nos termos do art. 1.º da mencionada Convenção, estes não poderiam estar desprovidos de proteção, tal qual se dá na nova sistemática.

Isto porque, sendo a *vítima menor de 14 anos* (elementar do tipo), não se subsumirá à letra do art. 218-A do CP a realização da conduta nele descrita quando em relação à vítima em outra faixa etária. Nada obstante, cuidando-se de vítima maior de 14 anos que fora induzida a presenciar ato de libidinagem com o fim de satisfazer lascívia de terceiro, caracterizado estará o delito de lenocínio qualificado, esculpido no art. 227, § 1.º, do CP.[15]

Temos, então, em suma, que praticar ato de libidinagem na presença de maior de 14 anos, ou induzi-lo a presenciar a fim de satisfazer lascívia própria, são irrelevantes penais, sendo típica apenas a conduta de induzir

menores de acordo com sua faixa etária – por vezes utilizando-se do limite de 12 anos (ECA), 14 anos (art. 217-A do CP), ou 18 anos (218-B do CP).

14. Importante ressaltar que as hipóteses de emancipação e aquisição da capacidade plena pelo menor nos casos previstos na lei civil (art. 5.º, parágrafo único, do CC/2002), não têm influência sobre a aplicação da lei penal, uma vez que o alcance da maioridade civil não pressupõe a completa formação da sexualidade; de forma que a aplicação da legislação protetiva penal não é afastada pela emancipação, que restringe seus efeitos meramente à esfera civil.

15. Consigna-se aqui serem despropositadas acerca do suposto lapso legal existente nas prescrições que determinam a aplicação do art. 218-A aos menores de 14 anos e, o art. 227, § 1.º, aos maiores de 14 anos, especificamente no que diz respeito a crime praticado na data de aniversário de 14 anos da vítima. O absurdo, obviamente, não deve restar como interpretação, isto é, não há como se imaginar a inexistência de proteção ao indivíduo com exatos 14 anos. Assim, por se utilizar a lei de critério anual, tem-se que ou se é maior, ou menor, não havendo como tê-la exatamente por período considerável e suficiente para que algum crime se caracterize. Portanto, aplica-se aos menores de 14 anos a proteção do art. 218-A e, aos que possuem 14 anos (inclusive na data de seu aniversário) a proteção do art. 227, § 1.º.

o indivíduo nesta idade a satisfazer lascívia alheia, consubstanciada na presença física do ofendido no local em que se dá a prática do ato libidinoso.

No entanto, ainda que o fato não se subsuma ao art. 218-A ou ao art. 227, § 1.°, o agente poderá ser punido na forma do art. 232 do ECA na hipótese de ser a vítima menor de 12 anos e encontrar-se sob autoridade, guarda ou vigilância do ofensor.[16]

Assim como deixou de proteger o indivíduo entre 14 e 18 anos, o legislador também se esqueceu dos demais vulneráveis – aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência. Ora, a pessoa com necessidades especiais não perde seu direito à formação desembaraçada da sexualidade, ainda que leve maior período de tempo a alcançar a maturidade. A norma transmite, portanto, que tais pessoas seriam impassíveis de entender o ato, não havendo, assim, violação ao bem jurídico; tal qual defendia Hungria em relação à corrupção dos menores de 14 anos – entendimento este ultrapassado pela legislação penal.

Desta forma, a preocupação do legislador deveria estar associada à vulnerabilidade do ser humano – situação essa passível de aferição pela perícia especializada –, e não apenas à idade cronológica, ainda que para determinadas idades houvesse a presunção de vulnerabilidade.

2.2 *Meios virtuais sob perspectiva constitucional*

No que tange à possibilidade de caracterização do delito quando praticado através de meios virtuais, como salas de bate-papo ou sistema de videoconferência, controvérsia se instaura na doutrina. Guilherme Nucci sustenta que a evolução tecnológica já propicia a presença por meio de aparelhos apropriados, sendo a situação válida para a configuração do tipo penal.[17] Já Gustavo Junqueira defende que o crime "exige imediatidade física, pois que apenas o emprego da analogia, ou uma exagerada interpretação extensiva, poderia permitir o enquadramento típico de condutas praticadas por meios virtuais".[18]

16. Estefam, André. *Crimes sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009*, p. 82.
17. Nucci, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 50. Idem, *Código Penal comentado*, p. 935.
18. Gustavo Junqueira, *Direito penal*, p. 275.

Somos da opinião de que o bem jurídico tutelado pode ser também exposto a risco quando da prática do ato por meios virtuais, de forma que o crime estaria, em tese, configurado ainda que vítima e ofensor não estivessem fisicamente no mesmo local. Ocorre que o art. 241-D, parágrafo único, I, do ECA, comina pena de 1 a 3 anos de reclusão para aquele que facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso. Ora, sabemos que na hipótese do art. 218-A o agente não mantém qualquer contato físico com a vítima, nem tem a intenção de fazê-lo, pois do contrário caracterizar-se-ia a tentativa de estupro de vulnerável (art. 217-A). Ademais, tem-se que nos termos do art. 2.º do ECA, a conduta do art. 241-D, parágrafo único, I, será típica quando a vítima contar 12 anos incompletos; e, por sua vez, o art. 218-A do CP resguarda aqueles que contam até 14 anos.

Infere-se, assim, do cotejamento de ambos os dispositivos que aquele que busca praticar ato de libidinagem com menor de 12 anos e, para tanto, facilita o acesso a material pornográfico, será punido menos severamente do que aquele que não pretende qualquer contato físico com o menor de 14 anos. Tal situação só seria admissível, em virtude do princípio da proporcionalidade, se na hipótese do art. 218-A entendêssemos como necessária a imediatidade física, a maltratar ainda mais a saúde psicológica da vítima.

O raciocínio é singelo, mas constitucional. Qual situação nos parece exigir mais severa resposta estatal? Exibir à vítima menor de 14 anos cena de sexo explícito e ao vivo sem que haja a intenção de com ela praticar ato libidinoso; ou exibir ao menor de 12 anos cena de sexo por meio virtual a fim de com ele praticar ato de libidinagem? Ora, salta-nos aos olhos a maior repugnância em relação à segunda hipótese; no entanto, a esta foi cominada pena inferior àquela. Donde é forçoso concluir-se que a maior pena estabelecida à primeira situação dá-se em razão da presença física da vítima junto aos ofensores, o que, em tese, colocaria o bem jurídico em contato com situação de risco mais provável no tocante ao atingimento do bem jurídico.

Portanto, conclui-se pela impossibilidade de se admitir a caracterização do tipo prescrito pelo art. 218-A do CP por meios virtuais, conclusão esta que se chega através de interpretação constitucional, norteada pela proporcionalidade das penas cominadas às respectivas condutas, de modo a privilegiar maior adequação lógica de todo o ordenamento jurídico.

2.3 *Do elemento* induzir

Luiz Regis Prado define participação como "a colaboração dolosa em um fato alheio. É a contribuição dolosa – sem o domínio do fato – em um fato punível de outrem."[19] Dentre outras, comumente se extrai do Diploma Penal três formas de participação: a indução, a instigação e o auxílio. Coube à doutrina distingui-los, entendendo-se pela primeira a provocação para que surja em determinada pessoa a ideia de praticar ato que sabe o indutor, indevido; já por instigação tem-se a estimulação de ideia preexistente; e por auxílio, a ajuda material ou moral prestada na preparação ou execução do delito.

Por vezes, porém, tais verbos são encontrados no próprio tipo penal, tal qual se dá no art. 122 do CP. Nesta hipótese, deixa-se de falar em participação para se tratar de efetiva autoria, pois tais ações integram os elementos do tipo. Desta forma, para que se proceda à punição do indutor/instigador/auxiliador não se há de buscar os critérios da acessoriedade mínima, isto porque, sendo os verbos em análise núcleo do tipo, não se há de falar em autoria e participação, mas tão somente em autoria. É justamente o que encontramos no recém-criado art. 218-A do CP.

É da letra do dispositivo em análise que se subsume ao tipo não apenas aquele que pratica ato de libidinagem na presença de menor, mas também aquele que o induz a presenciá-lo. Quis o legislador, portanto, que ao indutor fosse cominada a pena prevista no próprio art. 218-A do CP, sem que se lhe aplicasse as benesses do art. 29, §§ 1.º e 2.º, do CP.

Frise-se, assim, não se tratar de hipótese de participação; o verbo induzir, normalmente utilizado para identificar uma das formas de concurso de pessoas, é neste caso elemento do tipo, não se confundindo com o instituto delineado nos parágrafos do art. 29 do CP.[20] Desta forma, havendo o induzimento do menor, e posteriormente a efetiva prática de ato libidinoso em sua presença, ambos os agentes responderão como coautores do delito. Isto porque não sendo cumulativos os verbos do

19. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 450.

20. Anote-se que nos referimos exclusivamente à indução do menor de 14 anos, sendo certo que havendo indução, instigação ou auxílio daquele que efetivamente pratica ato de libidinagem na presença da vítima, estará caracterizada a participação.

tipo, para cada qual, devemos entender haver um domínio funcional do fato,[21] um referente à prática e outro referente ao induzimento.

Na redação do novo tipo penal, no entanto, não entendeu por bem o legislador incluir os verbos instigar e auxiliar. No entanto, ainda que omissos mencionados núcleos, em se configurando a instigação ou o auxílio da vítima para que presencie ato de libidinagem, embora tais condutas não se subsumam integralmente ao tipo, é possível a punição do agente enquanto autor, com respaldo em interpretação *a fortiori*.

2.4 Classificação

Seguimos aqui a toada da melhor doutrina classificando o delito do art. 218-A do CP como comum, uniofensivo, de forma livre, comissivo, instantâneo, plurissubsistente – admitindo tentativa –, unissubjetivo, subsidiário e de perigo concreto.[22] Sabemos, ademais, tratar-se de crime de ação múltipla, ou de conteúdo variado, pois o tipo prescreve duas formas de consumação – *praticar na presença* e *induzir a presenciar a prática* – sendo certo que a prática dos dois núcleos, mesmo que de forma subsequente e no mesmo contexto, configura uma única infração penal, cuidando, portanto, de tipo misto alternativo.

No que tange à classificação quanto ao resultado, tem a doutrina classificado o art. 218-A do CP como crime formal, vez prescindir-se da satisfação da lascívia do agente.

Entendemos, porém, que a satisfação da lascívia não se caracteriza como resultado naturalístico, mas tão somente como elemento subjetivo específico, vez não fazer surgir qualquer efetiva alteração no mundo fenomênico. Do contrário, poder-se-ia afirmar tratar-se de crime material, admitindo-se como resultado naturalístico *ter o menor presenciado*

21. Desenvolvendo o conceito finalista de autor formulado por Welzel, Roxin soma ao domínio do fato aquele que realiza a conduta típica.

22. A consumação se dá pela possibilidade de lesão à formação sexual da vítima, de modo que o efetivo dano ao desenvolvimento sexual caracteriza mero exaurimento do crime. Não é necessário, pois, que se comprove nos autos qualquer prejuízo ao menor, bem como o perigo, que é presumido pela simples presença da vítima na cena de libidinagem. Exemplo que se coloca é o da prostituta que conta menos de 14 anos completos; é possível que, presenciar ato de libidinagem não venha a prejudicar ainda mais seu desenvolvimento sexual já corrompido, mas ainda assim estará caracterizado o delito.

ato de libidinagem, pois é certo que deste não se pode prescindir. Assim, no entanto, não o é, já que este requisito não pode ser considerado resultado naturalístico.

Concluímos, pois, em relação ao núcleo *praticar*, não constar do tipo qualquer referência a resultado naturalístico, de modo que este não se pode exigir para a consumação. Cuida-se, destarte, de delito de mera conduta, porquanto o bem jurídico resta atingido, ou potencialmente atingido, quando o menor presencia, ou se faz presente no local onde se pratica o ato libidinoso.

Questão interessante surge com a seguinte hipótese: se o menor fechar os olhos, cobrir seus ouvidos e não assistir ou escutar a cena, o tipo penal estará caracterizado? Pensamos que sim. Se o ato libidinoso for praticado na presença do menor para satisfazer lascívia própria ou de outrem, estarão preenchidos todos os elementos do tipo penal (art. 14, I, do CP). O comportamento da vítima para minimizar o impacto da conduta delitiva em seu bem jurídico não pode favorecer os agentes delitivos do crime. Ademais, a reação esboçada pela vítima só vem demonstrar que esta se sentia perturbada diante de tal situação; nesta hipótese, caracteriza-se o menor como objeto relativamente impróprio, posto que apesar de dificultada a perpetração do dano, subsiste o perigo de lesão.

Outra questão limiar e instigante que se coloca é a hipótese de a vítima estar dormindo, ou em qualquer outro modo de inconsciência, que a faça não ter ciência da prática do ato libidinoso que em sua presença se realiza. Como já explicitado, trata-se de crime de perigo, de forma que as circunstâncias determinaram a solução no caso concreto. Cuidando-se de menor que se encontra entregue ao sono, havendo o risco deste despertar, tê-lo-emos como objeto relativamente impróprio, e por consumado o delito.

Na hipótese, porém de encontrar-se o menor em estado de inconsciência do qual não possa despertar com facilidade – como o coma – ou cuidando de menor desprovido dos sentidos da visão e audição – cego e surdo –, tê-lo-emos como objeto absolutamente impróprio, não se verificando sequer perigo de lesão à sua formação sexual, caracterizando-se, assim, como crime impossível.[23]

23. Apenas a título de reflexão, anote-se que a esta mesma conclusão não se poderia chegar caso adotássemos a ideia de expectativas normativas de Günther Jakobs, cujo foco dá-se na conduta e não, no resultado.

Adotemos, agora, o mesmo raciocínio em relação ao núcleo *induzir*, também tido pela doutrina como crime formal, posto prescindir-se da efetiva satisfação da lascívia do agente.

Como já destacado alhures, não entendemos a satisfação da lascívia como resultado naturalístico, mas tão somente como elemento subjetivo específico. Assim, bastaria a simples indução do menor para presenciar ato libidinoso para que o crime reste consumado, caracterizando-se, portanto, como crime de mera conduta, uma vez ausente o resultado naturalístico.

Questiona-se, contudo, se a mera indução seria suficiente a atingir o bem jurídico, ou se para tanto seria necessário a real presença do menor? Iniciemos tal análise buscando quais seriam os contornos do verbo induzir: *dar meramente a ideia* ou *fazê-la efetivamente surgir no consciente da vítima*?

Pautando-se pelo princípio da ofensividade, entendemos por *induzir* a conduta de *fazer surgir em outrem uma ideia ou pensamento*, vez que a conduta de sugerir ou propor a alguém uma ideia que seja de todo ignorada pela suposta vítima não é hábil a lesar, tão pouco tem o potencial de lesar, o bem jurídico.

Por consequência, a uma análise perfunctória, afirmar-se-ia que a simples conduta de *fazer surgir a ideia* bastaria à consumação, vez que o tipo não exigiria que a vítima assistisse ao ato libidinoso; ademais, anote-se que a nós parece razoável que a um menor de 14 anos, a mera incitação para que presencie cena de sexo, seja suficiente a ferir sua dignidade sexual.

Contudo, parece-nos, também, que a indução deva ser eficaz, ou seja, que a vítima tenha no mínimo cogitado a proposta que lhe é feita, visto que do contrário vislumbramos infração ao princípio da ofensividade.

Porém, como se demonstraria, de forma segura, ter sido a vítima deveras induzida? Ou seja, ter sido eficaz a indução? Alguns responderiam que esta questão não compete ao Direito Penal, mas ao Processo Penal, em cujo âmbito encontra-se a produção probatória. Esquecem-se, porém, de que aquele a nada se presta sem este; não se trata de sistemas normativos autônomos, mas, ao contrário, trata-se de sistemas específicos, ímpares, que funcionam de forma simbiótica, auxiliando-

se e complementando-se.[24] Deste modo, a interpretação de dispositivo inserido no diploma material penal não pode olvidar-se da problemática procedimental.

Desta forma, há de se concluir que, nada obstante ser possível atingir-se a dignidade sexual apenas com o ato de fazer surgir a ideia, esta não se poderá comprovar senão através da exteriorização de atos, restando comprovada, assim, a indução. Nessa perspectiva, entendemos, coroam-se não só as particularidades do sistema jurídico-penal e processual penal, bem como o princípio da ofensividade.

No que tange ao dispositivo em apreço, o resultado que se exteriorizará é ter a vítima efetivamente presenciado a prática de ato de libidinagem; comprovando-se, desta forma, ter sido eficaz a indução.

Em suma, entendemos que ambos os núcleos constantes do art. 218-A do CP caracterizam-se como delitos de mera conduta, na medida em que não se vislumbra no tipo qualquer resultado naturalístico; no entanto, a conduta consistente em *induzir*, só poderá ser comprovada caso o menor venha efetivamente a presenciar ato de libidinagem.

2.5 *Do elemento subjetivo específico*

Situações há em que o tipo penal, além do dolo, exige outros elementos subjetivos do autor, particularizando sua conduta; é o chamado elemento subjetivo do tipo, que no dispositivo em análise consiste na finalidade de satisfação da lascívia própria ou alheia. Desta feita, ausente a intenção específica do agente, descaracterizado estaria o tipo penal.

Gustavo Junqueira expõe que "se o objetivo era vingança ou ódio dos pais da vítima, por exemplo, fica afastado o presente crime".[25] Assim, no entanto, não nos parece. Isto porque mister se faz não se confundir o fim da ação com motivo de agir. "Este último vem a ser o que leva o agente a atuar, o que impulsiona ou dá origem à ação. De seu turno, o elemento subjetivo do injusto é constituído pela *finalidade reitora* de uma conduta típica que transcende o tipo objetivo. Os eventuais motivos (ex. vingança, ódio, ciúme, lucro etc.) do autor são na maioria das vezes indi-

24. Nucci, Guilherme de Souza. Ciências criminais: a união indissolúvel nos campos legislativo e prático. *Boletim IBCCrim* 193/6-7.

25. Op. cit., p. 275.

ferentes, e não significam ou elidem a *finalidade* integrante do injusto, como elemento subjetivo (...)".[26]

Assim, além de verificarmos que o bem jurídico tutelado não escapa ao dano em virtude da falta do elemento subjetivo específico, temos que ao eleger, como forma de vingança, a exposição do menor à cena de libidinagem, o agente já evidencia sua personalidade desequilibrada, que se jubila com a perturbação da psique infantil; é, portanto, inerente à prática da conduta descrita no tipo a satisfação da lascívia própria, sendo aceita também, para a caracterização do delito o fim de satisfazer lascívia alheia. Com isso, preenche-se, mesmo que de forma vinculada à própria conduta, o requisito da tipicidade e, consequentemente, do fato típico.

3. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

"Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1.º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2.º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3.º Na hipótese do inciso II do § 2.º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento."

26. Prado, Luiz Regis, op. cit., p. 327.

3.1 *Classificação*

Não se pretende, para este tipo, caracterização mecânica em classificações prévias, mas reflexão acerca de seu conteúdo. Por essa razão, ater-nos-emos ao que for controvertido. Notam-se, aqui também, incongruências e imperfeições quando se está a classificar em crime material ou formal, restando, para tanto, análise distinta.

Por questão lógica, para o art. 218-B do CP, o mesmo raciocínio desenvolvido alhures deve ser empregado.

Partamos da premissa de uma observação focada em dois pontos distintos: a conduta de um lado; o resultado – jurídico e naturalístico – de outro.

No *caput* do art. 218-B do CP, podemos identificar as seguintes condutas: submeter; induzir, atrair, facilitar, impedir e dificultar. Trata-se de conjunto de ações capazes de ocasionar modificações no mundo exterior. Entretanto, há de se ter em mente que as modificações exteriorizadas nem sempre se identificam como resultado naturalístico. Essa dicotomia é fundamental para a correta classificação dos verbos nucleares do art. 218-B do CP.

Em seguida, precisamos posicionar a prostituição ou outra forma de exploração sexual como complemento da conduta ou separá-las para fixarmos suas balizas no campo jurídico dos resultados.

Se for considerada resultado, a existência de sua previsão expressa no tipo inviabilizaria a classificação dos delitos como de mera conduta.

Se considerado como parte integrante da conduta – v.g. submeter menor de 18 anos à prostituição – não será possível identificar resultado naturalístico na redação do tipo penal, viabilizando, ao menos em tese, a classificação de um ou mais verbos do tipo como de mera conduta.

Devemos, para conseguir uma resposta satisfatória, responder a uma questão: Submeter, induzir, atrair ou facilitar a prostituição tem o condão, ou a mera possibilidade, de fazer com que a vítima ingresse em estado de exploração sexual? Em outras palavras, a exploração sexual decorre da prática dos núcleos *submeter, induzir, atrair ou facilitar*? Respondendo-se positivamente a tal pergunta, a outra conclusão não se pode chegar senão ser *exploração sexual* resultado naturalístico previsto no tipo. O que nos leva à impossibilidade de classificarmos os verbos do art. 218-B como de mera conduta.

Resta-nos classificá-los como materiais (o ato de prostituição ou exploração sexual é necessário para consumar o crime) ou formais (o ato de prostituição ou exploração sexual não é necessário para consumar o crime, apesar de previsto no tipo penal em comento).

Desta forma:

• o verbo *submeter* representa forçar alguém a fazer algo. Se nada foi feito, não houve submissão. Desta forma, o núcleo exige o resultado naturalístico *exploração sexual*, caracterizando-se como crime material.

• o verbo *induzir* traz consigo uma simples ideia, demonstrando a desnecessidade de qualquer resultado concreto previsto no tipo, sendo, portanto, crime formal.

• o verbo *atrair* traz consigo uma ideia que não vincula, necessariamente, o menor a qualquer ato concreto de exploração sexual, demonstrando a desnecessidade de qualquer resultado concreto previsto no tipo, configurando-se como crime formal.

• o verbo *facilitar* traz consigo uma ideia de conduta que independe da efetiva submissão de menor de 18 anos ao resultado previsto no tipo penal, sendo também considerado crime formal.

Não é necessário, porém, que venha a vítima a exaurir tal estado, isto é, e.g., a manter relações sexuais, bastando sua disponibilidade para tanto. Isto se dá em virtude do próprio conceito de bem jurídico, qual seja, a *relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.*[27]

Por derradeiro, cabe aqui consignar que as condutas *instigar* e *auxiliar*, a despeito de não se encontrarem explícitas no tipo, não são dele excluídas, sendo também autores os sujeitos ativos que essas condutas praticarem. Aqui, como para o art. 218-A do CP, defende-se a aplicação da interpretação *a fortiori*, uma vez que interpretação diversa resultaria em incongruências e desequilíbrios de tratamentos intoleráveis e claramente incompatíveis com a sistemática do tipo.

No que tange aos núcleos *impedir* e *dificultar*, questão outra se coloca no tocante ao resultado. Aqui, o denominado *estado de prostituição ou outra forma de exploração sexual* apresenta-se como situação posta,

27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 399.

mas não necessariamente consolidada, da qual busca a vítima livrar-se; de forma que enquanto perdurar o estado de exploração, contra o qual a vítima resiste, estaremos em fase de consumação do delito, classificando-se, assim, como crime permanente.

Dificultar significa tornar custoso, criar empecilhos para que a vítima abandone o estado de exploração. A consumação se dá com o simples surgimento de qualquer obstáculo que torne mais árdua a tarefa do ofendido. Ainda que este venha a superar a dificuldade posta, a consumação se dá com o ato de dificultar, mesmo que o *status quo* da vítima não seja alterado ou agravado. Desta forma, podemos classificá-lo como crime formal.

Impedir, por sua vez, significa tornar impossível ou impraticável a execução, inviabilizar, não permitir. Difere do núcleo *dificultar* pois, aqui, torna-se inviável o êxito do ofendido, *que apesar de suas tentativas* não consegue vencer os entraves que lhe são opostos; cabendo ao magistrado mensurar a sanção de acordo com o grau de dificuldade imposta ao ofendido, e as possibilidades de êxito deste. É de notar-se, portanto, não admitir, o núcleo *impedir*, tentativa, visto que esta sempre resultará na consumação do núcleo *dificultar*. Sua consumação requer, destarte, a manutenção da vítima no estado de exploração sexual contra sua vontade. Tal permanência poderá se dar através da força ou grave ameaça ou, ainda, pelo constrangimento psicológico que não pode a vítima superar. Em ambas as hipóteses, porém, verifica-se que a coação gera o *efetivo* tolhimento da liberdade do ofendido. Este constrangimento, caracterizado pela privação da liberdade sexual, é requisito para a consumação, fazendo-se imprescindível o resultado naturalístico do núcleo *impedir*, concluindo-se, por conseguinte, cuidar-se de crime material.

3.2 *Sucessão legislativa*

Anteriormente à reforma penal introduzida pela Lei 12.015/2009, a proteção do infante e do adolescente no que tange à exploração sexual encontrava-se cindida entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta forma, aquele que induzia ou atraía à prostituição vítima entre 14 e 18 anos, facilitava ou impedia que a abandonasse, incorria nas penas do art. 228, § 1.°, do CP; por sua vez, aquele que submetia menor de 18 anos à prostituição ou à exploração sexual, incidia nas penas do art. 244-A do ECA.

Lacunas havia, como, por exemplo, a indução de indivíduo de 17 anos a forma de exploração sexual distinta da prostituição; ou impedir que o menor de 14 anos a abandonasse eram fatos atípicos. Aglutinando os núcleos e elementares de ambos os dispositivos, criou-se tipo específico a socorrer a exploração sexual de vulnerável, o qual é atualmente a única norma incriminadora no que tange ao tema, uma vez que se suprimiu do art. 228 do CP a referência aos menores, e o art. 244-A do ECA foi tacitamente revogado, uma vez que todas as suas elementares encontram-se descritas no novo art. 218-B do Diploma Penal.

Interessante anotar que nada obstante o art. 228 do CP não mais cuidar dos menores de 18 anos, e o art. 244-A do ECA encontrar-se tacitamente revogado, não se há de falar em *abolitio criminis* em relação às condutas neles tipificadas. Isto porque não se verificou descontinuidade normativo-típica; ou seja, sequer por um instante tais condutas deixaram de ser criminalizadas, uma vez que a Lei que as revogou também criou o novo tipo 218-B do CP, assim o conteúdo normativo foi preservado, ainda que em outro dispositivo legal.

Temos, portanto, que em relação a cada um dos dispositivos revogados houve o alargamento da punibilidade em virtude da inclusão de novas elementares, sem que se desconstituísse o mandamento proibitivo anterior, mantendo-se a continuidade da tutela. Em relação ao art. 228 do CP, há de se notar também o alargamento da punibilidade por supressão de elementos especializadores promovido pela Lei nova, qual seja, a vítima maior de 14 e menor de 18 anos.

Nessa toada é a opinião de Américo Taipa de Carvalho, para quem "A lei nova comporta-se, face à lei anterior, como uma *lex generalis*: menor compreensão (menor vigência normativa) e maior extensão (maior o círculo de factos puníveis abrangidos-subsumíveis à lei nova do que o círculo de factos abrangidos-subsumíveis à lei anterior. Todos estão de acordo que o facto praticado na vigência da lei anterior (*lex specialis*) e a esta subsumível (por esta punível) continua a ser punível, depois da entrada em vigor da lei nova. Há, relativamente a este facto, uma continuidade normativo-típica entre a lei anterior e a lei nova; logo há uma verdadeira sucessão de leis penais; conclusão: aplicação da *lex mitior*."[28] Ou seja, há que se analisar o novo tipo penal prescrito pelo art. 218-B

28. CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Sucessão de leis penais*, p. 217.

não sob uma perspectiva estrita, mas sim, deve-se considerá-lo enquanto inovação com repercussões em toda sistemática penal-protetiva.

Concluímos, assim, não haver qualquer solução de continuidade normativo-típica em relação aos fatos subsumíveis ao art. 244-A do ECA e ao antigo art. 228 do CP; anotando-se, contudo, que em relação aos fatos praticados antes do dia 10.08.2009 aplicam-se as disposição da lei mais favorável – irretroatividade da *lex gravior*.

Por fim, ressalta-se que a Lei 12.015/2009 é também lei penalizadora no que tange às condutas dantes não abrangidas pelas normas aqui analisadas, e como tal, só pode aplicar-se às condutas praticadas depois de sua entrada em vigor.

3.3 *A vinculação do § 2.º do art. 218-B ao seu* caput

O § 2.º do art. 218-B traz o seguinte texto, *in verbis*:

"§ 2.º Incorre nas mesmas penas: I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação *descrita no* caput *deste artigo*; II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas *referidas no* caput *deste artigo*" (grifo nosso).

Protegendo o vulnerável que foi submetido à exploração sexual (à prostituição, inclusive), o legislador decidiu punir, além do aliciador, o cliente que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com o menor de 18 e maior de 14 anos. Também houve previsão expressa de punição para o administrador (proprietário, gerente ou responsável) do local onde a exploração aconteça.

Desta forma, tanto o agente que pratica as condutas previstas no *caput*, quanto quem efetivamente pratica o ato sexual com o menor de 18 e maior de 14 anos, e o administrador do local onde o crime é cometido, serão punidos com a pena de 4 a 10 anos de reclusão.

Conclui-se que não houve preocupação legislativa com o princípio da proporcionalidade. Tanto a pessoa que submete, induz, atrai menor de 18 anos para ser sexualmente explorado; a pessoa que impede ou dificulta o abandono da exploração pelo vulnerável; a pessoa que facilita a exploração; a pessoa que efetivamente pratica o ato sexual com o vulnerável; e o proprietário, gerente ou responsável pelo local das práticas; serão punidos com reclusão de 4 a 10 anos.

Exemplificando, o gerente do local onde acontece a exploração estará submetido à mesma sanção em abstrato de quem praticou atos

sexuais com um adolescente com 14 anos completos. A pessoa que atrai um adolescente de 15 anos para a prostituição será apenado da mesma forma que o agente que impede que um deficiente mental abandone a situação de exploração. Essa equiparação mostra-se, no mínimo, questionável sob o prisma da proporcionalidade das penas.

Ademais, relevante questão que se coloca é se a punição prevista no § 2.º encontra-se necessariamente vinculada à conduta descrita no *caput*. Nada obstante ter o legislador optado por inserir a nova norma incriminadora em um dos parágrafos do art. 218-B do CP, é certo cuidar-se de tipos autônomos,[29] não estando um condicionado à procedência da acusação formulada contra terceiro.

Senão vejamos. Em sendo possível a punição da conduta constante do § 2.º apenas na hipótese de condenação do agente aliciador, chegaríamos ao absurdo de concluir que em casos de extinção da punibilidade – o que dá azo a sentença absolutória – não estaria passível de sofrer a sanção penal aquele que subsume sua conduta ao § 2.º.

O escopo da norma é, por claro, proteger as vítimas de exploração sexual, punindo tanto aquele que a colocou em tal situação como aquele que desta se utiliza. Assim, para que se puna a conduta do § 2.º, mister se faz comprovar-se o efetivo estado de exploração sexual da vítima. Não se exige, para a punição dos agentes delitivos previstos no § 2.º, prévia identificação e condenação do aliciador. Basta que a exploração sexual esteja configurada, como determina o parágrafo.

Surge, portanto, outra questão: seria típica a conduta de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 anos que se exponha voluntariamente e por conta própria à prostituição? Sabemos que o § 2.º tipifica tal conduta quando na situação descrita no *caput*; ora, este por sua vez, descreve situação de exploração sexual ou auxílio para que alguém adentre tal estado. O raciocínio é singelo: não se constatando ter havido submissão, induzimento, atração à prostituição, ou a criação de obstáculos para que a deixe, não haverá o delito do art. 218-B do CP. O mesmo raciocínio aplica-se ao proprietário, gerente ou responsável pelo local em que se verificam as práticas referidas no *caput*.

29. Desta forma, é possível que o mesmo agente responda como incurso no *caput* e § 2.ºem concurso material.

3.4 *Veto ao art. 234-C e o conceito de* exploração sexual

O art. 234-C do CP foi vetado pelo Presidente da República. Tal veto, como se percebe por seus termos, encerrou caráter eminentemente político.

Sua redação original dizia: "Art. 234-C. Para os fins deste Título, ocorre exploração sexual sempre que alguém é vítima dos crimes nele tipificados".

A simples leitura do dispositivo vinculava a exploração sexual a todas as condutas previstas no novo Título VI, da Parte Especial, do CP. Essa generalização não foi bem aceita pelo Executivo, ressaltando-se que pode haver violência contra a dignidade sexual sem que ocorra a exploração.

Rezam as razões de veto deste artigo: "Ao prever que ocorrerá exploração sexual sempre que alguém for vítima dos crimes contra os costumes, o dispositivo confunde os conceitos de 'violência sexual' e de 'exploração sexual, uma vez que pode haver violência sem a exploração. Diante disso, o dispositivo estabelece modalidade de punição que se aplica independentemente de verificada a efetiva prática de atos de exploração sexual."

Temos, assim, por positivo o veto presidencial que permite a correta aplicação do elemento normativo *exploração sexual*, de forma a não criminalizar condutas que não se amoldem aos arts. 218-B, 228, 229, 231 e 232 do CP.

Desta forma, pergunta-se: qual seria, então, o conceito de exploração sexual?

Sobre o verbo explorar, Guilherme Nucci afirma ser um verbo de conteúdo variável que, no campo dos crimes contra a dignidade sexual, significa tirar proveito ou enganar alguém para lucrar.[30]

Rogério Sanches Cunha, citando lição de Eva Faleiros, sistematiza a exploração sexual. De acordo com seu estudo, a exploração sexual admite quatro modalidades: (a) prostituição – atividade na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário; (b) turismo sexual – é o comércio sexual, bem articulado, em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais e estrangeiros e principalmente mulheres jovens, de setores excluídos de países de terceiro mundo; (c)

30. Nucci, *Crimes contra a dignidade sexual* cit., p. 57.

pornografia – produção, exibição, distribuição, venda, compra, posse e utilização de material pornográfico, presente também na literatura, cinema, propaganda etc.; e (d) tráfico para fins sexuais – movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais, com o objetivo de forçar mulheres e adolescentes a entrar em situações sexualmente opressoras e exploradoras, para lucro dos aliciadores, traficantes".[31]

Assim, valendo-nos das opiniões acima trazidas, e com fundamento nos pressupostos e contornos trazidos ao longo deste trabalho, para os fins que busca o Código Penal, entendemos encerrar o epíteto os seguintes contornos: *exploração sexual* é toda conduta cercada de conotação sexual, praticada por um ou mais agentes, com a intenção de obter vantagem, que consista em controlar a liberdade sexual alheia, reduzindo sua capacidade de autodeterminação. Em outras palavras, o sujeito passivo encontra-se impossibilitado de desenvolver sua sexualidade de forma desembaraçada, livre e plena, ante a indisponibilidade do bem jurídico-penal e a busca pela obtenção de vantagem, de qualquer natureza, por parte do sujeito ativo do delito.

4. Conclusão

O direito penal, assim como os valores da sociedade, encontram-se em constante mutação. O que era prioridade como objeto de tutela em 1940, mostrou-se ineficaz ou insuficiente ao final da primeira década do século XXI.

Assim como a *honestidade* da mulher, os *costumes* de outrora, também foram deixados de lado e o protagonista, objeto jurídico a ser penalmente tutelado, ganhou a relevância necessária para aprimorar a sua tutela: *a dignidade sexual do ser humano*.

Seguindo as linhas mestras de nossa Constituição Federal, desdobramento natural de um dos fundamentos da República – a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988) –, a dignidade sexual deve ser observada como um macro bem jurídico, geral e amplo, subdividido em

31. Faleiros, Eva T. Silveira, Campos, Josete de Oliveira. *Publicação resultante da pesquisa sobre os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e de adolescentes, realizada em 1998*. Brasília: Cecria, 2000 apud Cunha, Rogério Sanches. *Direito Penal – Parte especial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 261.

liberdade sexual, liberdade sexual dos vulneráveis, exploração sexual e o pudor público.

No contexto da nova tutela penal da dignidade sexual, a Lei 12.015/2009 modificou a tutela da dignidade sexual dos vulneráveis – pessoas menores de 18 anos ou que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (art. 217-A).

Tutela-se a liberdade sexual, busca-se proteger o livre e desembaraçado desenvolvimento da sexualidade, não por capricho do legislador, mas por determinação constitucional. Tem, assim, a novel lei função e importância não só relativas à atualização do Direito Penal, como, também, expositiva das novas diretrizes e balizas sob as quais deve esse ramo jurídico se ater, de forma constitucional e em sintonia com o ordenamento jurídico.

O desenvolvimento da tutela penal, em qualquer área, é bem-vinda quando incrementa o âmbito de eficácia da proteção, porém, continua limitada aos limites principiológicos constitucionais da moderna teoria do Direito.

5. Bibliografia

Aded, Naura Liane de Oliveira; Dalcin, Bruno Luís Galluzzi da Silva; Moraes, Talvane Marins de; Cavalcanti, Maria Tavares. Abuso sexual em crianças e adolescentes: revisão de 100 anos de literatura. *Revista de Psiquiatria Clínica*. Disponível em: [www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol33/n4/204.html].

Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999.

Coracini, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. *RBCCrim*, n. 50. São Paulo: Ed. RT, p. 237-279.

Capano, Evandro Fabiani. *Dignidade sexual – Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

Carvalho, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

Cunha, Rogério Sanches. *Direito penal – Parte especial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, coleção Ciências Criminais. vol. 3.

Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Junior, Roberto, Delmanto, Fabio M. de Alemeida. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Estefam, André. *Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luis Flávio, CUNHA, Rogério Sanches, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

LYNETT, Eduardo Montealegre, TORRES, Jorge Fernando Perdomo. Funcionalismo y normativismo penal – Una introdución a la obra de Günther Jakobs. *Cuadernos de conferencias y articulos n. 37*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, 2006.

MARQUES, Ivan Luís. A presunção de honestidade da mulher – algumas reflexões sobre a Lei 11.106, de 28.03.2005. *Boletim do IBCCRIM*, n. 150. São Paulo: IBCCrim, maio 2005, p. 3-4.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. vol. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. *Ciências criminais: a união indissolúvel nos campos legislativo e prático*. *Boletim IBCCrim* 193/6-7, ano 16. São Paulo: IBCCrim, dez. 2008.

_____. MONTEIRO, André Vinicius, GEMIGNANI, Daniel, MARQUES, Ivan Luís, SILVA, Raphael Zanon da. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008. *RT* 888/395-439, out. 2009.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal* – Parte geral. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT* 798/23-50. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual – A moral e a questão da honestidade. *RBCCrim*, n. 33. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 1.

51947

2
Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO

Doutor e Mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP. Bolsista Capes/DAAD junto à Humboldt Universität zu Berlin (Alemanha). Professor da Faculdade de Direito da UFRJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais. Advogado criminalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Ambiental

RESUMO: A recepção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, embora tenha contado com forte oposição doutrinária, é uma realidade e encontra forte respaldo jurisprudencial. Tal como está, porém, representa, para a pessoa jurídica, responsabilidade penal objetiva, repelida pelos ordenamentos jurídicos penais ocidentais há muitos séculos. Cuida-se, assim, de explorar outros modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, sobretudo daqueles que buscam um conceito próprio de culpabilidade de pessoa jurídica, com especial ênfase nos modelos de *compliance*. O objetivo final é apontar caminhos para que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não implique o esvaziamento do *nullum crimen sine culpa*.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Culpabilidade – Responsabilidade objetiva – Ambiental.

ABSTRACT: Common Law countries are familiar with the notion of criminal liability of legal entities in Criminal Law. However, this is not the case of Brazil, which is a Civil Law State. Nevertheless, since 1998 it has been possible for legal entities to commit crimes and more specifically, crimes against the environment, and to be held responsible for them, as well as the agent who did in fact commit the crime on behalf of that legal entity. The Brazilian model, which is quite strict in terms of liability states that the conviction of legal entities against crimes is a clear violation of the Constitution, which has the *nullum crimen sine culpa* culpability principle. In this article, we present other models of culpability, with special emphasis to the compliance programs, so that the strict liability, unconstitutional for that matter, can be removed from Brazilian Criminal Law.

KEYWORDS: Criminal liability of legal entities – Culpability – Strict liability – Crimes against the environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. *Societas delinquere non potest* e a culpabilidade – 3. Modelos de culpabilidade da pessoa jurídica: 3.1 Os programas de *compliance* – 4. Notas alternativas à responsabilidade penal da pessoa jurídica – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 9.605, de 12.02.1998, instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos seguintes termos: "as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

A referida lei atendeu a uma alegada necessidade político-criminal de criar critérios de responsabilização de empresas em razão da prática de atos delitivos, sobretudo em face da constatada dificuldade de se imputá-las, no seio das pessoas jurídicas, às pessoas físicas que efetivamente agiram, haja vista a descentralização e compartimentalização das organizações empresariais.[1] Com efeito, em acórdão paradigma para a matéria, o Ministro do STJ Gilson Dipp, fez constar ser "sabido, (...), que os maiores responsáveis por danos ao meio-ambiente são empresas, entes coletivos, através de suas atividades de exploração industrial e comercial" e que, prossegue, "a incriminação dos verdadeiros responsáveis pelos eventos danosos, no entanto, nem sempre é possível, diante da dificuldade de se apurar, no âmbito das pessoas jurídicas, a responsabilidade dos sujeitos ativos dessas infrações".[2]

O temor de que impere irresponsabilidade das pessoas jurídicas é tema que perpassa o debate da responsabilidade penal dos entes morais, mas que se faz sentir em outras formas de expansão do poder punitivo, a exemplo da flexibilização jurisprudencial *contra legem* do art. 41 do CPP,

1. SCHÜNEMANN, Bernd. Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und eorupäischer Sicht. *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann. Berlim: Carl Heymanns Verlag, 1994, p. 267 e ss. Paulo José da Costa Júnior denomina o posicionamento de pragmático, em oposição àqueles fundamentados em argumentos dogmáticos (COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9605/1998*. Campinas: Millenium, 2002, p. 10).
2. REsp. 610.114/RN, 5.ª T., j. 17.11.2005.

bem como na incontida permissão de limitação das garantias individuais em prol de investigações de fatos definidos como crime.

Outro argumento comumente expendido é o de que as sanções civil e administrativa são insuficientes para a proteção do meio ambiente. Citado em acórdão da lavra do Min. Gilson Dipp, Luis Paulo Sirvinkas afirma que apenas uma pequena porcentagem das multas aplicadas pelo Ibama foram efetivamente recolhidas aos cofres públicos: "por isso, a necessidade da tutela penal, tendo-se em vista seu efeito intimidativo e educativo e não só repressivo" (REsp 610.114/RN, 5.ª T., j. 17.11.2005).[3]

Sua recepção na doutrina brasileira, no entanto, foi bastante conturbada, havendo expressiva corrente doutrinária a sustentar a inconstitucionalidade do instituto.[4]

O STF, em que pese nunca ter enfrentado diretamente o tema, proferiu decisões, em suas turmas, sem que se aventasse qualquer óbice constitucional ao instituto: HC 92921, 1.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski, e HC 83554/PR, 2.ª T., j. 16.08.2008, rel. Min. Gilmar Mendes.

Já no plano propriamente jurídico-penal, Sergio Salomão Shecaira, em obra que se tornou referência central no assunto,[5] aglutina as principais críticas: (a) não há responsabilidade sem culpa e não tendo as pessoas jurídicas inteligência e vontade, não há falar-se em culpa das pessoas jurídicas;[6]

3. Em sentido contrário, fundamentadamente, Costa, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, em especial páginas 161 e seguintes.

4. Antunes, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 72-673; Bitencourt, Cezar. *Tratado de direito penal. Parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, p. 243 e ss.; Cernicchiaro, Luiz Vicente; Costa Júnior, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 142- 144; Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 302; Prado, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 37; Reale Júnior, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Prado, Luiz Regis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
Maiores referências em Shecaira, Sergio Salomão. 3. ed. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010, no prelo.

5. Op. cit.

6. Em sentido contrário: Tiedemann, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *RBCCrim* 11 São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1995.

(b) na medida em que a pessoa jurídica não poderia ser apenada, qualquer sanção que se lhe impusesse alcançaria alguma pessoa física inocente (a exemplo dos sócios minoritários), em violação ao princípio da personalidade das penas; (c) às pessoas jurídicas não se pode aplicar pena privativa de liberdade, a sanção por excelência do Direito penal; (d) a pessoa jurídica não pode se arrepender, já que não tem vontade, não tendo a pena, nesse caso, qualquer função preventiva ou de intimidação.[7]

Todas elas, porém, foram superadas pelo STJ quem, em verdade, em face do laconismo legal, avançou consideravelmente no desenho da responsabilidade penal da pessoa jurídica, reunindo requisitos que já se encontravam na obra de Shecaira.[8]

O primeiro deles diz respeito à dupla imputação: só se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica quando houver imputação simultânea entre o ente moral e da pessoa física (REsp 989.089/SC, 5.ª T., j. 18.08.2009, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima), haja vista que apenas esta age com elemento subjetivo próprio.

O segundo está relacionado ao escopo dessa ação individual: ela deve se dar no interesse ou no benefício da pessoa jurídica ("que a infração praticada se dê no interesse ou no benefício da pessoa jurídica") e deve ter sido perpetrada "no amparo da pessoa jurídica"; de mais a mais, deve ocorrer dentro da "esfera de atividades" do ente moral (REsp 564.960/SC, 5.ª T., j. 02.06.2005, rel. Min. Gilson Dipp).

Por fim, a relação entre o agir individual e a pessoa jurídica: o delito deve decorrer de uma decisão da pessoa jurídica ("que a violação decorra de deliberação do ente coletivo"), "direito privado", e a pessoa física deve ter um determinado vínculo com a jurídica ("que o autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica") (REsp. 564.960/SC, 5.ª T., j. 02.06.2005, rel. Min. Gilson Dipp).

Tem-se, portanto, claro que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo à

7. Na formulação de Jescheck: "em relação a elas não tem, ademais, nenhum sentido a reprovação ético-social subjacente à pena, na medida em que um reproche de culpabilidade só pode ser feito em face de pessoas físicas responsáveis, e nunca em face de membros não envolvidos ou de uma *Vermögensmasse*. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1996, § 23, VII, 1 (p. 227).

8. Op. cit.

dogmática limitar o poder punitivo estatal impondo ao novo instituto os limites incontornáveis das garantias constitucionais.

Tal como está desenhada, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é verdadeiro veículo de responsabilidade penal objetiva,[9] banida[10] do Direito penal ocidental desde o século XII e incompatível com o texto constitucional.[11] O próprio STJ fê-lo consignar em acórdãos tidos como paradigmáticos: "a responsabilidade penal objetiva aplicada nos crimes ambientais decorre da proteção deferida ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Consiste na responsabilização pelo risco criado, não exigindo, para tanto, a culpa, e sim, o dano e o nexo de causalidade" (REsp 969.160/RJ, 5.ª T., j. 06.08.2009, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima). Também assim o magistério de Valdir Sznick, citado pelo Min. Gilson Dipp (REsp 610.114/RN, 5.ª T., j. 17.11.2005): "tratando-se de pessoas jurídicas, estamos diante de uma culpa social, diferenciada mas que atinge interesses coletivos; em um campo teórico, trata-se de uma culpa diferenciada, diversa da culpa tradicional, dentro do interesse público, fundamento da *strict liability*, do direito americano, que prescinde da '*mens rea*', ou seja, do dolo".

O princípio da culpabilidade, porém, tem, no Brasil, dimensão constitucional, de sorte que não se pode abdicar da responsabilidade penal individual e subjetiva. Subscreve-se as palavras de Nilo Batista, para quem "o princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como

9. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo; Ed. RT, 2005, p. 181; MARQUES, O. H. M. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente*. São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 6, n. 65, abr., 1998; Paulo José da Costa Júnior sustenta tratar-se de responsabilidade social, diversa da objetiva, na medida em que passível de ser compatibilizada com as eximentes, "tais como o erro de proibição e as causas de justificação" (COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 23). Em sentido contrário: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 67.

10. O vocábulo é empregado por Paulo José da Costa Júnior em COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 7.

11. Silvina Bacigalupo, citada por Ana Paula da Cruz, expressa a dificuldade que as nações cujas constituições agasalham explicitamente a culpabilidade pessoal e subjetiva em adotar modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica de cunho objetivo (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998 apud *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 236.

repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva"; "mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável".[12]

Foca-se, assim, no presente trabalho, dentre as elencadas oposições à responsabilidade penal da pessoa jurídica, naquela dirigida à culpabilidade, buscando reconstruir, brevemente, a evolução do conceito de culpabilidade e, posteriormente, explicitar alguns modelos de responsabilidade de entes morais que, escapando da responsabilidade objetiva, reintrojetam algumas garantias penais fundamentais.

2. *Societas delinquere non potest* e a culpabilidade

Em que pese o *nullum crimen sine pena*, primeira versão do princípio da culpabilidade, já poder ser localizado nos *Fueros Juzgos*, na Espanha, e no *Sachsenspiegel*, na Baviera, ainda no século XII, "aos direito germânico, italiano medieval e comum era bem conhecida a punibilidade das associações (*Personenverbände*)".[13] Em 1801, porém, no Tratado de direito penal comum vigente na Alemanha, Anselm von Feuerbach, já se encontrava formulação explícita do *societas delinquere non potest:* "apenas o indivíduo pode ser sujeito de um crime, no podendo sê-lo jamais uma pessoa moral (sociedade, *universitas* o *collegium*)".[14]

Esse verdadeiro dogma da dogmática penal europeia continental adentra a teoria do delito, atrelada ao debate da culpabilidade que, em que pese remontar à obra de Binding, a toma nela assento por meio da pena de von Liszt, em complexa formulação. Caudatário da concepção de ação de Hälschner, que por sua vez bebeu da fonte de Ihering, rompe com a visão unitária de Binding para defini-la como "ação voluntária no mundo exterior, causa voluntária ou não impeditiva de uma mudança no mundo exterior".[15] A ação poderia ser decomposta em três elementos: (a) a manifestação da vontade, "consistente em uma conduta voluntária,

12. Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, p, 103.

13. Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. Op. cit., § 23, VII, 1 (p. 227).

14. Feuerbach, Anselm. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, § 28 (p. 58).

15. Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Trad. da 20. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 384-385.

livre de violência física ou psicológica, determinada ou motivada pelas representações"; (b) resultado; e (c) a relação que se estabelece entre a vontade e o resultado, que, em sua expressão objetiva seria a mera relação causal e, em sua dimensão subjetiva, uma causalidade psicológica, conteúdo da culpabilidade, cindida em dolo e culpa.[16]

Tal concepção de culpabilidade, de matriz psicológica, revela-se evidentemente incompatível com a própria natureza jurídica dos entes morais, obstáculo que permanecerá, ainda que por outras razões nas concepções normativas que lhe sucederão.

Com efeito, não tardou a se constatar, por exemplo, que uma definição de culpabilidade tão atrelada à vontade teria de expurgar a inimputabilidade e o erro de proibição, afinal de contas, "o menor de idade, o doente mental, o sujeito que incorre em erro exculpa", em que pese considerados inculpáveis desde muito antes de von Liszt, querem o "resultado voluntariamente produzido".[17]

Também quer o resultado aquele que age em estado de necessidade, apontou Reinhard Frank, pai da teoria normativa da culpabilidade, de modo que na culpabilidade haver-se-ia de, ao lado do dolo e da culpa, inserir-se dimensão extra-sujeito, a que ele batizou de "circunstâncias concomitantes", isto é, circunstâncias que autorizam a diminuição ou mesmo a exclusão da culpabilidade do agente.[18] Reunidos, resumem-se à ideia de reprovabilidade: "um comportamento proibido pode ser imputado à culpabilidade de alguém quando a ele pode-se fazer uma reprovação por tê-lo posto em curso".[19]

A ideia de reprovabilidade permanecerá em outras reações à culpabilidade psicologizante: para os normativistas (Hegler, Frank, Goldschmidt) jaz na contrariedade ao dever (*Pflichtwidrigkeit*);[20] para os eticistas (Nayer e Graf zu Dohna), na própria vontade, ou seja, em "uma atuação

16. TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 58-59.

17. FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevidéu: B de f, 1995, p. 201.

18. ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 97.

19. FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. In: FRANK, Reinhard (org.). *Festschrift für die Juristiche Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*. Giessen: Verlag von Alfred Töpelmann, 1907, p. 519-547, 579.

20. Op. cit., p. 57.

da vontade de forma contrária ao dever, que tem por efeito um resultado antijurídico".[21]

Berthold Freudenthal, em 1922, buscou uma formulação a superar os matizes recém-apontados:[22] pouco importaria se a culpabilidade fosse identificada como reprovabilidade (Frank e Beling), como contrariedade evitável ao dever jurídico (Mittermaier) ou como comportamento culpável meramente contrário ao dever (M. E. Mayer): "de toda forma afirma-se com isso a desaprovação, de que o autor se comportou de determinada maneira, ao passo que ele poderia e deveria ter se comportado de maneira diversa". "Com a falta do poder do autor", sintetiza, "falta-lhe culpabilidade".[23] Com essa definição insere com maior precisão o estado de necessidade, por exemplo. Na medida em que o agente poderia ter agido de outra maneira, mas não deveria tê-lo feito, não se trata de uma causa de exclusão de culpabilidade.

A teoria normativa da culpabilidade encontrou formulação dita pura na obra de Hans Welzel, para quem o objeto de conhecimento próprio de cada ciência ser sempre o mesmo e não variar segundo o método de observá-lo. Assim, o que variaria entre as ciências seria o aspecto da realidade a interessar ao observador: os cientistas da natureza preocupam-se fundamentalmente com a causalidade; já o Direito "se refere a ações humanas enquanto caracterizadas não pela causalidade, porém pela intencionalidade, ou, como diria mais adiante, pela finalidade", razão pela qual era mister cindir duas ordens do mundo real: a ordem do acontecer (*Ordnung des Geschehens*) daquela do pensar (*Ordnung des Meinen*).[24]

O agir final, aliás, é uma das estruturas lógico-objetivas, por cujo intermédio se concretiza o Direito natural como limite imanente ao direito positivo.[25-26] Finalidade que, em Welzel, é definida conforme o sentido, pela "consciência de sentido" (*Sinnbewussheit*), sob pena de

21. Idem, p. 75.

22. FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: F.C.B. Mohr, 1922, p. 2.

23. Idem, p. 6-7.

24. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevidéu: B de f, 2002, p. 231-232.

25. WELZEL, Hans. Naturrecht und Rechtpositivismus. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975, p. 286.

26. Idem, p. 283.

equiparar-se ao agir de outros animais, também eles finais, porém sem consciência dessa finalidade.[27-28]

É no plano do sentido que o Direito é mais do que mera coerção, traduzindo antes valores. Do contrário, o homem seria instrumentalizado, reificado, situação inadmissível dentro do marco kantiano: "enquanto a coação torna o homem mero objeto da ação causal do poder, coisa entre as coisas, a obrigação lhe impõe a responsabilidade pelo ordenamento dotado de sentido da sua vida, tornando-o com isso sujeito da organização da sua existência". Há que supor, como corolário, que o indivíduo seja dotado de responsabilidade.[29]

Eis, portanto, outra estrutura lógico-objetiva: o ser humano dotado de autodeterminação: "o fato de que as ações não sejam um produto causal-mecânico, porém respondam à compreensão pelo sujeito do significado das possíveis metas, constitui, como a ação final em que se baseia, um conceito pré-jurídico, uma estrutura lógico-objetiva que condiciona a possibilidade da culpabilidade".[30]

O método welzeliano impôs uma reorganização no seio da teoria do delito. Agindo o homem finalistamente, inviável que o Direito aprecie uma determinada ação humana, de início, como um mero processo causal para, só depois, aferir a vontade daquela ação. Outro caminho não restaria senão deslocar o dolo e negligência para aquele momento analítico da ação humana ante o ordenamento, nomeadamente, para a tipicidade.

E o que resta na culpabilidade? A apreciação da responsabilidade do autor por seu comportamento antijurídico.[31] Não se trata mais daquela "relação entre uma não adequação fática entre o comportamento e o ordenamento jurídico, porém fundamenta uma reprovação pessoal contra o autor, uma vez que ele não omitiu o comportamento antijurídico, embora tenha podido omiti-lo", ou seja, "ele poderia ter se motivado de acordo com a norma".[32] O que se reprova, em princípio,

27. Mir Puig, Santiago. Op. cit., p. 232.
28. Welzel, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 30-31.
29. Welzel, Hans. *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*. Bonn: Peter Hanstein Verlag, 1963, p. 9.
30. Op. cit., p. 233.
31. Welzel, Hans. *Das deutsche Strafrecht*... cit., p. 138.
32. Idem, ibidem.

não é o autor, porém a formação de sua vontade, de sorte que toda "toda culpabilidade é, assim, culpabilidade da vontade".[33]

Por tudo quanto explanado, também no finalismo não sobra espaço para a responsabilidade penal da pessoa jurídica que, fundamentalmente, não pode agir finalisticamente, perecendo, assim, análise de capacidade de autodeterminação.

É o funcionalismo, em especial o alinhamento da culpabilidade às necessidades preventivas da pena, de que nasce, com Claus Roxin, nova categoria do delito denominada responsabilidade, que abre portas para um novo *locus* da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Dentre todas as formas de explicar a ruptura metodológica do funcionalismo para com o finalismo, emprega-se como fio condutor precisamente a culpabilidade. No finalismo, a culpabilidade fundamenta o poder de punir; no funcionalismo esse fundamento se desloca para a função preventiva da pena, de modo que ao paradigma da pena justa se seguiu um de pena útil. A culpabilidade serviria como limite à referida função preventiva.[34] De maneira sintética: "o injusto (tipicidade e antijuridicidade) decide quanto ao problema de um comportamento ser "adequado" ou não, à luz do Direito penal; a categoria da responsabilidade, por sua vez, responde à pergunta, do ponto de vista político-criminal, da necessidade de sanção penal nos casos individuais".[35]

33. Idem, p. 139.

34. Dentro do funcionalismo, em sentido contrário, a posição de Günther Jakobs (El princípio de culpabilidad. Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales, t. XLV, fasc. I. Madrid, jan.-abr. 1992, p. 1051-1083).

35. Roxin, Claus. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. In: Roxin, Claus; Bruns, Hans-Jürgen; Jäger, Herbert (orgs.). *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70.* Geburtstag am 12.09.1973, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 171-197, p. 181-182. Tal posição permaneceu intocada até recentemente, mas o conceito de reprovabilidade abarca apenas de maneira incompleta a forma de valoração em curso, uma vez que se orienta apenas pela culpa. A avaliação não diz respeito apenas à pergunta se se pode exercer uma reprovação (de culpa) contra um autor, mas é, antes, um juízo acerca da possibilidade de responsabilizá-lo, do ponto de vista penal, por seu comportamento. A reprovabilidade é uma condição necessária, porém não suficiente, da responsabilidade; a necessidade preventiva da sanção deve ser adicionada" (Roxin, Claus. *Strafrecht.* Allgemeiner Teil. Munique: C. H. Beck, 2006. vol. 1, p. 858).

A proteção a bens jurídicos seria alcançada, no finalismo, por meio da imposição de uma pena proporcional ao mal causado, a partir do que novas infrações seriam desencorajadas, tanto individual quanto coletivamente; no funcionalismo, por sua vez, por meio da imposição de uma pena fixada em intensidade tal a difundir no corpo social o reavivamento de validade do bem jurídico lesionado pela conduta delitiva, observados os parâmetros punitivos contidos no próprio tipo penal, limitada pela culpabilidade.[36]

Como a reprovabilidade do agente pela conduta antijurídica deixa de fundamentar a pena, para ser apenas um dos ingredientes da responsabilidade, ao lado da função preventiva da pena, abre-se campo para uma culpabilidade menos referenciada no sujeito. Com efeito, nunca demais enfatizar que divisor de águas entre os pensamentos finalista e funcionalista jaz na aceitação (ou não) do livre-arbítrio: para os funcionalistas, na medida em que indemonstrável, não pode estar no centro da teoria do delito, mais especificamente, na fundamentação da pena e, no limite, do próprio Direito penal, já que orientado completamente pela pena.

Todas as referidas teorias, porém, compartilham dois vícios de origem que, no que interessa à presente análise, transformam a culpabilidade em obstáculo à responsabilidade da pessoa jurídica: primeiramente, sua ligação umbilical com a pena em sentido forte; em segundo lugar, e como desdobramento da segunda, sua ligação umbilical com um agir humano maldoso, reprovável, que precisamente fundamenta a pena em sentido forte.[37] Não à toa a objeção, embora minoritária, que se faz à responsabilidade penal da pessoa jurídica, no sentido de que elas não podem receber sanções aflitivas, típicas do Direito penal.

Mister, assim, para que se possa descobrir algo melhor que o Direito penal, como se verá, com maiores detalhes, abaixo, que se possa romper o trinômio culpa-reprovação-pena em nome de outro, culpa-responsabilização-reparação.

Se, com Dirk Fabricius, compreende-se a culpabilidade como uma relação que, por meio da ação (delitiva) do indivíduo perdeu

36. TANGERINO, Davi. Op. cit.

37. No que toca à ideia de reprovabilidade como elemento comum às teorias da culpabilidade: SANTOS, Emerson Martins dos. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. *RBCCrim* 55/120. São Paulo: Ed. RT, jul.- ago., 2005.

seu reequilíbrio e que reclama um contra-balanço por parte desse agente,[38] abre-se espaço, por exemplo, para responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas por atos delitivos. Não porque se lhe possa reprovar qualquer ação, mas, fundamentalmente, porque a prática delitiva desbalanceou uma relação, sendo preciso responsabilizar-se por ele.

3. Modelos de culpabilidade da pessoa jurídica[39-40]

A aceitação dessa nova semântica da culpabilidade, ainda que não redunde necessariamente (aliás, só redundará excepcionalmente) em penas em sentido forte, não dispensará, em absoluto, a verificação rigorosa das garantias penais.[41]

E, como apontado acima, o modelo brasileiro de responsabilização da pessoa jurídica, além de fortemente atrelado ao binômio culpa-pena, o faz por meio de um modelo de responsabilização objetiva, derivada da responsabilidade de uma pessoa física (ou um colegiado).

38. Fabricius, Dirk. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren.* Hamburg: Merus, 2006, p. 39.

39. Remeta-se o leitor, no que toca ao presente capítulo, a pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo (FGV) sob a coordenação das professoras Marta Machado e Flávio Püschel, com patrocínio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, de que participou o autor. A pesquisa foi publicada com o nome de "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica" e encontra-se disponível para download gratuito no sítio institucional da SAL. O presente tópico, com alterações e inserções, foi em grande parte extraído da referida obra.

40. Muitos autores buscaram fórmulas alternativas à culpabilidade. Bernd Schünemann, por exemplo, apresenta um modelo de incriminação das pessoas jurídicas satisfeito com a prática de um ato delitivo e de falhas nas medidas de direção e de vigilância, abdicando, assim, do vínculo entre o órgão direito e a ação delituosa, como o fez Tiedemann. (*Unternehmenskriminalität und Strafrecht*eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach gelstendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrefcht. Munique, Carl Heymanns, 1979). No mesmo sentido: Santos, Emerson Op. cit., p. 123.

41. Fugiria ao escopo da obra esmiuçar todos os outros níveis de filtros ao poder punitivo prévios à análise da responsabilidade da pessoa jurídica. Subscreve-se, assim, por todos, aos princípios enumerados por Nilo Batista (Op. cit.).

Vige, assim, no Brasil modelo a que Carlos Díez denominaria de heterorresponsabilidade, eis que buscam no indivíduo concreto, elementos da teoria tradicional do delito e, posteriormente, atribui a ação à pessoa jurídica.[42]

Aderiu-se, portanto, a uma das duas escolhas possíveis, na dicção de Jean Pradel: a tornar a pessoa jurídica responsável por reflexo ou por ricochete do agir criminoso da pessoa física. Aponta, porém, haver alternativa: considerar-se "que a pessoa jurídica, tendo vida própria, pode cometer um crime mediante culpa ou dolo distintos do elemento subjetivo das pessoas físicas".[43]

Há, porém, modelos que buscam critérios de culpabilidade a partir da própria pessoa jurídica, abdicando, portanto, da responsabilidade derivada, objetiva.

Klaus Tiedemann, por exemplo, desenvolveu o conceito de culpabilidade por defeito de organização, por ocasião da introdução no ordenamento alemão de uma sanção pecuniária aos entes coletivos na Lei Alemã para Luta Contra a Criminalidade Econômica,[44] de 1986, que reformou o § 30 da Lei de Infrações Administrativas (*Ordnungswiedrigkeitsgesetz*).

Sustentou que a culpabilidade necessária para a incriminação das pessoas jurídicas seria menos intensa do que a que o Direito penal clássico exige, na medida em que redunda em multa e não em pena em sentido forte. Para ele, a culpabilidade clássica estaria vinculada a uma reprovação ética frente ao agir individual contra a norma, ao passo que a culpabilidade das pessoas jurídicas deveria se orientar por categorias sociais e jurídicas,[45] ou seja, seria mister interpretar a culpabilidade no sentido de responsabilidade social.[46]

42. Díez, Carlos Gómes-Jara. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 51.

43. Pradel, Jean. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês. *RBCCrim* 24/53. São Paulo: Ed. RT, out.-dez, 1998.

44. "2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1986".

45. Die, Bebußung von Unternehemen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.Neue Juristische Wochenschrift, Heft 19, 1988, p. 1172.

46. *Lecciones de Derecho Penal Económico* (Comunitario, Español, Alemán). Barcelona, PPU, 1993, p. 233. Chegando a conclusão diversa da de Tiedemann, no tocante ao modelo de responsabilização penal da pessoa

Assim, a pessoa jurídica seria responsável pelos fatos realizados por seus membros sempre que ela e seus órgãos não tenham tomado as medidas de cuidado ou vigilância necessárias à garantia de uma atividade não delitiva.[47] Faria Costa, admitindo que a pessoa jurídica "está, por definição ou natureza, em plúrimas relações de alteridade", impõe, porém, um requisito para tê-la como "centro de imputação jurídico-penalmente relevante", vale dizer, que ela atue necessariamente por meio de seus órgãos ou representantes.

No modelo de Tiedemann, a responsabilidade penal da pessoa jurídico atende a uma fórmula de responsabilidade por omissão[48] imprópria, isto é, de responsabilização aquele que, embora podendo e devendo evitar um resultado, se omitiu. Juarez Cirino dos Santos reúne como elementos constitutivos da omissão imprópria: (a) a situação de perigo para o bem jurídico; (b) o poder concreto de agir; (c) a omissão da ação mandada; (d) o resultado típico; (e) a posição de garantidor.[49]

Embora ainda dependa de um agir humano, a responsabilidade só nascerá quando se detectar um defeito de organização da empresa a que se possa imputar o ato delitivo mesmo. Tanto assim que, na proposta de Tiedemann, agindo a pessoa física com "excesso de representação",[50] responderá sozinho pelo delito, coerente, nesse particular, com a fórmula encontrada pelo STJ.

Não tardou, porém, a se sustentar que adaptações da culpabilidade clássica para a responsabilidade penal da pessoa jurídica sempre encon-

jurídica, o Min. Gilson Dipp compartilha, porém, a noção de que a culpabilidade, nos entes morais, "nada mais é do que a responsabilidade social" (REsp 610.114/RN, 5.ª T., j. 17.11.2005).

47. Die ‚Bebußung' von Unternehemen nach dem 2... cit.

48. Santos, Emerson Martins dos. Op. cit., p. 122.

49. Santos, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2008, p. 210 e ss.

50. Com este termo se designa todo ato ou conjunto de atos que, embora tomado dentro do âmbito da pessoa jurídica, constitua abuso funcional por parte da pessoa natural que dela faz parte. Neste caso, logicamente, a pessoa jurídica não deveria arcar com a responsabilidade pelo delito cometido, pois a ela não pode ser imputado um dever de evitar comportamentos que excedam as funções internamente distribuídas para persecução de sua atividade. Apontamentos críticos sobre os limites estabelecidos pela ideia de "excesso de representação" podem ser encontrados em Schünemann, 1994, p. 284-285.

traria inconsistências internas. Buscando um conceito realmente novo, Ernst Lampe propôs uma culpabilidade referente ao injusto de sistema. De maneira sintética, Lampe sustenta que o Direito penal é incapaz de reagir frente à delinquência sistemática a partir de um instrumentário baseado sobre um padrão de autor individual.[51] Mais, portanto do que ações injustas (*Unrechtshandlungen*) a dogmática precisaria também manejar sistemas de injusto (*Unrechtssysteme*), isto é, relações de pessoas organizadas com fins ilícitos, que devem ser vistos como sistemas sociais compostos de indivíduos relacionados comunicativamente entre si.[52] Tal comunicação interna e tal interação são baseadas em modelos relativamente interativos que estruturam uma dada organização.

No campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica interessam os sistemas que Lampe batizou de "injustos constituídos", ou seja, sistemas constituídos por relações entre indivíduos destinada à realização de delitos, sem contudo serem relações propriamente pessoais,[53] porém antes de pertencimento a uma determinada organização.[54] Diferencia, assim, o injusto que tem lugar dentro do âmbito empresarial contra a empresa mesma (*Betriebsbereich*) daquele que tem lugar no âmbito da própria organização empresarial (*Organizationsbereich*). Ao passo que os primeiros constituem – a partir do ponto de vista da empresa – delitos especiais, imputáveis ao indivíduo autor,[55] os segundos são delitos que

51. Systemunrecht und Unrechtssysteme. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 106/1994, p. 684.

52. Idem, p. 687.

53. O exemplo principal deste sistema simples são as associações fundadas sobre os fenômenos de participação e de co-autoria, em que se verifica uma relação relativamente forte de conhecimento pessoal entre os envolvidos na prática delituosa.

54. Por exigirem um baixo grau de conhecimento entre seus componentes, os chamado "sistemas constituídos" admitem um maior grau de complexidade e são dotados, assim, de uma comunicação e de uma interação organizadas em termos de distribuição funcional hierarquizada ("*Kommunkationen und Interkationen, die meistens hierarchisch, selektiert sind*"). Op. cit., p. 694. Por não dependerem de um profundo conhecimento recíproco entre seus membros, afirma-se que estes são, em certa medida, fungíveis, na medida em que, por exemplo, empregados de uma empresa podem ser substituídos sem que esta altere significativamente sua existência social.

55. O exemplo dado é do empregado que causa um grande dano ambiental, sem que este fato seja desejável ou possivelmente valorizado e incentivado

ocorrem devido a uma *organização deficiente da empresa*; neste sentido, estes últimos são injustos que apresentam, ademais de uma dimensão individual, também uma *dimensão sistêmica*, e, portanto, devem poder ser imputados à própria empresa.[56] Vale notar que, no Brasil, percorrendo outras searas, Heloísa Estellita também oferece esquema tripartido de classificação (e de compreensão) da criminalidade dentro da empresa, em oposição à empresa criminosa.[57]

Neste sentido, injustos de dimensão sistêmica seriam todos aqueles comportamentos que lesionam bens jurídicos com base em certa filosofia da empresa ou com uma dada forma de sua organização.[58] A responsabilidade penal com base na filosofia da empresa dar-se-ia quando seu caráter delitivo encontra expressão no comportamento lesivo de um de seus membros. A responsabilidade com base na estrutura de organização da empresa, por sua vez, seria um injusto sistêmico quando favorecesse seus membros no cometimento de delitos.[59] Concretamente, existiriam quatro causas fundamentais que constituiriam um injusto de sistema de responsabilidade da empresa: *a)* o potencial perigo utilizado pela empresa para realizar uma dada prestação; *b)* a estrutura deficitária de sua organização (*defiziente Organisationsstruktur*), que neutralizaria

pela empresa em que trabalha. O fato de que ele tenha se utilizado do instrumental técnico da empresa não altera nada em sua responsabilidade individual, pois, neste caso, o delito não é dotado de qualquer "dimensão sistêmica". Op. cit., p. 708.

56. Este seria o caso quando alguém realiza ações que, normalmente, ocorrem sem qualquer risco de dano, mas que, na combinação com outras ações, ligadas àquelas com base em uma determinada organização ou em um plano empresarial, acabam por trazer consigo consequências ilícitas; verificar-se-ia, nestes casos, um patente déficit organizatório (*eine organisatorische Defizite*), imputável à empresa responsável pelo planejamento e combinação das interações internas a ela. Op. cit., p. 708.

57. Estellita, Heloísa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

58. Op. cit., p. 708.

59. Exemplos disso seriam casos em que a organização da empresa não se preocupa com a criação de normas de internas de controle, ou mesmo quando não desenvolve regras de responsabilização individual por atos de seus empregados. Nestes casos, quando surge uma lesão de bem-jurídico praticada com base nesta organização deficiente da empresa, produz-se um injusto sistêmico, cuja responsabilidade deve ser arcada pelo ente coletivo, e não pelos seus membros. Neste sentido: idem, p. 727 e ss.

erroneamente a periculosidade deste potencial; *c)* uma filosofia empresarial criminosa, que ofereceria aos membros da organização a tentação de levar a cabo ações delitivas; *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.[60]

A partir disto, fica claro que para Lampe, também a uma empresa – enquanto sistema social – pode-se formular uma reprovação ético-social.[61] Em concreto, pode-se afirmar que "a culpabilidade de uma empresa – de seu *management* – consiste no fato de esta ter criado ou mantido uma filosofia criminógena e/ou certas deficiências organizativas".[62] A culpabilidade da empresa seria expressão de um *caráter empresarial defeituoso*, na medida em que esta, na hora de fixar seus objetivos e organizar seu instrumental para a perseguição dos mesmos, o faz de tal modo reprovável que passe a ser visto como *um sistema que não está à altura de suas responsabilidades.* [63]

A formulação de Lampe, porém, não dá margem apenas a uma culpabilidade de empresa. Dentro do marco do sistema de injusto,

60. Idem p. 709.

61. Lampe afirma que a responsabilidade penal se pode atribuir a toda unidade que participa da vida social, seja ela uma pessoa natural, seja ela uma pessoa jurídica. "A esta, ainda que possa ser tomada como uma ficção, não podem ser negados sua relevância e sua existência social". A reprovação que se faz aos entes coletivos não é, de forma alguma, ético-individual, mas sim ético-social, referente, por exemplo, ao não cumprimento de seus deveres para com o contexto no qual a pessoa jurídica atua. Op. cit., p. 723.

62. Idem, p. 732.

63. Idem, p. 724. Por partir da ideia de que se está, nestes casos, frente a um "caráter defeituoso da empresa", Lampe sugere, em uma de suas obras recentes, que a própria sanção que se aplica às pessoas jurídicas deve ter como objetivo combater e alterar estas características deficitárias do "caráter empresarial criminógeno". Neste sentido, afirma que somente se pode atingir justiça se a sanção penal contra a pessoa jurídica trouxer consigo uma modificação de tal existência: "a filosofia criminógena ou a estrutura organizativa deficitária da empresa deve ser modificada de modo a que esta deixe de fomentar lesões a bens-jurídicos. Para tanto, são necessários outros meios de sanção, para além das penas privativas de liberdade e das multas.". E completa: "a intervenção no caso das empresas econômicas pode, inclusive, conduzir para sua liquidação e seu desmantelamento". LAMPE, Ernst-Joachim. *Strafphilosophie – Studien zur Strafgerechtigkeit*. Munique: Heymanns Verlag, 1999, p. 74 e 183).

também determinadas pessoas físicas – precisamente as que engendraram os defeitos de organização que a tornaram criminógena – responderão pelos delitos cometidos. Em termos concretos, poderiam ser responsabilizados "aqueles membros obrigados a determinar o espírito da empresa ou, em última instância, que deveriam – com base numa posição de garante – ter impedido infiltrações de mentalidade criminógena",[64] este seria o caso, por exemplo, dos membros responsáveis pelo controle e pela estruturação da organização empresarial.[65]

Também Günter Heine esposa um modelo de culpabilidade empresarial a partir de uma organização deficiente; a empresa, sendo uma "garante de supervisão", se torna responsável pelos atos delitivos, na medida em que cria perigos empresariais em razão de sua estrutura deficitária ou de déficits existentes em sua organização.[66]

O contrário, porém, do quanto sustentado por Lampe, Heine advoga que a imputação do delito à empresa deveria ocorrer de maneira independente daquela feita à pessoa física. Mais do que isso, aliás, deveria se dar em um sistema paralelo ao aplicado aos indivíduos. Assim, Heine fala na "transposição" para as empresas das "categorias de imputação do direito penal individual - desde a ação, o domínio do fato e a causalidade até os elementos subjetivos e a culpabilidade".[67]

Para o autor, a culpabilidade da empresa se daria sob a base da condução da atividade empresarial, em termos bastante semelhantes com a culpabilidade pela condução de vida de Jorge de Figueiredo Dias. Assim, mais do que apurar a culpabilidade da empresa por um determinado ato, ter-se-ia uma análise global de como a empresa conduziu

64. Systemunrecht und Unrechtssysteme cit., p. 733.

65. Como exemplos significativos Lampe cita, por um lado, aqueles que, como órgão responsável ou como representante, têm como tarefa fixar os objetivos e as tarefas da empresa e, por outro, aquele grupo de personalidades que conformam o *management* empresarial, pertencendo à chamada "brain área" da pessoa jurídica e que devam, portanto, se preocupar com a adaptação desta frente a seus ambientes social, econômico e ecológico. Nestes casos, afirma Lampe, todos os membros *responderiam em coautoria* por eventuais delitos. Idem, ibidem e ss.

66. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de La empresa. In: Gómez-Jara Díez, Carlos (org.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporâneas*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, p. 37.

67. Idem, ibidem.

suas atividades em relação à prevenção dos riscos empresariais potencialmente engendradores de delitos.

Em que pese adotar o *nomen juris* de culpabilidade, entende que essa categoria, quando se analisa a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, serviria como uma categoria análoga à da culpabilidade na teoria do delito clássica. De igual modo, a ação seria substituída pelo "domínio da organização", que ocorreria quando, por exemplo, a empresa opta por não realizar as medidas preventivas mais adequadas no tempo oportuno.[68]

3.1 Os programas de compliance

Percorrendo searas diversas e com algumas divergências internas, todas as teorias apresentadas mostram-se consistentes com os programas de *compliance*, definidos por Pampel como um conjunto amplo de mecanismos aplicados no seio das empresas que visem ao estabelecimento de objetivos e a afirmação de valores, bem como dos meios tendentes à concretização deles, quando da condução da atividade empresarial.[69] Trata-se de instituto de difícil definição, também referido como ética nos negócios (*business ethics*) e de governança corporativa (*corporate governance*). Etimologicamente, *compliance* quer dizer o ato de se conformar a alguma coisa, de aquiescer.

Os Estados Unidos da América, nesse particular, desenvolveram um acurado diploma legal – o *U.S. Sentencing Guidelines* – que criou parâmetros de fixação e de quantificação da culpabilidade das pessoas jurídicas. Não se ignora que o sistema de *Common Law* é bastante diverso da tradição romano-germânica, sendo mesmo difícil encontrar um correspondente à culpabilidade no direito penal estadunidense. Com efeito, Thomas Gardner e Terry Anderson ensinam aos neófitos que para se condenar alguém, o Governo deve provar – acima de qualquer suspeita – a existência de um ato físico externo, isto é, que a conduta ou ato proibido pela lei da jurisdição foi de fato cometido pelo acusado –, e o elemento mental interno, vale dizer, que o ato ou omissão foi acompanhado de um estado de consciência requerido pela lei penal. Ao primeiro, prosseguem, denomina-se *actus reus*; ao

68. Idem, p. 51.

69. PAMPEL, Gunnar. Die Bedeutung von Compliance-Programmen in Kartellordnungswidrigkeitenrecht. *Betriebs-Berater*, Heft 31, 2007, p. 1636.

segundo, *mens rea*,[70] que inclui: a má intenção, o propósito criminoso e o conhecimento da injustiça (*wrongfulness*) da ação.[71] Como se vê, funde elementos que na tradição continental estariam alocados no dolo e na culpabilidade.

O *U.S. Sentencing Guidelines* (USSG), assim, ao prever regras de fixação e quantificação da culpabilidade, mescla os artigos do Código penal brasileiro dedicados ao dolo e à culpabilidade, bem como aqueles dedicados à fixação da pena. Interessa ao presente trabalho, evidentemente, o roteiro empregado para a fixação da reprimenda nos delitos cometidos pelas pessoas jurídicas. Mais do que a fórmula, porém, salta aos olhos o recurso político-criminal empregado: na medida em que a pena da pessoa jurídica será tanto menor quanto maior tiver sido seus esforços para evitá-la, isto é, de criar um ambiente não criminógeno, tanto maior será seu engajamento em desenvolver políticas eficazes de *compliance*. De mais a mais, o direito estadunidense prevê o *deferred prosecution agreement*, isto é, uma espécie de transação penal em que a empresa se submete voluntariamente a um período probatório ao longo do qual implementa reformas internas substanciais e coopera com o governo, de maneira efetiva, ajudando os promotores a construir um caso contra os empregados individualmente considerados. A empresa também arca com sanções pecuniárias e comumente se submete a monitoramento federal. Se ao final do período o promotor entender que a empresa cumpriu com suas obrigações, as acusações são retiradas.[72] Tal instituto – e aqui não se propõe adesão a qualquer modelo, porém se problematizam outras formas que mão a brasileira – encoraja uma espécie de contraditório entre a pessoa jurídica, que buscará provar ter desenvolvido estratégias de evitar aquele delito, e a pessoa física, que, por sua vez, se engajará na demonstração de sua ação insere-se dentro da normalidade empresarial, não cabendo falar em excesso de representação. Sob ambos os aspectos o modelo é preferível ao de responsabilidade objetiva, brasileiro.

O § 8B2.1.do USSG define que (a) para ter um programa efetivo de ética e *compliance* a empresa deverá (1) realizar auditorias para prevenir e detector condutas criminosas; e (2) promover de qualquer

70. *Criminal Law*. 10. ed. Belmont: Thompson, 2009, p. 32.

71. Idem, p. 34.

72. SPIVACK, Peter; RAMAN, Sujit. *Regulating the 'new regulators': current trends in deferred prosecution agreements*. American Law Criminal Review, mar., 2008.

outra forma uma cultura organizacional que encoraje condutas éticas e um compromisso com a obediência à lei. Os referidos programas deverão ser razoavelmente desenhados, implementados e impostos de tal sorte que o programa seja efetivo, de maneira geral, na prevenção e detecção de condutas criminosas. A falha na prevenção/detecção não implica automaticamente que o programa não seja, em geral, efetivo. Os requisitos mínimos das referidas auditorias encontram-se no item (b). Além da determinação de evitar trazer para o núcleo gestor do programa de *compliance* funcionário que já tenha cometido ato criminoso ou outra conduta inconsistente com o código de ética (3), requer-se ainda que a (4) (A) a empresa tome providências para comunicar periodicamente seus padrões e procedimentos, bem como dos papéis e responsabilidades de cada um. Deve, ainda, (5) zelar para que o programa seja seguido pelos funcionários (A) e avaliar periodicamente sua efetividade (B), criando formas eficientes de os funcionários denunciarem condutas suspeitas, ou mesmo buscar ajuda e orientação, sem medo de que sofram retaliações, garantido até mesmo o anonimato ou confidencialidade. Por fim, é preciso prever medidas de incentivo (6) (A) e de punições (B), sendo dever da empresa, no caso de detecção de uma conduta criminosa tomar providências em relação a ela e modificar, no que necessário, o programa (7).

E qual o impacto concreto de um programa de *compliance?*

Imagine-se que uma empresa tenha cometido algum delito anticoncorrencial. O USSG atribui ao referido delito, 12 pontos como nível base de ofensa, o que corresponde a uma multa de U$ 40 mil dólares. Esse valor será graduado conforme uma régua de culpabilidade estabelecida pelo USSG, cujo ponto de partida é sempre 5 pontos. Se, porém, se constata que o delito ocorreu apesar de a corporação ter implementado, no tempo do delito, um programa efetivo de ética e *compliance*, 3 pontos subtraídos. Além disso, se a organização (a) antes de uma ameaça iminente de ser descoberta ou de uma investigação governamental; e (b) dentro de um marco temporal expedito após tomar consciência do delito, reportou o delito às autoridades governamentais competentes, cooperou totalmente na investigação e claramente demonstrou reconhecimento e aceitação afirmativa da responsabilidade pela conduta criminosa, novos 5 pontos serão subtraídos. Ao final – e as possibilidades de diminuição e acréscimo são fartas – ter-se-ia 0 pontos restantes. 0 pontos, na tabela de culpabilidade, corresponde a um multiplicador de 0,05 a 0,20, de modo que a multa oscilará entre U$ 2 mil e U$ 8 mil dólares. Se, de outro lado,

um alto executivo tiver participado dolosamente do delito, 5 pontos serão adicionados, com acréscimo de mais 1 ponto, em caso de recalcitrância, e novos 3 pontos caso haja obstrução de justiça. Nesse cenário, a régua de culpabilidade subirá para 14 pontos, o que fará o multiplicador da multa oscilar entre 2,00 e 4,00 com o seguinte resultado: a multa estará compreendida entre U$ 170 mil e U$ 340 mil dólares.

4. Notas alternativas à responsabilidade penal da pessoa jurídica

A ruptura do trinômio culpa-reprovação-pena em nome de outro, culpa-responsabilização-reparação poderia permitir, conforme sustentado alhures,[73] alguns passos rumo ao que Gustav Radbruch preconizava como algo melhor do que o Direito penal.

Se, com Dirk Fabricius, compreende-se a culpabilidade como uma relação que, por meio da ação (delitiva) do indivíduo perdeu seu reequilíbrio e que reclama um contra-balanço por parte desse agente,[74] abre-se espaço, por exemplo, para responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas por atos delitivos. Não porque se lhe possa reprovar qualquer ação, mas, fundamentalmente, porque a prática delitiva desbalanceou uma relação, sendo preciso responsabilizar-se por ele.

Desconectada a pena do Direito criminal, cuja importância permanece como meio de coerção tendente a preservar bens jurídicos, abre-se espaço para outros meios de resolução de situações-problema (para empregar o termo cunhado por Louk Hulsman empregado em vez de delito) que não um processo atribuidor, por meio da culpabilidade-reprovabilidade, de sanção aflitiva. Abre-se espaço para um processo constituidor, por meio da culpabilidade-reparação, de responsabilidade em relação a uma situação-problema.

Sob essa perspectiva, a sanção civil, afastada há séculos como possibilidade de resposta penal a um delito,[75] volta a ser uma possibilidade muito mais proveitosa do que a pena. Flávia Püschel e Marta Machado chamam a atenção para o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro já vem incorporando essa modalidade de sanção no seio do Direito

73. Tangerino, Davi. Op. cit.

74. Op. cit. p. 39.

75. Debuyst, Christian; Digneffe, Françoise; Labadie, Jean-Michel; Pires, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Montreal: De Boeck, 1996. vol. 2, p. 37.

penal, bastando lembrar a composição civil dos danos prevista na Lei 9.099/1995, bem como a extinção da punibilidade, nos delitos tributário, por meio do pagamento do tributo devido.[76] No campo do Direito penal ambiental é a própria Lei 9.605/1998 a reconhecer a prestação pecuniária como modalidade de pena restritiva de direito (arts. 8.°, IV e 12).

Interessantemente, ensinam, também o Direito civil caminha rumo ao penal, na assim chamada responsabilidade civil punitiva, "em que o autor do ilícito civil é condenado a pagar à vítima não simplesmente um valor correspondente ao dano causado, mas, além disso, um valor calculado para garantir que a sanção seja sentida como um mal pelo imputado. Com isso, procura-se atingir objetivos semelhantes a alguns dos fins perseguidos pela pena enquanto sanção penal: retribuição, prevenção especial negativa e prevenção geral negativa".[77]

A aceitação da sanção civil como suficiente à tutela penal encontra defensor, por exemplo, em Claus Roxin que em *Pena y reparación*, texto de 1999, sustentou haver inclusive compatibilidade com as finalidades da pena, na medida em que, mais até do que a sanção criminal clássica, seria verdadeira anulação e compensação do ato ilícito.[78] Com efeito, a reparação do dano pressupõe uma postura mais ativa do agente com seu delito, convidando-o a se envolver com o fato, assumindo a responsabilidade pelas consequências de seu feito; a culpabilidade como engendradora de ímpeto pela reparação assume conteúdo positivo, de cuidado para com o bem jurídico tutelado, em oposição à culpabilidade-reprovação, castradora e inculpadora.[79]

Com maior facilidade ainda amolda-se a sanção administrativa às finalidades da pena, sobretudo no âmbito das pessoas jurídicas. Em monografia que já nasce como marco no assunto, Helena Regina Lobo da Costa reconstrói a senda teórica percorrida, por exemplo, por Goldschmidt que tentou, em 1902, com seu *Verwaltungsstrafrecht*, literalmente Direito penal da Administração, no sentido de diferenciar os ilícitos penais dos administrativos. Goldschmidt pretendia que o delito fosse

76. Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil. In: Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21-23.

77. Idem, p. 29.

78. Roxin, Claus. Pena y reparación. *Anuário de derecho penal y ciencias penales* 52 (1999).

79. Tangerino, Davi. Op. cit., p. 220 e ss.

uma conduta que lesiona um bem jurídico, ao passo que a infração administrativa se voltaria à não-consecução de um bem.[80] Nelson Hungria, em texto não muito comentado, se opõe ferrenhamente à posição do doutrinador alemão, concluindo que o ilícito é um só, sendo a distinção entre o penal e o administrativo apenas de gradação: "a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal".[81] Compartilham, modernamente, essa posição, dentre outros, Zuñiga Rodriguez, Wohlers e Schmitt.

Em que pese reconhecer distinções normativas entre o delito e a infração administrativa, Helena Lobo da Costa não tem dúvidas de que "a sanção administrativa parece adequar-se melhor à esfera ambiental, uma vez que o direito administrativo já lida, em grande parte, com medidas e limitações destinadas à proteção do meio ambiente". Prossegue, com apoio em Francesco Palazzo, apontando que a referida sanção é especialmente indicada para ilícitos referentes a atividades controladas pela administração e aqueles impregnados de elementos em branco de caráter eminentemente técnico – todos eles, conclui, típicos do Direito penal ambiental.[82]

5. Conclusão

Não se pode ignorar a importância do meio-ambiente, tampouco seu estatuto de bem jurídico fundamental. Igualmente, evidente como as pessoas jurídicas, quando da realização de suas atividades-fim podem lesionar ou expor a perigo referido bem. Tais fatos, porém, não implicam *per se* nem a incriminação de condutas, muito menos por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

80. Goldschmidt, James. *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. Reimpressão da edição de 1902. Aalen: Scienta, 1969, p. 344 apud Costa, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193.

81. Ilícito administrativo e ilícito penal. *RDA* 1. Rio de Janeiro: Forense,1945, p. 18.

82. Costa, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 208.

Admita-se, porém, que os entes morais serão responsabilizados pela prática de fatos definidos como crime, conferindo à ação e à culpabilidade espectros bem mais amplos do que assumem na teoria do delito clássico, para não falar nas funções preventivas da pena.

Se se rompe o trinômio culpa-reprovação-pena, retirando do horizonte a sanção aflitiva, englobando dentro do marco de um Direito penal voltado para a composição de conflitos, de situações-problema, pode-se incorporar sanções hoje denominadas de civis ou administrativas, com muito mais ganho à propalada função de proteção a bens jurídicos do Direito penal.

Ainda que assim não se faça, insistindo-se no Direito penal clássico, deformado para alcançar as pessoas jurídicas, impõe-se que se reveja a responsabilidade penal objetiva ora vigente no Brasil, com a criação de um mecanismo de aferição de culpabilidade que engendre, no seio da pessoa jurídica, círculo virtuoso de proteção e respeito ao meio-ambiente, como de resto a outros bens jurídicos fundamentais.

Com mais força no primeiro desenho, mas também assim no segundo, o Direito penal ganha em sua dimensão de garantias e não abdica da renúncia à responsabilidade penal objetiva, feita na Europa Ocidental desde o século XII, fazendo sempre valer, como deve ser, o *nullum crimen sine culpa*.

51948

3

Derecho penal económico: delitos tributarios. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales

DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA

Profesor Titular de cátedra de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Universidad Popular de Madres de Plaza de Mayo. Profesor Adjunto de Derecho Penal y Derecho Penal Tributario de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto Regular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Ciencias Penales del Colegio de Abogados de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Juez de Cámara de Tribunal Criminal Nacional.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMEN: El Derecho penal económico puede definirse como la disciplina que dentro del Derecho Penal se aboca al análisis de aquellos comportamientos descritos en las leyes penales –principalmente en leyes penales en blanco– que lesionan o distorsionan el ordenamiento económico en vigor, sea con carácter general o en algunas de sus instituciones en particular, generando la pérdida de la confianza en la población y, por ende, colocando en situación de riesgo su propia existencia. El derecho financiero regula la actividad financiera del Estado. Los tributos cumplen una función recaudatoria dirigida a financiar funciones y servicios públicos, así como la de operar como un instrumento de planificación o regulación económica con la mira puesta en el desarrollo económico y social (humano). Dicho de otra manera y, en uno y otro caso, con la finalidad de efectivizar los

ABSTRACT: Economic Criminal Law can be defined as the discipline in Criminal Law dedicated to analyzing the conducts described in criminal laws – mainly In Blank criminal laws – that damage or are detrimental to the economic code in effect, in a general sense or in certain institutions, and that generate a lack of trust from the population and therefore risking its own existence. The Economic law regulates the financial activity of the Nation. The taxes are destined to the finance of duties and public services, as well as being a planning instrument or economic regulator of the economic and social (human) development. In other words, and varying from one case to another, with the objective of validating the human rights of the country's inhabitants (social subjects). The criminal types used to determine what is prohibited or what can be done in the economic and

derechos humanos de los habitantes (sujetos sociales) del país. Los tipos penales empleados para determinar que es lo que está prohibido o que es lo que se debe hacer en el ámbito de la actividad económica y financiera no suele responder a la estructura conceptual de aquellos delitos en los que entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causalidad. Otra particularidad es que se echa mano a tipos de peligro abstracto y la estructura de las leyes penales tiene una marcada tendencia a las leyes penales en blanco. De otro lado cabe preguntarse si el antiguo adagio latino societas delinquere no potest sigue en vigor. Las garantías de *ne bis in idem* y doble conforme pueden verse socavadas si se instrumenta una política criminal inapropiada. La criminalización de conductas que lesionen o distorsionen el sistema económico y/o financiero, en tanto se respeten los principios del derecho penal y sus garantías, es una herramienta útil a la que los Estados deben echar mano para aventar los desequilibrios, pobreza y polarización que ocasionan tales comportamientos.

Palabras clave: Tributos – Política fiscal – Derecho penal y derecho administrativo sancionador – Leyes penales en blanco – Responsabilidad de las personas jurídicas – Garantías.

financial activity, does not always correspond to the conceptual structure of those crimes in which there should be a causality relationship between behavior and result. Another peculiarity is that certain types of abstract danger are used and the structure of the criminal laws has a strong tendency towards In blank criminal laws. On the other hand we should ask ourselves if the ancient saying in Latin *societas delinquere no potest* is still in effect. The guarantees in *ne bis in idem* can be undermined if an inappropriate criminal policy is used. Penalizing the conducts that damage or are detrimental to the economic and/or financial system, when not adhering to the principles of the criminal law and its guarantees, is a very useful tool that the Nations should use to eliminate imbalances, poverty and polarization that lead to these types of behavior.

Keywords: Taxes – Tax policy - Criminal law and Economic law sanctions- In blank criminal laws - Responsibility of a legal entity – Guarantees.

Sumario: 1. A modo de introducción – 2. Características y definición del Derecho Penal Económico – 3. Lo que debemos saber acerca del Derecho Financiero y Tributario para comprender porqué determinados comportamientos tienen que ser criminalizados – 4. Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador – 5. Problemáticas constitucionales de las leyes penales en blanco – 6. Responsabilidad de las personas jurídicas: *societas delinquere non potest o societas delinquere potest* – 7. Los principios de prohibición de la múltiple persecución penal y de doble conforme pueden verse socavados a través de la implementación de legislaciones inapropiadas – 8. Conclusiones: breve síntesis de nuestra opinión y propuestas.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La historia nos revela que, en una primera etapa, el empleo del Derecho Penal en el ámbito de la economía obedeció a una situación crítica en la que era necesario recurrir a remedios extremos, aunque limitados en el tiempo.

Dicho en otros términos, el Derecho Penal se extendió a la regulación de la economía exclusivamente en tiempos de guerra y para hacer frente a las grandes crisis económicas. Es decir, se acudía al Derecho penal como mecanismo tendente a normalizar y regular el orden económico y, de tal modo, recobrar la confianza en él.[1]

Es recién a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando el Derecho penal dejó de ser una herramienta que, en el ámbito de la actividad economica, se empleaba sólo para situaciones transitorias.

Sin lugar a dudas la obra de Edwin H. Sutherland, especialmente en América, tuvo una notable influencia en aquel cambio. La publicación de su libro "El delito de cuello blanco" marcó un antes y un después respecto de esta problemática, y es uno de los textos clásicos de la sociología del delito que ha contribuido a revolucionar el panorama de la criminología del siglo XX.[2]

El catedrático de la Universidad de Indiana estudio el comportamiento de setenta grandes empresas norteamericanas que sirvieron de base a su investigación.

Como se recordará, las presiones y censura de la época provocaron que el autor cediera a las imposiciones y debió ocultar la identidad de las empresas que mostraban comportamientos delictivos variados y repetidos. Por tanto, la primera edición, publicada por la Editorial Dryden Press de Nueva York no contó con el listado de las mencionadas firmas.

Fue recién en 1983 cuando sus discípulos de la Universidad de Yale publicaron una cuidadosa versión del libro original, sin ningún tipo de recortes.

1. Vale como ejemplo las leyes penales alemanas que se sancionaron después de la "Primera Guerra del Mundo", a partir de 1919.
2. Edwin H. Sutherland, *El delito de cuello blanco*. Madrid: La Piqueta, 1999. Cuadra acotar que el tema general de este libro ha sido presentado anteriormente en dos artículos de revista, White Collar Criminality en *Amerian Sociological Review* 5: 1-12; feb. 1940, y Crime and Business en *Annals of the American Academy of Political an Social Science* 217: 112-118, sep. 1941.

La tesis de Sutherland estriba en que: "(l)as personas de la clase socioeconómica alta participan en bastantes conductas delictivas; que estas conductas delictivas difieren de las conductas delictivas de la clase socioeconómica baja, principalmente en los procedimientos administrativos que se utilizan en el tratamiento de los delincuentes; y que las variaciones en los procedimientos administrativos no son significativos desde el punto de vista de la causación del delito (...)". Agrega el autor que "El 'delito de cuello blanco' puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación".[3]

El mentado sociólogo apunta que lo significativo del delito de "cuello blanco" "(e)s que no está asociado con la pobreza, o con las patologías sociales y personales que acompañan la pobreza. Si se puede mostrar que los delitos de "cuello blanco" son frecuentes, se considerará inválida una teoría general que muestre que el delito se debe a la pobreza y a sus patologías relacionadas".[4]

A partir de las investigaciones de Sutherland quedó claro que las explicaciones del delito como un fenómeno producto exclusivo de la pobreza y la marginalidad perdieron fuerza de convicción, y el prototipo del delincuente de la criminología de la Escuela Positiva ya no podía agotar el Derecho Penal.

Hay otros delitos, diversos del homicidio, el robo, las lesiones y los abusos sexuales, que son cometidos por sujetos que no tienen caracteres antropológicos atávicos y que ocupan posiciones sociales acomodadas: delitos fiscales, lavado de dinero y de capitales, contra el medio ambiente, la libre competencia, tráfico de armas, de órganos, delito de corrupción, etc.

Sin embargo, cuadra acotar, las reacciones contra la teoría de Sutherland no se hicieron esperar. Desde posiciones más cercanas al marxismo se le reprochó que no se sirviese de conceptos tales como capitalismo, lucha de clases y otros. Desde los presupuestos tradicionales de la criminología, la psiquiatría y la psicología se le acusó de diluir los procesos de decisión de los sujetos en las interacciones sociales y de prescindir de la

3. El término "cuello blanco" se usa para referirse principalmente a empresarios y ejecutivos en el sentido en que lo usó un presidente de la General Motors, quien escribió *Una autobiografía de un Trabajador de Cuello Blanco*, p. 65.

4. Idem, ibidem.

idea de una personalidad delincuente.[5] Desde los sectores más conservadores se le tildó de atacar los postulados del capitalismo.

Esos acontecimientos nos traen a la memoria las atinadas reflexiones de Klaus Tiedemann, cuando sentenciaba: "La criminalidad económica es un problema político. Esta frase no está pensada para alegría de los progresistas ni irritación de los conservadores".[6]

Sutherland murió un año después de publicado "El delito de cuello blanco"; su teoría, por tanto, se vio de hecho reconducida hacia otras posiciones o reducida al silencio. A ello quizás contribuyó una cierta ambigüedad en la definición del delito de cuello blanco.

Luego de un período de confinamiento, a partir de 1975 la teoría del delito de cuello blanco recibe un nuevo y decisivo impulso. La obra de Michel Foucault: "Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión" conmocionó profundamente el panorama de la sociología del delito.[7]

Foucault llevó a cabo un trabajo de sociología histórica sobre la prisión en el que puso de relieve la disimetría de clase con la que operan la ley y las agencias judiciales. La prisión contribuye a hacer visible y útil un tipo de ilegalismo, los ilegalismos populares, y a mantener en la sombra lo que se debe o se quiere tolerar: el tráfico de armas, el tráfico de drogas, la evasión fiscal, y otros ilícitos cometidos por los llamados "poderosos".

Fue necesario que a fines de los setenta y principios de los años ochenta irrumpiese con fuerza una catarata neoliberal para que los llamados delitos económicos pasasen a ocupar el primer plano de la escena social.

Los escándalos políticos y financieros hacían estragos en la mayor parte de los países industriales, con las tremendas consecuencias políticas y económicas que ocasionaban en los denominados países subdesarrollados o, si queremos ser más benévolo pero a la vez más hipócritas "en vías de desarrollo". Golpes militares en la mayoría de los países ameri-

5. Cfr. Fernando Álvarez-Uría, *El Delito de Cuello Blanco*, publicación de la Universidad Complutense de Madrid, España, Nómadas, n. 1, 2003.
6. Extracto de su discurso "Presente y futuro del Derecho Penal Económico", En: AAVV. *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 31.
7. Michel Foucault, *Vigilar y castigar nacimiento de la prisión*. Argentina: Siglo XXI, 2002.

canos con la implementación, desde los gobiernos de facto, de políticas económicas salvajemente capitalistas, jamás postuladas, siquiera, por el propio Adam Smith.

Los gobiernos militares se valieron de economistas radicalmente liberales para llevar a cabo políticas económicas que no solo desbastaron las industrias nacionales sino que, a la vez, concentraron el poder económico en muy pocas manos y, como consecuencia, incrementaron la brecha entre ricos y pobres.

En esa época, Wall Street se sobresaltaba con la práctica de los leverages buy out, una sofisticada fórmula de especulación capitalista. Tráfico de influencias, compra de paquetes de acciones que permitían tomar por asalto los consejos de administración, fusiones, venta de los activos de las empresas hasta descapitalizarlas. Aparecen los bonus basura, que sirvieron de puente para inesperados desembarcos financieros.

Durante aquellos años, más precisamente en 1989, el mago de las finanzas que desde su despacho en Beverly Hills creó un mercado de bonos basura de 180.000 millones de dólares, fue procesado por un gran jurado de Manhattan acusado de haber perpetrado 98 delitos por los que el fiscal pedía una pena de treinta años de cárcel.

Es dable poner de relieve que la judicatura norteamericana había comprendido que para salvar al capitalismo de su propia voracidad era preciso intervenir ya que el auge de operaciones financieras de carácter especulativo minaba las propias bases del capitalismo productivo. Paralelamente el Congreso norteamericano sancionó leyes contra organizaciones corruptas y contra el fraude organizado que permitió embargar todos los beneficios derivados de delitos probados y sirvió de punta de lanza para devolver una cierta tranquilidad al siempre agitado mundo de los mercados y de las finanzas.

En Europa, por esas mismas fechas, se daba cuenta de irregularidades y de crímenes de los poderosos, pero el aparato judicial no estaba suficientemente equipado para hacer frente a los delitos económicos. Surgen los primeros casos de evasiones tributarias trascendentes. Los tribunales absolvían los delitos fiscales recurriendo al vacio normativo. El 60 % de los rendimientos no salariales escapaban al control fiscal.

Los países centrales advirtieron que la legislación penal en vigor no era suficiente para abarcar determinados comportamientos que afectaban el sistema económico.

De tal modo, comenzó una etapa en la que los Estados comenzaron a legislar sobre aquellas cuestiones, sea cual fuere el marco económico que estatuyeran sus constituciones.

En ese sentido, puede decirse que tanto la Constitución de la República Federativa de Brasil como la de la República Argentina no establecen un modelo determinado de política económica. En cualquier caso, las leyes fundamentales de ambos países rechazan de plano un modelo radicalmente liberal, pues ciertos intereses generales exigen una intervención estatal (política fiscal, estabilidad monetaria, protección del medio ambiente, pleno empleo etc.). De otro lado, no admiten un sistema económico de planificación total, centralizada e imperativa que ahogue cualquier iniciativa empresarial.

Baste al respecto mencionar algunos artículos de la Constitución de la República Federativa de Brasil: 1.°, numeral IV –La República Federativa de Brasil tiene como fundamento los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; 3.°, numeral I –son objetivos fundamentales "construir una sociedad libre, justa y solidaria", numeral III –erradicar la pobreza y la marginalidad y reducir las desigualdades sociales y regionales–, y IV –promover el bien de todos–; art. 5.° –garantizar a todos los brasileiros y extranjeros residentes el derecho a la propiedad–, numerales XVIII, XXII –que garantizan el derecho a la propiedad– y el XXIII que estatuye que la propiedad atenderá a una función social; XXIV, XXV, XXVI, XXX, XXXII y XXXVI; y 170 que versa sobre los principios generales de la actividad económica.

Y de la República Argentina: arts. 4, 14, 14 bis., 16, 17, 19, 28, 29, 33 y 42, principalmente.

Durante la década de los ochenta y noventa se sancionaron en mi país, con pena de prisión, una serie de leyes que tipificaron como delitos determinadas conductas que atentaban contra el sistema económico. Cuadra mencionar la Ley 23.771/1990 "Ley penal tributaria y previsional", luego modificada por la Ley 24.769/1997, por contemplar dichos ordenamientos la materia que será motivo de análisis en esta ponencia.

Ha menester poner de relieve que en la actualidad el campo del Derecho penal económico se ha extendido a los delitos de "corrupción", término que alude a las prácticas corruptas entre operadores económicos y funcionarios públicos y entre empresas y partidos políticos.

Si bien la corrupción no puede decirse que sea un fenómeno criminológico novedoso, la perspectiva moderna permite diferenciar dimensiones supraindividuales del fenómeno de la corrupción.

La Constitución Argentina, mediante la reforma de 1994 incorporó en el art. 36, dentro del capítulo de "nuevos derechos y garantías", el párrafo quinto que predica que "Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que la leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. Además ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1997 y en 2006 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que establece medidas de promoción de la transparencia en la gestión, prevención y castigo de la corrupción. A través de la ley 25.188 introdujo en el Código Penal la figura del cohecho de un funcionario público extranjero en su artículo 258 bis, que presenta la siguiente redacción: "será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial".

Brasil adoptó similar camino, pues ratificó las Convenciones de las Naciones Unidas sobre Drogas y los doce instrumentos multilaterales contra el terrorismo y ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, sus tres Protocolos (contra la trata de seres humanos, contra el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico de armas) y la Convención de la ONU contra la Corrupción.

Sin embargo, a pesar de la ratificación de los mentados tratados y de la tipificación de determinados delitos económicos, las estadísticas, cuanto menos en mi país –sin perjuicio de ciertos reparos que podrían formularse, pues no muy pocas veces esos informes están teñidos de algún interés– , reflejan que en los últimos 25 años los jueces federales sólo condenaron el 5% de los delitos económicos que investigan. Además, los datos suministrados por "Transparencia Internacional" muestran que la Argentina ocupa el puesto 106, en tanto Brasil, Perú y Colombia el puesto 75.[8]

8. Nota publicada en el diario *La Nación* de la República Argentina, el 22.08.2010, sobre la base de los datos aportados por el nuevo índice de Percepción de la Corrupción que Transparencia Internacional (TI) difundió y que contó con el apoyo local de la Fundación Poder Ciudadano.

2. Características y definición del Derecho Penal Económico

Como se señaló en el acápite precedente, a partir del estudio de Sutherland pudo establecerse que estos delitos no tienen las características jurídicas tradicionales en las que se suponía que era posible percibir una "modificación en el mundo exterior" causada por la conducta o respecto de los que se consideraba que "el mundo abrazaba tanto 'la conducta corporal del agente' como el 'resultado exterior' causado por esta conducta".[9]

Esta posibilidad de percepción sensorial del delito y sus consecuencias materiales no correspondía en absoluto a los delitos que fueron objeto de atención en el ámbito de la economía. Se trataba de formas que atentaban contra la libre competencia, contra el crédito bancario, ilícitos bursátiles, criminalidad de subvenciones, delitos fiscales, contra el medio ambiente, etcétera.[10]

Los tipos penales empleados para determinar que es lo que está prohibido o que es lo que se debe hacer en el ámbito de la economía y de las finanzas no suele responder a la estructura conceptual de aquellos delitos en los que entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causalidad. Sin embargo, a veces puede tener alguna función, como sucede principalmente con los ilícitos contra el medio ambiente, pero en estos casos es de tan extrema complejidad que es factible que los conceptos tradicionales de causalidad no puedan expresarla correctamente.[11]

Otra particularidad de estos delitos es que se echa mano, a veces de manera un tanto abusiva, a tipos de peligro abstracto para criminalizar determinadas conductas.

Asimismo, la estructura de las leyes penales tiene una marcada tendencia a las leyes penales en blanco.

De otro lado, aquel añejo principio del Derecho Romano societas delinquere no potest es severamente cuestionado por una significativa parte de la doctrina.

9. Cfr. Von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 23 ed., 1921, p. 125 y Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 1949, p. 95, citado por Enrique Bacigalupo, *Derecho penal económico*, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
10. Ver por todos Tiedemann, Wirtschaftstrafrecht und Wirtschatskriminalitat, Besonderer Teil, 1976.
11. Cfr. Enrique Bacigalupo. Op. cit., p. 10.

Finalmente, en muchas ocasiones, el proceso penal no resulta adecuado ni para la investigación ni para el enjuiciamiento de estos delitos, y suelen menoscabarse los principios de *ne bis in idem*, doble conforme, culpabilidad y de prohibición de la autoincriminación.

El Derecho penal económico procura agrupar específicos tipo de hechos punibles para su tratamiento dogmático; en los distintos comportamientos que pueden ser alcanzados por esta categoría no hay un concepto común de bien jurídico tutelado.

Debido a ello y a las restantes características esbozadas, a la hora de ensayar una definición de Derecho penal económico, la empresa no es fácil.

No obstante las dificultades que se presentan es posible bosquejar una aproximación conceptual, aunque, iteramos, somos conscientes de que, quizás, no sea todo lo precisa que anheláramos. Con las salvedades apuntadas el Derecho penal económico puede definirse como: la disciplina que dentro del Derecho penal se aboca al análisis de aquellos comportamientos descritos en las leyes penales –principalmente en leyes penales en blanco– que lesionan o distorsionan el ordenamiento económico en vigor, sea con carácter general o en algunas de sus instituciones en particular, generando la pérdida de la confianza en la población y, por ende, colocando en situación de riesgo su propia existencia.

3. Lo que debemos saber acerca del Derecho Financiero y Tributario para comprender porqué determinados comportamientos tienen que ser criminalizados

1. Deseo comenzar esta parte recordando lo que establecen las Directrices de Maastrich sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagradas en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Hoy en día es indudable que los derechos humanos en su conjunto son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y de igual importancia para la dignidad humana. En vista de lo anterior, los Estados tienen la misma responsabilidad en cuanto a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las violaciones a los derechos civiles y políticos (...) Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de

cualquiera de estas obligaciones constituye una violación a dichos derechos (...) La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la efectividad de dichos derechos (...) Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales denomina 'una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos (...) Por ejemplo, incurre prima facie en una violación al Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de elementos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza'. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad (...) de conformidad con los Principios de Limburg 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación en los derechos económicos, sociales y culturales".

En este sentido, es apropiado recordar la reflexión de José Nun: "America Latina brinda desde hace tiempo el ejemplo por excelencia de una desigualdad unida a una gran pobreza y a una gran polarización (...) La desigualdad esta sobredeterminada tanto por niveles de pobreza, como por una brecha entre ricos y pobres que en las últimas décadas no ha dejado de crecer".[12]

Otro filósofo de mi país, José Pablo Feinmann, invocando al mentado Nun, agrega: "Todo esto lleva al plano político: semejante polarización pone en peligro las democracias de América Latina. Si el mercado, sumido en la mecánica de su 'libertad', genera desequilibrio, pobreza y polarización, y si estos elementos se traducen en una estabilidad político institucional que lleva al colapso de la democracia, alguien tiene que intervenir. Y si lo que está en peligro (por la supremacía absoluta de la economía) es la democracia, lo que está en peligro es el orden político."[13]

12. José Nun, *Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, p. 125-126.

13. José Pablo Feinmann, El gran debate de América Latina. *Diario Página 12*, de la República Argentina, p. 36.

2. El derecho financiero regula la actividad financiera del Estado (finanzas públicas/hacienda pública/economía financiera del sector público), de entes públicos no estatales (obras sociales sindicales, colegios profesionales), etc. Como decía un gran constitucionalista de mi país: "Dicha actividad, en clave constitucional, debe reunir consistencia jurídica y fines constitucionales: la efectiva realización de los derechos humanos de los sujetos sociales.[14]

Los tributos cumplen una función recaudatoria dirigida a financiar funciones y servicios públicos, así como la de operar como un instrumento de planificación o regulación económica con la mira puesta en el desarrollo económico y social (humano). Dicho de otra manera y, en uno y otro caso, con la finalidad de efectivizar los derechos humanos de los habitantes (sujetos sociales) del país.

Como señala el catedrático de Finanzas públicas y Derecho tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Arístides Horacio M. Corti: "A los efectos de alcanzar estos fines constitucionales, las personas físicas y colectivas con capacidad económica (exteriorizada a través de ingresos, bienes y consumos, que excedan los necesarios para la efectivización de sus derechos fundamentales) tienen el deber constitucional de contribuir, es decir pagar las distintas especies tributarias en la medida de dicha capacidad.[15]

3. Ronald Dworkin,[16] uno de los más importantes filósofos políticos y de derecho de todo el mundo, hijo de una nación en la que más se enaltecen los postulados del liberalismo, explicando sobre la legitimidad de los impuestos, efectúa un interesante análisis sobre la diferente posición que tienen los conservadores y los demócratas respecto de la política tributaria que debe regir en el país del Norte.

Es sabido que los conservadores creen que la función redistributiva del gobierno debe diluirse y piensan que la reducción de impuestos es el medio apropiado para realizar este objetivo, puesto que consideran que los impuestos, incluso al nivel actual, son injustos con quienes trabajan

14. Germán J. Bidart Campos, *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 351-385.

15. Arístides Horacio M. Corti, *Acerca del derecho financiero y derecho tributario de los derechos humanos*.

16. Cfr. Ronald Dworkin, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona: Paidós, 2008, p. 119-123.

duro por sus ingresos y hacen posible una economía boyante que beneficia a todos. Según los conservadores, los emprendedores exitosos contribuyen principalmente aportando su habilidad y coraje inversores, por lo que no se los debería penalizar con altos impuestos por el éxito cosechado.

Del otro lado, los liberales creen que en los Estados Unidos la ayuda al bienestar para los pobres ya es exigua, por lo que la rebaja de los impuestos que pagan los ricos, que aun empobrece más esa ayuda, es profundamente injusta.

Durante su primer mandato, el presidente George W. Bush llevó a cabo espectaculares rebajas fiscales que resultaron todavía más importantes al materializarse durante una campaña militar muy costosa. En 2005, el Congreso, por orden suya, ya había aprobado una rebaja de los impuestos de 1,8 billones de dólares durante diez años, reducción que había favorecido a los norteamericanos más ricos. Ese mismo año, Bush y los líderes republicanos del Congreso propusieron nuevas rebajas fiscales y asimismo afianzar de manera permanente las rebajas fiscales ya conseguidas.

Sin embargo, el huracán Katrina, que devastó Nueva Orleans además de otras localidades de los Estados del Golfo, sacudió la conciencia del país porque toda Norteamérica percibió la respuesta tardía e ineficaz del gobierno como una falta de preocupación por los residentes pobres de esas áreas, la mayoría de ellos negros.

Esa reacción política, junto al creciente malestar que provocó en algunos republicanos moderados la introducción de nuevas rebajas fiscales mientras el gobierno cancelaba programas sociales de ayuda a la reconstrucción del Área del Golfo, forzó a la dirección republicana como mínimo a posponer esas nuevas rebajas fiscales.

Algunos datos interesantes: la distribución de la riqueza y de la renta en Estados Unidos es sobrecogedora. En 2001, el 1% de la población poseía más de un tercio de la riqueza. El 10 % superior de la población era dueño del 70 % de ella, mientras que el 50% inferior sólo poseía el 2,8 %. En 2004, según un informe del Instituto de Estudios Políticos, un alto ejecutivo de una gran compañía ganó, de media, 431 veces lo que ganó un trabajador de esa misma empresa.

La Argentina y Brasil según datos de mayo de 2009 de un estudio realizado por la "Comisión Económica para América Latina" (Cepal) sobre políticas fiscales en tiempos de crisis, coloca a mi país en el

segundo lugar dentro de la región, con un nivel del 29% del producto bruto interno (PBI) en términos de carga tributaria; mientras que Brasil se posiciona por encima de aquella con una presión fiscal del 36%.

De modo similar a lo precitado, la Oficina Nacional de Presupuesto dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Poder Ejecutivo Nacional prevé para el año en curso en sus informes preliminares a la ley de presupuesto 2010, una presión fiscal que rondará por el 28,28% del PBI.[17]

Retomando lo que veníamos exponiendo, las rebajas fiscales de Bush abrieron aún más la enorme brecha existente entre ricos y pobres. Una agencia, el Brookings Institution Tax Policy Center estimó que más de la mitad de los beneficios de una sola exención –la que exime los beneficios de las empresas del pago de impuestos– fluirían hacia el 5% superior de la población. Es decir, las rebajas fiscales importaron para las personas con ingresos anuales superiores al millón de dólares un beneficio quinientas veces superior al que obtuvieron las personas con ingresos inferiores a 100.000 dólares.

Sin embargo, los líderes republicanos siguen sosteniendo que las rebajas fiscales establecidas para las personas con mayor capacidad contributiva eran necesarias para estimular la economía. Paradojalmente, las rebajas fiscales de Bush convirtieron los muchos billones de dólares de superávit que había heredado en un peligroso déficit fiscal sin precedentes.

Otros datos: el crecimiento de la economía desde 2001 también ha beneficiado principalmente a los ricos; de hecho, la renta del hogar medio ha bajado desde esa fecha; además, el ingreso medio de las familias estadounidenses cayó un 2,3 % en 2004. Tal como pronosticó el Consejo Asesores Económicos del presidente Bush, las rebajas fiscales han contribuido muy poco al crecimiento del empleo.

Hay que tener presente lo siguiente: muchos conservadores desean bajar los impuestos porque quieren reducir o eliminar los programas de bienestar que éstos hacen posible.

Durante las últimas siete décadas, aproximadamente, desde que la presidencia de Roosvelt alumbró lo que denominamos el New Deal, los ciudadanos de las democracias consolidadas han acabado aceptando ampliamente que una parte del papel que desempeña el gobierno consiste

17. www.mecon.gov.ar/onp/html/comunicados/proy_presupuesto2010.pdf.

en proporcionar una distribución más justa de la riqueza nacional que la que es capaz de conseguir por sí sola la economía del mercado libre.

4. Los impuestos son el principal mecanismo de que se sirve el gobierno para desempeñar ese papel redistributivo.

Repárese en que el gobierno recauda dinero mediante impuestos de tipos progresivos por los que los ricos entregan un porcentaje mayor de su renta o de su riqueza que el que pagan los pobres, y destina el dinero recaudado a financiar un amplio abanico de programas que proporcionan ayudas al desempleo y a la jubilación, atención sanitaria, ayuda a niños en situación de pobreza, complementos alimentarios, vivienda protegida y otros beneficios.

Consideramos que –actualmente– tanto el gobierno de Brasil como el de la Argentina, pese a las interferencias de los distintos grupos de poder y de presión, transitan ese camino.

Tanto la República Federativa de Brasil como la República Argentina predican en sus respectivas Cartas Magnas análogos garantías para los contribuyentes: principio de legalidad, principio de igualdad, principio de no confiscatoriedad y, aunque no se encuentra previsto expresamente en la ley fundamental de la Argentina, se ha entendido que por razones de seguridad jurídica y del derecho de propiedad, la retroactividad de la ley tributaria no puede ir más allá de los efectos liberatorios del pago.

En palabras claras, se trata de instaurar una política tributaria en la que prevalezcan tributos que graven, esencialmente, bienes e ingresos de manera proporcional a la capacidad contributiva. Bajo esas pautas todos los hombres que estén alcanzados por los hechos imponibles tipificados en las normas tributarias deben pagar los correspondientes impuestos en debido tiempo. Del otro lado, los respectivos gobiernos deben efectuar un gasto social, a fin de cubrir las contingencias de aquellos que se encuentran en peores situaciones económicas: garantizando empleo, educación, salud, justicia, seguridad social etc.

No debe soslayarse que los tributos son –desde hace mucho tiempo– la principal fuente de recursos que obtienen los estados democráticos, sea cual fuere el marco económico previsto en las respectivas constituciones.

El derecho tributario forma parte del derecho penal económico.

De tal modo, los delitos tributarios constituyen uno de los sectores normativos al que corresponde adjudicar mayor importancia, por la

prioridad de política económica orientada, a través de ellos, a lograr una redistribución más justa de la riqueza.

El notorio proceso de expansión del Derecho penal económico en las últimas décadas, pues ha prevalecido una concepción amplia, que como bien apunta Esteban Righi debe ser vinculada al predominio de la economía de mercado y la decadencia del dirigismo estatal;[18] ha ocasionado que aquél pierda precisión.

Este proceso de expansión ha actualizado y en ocasiones reformulado algunos problemas que pueden ser apreciados como propios de una parte general del Derecho penal económico, como la problemática constitucional de las leyes penales en blanco y los casos de adelantamiento del objeto de tutela mediante tipos de peligro abstracto, todo lo cual ha motivado relaciones de tensión entre este nuevo ámbito conceptual y la legitimidad de la disciplina.

Por tanto, debemos abocarnos a delinear, en los próximos tramos de esta ponencia, los límites constitucionales del derecho penal económico, más específicamente, del derecho penal tributario.

Debemos tomar en cuenta que, por un lado, todos aquellos que tengan capacidad económica tienen el deber de contribuir si realizan los hechos imponibles establecidos en las leyes tributarias. A su vez, el Fisco tiene el correlativo derecho a obtener el cobro oportuno y completo de esas obligaciones impositivas.

Más, del otro lado, no debemos olvidar el principio de subsidiaridad del derecho penal, tomando en cuenta, esencialmente, la expansión sin límites de la pena estatal y de las conductas incriminadas que ha tenido lugar en los últimos años.

En este sentido, debemos plantearnos si es atinada la inclusión de tipos penales para la sanción de la criminalidad económica menor; o si es prudente y necesario racionalizar el sistema penal y de la pena estatal, derivando un número importante de asuntos menores al ámbito del derecho administrativo sancionador.

Debemos preguntarnos si no es juicioso instaurar un sistema que prevea exclusivamente pena privativa de la libertad para los comportamientos que expresen manifestaciones graves de delincuencia fiscal y sanciones administrativas para los de menor entidad.

18. Esteban Righi, prólogo dell libro *Delitos tributarios y previsionales*, Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 7-8.

Asimismo, ha menester tomar en cuenta las particularidades del objeto de tutela de la norma penal tributaria, caracterizado por su inmaterialidad e intangibilidad, que ha traído a la escena central del sistema a los delitos de anticipación y de peligro abstracto, antes una rareza.

Habida cuenta de que los delitos tributarios tienen la estructura de leyes penales en blanco, es necesario precisar cuándo aquéllas salvaguardan la función garantizadora del tipo, como así también determinar la operatividad plena de la ley más benigna respecto de la norma extrapenal.

También debemos abordar la cuestión atinente a la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas.

Por último, sucintamente abordaremos sobre las consecuencias nocivas que a los principios *ne bis in idem* y doble conforme puede provocarle la implementación de una política legislativa inapropiada.

4. Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador

Es frecuente en las legislaciones de los países que las infracciones contra la Hacienda Pública sean sancionadas de dos maneras diversas: las que revisten mayor gravedad como delitos cuyo juzgamiento compete a la administración de justicia, y las de menor contenido de injusto como infracciones tributarias, contempladas, de ordinario, en códigos tributarios, códigos fiscales y/o leyes tributarias, cuyo juzgamiento concierne, principalmente, a la administración tributaria, con revisión ante la administración de justicia.

En la República Argentina las infracciones tributarias se encuentran previstas en la ley 11.683, en tanto los delitos tributarios se hallan contemplados en una ley penal especial, complementaria del Código Penal: la ley 24.769 y sus modificatorias.

Las infracciones mencionadas en primer término se encuentran conminadas con pena de multa, clausura, etc.

En tanto para los delitos, la aludida ley prevé penas de prisión, cuya pena mínima se ubica en los dos años. Pueden llegar hasta los nueve años, en los supuestos de evasión agravada de tributos –art. 2.°, inc. a) Ley 24.769– cuando el monto evadido superase la suma de $ 1.000.000 (aproximadamente U$S 250.000) por cada tributo y ejercicio, si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superase la suma de doscientos mil pesos (aproximadamente U$S 50.000), siempre

por cada tributo y ejercicio –art. 2.°, inc. b)– si el obligado fraudulentamente utilizare exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de doscientos mil pesos –art. 2.°, inc. c)–, y la evasión de aportes y contribuciones de la seguridad social –art. 8.° del aludido ordenamiento penal– si el monto evadido superase la suma de cien mil pesos, por cada periodo o si hubieren intervenido personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero obligado y el monto evadido superase la suma de cuarenta mil pesos. Si se añaden algunas calificantes que la propia ley instituye, la pena puede alcanzar un monto máximo de 13 años y 4 meses de prisión. El mentado ordenamiento también estatuye las penas de inhabilitación especial –sea perpetua o temporal–, y la pérdida de los beneficios fiscales otorgados y la imposibilidad de obtenerlos por el plazo de diez años.

De igual modo, en la República Federal de Brasil la Ley 8.137 "dos crimes contra a orden tributario" y la modificación de la Ley 10.684 tipifican ilícitos tributarios.

Sólo para dar un ejemplo de lo que sucede en el continente europeo, dable es acotar que en España se encuentran legislados siguiendo igual sistemática.

En efecto, los delitos tributarios se encuentran tipificados en el Código Penal –arts. 305 a 310–, en tanto las infracciones de menor gravedad se encuentran reguladas como infracciones tributarias en el art. 77 y subsiguientes de la Ley General Tributaria.

Tanto en Brasil como en la República Argentina, de adverso a lo que sucede en España, los tipos penales que tutelan la hacienda pública se hallan legislados en leyes penales especiales complementarias del Código Penal.

Esto implica, cuanto menos en la Argentina, por vía de las previsiones del art. 4.° del Código Penal, que la ley penal especial pueda establecer disposiciones generales distintas a las previstas en aquel ordenamiento legal, con el consecuente detrimento de las garantías.

Vale la pena resaltar que el derecho penal económico argentino no es más que un puñado de algunas leyes desestructuradas sin un sistema único que las normativice.

Es oportuno recordar, en este sentido, las palabras del profesor Julio B. J. Maier: "(e)l hecho de reconocer la necesidad creciente del control estatal y del ejercicio de su poder coactivo no conduce necesariamente

al abandono de los principios y garantías relativos al Estado de Derecho y a los llamados derechos humanos. Derivado de esta comprensión del problema que presenta la organización del poder coactivo del Estado en un Estado moderno, emerge un reclamo de soluciones orientado por las consecuencias. Y la principal consecuencia del sistema penal ha sido, es y será la sanción o la pena estatal. De su gravedad se deriva, por una razón de proporcionalidad, la mayor o menor relación con las normas aludidas, que establecen garantías para su aplicación; el mayor rigor genera una mayor atención e incumbencia –esto es mayor rigidez normativa– de las reglas que limitan, a manera de garantías ciudadana, el poder punitivo estatal. Por lo demás, resulta comprensible que se defina el hecho punible, prohibición o mandato, como intolerancia a ciertas clases de riesgos provocados por la conducta humana –el riesgo no permitido o la superación de la barrera del riesgo permitido–, pero ello todavía nada dice sobre la clase y gravedad de la consecuencia jurídica que puede ser establecida por el legislador y ser aplicada por los jueces en un Estado de Derecho, y, en general, para fundar la medida del uso de la fuerza pública estatal en esa organización social; en una palabra, para permitir el uso en ella de la coerción estatal grave, material o procesal".[19]

Maier propone la creación de dos ámbitos de respuesta coactivas, según características propias de cada reacción. Si se prescinde de las penas corporales y de la pena de muerte, la respuesta coactiva más grave es la privación de la libertad de una persona, medida que rechaza de plano la posibilidad de su reparación ulterior en caso de error. Tal gravedad compromete al Estado de derecho y los derechos humanos en grado sumo y demanda, precisamente por ello, que no se renuncie a la vigencia estricta de todas las garantías individuales que amparan a quien es objeto de persecución estatal. El mencionado profesor señala que no es mala la idea de un derecho intermedio –entre el privado y el penal– tal como postula Hassemer, aunque él se decanta por el derecho administrativo (público) para trasladar allí toda aquella infracción que no revista carácter penal y que, por lo tanto, no deba ser amenazada con la privación de la libertad. Y ello es correcto, agrega, precisamente en la sociedad de riesgo, pues la Administración del Estado, según su función

19. Julio B. J. Maier, *Garantías penales en el proceso penal*, Defensoría General de la Nación Argentina, p. 19. Conferencia dictada en el Congreso sobre garantías constitucionales en el proceso penal, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 17, 18 y 19.06.2009.

más notoria, la de lograr el bien común, precisa del ejercicio del poder de policía, incluso de medios de coacción directos, que le permitan operar ese bienestar común y prevenir los riesgos de la vida moderna mediante el control de múltiples actividades.[20]

Luego, el mentado procesalista predica: "(u)n derecho administrativo sancionador, por supuestos de intervención, siempre moderado en sus injerencias sobre la persona, que no administre la coacción estatal consistente en privar de libertad y que solo opere con facciones que, de demostrarse un error –para la cual el derecho procesal administrativo debe dar oportunidad judicial al perjudicado–, puedan ser reparadas por el estado de la mejor manera posible, representa, esquemáticamente, un principio de solución del problema: en esta zona 'no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro'. Ello concuerda, por lo demás, con aquella característica de los llamados 'nuevos bienes jurídicos' que reciben el hecho de que ellos resultan definidos, precisado su contenido, por la administración, por el acto administrativo de algún funcionario".[21]

Por último, el citado doctrinario sostiene que deberían trasladarse la enorme cantidad de delitos de peligro abstracto o de anticipación existentes en el derecho penal actual –cuyo núcleo central ya no reside en la afectación cierta y actual de un bien jurídico, sino, antes bien, en la eliminación de riesgos corridos por la generalidad–, al llamado derecho contravencional o de faltas.

El enfoque dado por el prestigioso doctrinario es seductor, pero vale la pena recordar que la acelerada producción legislativa da lugar a leyes que amalgaman sanciones de diversa naturaleza en yuxtaposiciones legislativas de sanciones restitutivas y reparadoras, de medidas de coacción directa y de penas. Justamente, las áreas en que las yuxtaposiciones son más empleadas son el llamado derecho penal económico (particularmente).

Como adecuadamente acota el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, "(e)s necesario trazar una cuidadosa distinción entre las sanciones conforme a su naturaleza: la coacción directa la impone la necesidad de interrumpir una actividad o una omisión (la clausura para interrumpir un peligro en curso o como medio coercitivo para que se cumpla un

20. Idem, p. 20.

21. Idem, ibidem.

deber y hasta que se lo haga); la multa como coacción administrativa, o sea, un incentivo que coerciona al cumplimiento (como la amenaza de intereses punitorios lo hace en el derecho privado) no confundiéndola con la pena de multa ni con la multa que procura reparar la lesión que ha sufrido el fisco a causa de la omisión. No existe inconveniente en englobar todas estas sanciones en una planificación legislativa y común coherente, pero siempre que las agencias jurídicas ejerzan un control permanente sobre la legislación con función eventualmente penal, a efecto de evitar violaciones al principio de judicialidad y a la prohibición del doble juzgamiento y la doble punición. El control de la legislación con función tácita y eventualmente penal es una de la más importantes funciones del derecho penal de garantías, pues su omisión fortalece el modelo de estado de policía al ocultar el carácter penal de una sanción".[22]

En nuestra opinión, al momento de diseñar la política criminal debemos ser coherentes y seguir los postulados de subsidiariedad del derecho penal y de última ratio.

Por tanto, deberían tipificarse exclusivamente como delitos aquellos comportamientos que revelen manifestaciones graves de delincuencia fiscal y provoquen un perjuicio o distorsión económica de gran trascendencia. De tal manera, se evitan las graves consecuencias que genera el expansionismo penal, pues se recurre al sistema y a la sanción penal para hechos en los que se trata más que de reprimir, de reparar, saturando el sistema judicial criminal de asuntos que no le conciernen. Esa situación apareja que los escasos recursos humanos y técnicos con los que cuenta –de corriente– la administración de justicia, se licuen, y no se investiguen ni juzguen, por ende, las conductas que generan más graves consecuencias en la economía.

Estos delitos deberían estar incluidos en los Códigos Penales, pues de esta manera se garantiza que las disposiciones contenidas en dichos cuerpos legales sean de aplicación en aquellos ilícitos.[23]

En cuanto a las infracciones tributarias materiales dolosas, bien podrían estar tipificadas en los propios códigos penales o en leyes penales especiales de aplicación en todo el territorio federal o nacional.

22. Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 160 y 161.
23. Así lo postula el proyecto de reforma del Código Penal Argentino presentado en el año 2007.

Las penas que aquellas infracciones prevean deberán ser proporcionales al contenido de injusto, sin exceder el límite cuantitativo que las convierte en delito.

Por último, las infracciones que tengan como finalidad proteger el derecho tributario formal o administrativo, es decir aquellas que sostienen la función administrativa de los entes recaudadores, deberán quedar en la esfera del derecho administrativo sancionador, garantizándose la revisión judicial de las sanciones, que nunca consistirán en la privación de la libertad.

5. Problemáticas constitucionales de las leyes penales en blanco

1. Hemos acotado, sólo hace unos instantes, que una de las características que presentan los delitos económicos, en el caso los delitos tributarios, es que la estructura de las leyes penales tienen una marcada tendencia a las leyes penales en blanco.

No es una novedad que en las denominadas leyes penales en blanco la criminalización primaria (tipificación) se completa remitiendo a otra ley (extrapenal).

En tanto y en cuanto se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco es compatible con la constitución, habida cuenta de que se salvaguarda la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.[24]

Por tanto, siempre y cuando se respete la función garantizadora del tipo y la ley de remisión, es decir la que complementa la figura penal se trate de una disposición emanada del mismo órgano que dicto la ley penal, es decir el Congreso Nacional o Federal, no encontramos óbice constitucional a este tipo de estructuración.

Estas son las que la doctrina mayoritaria denomina leyes penales en blanco impropias; las únicas que superan el tamiz de constitucionalidad.

En ningún caso, verbigracia, podría la ley penal ser completada por una resolución emanada del director de la administración tributaria.

24. En ese sentido Tribunal Constitucional Español, Sentencia 127/90.

El tipo complementado cumple la función que cualquier otro tipo. Por ende, las leyes penales en blanco no deben plantear problemas especiales relacionados con el error, y respecto de la exigencia de determinación estricta del comportamiento prohibido.

La cuestión de si en las leyes penales en blanco la existencia de la norma complementaria debe ser objeto de conocimiento del dolo es una cuestión que atañe a la estructura del tipo resultante.

En este sentido se ha señalado que: "las limitaciones que se quieran introducir respecto de la teoría estricta de la culpabilidad en materia de error de prohibición no se debe deducir de la técnica de la remisión, sino, en todo caso, de otras consideraciones (por ejemplo "(l)as dificultados que la técnica de remisión puede ocasionar al ciudadano en relación a su información sobre el derecho vigente).[25]

2. Tal vez la discusión más interesante que se presente con las denominadas leyes penales en blanco impropias, es la que versa en orden a si es de aplicación el principio de ley más benigna respecto de aquéllas.

En la República Argentina, hasta no hace mucho tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostenía que: "La subsistencia del tipo penal más allá de la situación fáctica que motivó la reglamentación complementaria, indica claramente que en el caso no se configura un supuesto en el que pueda resultar de aplicación una ley más benigna que la vigente en el momento en que se cometieron los hechos. Ello, en razón de que no fue dictada una nueva norma que desincriminara esa conducta –la infracción al régimen extra penal complementario– o redujera las penas allí previstas".[26]

La nueva integración del más Alto Tribunal de Justicia de la Argentina modificó aquella doctrina mediante el precedente "Cristalux".[27]

La Corte sostuvo, con remisión al voto minoritario de otro precedente,[28] que debe aplicarse el principio de la ley penal más benigna a la ley penal en blanco.

25. Cfr. Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 100 y 101.
26. Cfr. C.S.J.N., Fallos: 320:763, Argenflora, rta. 06.05.1997.
27. Cfr. C.S.J.N., Fallos: 329:1053, Cristalux, rta. 11.04.2006.
28. Cfr. C.S.J.N., Fallos: 321:824, Ayerza, rta. 16.04.1998.

Entendemos que las mutaciones de las normas permanentes que complementan la ley penal ponen también en funcionamiento el derecho del imputado a beneficiarse por la nueva configuración normativa.

Por consiguiente, consideramos que si se respetan aquellos postulados no existe óbice constitucional para la sanción de leyes penales mediante la estructura de leyes penales en blanco.

6. Responsabilidad de las personas jurídicas: *societas delinquere non potest o societas delinquere potest*

1. La cuestión de la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas es una de las cuestiones del derecho penal y sancionatorio administrativo que más debate ha generado en las dos últimas décadas. Si bien el tema no es novedoso, toda vez que la cuestión fue ya objeto de discusión en el "Congreso de Antropología Criminal" de Bruselas de 1891, y en otros tantos que se celebraron con posterioridad, ha sido tratado con mayor intensidad desde hace aproximadamente cincuenta años. Como se ha señalado en apartados precedentes, su desarrollo se vincula especialmente con la tendencia a introducir una regulación de las ilicitudes de ciertas materias económicas, entre las que se encuentran la que aquí nos convoca, es decir, la materia fiscal.

Si bien desde hace tiempo prácticamente no se discute la necesidad de establecer la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas, sí se sigue poniendo en duda su compatibilidad con los principios que deben regir esta materia.

En Europa hay un difundido consenso en relación a la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas debido a las distintas recomendaciones que ha dictado el Comité de Ministros de los Estados miembros de Europa.

Sin embargo, cabe acotar, no ha dejado de considerarse la dificultad de responsabilizar penalmente a las empresas en razón de las tradiciones jurídicas de numerosos Estados europeos. Resulta patente que la dificultad más importante gira en torno al problema de la culpabilidad de las personas jurídicas.

En ese sentido, hay Estados que sobre la base del adagio latino "societas delinquire non potest" rechazan categóricamente la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas. El principal argumento radica en la cuestión de la culpabilidad, entendida como existencia de

dolo o culpa. Por otro, en la hipótesis que concurra alguna suerte de culpabilidad, se cuestiona la posibilidad de que ésta sea fundamento de la aplicación de una pena.

No obstante lo anterior, Estados que parten de la máxima latina antes apuntada admiten, ahora, la posibilidad de que una persona jurídica pueda cometer una infracción por medio de sus órganos. A pesar de ello, se sostiene que no es posible infringirles una pena; en cambio sí a la persona física por medio de la cual ha obrado el ente ideal, es decir, hipótesis análogas al "actuar en nombre de otro" postuladas en los arts. 15 bis del Código Penal Español, 12 del Código Penal Portugués "actuacao en nome de outrem" y 14 del régimen penal tributario argentino.

De otra parte, hay Estados que aceptan una responsabilidad directa de las personas jurídicas, algunos no obstante reconocer al principio de culpabilidad como de rango constitucional[29] y otros que no están limitados por ese mandato.[30] En el caso de los primeros, se regulan dos posibles formas de responsabilidad de los órganos: 1) actuación en nombre de otro, sin perjuicio de lo cual se determina una multa administrativa contra las personas jurídicas y administraciones de personas, con la condición de que alguien haya actuado como órgano con poder de representación del ente ideal; 2) que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación y que por medio de la comisión del delito o contravención, el ente ideal se haya enriquecido o se hubiera debido enriquecer.

En los países en que no opera el límite constitucional, la necesidad práctica opera como fundamento pragmático de la decisión legislativa.

Tal como sostiene Enrique Bacigalupo "(e)n tales sistemas jurídicos la cuestión se reduce a establecer un tipo de sanciones que sea posible ejecutar contra las personas jurídicas y el tipo de vinculación que debe existir entre la persona física y la persona jurídica, es decir, las condiciones bajo las que el hecho de una persona natural resulta imputable a una persona jurídica a los efectos de una sanción".[31]

El profesor Marino Barbero Santos nos advertía que en Europa son los países del Common Law los que admiten en líneas generales la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que la rechazan

29. Alemania y España.

30. Holanda y Dinamarca.

31. Cfr. Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal Económico*...cit., p. 72.

la generalidad de los restantes, a excepción de la citada Holanda, Francia luego de la reforma, y Alemania.

2. En la República Argentina hay una corriente doctrinaria importante que rechaza la posibilidad de atribuirle responsabilidad penal a los entes ideales, y otra –también no menor– que considera que es factible.

Sebastián Soler entendía que la incapacidad penal de las personas colectivas establecidas en el art. 43 del Código Civil "(n)o solo constituye la sanción de un principio sustancialmente justo, sino también sustancialmente adecuado a la realidad de las relaciones penales (...) Toda vez que la sociedad es una persona distinta de los socios y su personalidad jurídica consiste en mero centro imputativo, carente de todo substrato psíquico, resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo no para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente".[32] Añadía que "(e)n nombre de la ingenua postulación de "la realidad" de la persona jurídica, se concluiría construyendo un derecho penal totalmente asentado sobre ficciones (...)" y que frente a la posibilidad de aplicar sanciones a los entes ideales, la cuestión no consiste "(e)n verificar la posibilidad de esa clase de sanciones, sino en ver si la admisión de ellas está conforme con los principios de un derecho penal civilizado y si en homenaje a conveniencias políticas o prácticas debe admitirse la derogación de ciertos principios cuyo valor humano los ha tornado casi universales, en particular el principio no hay pena sin culpa".[33]

Durante los años cuarenta se suscitó un interesante debate entre el profesor español Luis Jiménez de Asúa, quien predicaba el clásico criterio por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, y representantes de la "Escuela Argentina de Filosofía Jurídica", seguidores de la teoría "egológica" del derecho desarrollada por Carlos Cossio. Dentro de esta escuela se destacaron Enrique R. Aftalión[34] y Julio Cueto Rúa,[35] quienes

32. Cfr. Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*. 3. ed. Buenos Aires: TEA, 1963, p. 266.

33. Idem, p. 267.

34. Ver del autor Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pub. en *La Le*, T. 37, p. 281 y ss.

35. Ver por todos del autor El racionalismo, la egología, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pub. en *La Ley*, t. 50, p. 1108 y ss.

sostenían un punto de vista distinto respecto de este tópico, a partir de lo que recogían como dato de la realidad. Para avalar sus posturas mencionaban las previsiones de los arts. 1027 y 1028 de las entonces vigentes ordenanzas de aduana y su alcance admitido por el más Alto Tribunal de Justicia de la República Argentina en el precedente "Diebel y Saporiti".[36]

La postura de Jiménez de Asúa se centraba, esencialmente, en: (a) la consideración de la culpabilidad como elemento conceptual inexorable del delito, es decir, la persona moral no puede cometer infracciones penales por no ser susceptible de dolo, que requiere consciencia de las circunstancias de hecho y del significado de éste; y (b) la pena, además de ser consecuencia del acto delictivo, tiene un fin, la prevención especial, que no puede realizarse sobre la persona moral y, por ende, son incapaces de pena.

Del otro lado, Aftalión, como fundamento de su posición, elogiaba el precedente de la Corte precedentemente citado, pues destacaba que había asumido un pensamiento realista, anteponiendo el dato de la experiencia a los conceptos. Aseverada que el adagio societas delinquere non potest sólo significaba que, en última instancia, los actos ilícitos tienen que ser materialmente, físicamente, cometidos por personas de carne y hueso, pero que la consideración jurídica del problema no se agota en la determinación de "¿quién cometió el entuerto?", sino que debe contestarse además a la pregunta por la responsabilidad "¿quién debe soportar las consecuencias (sanciones) del acto ilíctio?".

36. C.S.J.N. del 20 de diciembre de 1944, en cuyos considerandos se sostiene "Que esta Corte ha declarado reiteradamente que los arts. 1027 y 1028 de las ordenanzas de aduana, posteriores al código civil establecen que para los fines de la penalidad especial de la materia, no se aplican las reglas comunes relativas a la responsabilidad por actos delictuosos y que, por lo tanto, esa acción penal puede ejercerse contra las corporaciones o personas jurídicas y éstas pueden ser condenadas a las penas pecuniarias que las mismas ordenanzas fijan (...) Que, sin embargo, siendo ésta una excepción a la regla general de la irresponsabilidad de las personas de existencia ideal, establecidas por el art. 43 del Cód. Civil, debe interpretarse restrictivamente, limitándola a aquellas personas jurídicas de existencia voluntaria, de interés privado, creadas con fines económicos. Tratándose de personas jurídicas de existencia necesaria, creadas con un fin político por excelencia como son el Estado, las provincias y cada uno de los municipios o de órganos de la Administración pública, la excepción es inaplicable y la regla general recobra todo su valor", pub. en *La Ley*, t. 37, p. 280 y ss.

Sentencia, el mentado doctrinario, que los partidarios de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas derivan tal teoría por entender al delito como "una acción típicamente antijurídica y culpable", lo que los lleva a consecuencias insalvables al pretender aplicar sus concepciones sobre la culpabilidad a los entes ideales, por lo que prefieren salir del paso rechazando la responsabilidad penal de los entes colectivos. Exclamará "¡La realidad, los datos de la experiencia jurídica, son así sacrificados en aras de un concepto!".

Su aliado en esta contienda, me refiero al profesor Julio Cueto Rúa, defendía la postura adoptada por la mencionada corriente filosófica aduciendo que: 1) el hecho de la experiencia no puede ser negado sobre la base del puro y simple raciocinio; 2) la cuestión es de imputación, de atribución por el ordenamiento jurídico de una determinada consecuencia –sanción penal– a hechos y acciones humanas calificados de ilícitos, pero resaltando una particularidad, esos hechos y acciones humanas ilícitos no se imputan jurídicamente al ente psico-físico que los ejecutó sino a una comunidad de personas estructuradas jurídicamente de una manera totalitaria que se denomina, de corriente, "persona jurídica", y c) no existe imposibilidad jurídica de sancionar penalmente a una persona jurídica, añadiendo que para cada ordenamiento jurídico vigente, será un problema de índole puramente axiológico el decidir o no el establecimiento positivo de esa responsabilidad penal.[37]

3. A pesar de los esfuerzos de quienes postulan la responsabilidad penal de los entes ideales, la lucha ha estado siempre condicionada por los procesos históricos, si bien se procura superar la tradicional fórmula "societas delinquere non potest" aún no se lo ha podido derogar, y, en nuestra opinión, es poco factible que ello ocurra.

La discusión sobre el tópico sigue aún vigente en la Argentina, con lo distintos matices que le dan las distintas posiciones. Algunos se mantienen dentro de los cánones del derecho penal tradicional, otros han procurado romper con la clásica teoría del delito y, finalmente, están aquéllos que han creado una suerte de subsistema que actúa en paralelo con categorías equiparables al primero pero con contenidos adecuados a la persona ideal.[38]

37. Cfr. Julio Cueto Rúa, op. cit., p. 1121.

38. Cfr. Marcelo Alfredo Riquert, *Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 273.

El profesor David Baigún desde hace más de veinte años se ha abocado a la investigación de este tema, predicando que cualquier proyecto en la legislación futura debe partir de un modelo teórico específico, construido, por cierto, recogiendo relevantes lineamientos de la teoría tradicional, pero reconociendo como premisa básica la naturaleza cualitativamente diferente de la acción institucional o societal, es decir, de la persona jurídica.

El mencionado doctrinario aduce que el nuevo sistema no es más que una estrategia distinta de imputación donde el primer nivel está dado por la subsunción bajo un tipo, el segundo por la afirmación de la antijuridicidad y el tercero por la atribución de responsabilidad con la pena como lógica consecuencia. La variante en los contenidos "está determinada por la necesidad del ordenamiento de neutralizar los resultados de riesgo y daño provocados por las acciones institucionales". Este sistema, añade el autor "(s)e cobija ya tras el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas por medio de un nuevo sistema. No se requiere mayor esfuerzo para colegir que el punto de arranque de esta construcción se asienta en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica, que por razones de claridad en la nomenclatura, denominamos institucional".[39]

Un discípulo suyo, Maximiliano Rusconi, también ha abordado el tema. Aduce el mencionado autor que no se trata de saber si las personas jurídicas tienen capacidad de acción real, identificable en el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente, sí la tienen y actúan en su representación: sus órganos. Es decir, nada de esto es nuevo; se trata de una manifesta-

39. Cfr. David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 2002, p. 27 y 28.

ción más de la normativización del ilícito que ya no es más "causación" sino "imputación".[40]

4. En otras latitudes –obviamente– la cuestión trajo también opiniones discordantes. Bien puede aseverarse que la responsabilidad corporativa, como atinadamente señala Juan del Rosal, es de pura cepa germánica.

Es oportuno recordar las afirmaciones de Joao Marcello de Araujo Junior, en cuanto a que el tema "(e)s extremadamente actual y está en el centro de una verdadera ebullición, ya sea en razón de la criminalidad económica, por fuerza del crimen organizado, por crímenes contra el medio ambiente o por la extrema necesidad de armonización de la legislación penal en el ámbito de los llamados "espacios económicos integrados", como es el caso del Mercosur".[41]

Para el mentado autor si la persona jurídica tiene capacidad de acción para contratar, también tiene capacidad para no cumplir penalmente lo contratado y, por ende, tiene capacidad para actuar en forma criminal.

Sin duda alguna la Constitución de la República Federativa de Brasil ha sido pionera respecto de esta cuestión, habida cuenta de que el art. 173, § 5.° establece que la ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de aquélla adecuando las puniciones con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular. También el art. 225, VII, § 3.° determina que las conductas y actividades consideradas lesivas para el medio ambiente sujetaran a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de reparar los daños ocasionados.

Tal vez más práctico, el profesor Marino Barbero Santos, se decanta por calificarla como responsabilidad *sui generis*.

5. Nosotros preferimos seguir apegados a la máxima constitucional *nulla iniuria sine actione*. Sólo el ser humano puede llevar

40. Cfr. Maximiliano A. Rusconi, Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación? In: AAVV. *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

41. Joao Marcello de Araujo Júnior, Integración regional y delitos económicos. Societas delinquere potest –Estado actual. In: AAVV. *Teorías actuales en el derecho penal. 75 Aniversario del Código Penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998, p. 533-539.

adelante una acción. Las personas morales pueden ser objeto de una sanción administrativa, pero no de una sanción penal porque no son autores de delitos.

En nuestra opinión los entes ideales no pueden ser responsabilizados penalmente dado que existe la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad *nulla actio sine culpa*, ya que no es posible exigirles un comportamiento diferente al injusto, habida cuenta de su incapacidad de acción y de autodeterminación.

Esto no implica, sin embargo, como ya señalamos, negar la posibilidad de que los entes ideales sean sometidos a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coercitivo reparador o administrativo.

En esta inteligencia, entendemos que es oportuno poner fin a este acápite, recordando un voto resiente del doctor Eugenio Raúl Zaffaroni en la causa "Fly Machine S.R.L."[42] en el que propugnó que: "Más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición está condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el nullum crimen sine conducta (....). De las expresiones "hecho del proceso y de la causa" (art. 18, Constitución Nacional) y "las acciones" a que se refiere el art. 19 de la Carta Magna, surge el principio de materialidad de la acción según el cual ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta (...). La construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal".[43]. Finalmente añade: "La operatividad de la máxima constitucional *nulla iniuria sine actione* impone delimitar el concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo a las personas jurídicas".[44]

42. CS, Fallos 329:1.427.
43. Idem, ibidem.
44. Idem, ibidem.

7. Los principios de prohibición de la múltiple persecución penal y de doble conforme pueden verse socavados a través de la implementación de legislaciones inapropiadas

En los ordenamientos legales como el vigente en la República Argentina, la hacienda pública nacional se tutela tanto por vía infraccional[45] como delictual.[46] Es decir, se regulan, por un lado, en las denominadas leyes de procedimiento tributario o leyes generales tributarias: (a). infracciones de naturaleza formal, que son todas aquellas derivadas del incumplimiento de las obligaciones puestas a cargo del contribuyente, responsable o agentes de información, que tienen por finalidad facilitar la determinación, verificación y fiscalización del gravamen, y (b) Infracciones de naturaleza material, que le siguen en orden de gravedad, pues en éstas se omite el pago del impuesto, sea por omisión o por acción; y, paralelamente, se tipifican delitos tributarios en los mismísimos códigos penales o en leyes especiales. En el caso del ordenamiento legal argentino, el legislador estableció que la pena de prisión establecida en la ley penal y las accesorias en su caso, sean impuestas sin perjuicio de las sanciones fiscales.[47]

Existe –hoy en día– bastante consenso –por lo menos de una parte importante de la doctrina y jurisprudencia argentina– que cuanto menos las infracciones fiscales materiales y sus respectivas sanciones tienen naturaleza penal.[48]

De tal modo, y luego de determinarse que existe identidad de hecho entre alguno de los tipos infraccionales y las figuras penales vigentes,

45. Ley 11.683 de Procedimiento tributario.

46. Ley 24.769 y sus modificatorias.

47. Art. 17, Ley 24.769.

48. C.S.J.N., "Fallos 303:1548, sentencia del 15.10.1981, autos "Usandizaga, Perrone y Juliarena c/DGI". El 23.06.2009, en autos "Fiszman y Cía. SCA c/DGI", la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto una multa fiscal (art. 46, ley 11.683) en una causa que se prolongó por más de 20 años. Sostuvo el aludido tribunal que: "(l)a prosecución de un pleito inusualmente prolongado –máxime si tiene naturaleza penal– conculcaría el derecho de defensa del recurrente en tanto 'debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –después de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal' (...)".

cabe preguntarse si se compadece con el bloque de constitucionalidad imponer sucesivamente, por una misma conducta, ambas sanciones –las previstas en la ley administrativa y en la ley penal tributaria–. Quien esto escribe desde ya contesta con un rotundo ¡no!

Por tanto, las normas de esa índole menoscaban el principio descrito con el aforismo latino *ne bis in idem*.

Hasta la reforma constitucional de 1994 el ordenamiento jurídico argentino se exhibía al modo de una pirámide jurídica en cuya cima se encontraba la Constitución Nacional. Con la referida reforma, en la cúspide del ordenamiento jurídico fundamental argentino no sólo se sitúa la Ley fundamental sino también los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos nominados en su art. 75, inc. 22, segundo párrafo, así como los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos aprobados por el Congreso con ulterioridad. De tal manera el actual ordenamiento se encuentra presidido por un bloque constitucional federal, integrado también por la jurisprudencia y los pronunciamientos de los organismos internacionales de control, vinculantes para los distintos niveles de gobierno, poderes y órganos del Estado argentino. Uno de tales instrumentos –la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 8.1 estipula: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", y el numeral 2, literal h) respecto de toda persona inculpada de delito establece que tiene el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Al respecto cuadra señalar que: (a) la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en materia de derechos humanos no sólo ampara a las personas físicas sino también a las colectivas[49] y (b) el doble conforme fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en el precedente "Giroldi".[50] Con posterioridad, el mentado tribunal dictó el precedente "Casal",[51] del 20.09.2005, estableciendo que, en materia penal,

49. C.S.J.N., Fallos 312:2.490, Microómnibus Barrancas de Belgrano y Fallos, 319:3415, Sociedad Anónima Expreso Sudoeste.

50. C.S.J.N., Fallos 318:554.

51. C.S.J.N., Fallos 328:3.399.

la segunda instancia –el recurso de casación ante la Cámara Nacional de Casación Penal– no debe circunscribirse a revisar el derecho sino también las cuestiones de hecho y prueba. Todos estos precedentes ser refirieron a la materia penal.

Ahora bien, reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la garantía del doble conforme no se circunscribe exclusivamente a dicha materia (penal) sino que se extiende a materias extra-penales (civiles, laborales, fiscales, etc.).[52]

En cuanto a la doble instancia judicial ordinaria en materia que excede la penal fiscal delictual la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en autos "Marchal",[53] dejó sin efecto una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que no había examinado la aplicación al caso de la garantía de la doble instancia en una clausura impositiva dispuesta por la Dirección de Rentas de aquel Estado, confirmada –en única instancia judicial– por un Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición.

En conclusión, la doble instancia judicial ordinaria procede no solamente en materia penal tributaria –delictual e infraccional– sino también en cuestiones estrictamente tributarias.[54]

8. Conclusiones: breve síntesis de nuestra opinión y propuestas

Que quede bien en claro que los delitos económicos provocan a los Estado y a las personas de carne y hueso perjuicios muchos más graves, si los comparamos con los que producen los delitos contra la propiedad que instituyen los distintos códigos penales, sea cual fuere su cantidad, a excepción –claro ésta– de que se trate de aquellos delitos complejos –contra la propiedad– en los que con motivo del robo se mata, como

52. Cfrme. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31.01.2001, Tribunal Constitucional del Perú – Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano *vs.* Perú.

53. C.S.J.N., Fallos 330:1.427.

54. Ver, al respecto, Arístides Horacio M. Corti, De las cláusulas sustantivas del derecho financiero y tributario Argentino y su vigencia condicionada a la efectividad del debido proceso adjetivo y de la tutela judicial, *Jornadas organizadas por el Centro de Estudios Tributarios para América Latina (Cetal)*, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 24.08.2007.

prevén algunas legislaciones,[55] dado que siempre la vida es el bien más preciado de todos.

Diez, veinte, treinta, cien hechos ilícitos en los que los autores se desapoderen de cosas con valor económico, no se compara –ni remotamente– con las consecuencias que generan –a veces invisibles para la población– los delitos tributarios de magnitud.

En razón de la comisión de conductas de aquella especie, las finanzas del Estado se tornan impotentes para afrontar el gasto social. La educación pública, la salud, el empleo se resienten severamente y son los sectores más humildes los que reciben el impacto.

Que quede bien en claro que los Estados, a través de la ley, tienen el derecho de imponer contribuciones equitativas y proporcionales a la población, conforme las capacidades económicas de cada uno de los individuos.

En esas condiciones, el Estado se encuentra legitimado, sea cual fuere la política económica que adopten sus respectivas cartas magnas, para criminalizar aquellas conductas a través de una ley, que además determine la sanción a imponer a quien realizó lo que esta prohibido u omitió hacer lo que le estaba vedado.

Pero que también quede bien en claro, no nos confundamos, la llamada sociedad de riesgos con la aparición cotidiana de nuevos objetos de tutela, antes desconocidos y caracterizados por su inmaterialidad e intangibilidad, no puede hacernos abjurar de principios rectores del derecho penal, como ser los de subsidiaridad y última ratio.

La circunstancia de reconocer el derecho que asiste a los Estados para ejercer el poder coactivo frente a la comisión de los denominados delitos económicos no conduce necesariamente al abandono de los principios y garantías relativos al Estado de Derecho y a los llamados derechos humanos.

El expansionismo sin límites, por más nobles que sean los fines concretos de quienes lo impulsan –cuanto menos en esta materia– genera una verdadera inflación del sistema y cambia las reglas del juego que en el Estado de derecho disciplinan la función penal.

La producción en serie de leyes penales especiales, y la consecuente descodificación, es un fenómeno que erosiona el mandato constitu-

55. Art. 165 del Código Penal de la República Argentina.

cional de certeza del derecho y, por ende, afecta la seguridad jurídica de los habitantes de cada país. No sólo es hoy casi imposible para el lego tener conocimiento de la criminalidad en múltiples delitos como condición previa a la posibilidad reprochable de su comprensión, sino que promueve errores en los propios técnicos del derecho, sean partes o jueces e incluso doctrinarios.

Pretender incorporar al sistema penal defraudaciones tributarias de menor entidad, implica, inexcusablemente, saturar el sistema de pequeños fraudes fiscales, provocando que las investigaciones y enjuiciamiento de los hechos delictivos que verdaderamente distorsionan el sistema económico de los países, queden impunes.

Me pregunto: ¿pretendemos que el sistema penal y la pena estatal capte a las evasiones menores que realizan pequeños contribuyentes? ¿qué finalidad tiene incorporar al sistema penal ilícitos económicos insignificantes? ¿Nos contentamos con criminalizar al pequeño comerciante que quizás asediado por determinada crisis económica –bastante frecuentes, por cierto–, llevó a cabo una maniobra defraudatoria para no pagar sus tributos o pagar menos?

Me contesto, seguro que no. No es ese el objetivo que tenemos quienes reconocemos –sin titubeos– lo pernicioso que son para la sociedad los ilícitos económicos, máxime cuando en la mayoría de los casos vienen acompañados de actos de corrupción de funcionarios públicos, lo que desmoraliza a los habitantes, puesto se ven traicionados en la confianza depositada en aquéllos.

Para evitar aquel expansionismo que resiente significativamente al Estado de derecho y a las garantías constitucionales, a fin de diseñar una política criminal coherente con los postulados que predicamos, proponemos:

1. Que los delitos económicos sean tipificados en los códigos penales, pues de esa manera se logra una mayor completividad respecto de la materia jurídica, un orden sistemático de las disposiciones, claridad en el lenguaje y la máxima precisión posible, en concordancia con el mejor cumplimiento del mandato de certeza constitucional.

2. Deben establecerse pocos tipos penales por cada materia. Acudir al sistema penal sólo para aquellas conductas que impliquen manifestaciones graves de delincuencia fiscal. Las penas privativas de la libertad que se establezcan deben ser proporcionales, pues de fijarse penas desmesuradas, los tribunales, está comprobado, suelen echar mano a la

aplicación del principio *in dubio pro reo*, para evitar condenas tan severas en asuntos que, no siempre, los operadores del derecho los consideran ilícitos.

3. No tenemos reparos en que esta especie de delitos se estructuren en forma de leyes penales en blanco, en tanto y cuanto remitan a una ley emanada del mismo órgano y se apliquen respecto de la norma extrapenal los principios de ley penal más benigna.

4. La enorme cantidad de delitos de peligro abstracto o de anticipación vigentes en el Derecho penal actual deben ser trasladados al llamado derecho contravencional o de faltas.

5. Propiciamos que las acciones que provoquen perjuicios de trascendencia sean legislados como delitos en los códigos penales, en tanto las infracciones materiales federales dolosas deberían ser tipificas en los propios códigos o en una ley penal especial dictada por el Congreso federal o nacional –como contravenciones– que tutelen tanto las haciendas públicas federales como estaduales y municipales. Las penas que en aquellas se determinen deberán ser proporcionales al contenido de injusto que contengan, sin exceder el límite cuantitativo que las convierte en delitos. Deberán operar plenamente las garantías individuales del enjuiciamiento penal, dado que su investigación y juicio deberá ser estrictamente judicial.

6. Debe mantenerse la potestad sea a nivel federal como de los estados y municipios de establecer infracciones a los deberes formales, tendentes a proteger el derecho tributario formal o administrativo, es decir aquellas que sostienen la función administrativa de los distintos entes recaudadores. En estos casos, nunca la pena podrá ser la privación de la libertad, sino que la reacción estatal deberá ser acorde al contenido de injusto de la falta.

7. Debe garantizarse, en este último caso, la plena vigencia del principio de doble conforme judicial. También respecto de cuestiones estrictamente tributarias, puesto como se apuntó, la garantía del doble conforme no es exclusividad del derecho penal.

8. Rechazamos la posibilidad de que los entes ideales sean enjuiciados penalmente. Más esto no implica negar la factibilidad de que aquéllas sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coercitivo reparador o administrativo.

9. La creación de fueros específicos debe ir acompañada –inexcusablemente– de la provisión de los cargos y herramientas adecuadas,

creándose una policía judicial dotada técnicamente para la investigación de estos asuntos.

Estamos persuadidos de que la criminalización de conductas que perturben, distorsionen o perjudiquen el sistema económico, con arreglo a los lineamientos trazados, es una herramienta útil y eficaz a la que los Estados deben acudir para aventar los desequilibrios, pobreza y polarización que ocasionan tales comportamientos.

51951

4
Gestão temerária, evasão de divisas e aporias

FLAVIO ANTÔNIO DA CRUZ

Doutorando em Direito do Estado pela UFPR. Juiz Federal.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Administrativo; Bancário

RESUMO: O presente artigo evidencia a inconstitucionalidade do art. 4.º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986, por não delimitar a conduta proibida. Também discorre sobre o crime de evasão de divisas, quanto ao período compreendido entre 1992 e 1998, destacando a grande contradição estatal existente na matéria. A República Federativa do Brasil estimulou o emprego daquelas contas de não residentes, autorizou depósitos em espécie sem fiscalizar a origem, ao mesmo tempo em que dispensou a apresentação de documentos. Daí que a punição de quem tenha promovido depósitos naquelas contas sem se identificar é contraditória, dado que a lesão ao bem jurídico tutelado (controle estatístico das operações de câmbio) foi causada pela própria inaptidão dos regulamentos cambiários estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão temerária – Câmbio – Evasão de divisas –Constitucionalidade.

ABSTRACT: This paper intends to bear witness to the unconstitutionality of art. 4, sole paragraph of Law 7.492 for not setting bounds to the prohibit conduct. It also addresses the crime of currency evasion in the period of 1992 until 1998, highlighting the major state contradiction around this issue. The Federative Republi of Brazil encouraged the use of accounts of non-residents, authorized deposits in cash without inspecting its origin and at the same time dismissed the need to present documents. Therefore the punishment for those who encouraged deposits in those accounts without identification is contradictory, since the damage made to the protected legal interest (statistic's control of foreign exchange operations) was cause by the incapacity of the state's currency exchange regulations.

KEYWORDS: Reckless management – Currency exchange – Currency evasion – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações panorâmicas sobre a Lei 7.492/1986: 2.1 Ideologia da defesa social – desencantamento da dogmática; 2.2 Direito Penal indutor; 2.3 Tutela penal de bens jurídicos coletivos; 2.4 Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986: 2.4.1 Risco sistêmico e risco moral; 2.4.2 Tutela penal de funções de controle; 2.5 Amálgama dos juízos de tipicidade e de ilicitude; 2.6 Erro sobre elementos normativos do tipo; 2.7 E a tal da cegueira deliberada? 2.8 Normas penais em branco e alteração dos preceitos complementadores; 2.9 Controle da proporcionalidade das penas e da coerência intrassistemática – 3. Provocações quanto a alguns dos tipos penais da Lei 7.492/1986: 3.1 Inconstitucionalidade do art. 4.º, parágrafo único (gestão temerária); 3.2 Evasão de divisas por meio de contas CC-5 ou de operações dólar-cabo: 3.2.1 Curso forçado da moeda nacional; 3.2.2 Mercado de câmbio; 3.2.3 Modelo de *Bretton Woods*; 3.2.4 Taxas livres *vs.* taxas administradas; 3.2.5 Poder normativo das agências reguladoras; 3.2.6 Breve análise da evolução normativa dos controles de câmbio; 3.2.7 Considerações sobre o mercado clandestino; 3.2.8 Estímulo oficial para a remessa de divisas via CC-5; 3.2.9 Autorizações especiais para depósitos em espécie em contas CC-5; 3.2.10 Nova regulamentação do câmbio; 3.2.11 Confronto do art. 22 da Lei 7.492/1986 com os preceitos administrativos; 3.2.12 Saída de divisas; 3.2.13 Confronto entre as operações dólar cabo (*hawala*) e o art. 22; 3.2.14 Depósito em conta CC-5 do tipo 2; 3.2.15 Inidoneidade do meio – contradições estatais; 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 7.492/1986 é anacrônica, confusa e deficitária. Passados 24 anos da sua publicação – 22 dos quais já sob a nova ordem democrática –, a sua compreensão e a sua aplicação ainda não foram filtradas sob o tamis da Constituição Federal de 1988. Esse é o tema que tenho em vista, destacando a manifesta inconstitucionalidade do seu art. 4.º, parágrafo único e também as aporias da regulação cambiária quanto ao período compreendido entre 1992 e 1998, com consequências para a intervenção penal.

Formularei algumas considerações mais genéricas sobre a administrativização do Direito Penal, sobre a tutela penal da higidez do sistema financeiro, sobre o erro incidente sobre os elementos normativos do tipo e sobre os efeitos decorrentes da alteração das normas complementadoras. Tais premissas não são indispensáveis para o equacionamento do tema, conquanto sejam relevantes na práxis para a solução de determinados casos criminais. No segundo tópico, discorrerei sobre os crimes

de gestão temerária e de evasão de divisas, preceitos que bem retratam a precariedade da Lei 7.492/1986, pano de fundo de uma constante disputa ideológica a respeito da justificação do poder punitivo e de uma corriqueira invocação da sanção penal como instrumento de reforma social. Na terceira parte, seguirão breves conclusões.

2. Considerações panorâmicas sobre a Lei 7.492/1986

2.1 Ideologia da defesa social – desencantamento da dogmática

Como elucidou Alessandro Baratta,[1] a criação e a aplicação do Direito Penal estão impregnadas pela ideologia da defesa social: aquela crença de que a sanção criminal realmente seja algo útil e indispensável para vida em comunidade. Subjacente à concepção penal encontra-se a suposição de que nós humanos sejamos calculadoras hedonistas, como se tudo quanto fizéssemos decorresse de opções conscientes a partir de um deliberado confronto entre prazer e dor. Exemplo disso são as constantes afirmações de que a dor da pena deve superar o prazer do crime, enquanto que o próprio Beccaria apregoava que as condutas lesivas seriam dissuadidas pela certeza da punição.

Essa concepção é utilitarista (Jeremy Bentham e Stuart Mill),[2] até mesmo a teoria da coação psicológica de Feuerbach parece partir dessa suposta natureza do homem. Há equívoco, porém, na hipótese, pois não somos absolutamente racionais. Atuamos, muitas vezes, de forma irrefletida e automatizada, bastando que se compare o modo como alguém conduz um veículo quando está aprendendo a dirigir e como o faz algum tempo depois. A maioria das ações humanas não é fruto de um planejamento contemplativo e calculista, o que compromete a suposição de que a ameaça de imposição de dor seja sempre um indutor eficaz da conduta humana.

1. Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: ICPC, 2002, p. 46-48.
2. Mill, John Stuart. *Utilitarianism, on liberty, considerations on representative government*. London: Everyman Paperback Classics, 2001. Confira-se também com Shapiro, Ian. *The moral foundations of democracy*. New Haven: Yale University Press, 2003, quem associa o ótimo de Paretto ao utilitarismo. Ainda sobre o utilitarismo, leia-se Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 34-35.

Por outro lado, o programa penal está orientado a não ser totalmente cumprido. No dizer de Zaffaroni,[3] acaso todas as fraudes, todos os furtos, todos os pequenos e grandes delitos fossem sancionados sem exceção, a sociedade ruiria. A afirmação não traduz qualquer comiseração com delitos. Trata-se, antes, da simples compreensão de que o Direito Penal é essencialmente randômico e arbitrário, guardando, em seu íntimo, o estado de polícia pronto para eclodir. As cifras negras cumprem certo papel, dado que a aplicação inexorável do *punitur quia peccatum est* (pune-se porque pecou) teria efeitos nefastos para a própria comunidade política. Mas deixemos Baratta e Zaffaroni por um instante.

2.2 Direito Penal indutor

A Lei 7.492/1986 é o retrato mais marcante da administrativização do Direito Penal no âmbito brasileiro. Cuida-se "de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se da responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o Estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes".[4]

Para bem compreender isso é interessante atentar para a diferença entre crimes e infrações (proposta por Feuerbach), ou mesmo para a classificação dos crimes em *delicta in se* e *delicta mere prohibita*: "Os delitos, reconhecidos por sua essência como lesões a direitos subjetivos, e pelo mesmo, portadores de um verdadeiro injusto criminal. As infrações, apreciadas como modalidades de comportamento reprimidas por

3. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 26-27.

4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1, p. 50. Miguel Reale Júnior sustenta, por seu turno, que "A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de convivência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes a organizar do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los". REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

razões vinculadas à segurança ou ordem pública, meras contravenções administrativas que não pertencem ao Direito Penal criminal".[5]

O problema é que, ao contrário do que supunha Garófalo, não há delitos naturais: não existem crimes em si, apenas há criminalização.[6] Matar na defesa da nação é heroísmo; entre os astecas o sacrifício humano era uma prática sagrada. Assim, passando ao largo da suposta capacidade da razão em descortinar uma proibição natural – como se fosse algo inerente à natureza das coisas ou uma verdadeira implicação lógica –, o fato é que todo crime decorre do poder de rotulação da conduta alheia. É o que basta para que a distinção entre delitos em si e infrações por mera opção política seja vista com muitas reservas. Como explica Tereza Pizarro Beleza, os crimes naturais apenas são delitos *mala qui prohibita* há mais tempo.[7]

Apesar disto, uma pontual diferenciação pode ser formulada. Sobremodo nesses nossos tempos, os legisladores têm criminalizado comportamentos que não são alvo de uma prévia reprovação na coletividade. Os parlamentares constituem, de certo modo, o desvalor do comportamento sem encontrar eco em uma prévia censura na moral mediana. O crime de sonegação de informações cambiárias devidas ao Bacen[8] é absolutamente técnico, não encontrando junto à maioria das pessoas um juízo de censura. Até mesmo porquanto poucos são os iniciados na matéria, poucos são os que sabem quais as obrigações exigidas nesse âmbito.

A sonegação de informação ao Bacen não era algo reprovado pelas pessoas antes de se tornar crime. É o Direito Administrativo e, por certo abuso, o Direito Penal que atribuem relevo axiológico à conduta. O mesmo não pode ser dito em relação ao crime de omissão de socorro (art. 135, CP), eis que esse encontra anteparo em fundamentos morais da sociedade ocidental, ainda que historicamente datados.

É importante, pois, a análise de Figueiredo Dias quando sustenta que há condutas que só ganham uma dimensão ética na medida em que

5. Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Buenos Aires: Ibdef, 2005, p. 76.

6. Baratta, Alessandro. Op. cit., p. 110 e 112.

7. Beleza, Tereza Pizarro; Pinto, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime geral do erro e as normas penais em branco:* ubi lex distinguit. Coimbra: Almedina, 2001, p. 26-27.

8. Art. 21, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.

são proibidas pela lei penal.[9] Antes disso são comportamentos axiologicamente neutros; abstraída a regulação jurídica, não há qualquer desvalor no deixar de informar os capitais mantidos, no exterior, na data base do dia 31 de dezembro do ano de referência. É a imposição administrativa – seguida de uma sobretutela penal – que cria a reprovação do agir.

Conquanto realmente não se possa falar em um crime natural (um conceito sempre perigoso, pois encontra correspondência no suposto delinquente natural lombrosiano, além de ser metafísico e legitimador do sistema punitivo), é indiscutível que, em muitos casos, a censura jurídica decorre de um prévio desvalor coletivo. Longe de moralismos, isso apenas significa que o Direito Penal nuclear busca tutelar um pretenso mínimo ético, ainda que histórica e geograficamente situado, não se desconhece. O mesmo não ocorre com um Direito Penal indutor e administrativizado.

2.3 *Tutela penal de bens jurídicos coletivos*

A Lei 7.492/1986 é o exemplo cabal da crença indevida na efetividade das sanções criminais para induzir comportamentos econômicos. Isso tem se prestado apenas para justificar o sistema punitivo, gerando um Direito Penal simbólico. O que não significa que toda e qualquer norma que tutele interesses difusos seja, tão só por isso, inválida. Como elucida Bernd Schünemann,[10] o construto do pacto social apenas se presta para racionalizar a intervenção penal acaso também inclua as gerações futuras.

O problema gravita em torno da noção de bem jurídico. Bacigalupo tem lançado severas críticas contra essa categoria dizendo que não tem se prestado para limitar a intervenção penal.[11] Ao contrário, a tem expandido.[12] Roland Hefendehl tem sustentado, por seu turno, que "no intento

9. Dias, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 399.

10. Schünemann, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemán*. Bogotá: Universidad Externado da Colômbia, 1998, p. 18.

11. Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal*. 2. ed. rev. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 44.

12. Silva Sánchez, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. As razões apontadas por Silva Sanchez são alvo da crítica de Basoco, Juan Maria Terradillos. Globalización, administrativización y expansión

de se definir positivamente um bem jurídico se chega rapidamente a um resultado que nos desilude: a relatividade social e político-jurídica do fenômeno bem jurídico nos condena à triste encruzilhada entre eleger a vagueza e a seletividade. Ou bem utilizamos uma definição tão vaga que não enuncia claramente seus atributos e funciona como uma cláusula geral, ou bem usamos um conceito que inclui unicamente uma parte dos bens jurídicos protegidos e consentidos em nossos Códigos Penais."[13]

A dificuldade reside em fugir da petição de princípios que confunde bem jurídico com a intenção do legislador ou com a pretensa objetividade jurídica da lei. A categoria apenas se prestará a limitar o poder punitivo acaso tenhamos critérios seguros para identificar quando há e quando não há bens jurídicos. Essa é uma pergunta sem resposta exata. Mesmo as questões afeitas à autonomia sexual – cuja descriminalização é comumente atribuída à teoria do bem jurídico – parecem ter deixado de contar com a sanção penal muito mais por força da alteração da moral comum do que, propriamente, por força da referida construção teórica.

Há criminalizações que não tutelam bem jurídicos (conceito essencialmente antropocêntrico), mas que, apesar disto, não podem ser desde logo descartadas. No exemplo de Hefendehl, considerando a teoria da ofensividade, a extinção de toda uma espécie animal não poderia ser tutelada penalmente, salvo se inventarmos um bem jurídico ou se ampliarmos o conceito. Mas, se a categoria é assim tão maleável, talvez não sirva para muita coisa.

Pondo de lado, porém, essa tormentosa indagação, passo aos bens jurídicos coletivos. São apenas aqueles cuja satisfação não implique exclusão e rivalidade no consumo, conceitos da *law and economics*.[14] Hefendehl ilustra o tema com a segurança pública, eis que a satisfação da minha segurança não deve ser feita à custa da segurança dos demais.

del derecho penal económico. *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004, p. 225 e ss.

13. HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?* Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf]. Acesso em: 14.07.2010.

14. Um interessante texto sobre a análise econômica do Direito Penal – interessante, ainda que parta de premissas discutíveis – é o do professor de Harvard, Steven Shavel. El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetárias como medida de disuasión. In: ROEMER, Andrés (org.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 437 e ss.

Em princípio, as pessoas não disputam, entre si, a segurança pública. Questão distinta ocorreria com a saúde pública, que, a rigor, seria apenas a soma de saúdes individuais. "Esta descoberta tem efeitos decisivos, posto que sobre um bem jurídico individual pode o próprio titular do mesmo dispor e decidir",[15] o que comprometeria a validade da incriminação do tráfico de drogas para pessoas autônomas e capazes, por exemplo.

Qual a utilidade disso tudo? É que, segundo Hefendehl, no âmbito dos bens verdadeiramente coletivos, em regra não há como se vislumbrar em agressão direta e imediata. No geral, a lesão ao bem jurídico coletivo surge apenas por força da acumulação de um conjunto expressivo de condutas em si irrelevantes. Acaso alguém jogue alguns litros de óleo no rio, isto não bastará para comprometer a qualidade da água. Uma simples chaminé poluidora certamente não comprometerá todo o ar que respiramos. O problema surge, porém, quando muitos fizerem o mesmo. São delitos de acumulação, o que aparece afastar o princípio da insignificância, questão que também deixo em aberto. Nesse âmbito – bens verdadeiramente coletivos – seria idôneo o emprego, em princípio, de tipos de perigo abstrato (postulado da prevenção).

2.4 *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*

Qual o bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986? Com razão Cezar Bitencourt e José Carlos Tórtima quando sustentam que certamente não é – *não pode ser!* – a efetividade de opções políticas sazonais.[16] O Direito Penal não pode ser o braço armado de episódicas opções governamentais, não raras vezes autoritárias e inadequadas (vide o confisco da poupança empreendido no governo Collor). No âmbito daquela lei, cada dispositivo possui um bem jurídico específico e distinto: em alguns artigos, a confiança dos investidores; noutros, o controle das informações cambiárias ou mesmo a transparência e credibilidade da escrituração contábil. Todos aqueles preceitos convergem, porém, para um interesse maior: o da higidez do Sistema Financeiro Nacional, o que se traduz em estabilidade e crescimento econômico.

15. HEFENDEHL, Roland. Op. cit.

16. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 246. TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.

Cito novamente Hefendehl, para quem "Se analisarmos a proteção do crédito como parte integrante da ordem socioeconômica, podemos darmo-nos conta rapidamente de que as funções do crédito econômico não podem representar em nenhum momento um bem jurídico coletivo, senão que considerá-las assim supõe mais bem outorgar uma proteção complementar para a atividade dos bancos. Sabendo isto, podemos perguntar: é realmente o direito penal um instrumento idôneo, necessário e proporcional para a proteção deste (aparente) bem jurídico?"[17]

A questão não é tão simples, porém.

2.4.1 Risco sistêmico e risco moral

Dado que, em sua maioria, os bancos emprestam mais recursos do que dispõem em caixa (seja por força do encaixe técnico ditado pelo Bacen, seja mesmo pela criação de moeda escritural), é fato que – acaso todos os poupadores tentassem sacar seus créditos, ao mesmo tempo – a maioria das instituições iria à bancarrota. O sistema escora-se na confiança coletiva, bastando que um único banco quebre para que, tal qual efeito dominó, inúmeras outras entidades financeiras sucumbam conjuntamente (v.g., o *Corralito* havido na Argentina em 2001).

O risco sistêmico é "aquele em que circunstâncias que afetam uma instituição financeira ou ocasionam a quebra de uma instituição geram efeitos adversos sobre outra ou outras instituições, ou aquele em que se verificam acontecimentos cujos efeitos se refletem sobre várias instituições financeiras simultaneamente (...) O conceito de risco sistêmico pressupõe a possibilidade de que duas ou mais instituições financeiras venham a quebrar em razão de um acontecimento independente de suas ações".[18] Isso significa que, via de regra, o Estado deve impedir a ruína dos bancos.

Outro conceito interessante é o de risco moral. Segundo a teoria, em certos setores, algumas pessoas – ao suporem que estariam seguras (cobertura do risco) – diminuiriam o cuidado exigido para as suas ações. É o caso do proprietário de um veículo que, logo após contratar cobertura securitária, passa a deixá-lo destrancado, facilitando eventual furto. Também é o caso daquele que se arrosta ao perigo, no mar, por se julgar protegido diante da presença de um salva-vidas. A contratação do seguro

17. Hefeldehl, op. cit., p. 9.

18. Turczyn, Sidnei. *O Sistema Financeiro Nacional e a regulação bancária*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 74-75.

acabaria por aumentar o risco de sinistro, segundo tais pressupostos utilitaristas.

Segundo Turczyn, o risco moral "consiste na tendência de comportamentos dos agentes financeiros de tanto mais se arriscarem quanto maior for o aparato de proteção colocado à sua disposição. Coaduna-se com a máxima de que, se o salvamento é automático e independe do risco, maior é a vontade de arriscar-se. Em decorrência disso, tal comportamento aumenta a probabilidade de concretização do evento contra o qual o agente está segurado ou protegido, pois estimula a adoção de estratégias excessivamente arriscadas".[19]

Ademais, os poupadores estão submetidos à assimetria informacional, pois não têm condições de avaliar a solvência de determinada instituição financeira, dado que desconhecem todas as operações ativas e passivas empreendidas pelos bancos. Aludidas informações somente estão disponibilizadas ao ente regulatório central. Disto seguem duas consequências, segundo Jairo Saddi, "a primeira, é a regulação com o objetivo de suprir e superar a deficiência informacional; a segunda, um certo monitoramento dos agentes econômicos com caráter avaliativo, mediante determinados sinais. O mais importante destes sinais é a administração da liquidez e os próprios resultados operacionais da instituição ao longo do tempo".[20]

A preocupação estatal com a higidez do sistema financeiro não é absolutamente irrelevante, portanto. Ao contrário do que insinua Hefendehl, não está em causa apenas o crédito do banqueiro. A quebra de uma única instituição – suscetível de ser provocada por uma grande fraude, por exemplo – pode causar a debandada de aplicadores e demissões em massa, com consequências funestas para a renda e a qualidade de vida de milhões de pessoas. Assim, desde que respeitados os demais vetores do Direito Penal – *ultima ratio*, fragmentariedade etc. – será válido o recurso à sanção penal, abstraídas aqui as críticas lançadas por Baratta ao sistema punitivo, globalmente considerado.

2.4.2 Tutela penal de funções de controle

Retorno, porém, à análise da administrativização do Direito Penal. Nesse âmbito, os parlamentares têm criado normas criminais que tutelam

19. Idem, p. 73.

20. Saddi, Jairo. *Crise e regulação bancária: navegando mares revoltos*. São Paulo: Textonovo, 2001, p. 60.

apenas o controle administrativo de atividades de risco. Segundo Rául Cervini e Gabriel Adriasola, "é o que ocorre quando se castiga o exercício da indústria que polui as águas sem ter obtido a prévia licença ou sem observar os limites impostos por esta. Não se incrimina, assim, *a priori*, uma determinada solução do conflito, senão a solução adotada à margem dos procedimentos estabelecidos".[21] Quando menos, os parlamentares criminalizam a própria criação do risco, antecipando a censura penal (com certo abuso na criação de crimes de mera conduta ou crimes formais).

Fernanda Tórtima[22] tem sustentado a inconstitucionalidade da indicação de meras funções de controle estatais como bens jurídicos a serem tutelados penalmente. Com idênticos argumentos, porém, ter-se-ia que reconhecer a inconstitucionalidade do art. 269 do CP (omissão de notificação de doença), eis que o Estado exige informações junto aos indivíduos para programar eventual atuação (combate às epidemias). O problema não está na tutela de uma função de Estado, mas na relevância do sistema de controle tutelado.

É indispensável que o Estado obtenha informações a respeito de doenças epidêmicas. Do contrário, corre-se um intolerável risco de que milhões de pessoas morram diante de eventual surto. Todavia, se este mesmo Estado não cria nenhuma estrutura de processamento daquela informação – por exemplo, os servidores públicos simplesmente arquivam aqueles comunicados, sem sequer os ler –, aí sim a tutela será de todo inválida. Quando menos, por força da lógica subjacente ao art. 17 do CP (meio absolutamente inidôneo para lesar o bem jurídico). É justamente o que ocorreu no âmbito das malfadadas e mal compreendidas CC-5, quando menos até 1998.

Uma vez mais, colho a lição de Hefendehl:[23] acaso se admita a proibição e sanção penal da realização de atividades recreativas em um determinado lago, para proteção de uma espécie animal – supondo, por ora, que isso seja válido –, certamente não o será acaso aquela proibição se mantenha quando não mais existam os tais peixes naquele local ou acaso ditas atividades em nada influenciem a reprodução da espécie.

21. Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel. Op. cit., p. 92.
22. Tórtima, José Carlos; Tórtima, Fernanda Lara. Op. cit.
23. Hefendehl, Roland. Op. cit., p. 9.

2.5 Amálgama dos juízos de tipicidade e de ilicitude

No âmbito da Lei 7.492/1986, os juízos de tipicidade e de ilicitude acabam se confundindo. Diante de certo abuso no emprego de elementos normativos do tipo e de elementos de desvalor global do fato, tem-se que ou a conduta será típica e ilícita, ou sequer será típica. Promover a evasão de divisas sem autorização legal é um bom exemplo, sendo difícil imaginar um caso de conduta típica mas justificada. Ou será típica e, tanto por isso, também ilícita, ou sequer será típica.

Qual a consequência disso? Condutas manifestamente atípicas sequer podem ser alvo de inquérito policial, em princípio. As justificantes demandam exame sob devido processo, via de regra, eis que tratam de conflito valorativo aferido na situação existencial, concreta, como explicam Jescheck e Weigend.[24] Disso decorre, por exemplo, que cabe ao Ministério Público Federal o fardo de provar que o acusado teria mantido no exterior, na data base de 31 de dezembro do ano de referência, valores superiores aos do limite de exoneração (limites fixados, com caráter geral, pelo Bacen). Não se pode exigir da defesa que prove a ausência de tais depósitos (ao contrário do que se poderia supor, acaso se supusesse que se trataria de uma questão de justificantes). É um tema de tipicidade, portanto.

2.6 Erro sobre elementos normativos do tipo

Também há que se destacar que o dolo do agente deve abranger todos os elementos normativos veiculados no tipo objetivo. Acaso o indivíduo desconheça, e.g., que realizava operação de câmbio ilegal, sua conduta não poderá ser considerada dolosa.[25] Quando muito, portanto, poderá ser sancionado a título de imprudência, desde que prevista em lei (art. 18, parágrafo único, CP) e contanto que atendidos os requisitos do crime culposo (incremento indevido do risco, evitabilidade, previsibilidade, consumação do risco no resultado etc.). É útil, portanto, a

24. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002, p. 267-268.

25. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 310. Em sentido contrário, atente-se para a opinião de Maiwald, para quem o erro sobre elementos normativos do tipo deve ser tratado como erro de proibição. MAIWALD, Manfred. *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

distinção que faz Figueiredo Dias – com amparo em Nowakowski – entre erro moral e erro de conhecimento.[26] Não há como alguém adivinhar os prazos para declarações devidas ao Bacen, o que somente é conhecido por meio de pesquisa da legislação. O problema todo é que o dever de informação não pode ser imposto no âmbito do dolo. Mesmo o dolo eventual exige efetivo conhecimento da situação de risco.

Acaso o agente faça operar uma instituição financeira por equiparação – ainda que se apercebendo disso (que é uma instituição financeira) –, mas sem saber que seria necessária autorização do Bacen para tanto, terá incorrido no tipo objetivo do art. 16 da Lei 7.492/1986. Mas já não se poderá falar em dolo, pois, como diz Muñoz Conde, "o caráter sequencial das distintas categorias obriga a comprovar primeiro o problema do erro de tipo e somente uma vez solucionado este, se pode abordar o problema do erro de proibição".[27] Por seu turno, Figueiredo Dias sustenta que, no âmbito dos delitos desprovidos de uma prévia reprovação coletiva, o erro sobre os elementos normativos deve ser tratado como questão de imprudência.[28]

No que toca ao erro sobre o complemento das normas penais em branco, García Conlledo conclui que, em certos âmbitos, o legislador penal se reporta às normas complementadoras a fim de incorporar, no tipo incriminador, a contrariedade a outros ramos jurídicos. "Em certos âmbitos em que a lesão de bens jurídicos não resulta muito clara e mais bem existem perigos às vezes vagos para os mesmos, os delitos se aproximam de atos de desobediência a normas de outras ordens (por mais criticável que seja essa forma de agir legislativa). Em tais casos, a chamada de atenção ao sujeito própria do tipo dificilmente se produziria se o sujeito não é consciente da existência da norma que contraria sua conduta".[29]

Diante da regra do art. 20 do CP, o erro sobre elementos normativos do tipo objetivo deve ser tratado como erro de tipo, de modo que não

26. Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit.

27. Conde, Francisco Muñoz. *El erro em derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal, p. 69-70.

28. Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 397-400. Por sinal, a proposta de Figueiredo Dias foi expressamente acolhida pelo Código Penal lusitano, com a reforma de 1995, consoante atual art. 16, item 1.

29. Conlledo, Miguel Díaz y García. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madri: La Ley, 2008, p. 432.

se admite a simples redução de pena (como ocorre com o erro de proibição inescusável). Dado que quase não há tipos penais imprudentes, no seio do Direito Penal econômico, a solução será a impunidade da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, por força da ausência de dolo. Cumpre repisar que o chamado dever de informação é categoria apenas da culpabilidade (eis que se contenta com o potencial conhecimento da ilicitude, o que desloca[30] o exame para a acessibilidade da compreensão do injusto). Idêntica solução não vigora no âmbito do dolo, repiso: não há conduta dolosa sem o conhecimento dos elementos componentes do tipo objetivo.

2.7 E a tal da cegueira deliberada?

É perigosa a categoria cegueira deliberada (*willful blindness*) concebida pelo Direito anglo-saxão (*Regina versus Sleep, 1.861, Inglaterra; United States* v. *Rivera-Rodrigues, 318, F.3d 268, 1st Cir. 2003*), pois é uma indevida ampliação da *actio libera in causa,* tendendo para a responsabilização penal objetiva.

Segundo essa categoria, o agente que, de forma planejada, coloca-se em situação de ignorância para inibir a aplicação da Lei Penal, deveria ser responsabilizado como se tivesse tido efetivo conhecimento do que realmente fazia. Basta imaginar alguém que, tendo recebido R$ 2.000,00 para transportar uma mala, tenha expressamente pedido para que não lhe fosse informado o conteúdo, já de caso pensado, objetivando alegar eventual erro de tipo, caso surpreendido com algo ilícito (v.g., eventual transporte de drogas ilícitas).

Como anota Ramon Ragués i Vallés,[31] professor da Pompeo Fabra, aludida teoria tem encontrado abrigo junto à Suprema Corte da Espanha (com voto vencido de Bacigallupo Zapater). Inicialmente, teria sido concebida e aplicada como mecanismo para provar o dolo (tanto sabia que fazia algo ilícito que expressamente pediu para que não o avisassem), para – em um segundo momento – gerar uma presunção de

30. JAKOBS, Günther. A autoria mediata com instrumentos que atuam por erro como problema de imputação objetiva *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, n. 7, ano 3. Porto Alegre: Ceip, p. 79. BACIGALUPO, Enrique. La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición. *RBCCrim* 14/29-30. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1996.

31. VALLÉS, Ramon Ragués i. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 115 e ss.

conhecimento, diante de um suposto dever de informação (trazido para o âmbito do juízo de tipicidade). Essa teoria pode converter condutas negligentes em dolosas, deturpando-se os requisitos legais. Encontra correspondência, ademais, na medieval *versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delicto*, diante da suposição de que quem atue imoral ou ilicitamente, deveria arcar com todas as consequências dos seus atos, ainda que indesejadas. Nada mais, nada menos que responsabilidade criminal objetiva, agressiva ao princípio da culpabilidade.

2.8 *Normas penais em branco e alteração dos preceitos complementadores*

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 de Direito Administrativo, dispensando este ou aquele requisito, implicará em *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*. Mal comparando, acaso a *cannabis* deixasse de constar na Portaria Anvisa 344/1998, isso implicaria a extinção do delito, com efeitos retroativos (art. 5.º, XL, CF/1988).

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. "Leis temporárias são aquelas leis que, de antemão, somente estarão vigentes em um determinado período de tempo; seja porque a data em que deixarão de estar em vigor está fixada na própria lei com relação a algum calendário ou coincidência com determinado acontecimento (leis temporárias em sentido estrito), ou bem porque seja reconhecível que as mesmas se cingem a determinadas situações provisórias especiais e restarão sem objeto com o desaparecimento destas (leis temporárias em sentido amplo)".[32]

Como exemplifica Claus Roxin,[33] as limitações de velocidade dotadas de sanção penal não são normas penais temporárias. A alteração de valores para a exoneração do dever de declarar capitais internacionais pode ensejar, portanto, *abolitio criminis* (por exemplo, comparação das

32. Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e de Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1999, t. I, p. 169. Também nesse sentido, Carvalho, Américo Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 256.

33. Roxin, Claus. Op. cit., p. 169.

Circulares Bacen 3.181/2006 e 3.071/2001). A grande verdade é que as autoridades administrativas que editam essas resoluções não se mostram muito preocupadas com os efeitos criminais subsequentes: "Uma palavra a propósito das leis penais económicas (fiscais, financeiras, cambiais). O facto de estas leis serem afectadas por uma grande instabilidade não significa que deixem de estar sujeitas, quando à sua sucessão, ao princípio geral da aplicação da lei penal favorável. Digamos que essa transitoriedade, essa mutabilidade das leis penais económicas constitui uma situação, uma realidade normal, tendo, portanto, o conflito temporal destas leis de ser resolvido pelo critério jurídico-político e político-criminal da aplicação da lei penal favorável (...) Diferentemente do que se passa com as leis temporárias, a alteração das leis penais económicas resulta, muitas vezes, da modificação da concepção políticoeconómica".[34]

Por seu turno, Günther Jakobs empreende interessante distinção entre as alterações que modificam o conteúdo do injusto, daqueles outros casos em que, a rigor, não há qualquer evolução na valoração da conduta. Há uma diferença, por exemplo, entre normas que simplesmente modifiquem o sentido de uma rodovia (o que não altera o conteúdo do injusto de quem tenha trafegado na contramão), daquela outra norma que deixa de exigir autorização administrativa para a abertura de cassinos.[35]

Em muitos casos, a alteração do complemento se traduz em modificação da valoração econômica e, por derivação, em superação da valoração penal da conduta incriminada. Evolução essa que pode ensejar *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*, pois a adjetivação criminal somente vigora enquanto persistir o desvalor jurídico correspondente.[36] Cediço que as leis que deixam de considerar determinada conduta como sendo delito devem ser aplicadas retroativamente, nos termos do art. 5.º, XL, da CF/1988. A grande verdade é que as autoridades administrativas não se revelam muito preocupadas com os efeitos criminais daquelas Resoluções.

34. Carvalho, Américo Taipa de. Op. cit., p. 267.

35. Jabobs citado por Cravero, Percy G. *Derecho penal económico: parte general*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007, p. 208.

36. Mal comparando: acaso alguém ajudasse um escravo a fugir, durante o nefasto regime de escravidão, teria que responder por um crime. Seria absurdo que, depois de abolida a escravidão com reconhecimento da sua ignomínia, aquelas sanções continuassem a ser aplicadas.

2.9 *Controle da proporcionalidade das penas e da coerência intrassistemática*

Em votos do Min. Celso de Mello, o STF tem reconhecido ao Judiciário o dever-poder de controlar a coerência das sanções criminais (HC 92.525 e 102.094). Em ambos os casos, discutiu-se a validade do art. 180, § 1.º, CP, dado que a receptação com dolo eventual (i.e., em que o agente deveria saber que o bem é fruto de crime) é punida mais gravemente do que a receptação com dolo direto de 1.º grau.

Com argumentos semelhantes, alguns Tribunais Regionais Federais têm reconhecido a atipicidade da conduta de quem guarda consigo moeda falsa recebida de boa-fé. Do contrário haveria grave contradição penal: introduzir moeda falsa em circulação, após ter sido recebida de boa-fé, dá causa à pena entre 6 meses e 2 anos. A conduta de quem simplesmente guarda a moeda falsa, após tê-la recebido de boa-fé, não pode ser censurada mais gravemente (3 a 12 anos) do que a restituição efetiva em circulação (conduta mais lesiva ao bem jurídico).[37]

Outro exemplo é o tratamento que vem sendo dispensado ao contrabando de *Cytotec*, eis que o TRF da 4.ª Região vem reconhecendo que a pena cominada pelo art. 273 (10 a 15 anos) é excessiva, aplicando em substituição a sanção cominada ao delito de tráfico de drogas.[38] Sem dúvida que o tema é polêmico, eis que coloca em debate a viabilidade de que o Judiciário fiscalize a coerência intrassistemática da legislação penal. Sabidamente, a pauta valorativa eleita pelos parlamentares está em desconformidade com a Constituição (bastando atentar para o fato de que o furto é punido mais gravemente que a calúnia, sendo a segunda uma conduta mais grave e insuscetível de seguro). Por outro, igualmente questionável que – diante da inconstitucionalidade da pena – simplesmente possa ser aplicada outra, ainda que inferior, em substituição, dado o princípio *nulla poena sine lege*. Sendo em prol da liberdade, porém, a substituição parece cabível.

Abstraindo esse debate, o fato é que há grande disparate na Lei 7.492/1986 quando censura, com a pena de 2 a 6 anos, a conduta de

37. Brasil, TRF-4.ª Reg., 8.ª T., ApCrim 2006.71.08003124-4, rel. Juiz José Paulo Baltazar Junior, *DJe* 30.04.2008 e TRF-3.ª Reg., 2.ª T., ApCrim 2002.61.05000660-3, rel. Juiz Nelton dos Santos, *DJU* 21.01.2010.

38. Brasil, TRF-4.ª Reg., Ap 200271020071920, rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, *DJU* 22.08.2007.

quem tenha remetido irregularmente R$ 30.000,00, em divisas, ao exterior (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986) ao mesmo tempo em que repreende, com pena entre 1 e 4 anos, o comportamento de quem – *com habitualidade e por longos anos* – tenha operado uma instituição financeira clandestina (art. 16 da Lei 7.492/1986). Sem dúvida que o art. 16 é mais perigoso para o Sistema Financeiro do que uma simples remessa de R$ 30.000,00, questão que deve ser alvo de debates junto às Cortes.

3. Provocações quanto a alguns dos tipos penais da Lei 7.492/1986

3.1 Inconstitucionalidade do art. 4.º, parágrafo único (gestão temerária)

Não obstante a dignidade constitucional do bem jurídico tutelado – a higidez do SFN – é fato que o art. 4.º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 não atende ao postulado da taxatividade imposto pela Constituição. Um tipo penal semelhante fora veiculado na Lei 1.521/1951, condicionando a imposição da pena aos seguintes requisitos: (a) a prova de que o agente teria gerido instituição financeira de forma temerária, (b) que a instituição teria falido ou restado insolvente e (c) que aludida insolvência ou falência teria sido provocada pela temeridade na gestão. Logo, aproximava-se de um crime culposo nos moldes clássicos (provocação de um dano com violação ao dever geral de cautela), ainda que não verbalizasse referida condição (como exigia o art. 15, parágrafo único, redação original do Código de 1940).

O grande problema residia na difícil demonstração desse nexo causal, eis que, em muitos casos, a falência de um banco não é produzida por atos ou bens apreensíveis e delimitados. Geralmente decorre de uma somatória de fatores, não podendo ser imputada apenas a um único gestor. Esse é um ponto.

Abusando de tipos de perigo abstrato, a Lei de 1986 criminalizou a própria temeridade, sem condicionar a aplicação da sanção à prova da ocorrência de dano. Por conta disto, referido preceito é flagrantemente inconstitucional, pois não atende minimamente ao mandado de determinação (*nullum crime sine lege certa*). Segundo Luiz Luigi,[39] o mandado de determinação expressa a exigência de que as leis penais incriminadoras sejam claras, certas e precisas. O legislador não pode empregar, na crimi-

39. Luisi, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 24.

nalização, tipos penais ambíguos e equívocos, sob pena de transferir ao Judiciário a verdadeira rotulação da conduta, sem quaisquer parâmetros prévios.

Outra não é a análise de Joaquim Canotilho e Vital Moreira: "O princípio da tipicidade abrange os seguintes requisitos: (a) suficiente especificação do tipo de crime (ou dos pressupostos das medidas de segurança), tornando ilegítimas as definições vagas, incertas, insuscetíveis de delimitação; (b) proibição da analogia na definição de crimes (ou de pressupostos de medidas de segurança); (c) exigência de determinação de qual tipo de pena que cabe a cada crime, sendo necessário que essa conexão decorra diretamente da Lei. O princípio da tipicidade exclui tanto as fórmulas vagas ou de moldura tão ampla que em tal redunde. Neste sentido, o princípio da legalidade, na qualidade de parâmetro constitucional, impõe a formulação da norma penal com um conteúdo autônomo e suficiente, possibilitando um controlo objectivo na sua aplicação individualizada e concreta".[40]

Sem dúvida que é impossível a criação de tipos absolutamente fechados, dada a polissemia do idioma. Disto não decorre, porém, uma franquia irrestrita para o legislador penal para que elabore preceitos sem delimitar minimamente a conduta rotulada como crime, como explicitam Mariano Silvestroni,[41] Figueiredo Dias,[42] Claus Roxin[43] e Luigi Ferrajoli,[44] para ficar apenas em alguns nomes.

Não desconheço que há inúmeros dispositivos penais, de uso consagrado, com alguma vagueza. Por outro lado, o STF acabou reputando válida a criminalização da tortura, promovida no Estatuto da Criança e do Adolescente, não obstante a sua ambiguidade (HC 70.389/SP). No que toca à gestão temerária não há, porém, como salvar o dispositivo, frente à sua elevada equivocidade. Nesse âmbito não há como aplicar as

40. Canotilho, José Joaquim; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, vol. 1, p. 495.

41. Silvestroni, M. H. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 141-142.

42. Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, t. I, p. 174.

43. Roxin, Claus. Op. cit., p. 170/171.

44. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 76-77.

observações do Min. Celso de Mello, que guiaram o exame da validade do referido crime de tortura: "A simples referência normativa à tortura, Sr. Presidente, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 da Lei 8.069/1990 [artigo revogado pela Lei 9.455/1997], exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na condição de sua prática, o gesto inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa humana".[45]

A expressão gestão temerária não permite a obtenção, junto ao senso comum, de um conteúdo mínimo, delimitado, que permita apartar as condutas proibidas daquelas permitidas (função de apelo do tipo penal). A configuração do tipo fica totalmente na dependência da valoração dos órgãos de acusação ou do juiz. Não raro, fatos semelhantes encontrarão qualificações distintas junto às autoridades, o que revela o elevado grau de contingência do dispositivo (art. 4.°, parágrafo único, da Lei 7.492/1986).

Temeridade é incúria, precipitação. Quando muito, a figura daria azo à chamada culpa consciente: conduta de quem sabe que assume riscos indevidos, mas acredita imprudentemente na sua capacidade (ou de outrem) de evitar o resultado lesivo. Soa difícil sustentar a figura da *vontade de agir temerariamente*, como se fosse uma conduta dolosa, ao menos que se desconsidere o sentido vernacular da expressão temeridade. É fato que, sob determinado aspecto, o agente que comete crime culposo, tem intenção de agir imprudentemente (vontade de dirigir a mais de 150/h), ou, quando menos, não se apercebe muito disto (culpa inconsciente).

A conduta dolosa exige a representação e a vontade, endereçada não apenas para a criação genérica de riscos (i.e., para o agir temerário), mas para fins previstos no tipo penal. E tais fins, resultados, não estão alocados no art. 4.°. Partindo dessa premissa (que se cuide de um crime imprudente), seria aceitável, em um Estado Democrático, que o legislador tipificasse criminalmente algo como: *conduzir-se temerariamente no trânsito*? A resposta é negativa, pois, do contrário, haveria flagrante violação ao princípio da segurança jurídica, subjacente à regra da legalidade penal. Soa indispensável, para a configuração de um crime culposo, que o agente somente responda acaso produza resultados lesivos. A

45. Brasil, STF, HC 70.389/SP, excerto do voto do Min. Celso de Mello.

mera violação ao dever geral de cautela (sem o resultado, e sem detalhamentos) não pode ser sancionada penalmente, sob pena de grave lesão à segurança jurídica.

Outro exemplo: *Será penalizado quem violar o dever geral de cautela no exercício da medicina.* Um preceito deste teor – acaso aceito – violentaria a própria função pela qual os chamados tipos penais foram concebidos: contenção do arbítrio estatal, identificando as condutas que *ex ante* são reputadas indevidas pela comunidade. Todos restam advertidos de que tal e qual comportamento será penalmente censurado.

O grande problema, portanto, no âmbito do chamado *crime de gestão temerária* é a sua amplitude. Tem aptidão para converter meros descuidos; ou mesmo riscos inerentes ao negócio (dado que o diretor de um banco vive de assumir riscos) em imputações penais. É como se o Sistema transferisse, em favor das autoridades judiciais, a valoração da conduta, sem permitir ao agente identificar – no próprio momento da sua realização – se tal ou qual comportamento seria vedado ou não.

Não se pode concordar, portanto, com o entendimento jurisprudencial que assenta a validade daquele dispositivo.[46] Reserva legal não é mera veiculação da proibição em lei. Antes, exige detalhamento suficiente, com um grau mínimo de delimitação, para que a censura não fique ao crivo do Poder Judiciário, despido de atribuições para criar tipos penais. Basta atentar, por sinal, para a tentativa de definição, formulada por Elias de Oliveira: "Por gestão fraudulenta deve entender-se todo ato de direção, administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganos. Ao passo que gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos em transações perigosas ou inescrupulosas arriscando o dinheiro alheio".[47]

Nítida a contingência dessa definição: aquele que age com demasiada confiança, que assume riscos indevidos etc. Quando, porém, uma confiança será demasiada? Como delimitar, minimamente, o risco

46. Brasil, TRF-3.ª Reg., APn 239, rel. Juiz Mairan Maia, *DJ* 10.09.2008, por. exemplo.

47. Oliveira, Elias de apud Salomão Neto. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 481.

tolerado pelo sistema? Acaso a conduta – tida até então como arrojada e perigosa – resulte em lucros fabulosos para a instituição financeira, ainda assim haverá crime? Olhos postos apenas na tipificação da Lei 7.492/1986 (que não exige o resultado lesivo), a sanção deveria ser aplicada, punindo quem, temerariamente, acabara por realizar lucros em favor do Banco.

Por aí se vê que o tipo penal, tal como redigido, não permite um grau mínimo de segurança jurídica. Considerando que o risco é inerente à atividade do gestor financeiro, somente restaria seguro aquele que – *fechando a banca* – decidisse não investir. Ter-se-ia, ao final das contas, a própria criminalização da atividade de captação de moeda e de investimento, porquanto – reitero – a assunção de riscos lhe é inerente.

Certamente é mais fácil classificar determinadas operações como temerárias depois de realizadas. Mas a função do tipo penal é orientar o futuro, é indicar, com clareza, quais comportamentos estão proibidos, sem que a segurança jurídica fique na dependência da boa vontade dos acusadores ou julgadores. Como visto, a Lei 1.521/1951, veiculava (quanto à gestão temerária) um crime imprudente melhor delimitado, dado que exigia o resultado: lesão à empresa ou aos investidores. A problemática surgia quanto à prova do nexo causal, evidentemente. Com a Lei 7.492/1986, deixou-se de exigir o resultado. Recaiu-se em um estranho crime imprudente sem dano (e também sem menção expressa a tal condição, consoante exige o art. 18 do CP).

O Projeto de Lei 439/2003, proposto pelo insigne Senador Demóstenes Torres, busca alterar o *caput* do art. 4.º (mantendo, porém, o parágrafo único como se encontra). Com razão, portanto, Roberto Podval quando sustenta que a inconstitucionalidade é gritante.[48]

Por sinal, mesmo que se admitisse que se trataria de tipo comissivo doloso, não haveria outra solução senão o reconhecimento da sua inconstitucionalidade; pois persistiria a lesão à segurança jurídica. A Lei não descreve minimamente o que seria o alegado crime de mera conduta: quando é que a gestão seria temerária.

Era possível ao legislador adotar redação distinta (por exemplo, conceder empréstimos sem exigir garantias correspondentes a 80% do valor da operação etc.). Daí não concordar, com todo o respeito, com a

48. PODVAL, Roberto. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 2, p. 828.

asserção lançada por Fausto Martin de Sanctis[49] quando sustenta que o art. 4.º, parágrafo único seria válido porquanto haveria inúmeros outros tipos abertos; vagos, aceitos pela dogmática e jurisprudência. Conquanto vagos, os crimes imprudentes têm sua contingência limitada pela exigibilidade de resultado lesivo: "Na medida em que a determinação ou precisão típica é menor no delito imprudente que no doloso, isso se compensa de modo suficiente mediante a ampliação das possibilidades de exoneração".[50]

Roxin[51] expressamente trata da temeridade no âmbito dos crimes imprudentes. O juízo de imputação – nos crimes culposos válidos – fica na dependência da previsibilidade; evitabilidade do resultado, e demais critérios elucidados pela doutrina especializada: incremento proibido do risco; consumação do risco no resultado; âmbito de proteção da norma etc.

Ora, a cláusula da participação – igualmente fundada em tipo aberto (art. 29 do CP) – demanda um conjunto de requisitos para que a imputação seja feita (contribuição relevante para o resultado; dolo de segundo nível etc.). Não há tais cláusulas, na hipótese do art. 4.º, parágrafo único. Simplesmente a criação de riscos – em si considerados – é penalizada; sem que seja previamente delimitada a conduta, sem que seja exigido resultado, o que não se admite.

3.2 *Evasão de divisas por meio de contas CC-5 ou de operações dólar-cabo*

O art. 22 da Lei 7.492/1986 somente ganha sentido quando confrontado com os vetores normativos que regulam a confusa temática do mercado de câmbio, alvo de uma progressiva liberalização em solo brasileiro, sem a pertinente atualização dos tipos penais respectivos.

3.2.1 *Curso forçado da moeda nacional*

A importância do câmbio está intimamente associada ao curso forçado do dinheiro pátrio. O Código Comercial de 1850 (art. 195) e o Civil de 1916 (arts. 947 e 1.258) previam liberdade contratual até

49. Sanctis, Fausto de. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millenium, 2008, p. 67-68.

50. Roxin, Claus. Op. cit., p. 1030.

51. Idem, p. 1024.

mesmo para a definição da moeda a ser utilizada para o adimplemento. Com a Lei 4.182/1920 e com o Dec. 23.051/1933 (art. 1.º) foi proibido, porém, o uso de moeda estrangeira para a satisfação de obrigações em solo brasileiro. A Lei de Contravenções Penais sancionou a recusa no recebimento da moeda nacional pelo seu valor (art. 43, Dec.-lei 3.688/1941).

Houve algumas exceções pontuais, como se vê dos Dec.-leis 6.650/1944 e 6.882/1944. Persistiu, ainda assim, como regra, a vedação do uso de moedas estrangeiras para pagamentos no Brasil. O Dec.-lei 857/1969 dispôs serem nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos e as obrigações exequíveis no Brasil, que estipulassem pagamentos em ouro, moeda estrangeira, ou que – por qualquer outra forma – restringissem o curso legal do cruzeiro, então vigente. Atualmente, é o que dispõe o art. 1.º da Lei 10.192/2001.

3.2.2 *Mercado de câmbio*

Em regra, não se pode utilizar, portanto, moeda estrangeira para pagamentos rotineiros no Brasil; ao mesmo tempo, as empresas internacionais não aceitam receber, no exterior, o dinheiro brasileiro, pois não é considerado moeda forte. Imprescindível, por conseguinte, que haja um mecanismo de trocas, a fim de viabilizar o comércio internacional.[52]

Cuida-se de uma opção política, pois nada impede que um país adote moeda de outro (como, há pouco tempo, ocorria em solo argentino). O curso forçado do dinheiro nacional torna a moeda estrangeira uma mercadoria, disputada pelo mercado e suscetível, pois, de precificação, na exata medida em que o acesso a meios de pagamento internacionais é disputado pelas pessoas.

O importador busca dólares para pagamento dos seus fornecedores internacionais; já o exportador tende a desfazer-se das divisas adquiridas, dado que não as poderá utilizar para satisfação das suas obrigações, aqui no Brasil. Caso não haja intervenção do Estado, o preço da moeda estrangeira estará submetido, assim, à *lei da oferta e procura* e a outras variáveis. Traduzindo: quanto maior a quantidade de moeda estrangeira em circulação em dado país, menor será o seu valor e vice-versa, ressalvada alguma anomalia do mercado.

52. GARÓFALO FILHO, Emílio. *Câmbios: princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

3.2.3 *Modelo de* Bretton Woods

Durante certo tempo, os países mantiveram garantias de valor, atribuindo lastro metálico às moedas de sua emissão. Segundo Bruno Ratti, até 1971, US$ 35,00 teriam correspondido a uma onça *troy* de ouro (cerca de 31 gramas).

Com o Tratado de *Bretton Woods*, celebrado em 1944, os Estados Unidos assumiram o compromisso de converter sua moeda em ouro, a valores tabelados; cuidou-se do que os economistas chamam de *gold exchange standard*. Qualquer país membro poderia exigir, então, a troca de dólares pelo *quantum* do metal valioso, ao mesmo tempo em que assumia o compromisso de tabelar sua moeda frente ao dólar.[53]

O Brasil aderiu ao *Bretton Woods* em 1946, estipulando inicialmente o valor de Cr$ 18,00 para cada dólar. O sistema perdurou até 1971, subjugado pela Guerra do Vietnã e por desconsiderar a inflação de cada país-membro (*crawling peg*). Desde 1971, não se tem mais uma paridade fixa internacional, acordada entre vários países.

Eis, portanto, a relevância da Política Cambial adotada pelo Brasil: a definição do preço da moeda irá depender de um conjunto de fatores econômicos (os tais fundamentos da economia): níveis de preço, meio circulante, balança de pagamentos. Será influenciado e influenciará tais fatores. Basta atentar para a circunstância de que – caso haja um ataque especulativo (*investimento de curtíssimo prazo*) – poderá surgir um aumento considerável e precário da quantidade de moeda estrangeira em circulação; com apreciação brusca da moeda nacional.

As importações ficariam mais baratas, enquanto que as exportações seriam drasticamente reduzidas, desconsiderados outras variáveis. A queda nas exportações repercutiria, em tal hipótese, sobre a empregabilidade (demissões em massa, v.g.), e sobre o controle inflacionário, causando oscilações bruscas nas taxas de câmbio e outras eventuais repercussões. Facilidades demasiadas na importação de bens podem caracterizar concorrência desleal com a indústria nativa etc.

Logo, a fiscalização do nível de divisas acessíveis aos residentes no Brasil e, também, dos capitais brasileiros mantidos no exterior é importante para a macroeconomia, podendo comprometer inúmeros outros vetores, seja da política fiscal; política de crédito e de trabalho.

53. Ratti, Bruno. *Comércio internacional e câmbio*. 11. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2006, p. 265.

3.2.4 *Taxas livres vs. taxas administradas*

Em grande parte da nossa história, adotamos um modelo de câmbio administrado. As taxas eram definidas previamente pelo Estado, o que gerava válvulas de escape (mercados clandestinos). Como, porém, o Estado conseguia estipular e manter a taxa de câmbio? Dado que o preço da moeda estrangeira é definido a partir da correlação entre a oferta e a procura, para fixar a taxa cambial o Estado deveria necessariamente interferir em tal regra: (a) obrigar-se a comprar todas as moedas excedentes no mercado; (b) assumir o compromisso de vender todas as moedas demandadas (e restringindo, por conseguinte, a possibilidade individual de se obter divisas). Já que o volume de dólares depende do FED americano, o Estado brasileiro preferia utilizar as divisas a fim de garantir importações essenciais, ao invés de viabilizar uma viagem turística para a Disney, por exemplo.

Em um regime de taxa cambial administrada, soa imprescindível que o Estado disponha de mecanismos rígidos de controle do nível de moeda estrangeira em circulação. Dado que não produz dólares (ou outras moedas fortes), deve se assegurar que todas as divisas em poder de brasileiros lhe sejam repassadas, de modo a assegurar o emprego para aquisição de produtos essenciais, redistribuindo-as para os empresários.

Conquanto haja polêmica, é fato que nosso país conviveu com regimes mistos (beirando ao monopólio). Aparentemente, não havia normas impondo aos residentes no Brasil o repasse de divisas *herdadas* no exterior, por conta de direito de sucessão (ao contrário do que ocorre no regime puro da *surrender of foreign currency*). Isso significa que nosso país não adotou um monopólio absoluto, ainda que tenha sido algo próximo disto.

Retomando: dado o modelo de câmbio fixo, o Estado acabava impondo inúmeras restrições ao acesso às divisas. Naquele sistema as divisas ganhavam contornos de bem público – conquanto a sua expressão financeira, na moeda nacional, fosse bem privado (o dinheiro é privado) –, razão pela qual o crime de evasão ganhava contornos de lesapátria.

Diverso é o que ocorre, todavia, em um ambiente de taxas livres, flutuantes ao sabor do mercado. Neste, como regra, as tarifas serão mais fugidias, dependendo do humor dos agentes econômicos, na dependência dos fatores da Economia Real (sem que sejam camufladas pelo Estado, como sói ocorrer no regime de tabelamento). Os coeficientes entre as moedas dependerão, assim, da confiança nos fundamentos da Economia

brasileira; na existência de empresas sólidas com atuação internacional; na eventual especulação; na oscilação conforme safras (*commodities*) e concorrência externa.

Segue o quadro comparativo de Garófalo Filho:[54]

Taxas cambiais administradas	Taxas cambiais livres
Para assegurar uma taxa definida, o BC se obriga a comprar todo o excedente de moeda estrangeira no mercado, bem como a atender a demanda existente	O BC não se obriga a comprar se não quiser aumentar as reservas nem a vender se não quiser perdê-las
Com isso, perde o controle das reservas e/ou da expansão monetária. Uma fuga de capitais traduz-se em redução de reservas. Um afluxo excessivo de moedas representa aumento de base monetária	Com isso, o impacto de uma crise não se reflete nem no nível de reservas nem na massa monetária, mas em variação na taxa de câmbio
A taxa fixa/administrada, dada a sua baixa ou nula volatilidade, facilita o planejamento de longo prazo do cidadão, o que resulta em pressão sobre o Banco Central	Taxas flutuantes normalmente trazem grande volatilidade ao mercado, o que compromete, principalmente, o planejamento do comércio exterior
A taxa dada pelo BC é sempre contestada pelos agentes econômicos, o que resulta em pressão sobre o BC	Se os agentes econômicos reclamam menos da taxa, não diminuem as pressões sobre o BC
Pela calibragem da taxa de câmbio, o BC usa-a como eficiente auxiliar no combate à inflação	O controle da inflação precisa valer-se de outros mecanismos, como inflation target, já que a taxa de câmbio pode subir quase indefinidamente
Ninguém provou ainda que um Banco Central tem a fórmula para escolher a taxa correta	Ninguém provou ainda que o Mercado tem a fórmula para escolher a taxa correta

54. Garófalo Filho, Emílio. Op. cit., p. 103.

3.2.5 *Poder normativo das agências reguladoras*

Há uma profusão de normas nessa área do câmbio, veiculadas em portarias, circulares e decretos. Isso se explica pela necessidade de frequentes adaptações da estrutura estatal às perturbações conjunturais. Exige-se um quadro flexível que permita adequações de rota, frente a eventuais crises internacionais.

Tem-se sustentado que os regulamentos do Bacen e da CMN seriam inidôneos para a complementação da lei penal, por se cuidarem de decretos autônomos (proibidos pelo art. 5.°, II, CF/1988). Em que pese sedutora, essa tese não merece acolhida, consoante têm enfatizado Salomão Neto[55] e Justen Filho,[56] dado que o postulado da legalidade não extermina as atribuições normativas dos demais poderes do Estado.

Na temática penal, as resoluções e circulares do Banco Central devem ser tomadas como legítimas desde que referidas à lei, ainda que obliquamente. Não podem, porém, ampliar a cominação (deturpar o conteúdo semântico mínimo de expressões legais. Decreto não pode dar uma interpretação autêntica de tipos penais), ou constituir obrigações sem prévia previsão legislativa.

3.2.6 *Breve análise da evolução normativa dos controles de câmbio*

Para bem compreender a questão penal, soa indispensável um exame, por mais que superficial, da ampla evolução dos controles de câmbio no Brasil. O Direito Penal Cambiário sobrepõe espaços normativos; pois censura com a pena criminal prévios ilícitos administrativos. Sem que se compreenda exatamente o que está autorizado ou proibido pelo Direito Administrativo, dificilmente se delimitará o tipo de injusto penal, como se infere da precisa lição de Raúl Zaffaroni:

"Não seria admissível para uma elementar racionalidade de qualquer decisão judicial, que se considerasse proibida uma conduta que

55. Neto Salomão, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 104-105.

56. Justen Filho, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 513. Também nesse sentido, Bruna, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 93 e Bachof, Otto; Stober, Rolf; Wolff, Hans. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. vol. 1, p. 367 e ss.

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, ao fazê-lo apenas porque se quis ou também porque não se fez ou ao facilitar que se faça o que se proíbe.

Tampouco os juízes poderiam interferir nas decisões dos cidadãos a respeito de seus direitos, pois só a pretexto de tutelar direitos se estaria coartando o seu exercício, quando sejam os próprios titulares quem deles tenham disposto, consentindo ou acordado. Outra intolerável ingerência na vida cotidiana constituiria a pretensão de exercer poder punitivo com motivo dos riscos que – porquanto inerentes às atividades admitidas e inclusive fomentadas, como a circulação no tráfico aéreo, devem considerar-se como riscos não proibidos."[57]

As Constituições brasileiras garantiam, em sua maioria, a liberdade de trânsito de pessoas e de capitais entre o país e o exterior. Mesmo a Constituição do Império (art. 179) veiculava mencionava prerrogativa individual, mas sem maiores debates junto aos tribunais, porém, de modo que aludidas cláusulas foram tratadas em regulamentos, sem a fixação de *standards* mínimos.

A Lei 4.182/1920 proibiu o *jogo sobre o câmbio*, sem delimitar minimamente o que isso significaria, como bem explica Arnoldo Wald.[58] Ainda assim, não raro aludido texto tem sido invocado, passados 90 anos, para reprimir determinadas condutas. O Dec. 23.258/1933 veiculou lista das operações de câmbio ilegítimas, ao mesmo tempo em que proibiu as operações realizadas sem a intermediação de bancos habilitados a atuar no mercado de câmbio. Também proibiu a sonegação de cobertura cambial, razão pela qual é a base legal, ainda hoje, para a imposição de sanções administrativas nesse âmbito, o que revela o anacronismo da legislação.[59]

57. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Slokar, Alejandro; Alagia, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 485.

58. Wald, Arnoldo. Da inexistência de definição legal de jogo sobre o câmbio. *RDB* 23. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2004, p. 319 e ss.

59. Brasil, STJ, REsp 1.009.956, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, *DJe* 04.06.2008.

Segundo Duclerc Verçosa, "verifica-se, assim, a rigidez do sistema ali posto em vigor, pois eram consideradas operações de câmbio lícitas apenas as que tivessem lugar junto a uma instituição autorizada a operar no ramo, com base na prévia autorização. Tudo o mais era claramente ilegal".[60] Já o Dec.-lei 9.025/1946 impôs o registro de capital estrangeiro, o prazo de quarentena para investimentos internacionais (dissuadindo a especulação de curto prazo) e limitou a remessa de lucros. O art. 1.º assegurou a liberdade de compra e venda de cambiais e de moedas estrangeiras, observadas instruções da Sumoc (criada pelo Dec.-lei 7.293/1945).

Verçosa explica que "nesse regime, a disponibilidade de moeda estrangeira, decorrente de compra de cambiais pelas instituições autorizadas a operar em câmbio, poderia ser vendida livremente para satisfazer pagamentos de qualquer natureza, no exterior".[61]

Pelo art. 10 foi proibida a compensação privada de créditos ou de valores de qualquer natureza, sujeitando os infratores às penas do Dec. 23.258/1933. Essa vedação continua sendo aplicada até hoje, razão comumente invocada para a responsabilização criminal de operadores de dólar cabo (operações *hawala*). Registro, todavia, que há razoável discussão a respeito de tal interdição, seja por força da ausência de diploma legislativo recente (lei em sentido estrito) amparando tal regra, seja por conta da autorização – pelo próprio Bacen – de operações de *swap* de divisas (pois são compensação privada de créditos internacionais).[62]

Por sinal, o Conselho de Recursos do SFN tem reconhecido a validade de *swaps* de divisas, ao argumento de que não seriam compensação privada de créditos (mas sem explicar isso devidamente).[63] Transcrevo a interessante análise promovida por Bruno Meyerhof Salama, a respeito da validade das *blue chip swaps*:

60. Verçosa, Haroldo Duclerc. Notas sobre o sistema de controle de câmbio no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 78/31. São Paulo: Malheiros, jun. 1990.

61. Idem, p. 32.

62. A Res. CMN 2.939/2002, a Res. Bacen 2.873/2001 e a Circular Bacen 3.099/2002, trataram das operações de *swap*.

63. Brasil, Conselho de Recursos do SFN, Acórdão 5229/04, 239.ª Sessão em 14.07.2004.

"A mudança de orientação interna do Bacen sobre a regulação das operações de *blue chip swap* é um bom exemplo de mudança da regulação cambial pela via interpretativa.

Embora a mudança não tenha sido refletida em nenhum normativo específico, na última década foram realizadas diversas operações de *blue chip swap* com o total conhecimento do Bacen. Este cenário compreendeu, inclusive, operações de *blue chip swap* realizadas pelo próprio Banco do Brasil. Como mencionado acima, o Dec. 23.258/1933 (que veda a realização de operações que não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio) e o Dec.-lei 9.025/1946 (que veda a compensação privada de créditos) estão em vigor. A tolerância por parte do Bacen à realização de operações de *blue chip swap* se deu em casos em que não havia indícios nem de fraude nem simulação. O que se quer aqui, é bom ressaltar, não é questionar a correição ou não da interpretação, nem da velha nem da nova. A noção de compensação privada de créditos, parece-nos, é tão ampla que de alguma forma pode chegar a comportar os mais variados entendimentos. O ponto aqui é simplesmente ressaltar que, de modo geral, houve uma mudança de interpretação da legislação, e que esse tipo evolução interpretativa foi uma das quatro formas através das quais os controles cambiais brasileiros foram paulatinamente sendo adaptados ao novo contexto econômico nacional e internacional. E, mas especificamente, a regulação das operações de *blue chip swap* dependeu em grande parte dos vai-e-vens interpretativos entre autoridades brasileiras."[64]

Debate semelhante também pode ser encontrado na obra de Jonathan Barros Vita,[65] havendo Projeto de Lei do Senado (PLS 32, de 2006, complementar) em que se propõe a ab-rogação do art. 10 em causa. A Lei 262/1948 preceituou que o Poder Executivo poderia subordinar ao

64. Salama, Bruno. *Limitações institucionais ao funcionamento dos controles de câmbio no Brasil*. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=bruno_meyerhof_salama]. Acesso em: 10.05.2010. Interessante estudo das operações *swaps* pode ser encontrada na obra Calheiros, Maria Clara. *O contrato de* swap. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. "Os *swaps* são uma família de contratos pelos quais se estabelece entre as partes uma obrigação recíproca de pagar, de acordo com modalidades preestabelecidas, na mesma divisa ou em diferentes divisas, certas quantias de dinheiro calculadas por referência aos fluxos financeiros ligados a activos e passivos monetários, reais ou fictícios, ditos subjacentes" (p. 126-127).

65. Barros Vita, Jonathan. *Tributação do câmbio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 172 e ss.

regime de licença prévia o intercâmbio de importação e de exportação, salvo quanto a gêneros alimentícios de primeira necessidade, cimento e produtos farmacêuticos. Já a Lei 1.521/1951 tipificou como crime a cobrança de ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada sobre moeda estrangeira. Com a Lei 1.807/1953 ficou assegurado que seriam efetuadas, sob taxas fixadas pela Sumoc, as operações de câmbio relacionadas à exportação e importação de mercadorias, empréstimos, créditos e financiamentos de interesse nacional e também a remessa de ativos anteriormente registrados no país.

Os arts. 25 a 27 do Dec. 42.820/1957 trataram das contas em moeda estrangeira, em nome de residentes no exterior. Destaque-se o art. 26, que permitiu aos estrangeiros a abertura e manutenção de contas, em moeda estrangeira, desde que contratadas com bancos habilitados a atuar com câmbio. Segue o art. 17 do Dec. 42.820/1957: "É livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro, bem como de ações e de quaisquer outros títulos representativos de valores".

Segundo Gomes de Souza continuava a não haver, em lei no sentido estrito, proibição para que residentes transferissem recursos ao exterior. Apenas se preconizava eventual e pontual interdição por parte da Sumoc, em situações excepcionais.[66] Opinião distinta é professada por Haroldo Verçosa, em artigo escrito em 1990, para quem aquele art. 17 do Dec. 42.820/1957 seria ilegal, por contrariar ao Dec.-lei 2.145/1953.[67] A despeito dessa disparidade de opiniões, é fato que o aquele artigo não teve nenhuma aplicação prática, àquela época, diante dos inúmeros entraves burocráticos existentes para a constituição de disponibilidades no exterior.

Seguiu-se, então, a Lei 4.131/1962 que teve como objeto central o controle da remessa/ingresso de capital internacional, ainda imbuído de certa xenofobia e ufanismo. A rigor, não tratou do mercado de câmbio globalmente considerado, não podendo ser tomada como lei geral da matéria cambiária. Os arts. 17 e 19 previram declaração de capitais internacionais, sob pena de processo penal e confisco das divisas. Acaso se constatasse a presença de falsa declaração no formulário padronizado pela Sumoc, o banco, o corretor e o cliente estariam submetidos a uma multa corresponde ao triplo do valor da operação.

66. Souza, Renato Gomes de. *Câmbio: dos controles rígidos à liberalização*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37.

67. Verçosa, op. cit., p. 40.

Explica Renato Souza que "outra afirmação corriqueira de muitos, mas igualmente errônea, é a de que – consoante a lei citada – só sai o que entra, tal expressão querendo dizer que só pode ir para o exterior o que – antes – tiver ingressado no país e sido registrado (e respectivos rendimentos) – e então (aqui vem o erro frequente) o residente, cujo dinheiro já nasceu aqui (não veio de fora e, por conseguinte, não teve o referido registro), não pode remeter. Não! A lei em foco não diz isso, como já mostrei, nem sequer pretendeu dizer, simplesmente porque não era isso que queria disciplinar; sua preocupação era com o capital estrangeiro – capital estrangeiro de investimento e empréstimo (e já descrevi o momento político, de extrema xenofobia, que o país atravessava, na época, e que levou a isso). Quanto aos residentes e seus dinheiros, a Sumoc já tomava conta (e isso já era bastante, mais não precisava – e a lei deixou que continuasse assim)".[68]

A Lei 4.390/1964 também tratou do registro de bens mantidos no exterior, questão regulada pelo Dec. 55.762/1965. Relevante, outrossim, o art. 57 daquele decreto, que autorizara a abertura de contas de não residentes, assegurando o direito de retorno de sobra de divisas antes aqui internalizadas. O seu art. 61 condicionou determinadas transferências (herança, direitos autorais etc.) à prévia autorização por parte da Sumoc. A Lei 4.131/1962 não vedou a remessa de recursos ao exterior, por mais que tenha imposto várias condições para tanto. O seu art. 9.º permitiu o envio de dinheiro ao exterior, desde que informada previamente a sua origem à Sumoc. Somente diante de grave desequilíbrio, é que a Lei permitia a limitação das importações e das remessas de lucros ao exterior. Já a Lei 4.390/1964 apenas exigiu o registro junto à Sumoc e o pagamento de imposto de renda acaso devido (art. 9.º, *caput*, e § 1.º).

A Lei 4.595/1964 atribuiu ao Bacen o monopólio das operações de câmbio, desde que presente grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou sérias razões para prever a iminência de tal situação (art. 4.º, XVIII), ao mesmo tempo em que lhe assegurou poder normativo para regular câmbio e *swaps* (art. 4.º, XXXI) e para autorizar bancos a atuarem no mercado de câmbio (art. 10, X, *d*). O art. 11, III, da Lei 4.595/1964 c/c Dec.-lei 581/1969 viabilizam a flutuação suja (compra e venda de divisas para estabilizar o mercado).

68. Souza, Renato Gomes de. Op. cit., p. 38.

O destaque está no art. 18 daquela Lei 4.595/1964, em que se condicionou a atuação, no país, dos Bancos estrangeiros à prévia autorização pelo Presidente da República. Preceito semelhante encontra-se no art. 52 do ADCT. Qual o relevo? Justamente para burlar aludida condição é que o Bacen criou a ficção, prevista nas Circulares 2.242 e 2.677, de que lançamento de valores em contas CC-5 significaria saída de dinheiro do país (o que viabilizou a captação pelos bancos estrangeiros).

Seguiu-se, então, a Carta-circular 5, de fevereiro de 1969, tendo como objetivo a regulamentação do já citado art. 57 do Dec. 55.762/1965. Criou duas espécies de contas de não residentes: (a) sobras de câmbio e (b) as residuais. Pela primeira, o não residente poderia abrir uma conta em solo brasileiro, mesmo sem CPF, converter em cruzeiros os dólares trazidos. O que não gastasse, poderia levar consigo, mediante fechamento de câmbio com banco nacional. Bastaria provar ser sobra do que teria trazido anteriormente. Nesse caso, teria o direito subjetivo à retirada, não ficando condicionado a um exame de oportunidade e conveniência (ao contrário do que vigorava quanto às demais operações). A conferência se dava *a posteriori*, pelo Firce, departamento do Bacen.

Já a segunda espécie de contas (*outras origens*) não permitia o fechamento de câmbio. Fora concebida para que os estrangeiros recebessem estipêndios ou bolsas de estudo em solo nacional. Acaso quisessem constituir disponibilidades no exterior, ficariam submetidos ao mesmo trâmite imposto às demais transferências.

Seguiu-se o Dec.-lei 1060/1969 em que foi imposta a obrigação de declarar capitais mantidos no exterior, com justificativa de origem, com previsão até mesmo de prisão administrativa a ser requerida à Justiça Federal, em caso de infração ao referido dever. Sob aludidos dispositivos é que a Lei 7.492/1986 foi publicada, em junho de 1986. Ainda nessa sequência, a Constituição Federal de 1988 assegurou liberdade de fluxo de bens e pessoas, observados os ditames da legislação. É atual, portanto, a lição formulada por Pontes de Miranda[69] diante da Constituição de 1967, para quem não é dado ao legislador infraconstitucional impor condicionantes que acabem por aniquilar o regime de liberdade de saída, tornando-o verdadeiramente excepcional.

69. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. RT, 1968, t. V, p. 554.

De relevante, seguiu-se a Res. 1.552/1988, responsável pela criação do mercado flutuante, com o intuito de competir com o paralelo. Autorizou as casas de câmbio a fornecer dólares almejados para viagens internacionais (até o limite de US$4.000,00), ao mesmo tempo em que lhes permitiu, por certo tempo, adquirir divisas no mercado, sem a identificação do fornecedor. O comprador da moeda deveria ser qualificado e registrado. Posteriormente, o art. 7.° da Circular 2.202/1992 restringiu essa dispensa de identificação do vendedor da moeda estrangeira apenas àqueles casos de efetiva entrega de dinheiro em espécie.

A Res. 1.690/1990, CMN, criou o dólar comercial, mitigando ainda mais o regime de monopólio que era imposto pela adesão ao *Bretton Woods*. Os importadores e exportadores poderiam negociar com os bancos que oferecessem maior valor pelas suas moedas. Seguiu-se a Carta-circular Bacen 2.259/1992, responsável pela criação da conta CC-5 do tipo "3", que permitia aos bancos a constituição de disponibilidades no exterior, sem maiores requisitos. Buscava-se flexibilizar ainda mais o mercado de câmbio, diante da suposição de que o dólar turismo deveria ser alimentado por recursos de doleiros, mantidos no exterior. Tentava-se, ainda, assegurar garantias aos investidores internacionais, eis que, *segundo a teoria*, ninguém investiria em um país que impusesse inúmeras amarras para a saída do capital.

Aquela Circular 2.259 dispôs que os Bancos deveriam empregar controles analíticos para a identificação cabal dos depositantes nas contas CC-5 do tipo "3" (instituição financeira). Ao que se sabe, tais controles não foram efetivados. Outro detalhe está no fato de que permitia a bancos estrangeiros e também a casas de câmbio a abertura de tais contas (o que foi limitado posteriormente pelo art. 5.° da Circular 2.677).

Com a Res. CMN 1.946/1992, as instituições autorizadas a atuar no mercado de câmbio foram obrigadas a identificar os responsáveis por pagamentos ou recebimentos superiores a CR$45.000.000,00 (ou o equivalente a mais de US$ 10.000,00, acaso realizadas em moeda estrangeira). Impôs-se a identificação da origem e do destino dos recursos, exigindo que a saída de divisas fosse promovida pela via interbancária, como regra. Nada regrou a respeito do ingresso de valores.

3.2.7 *Considerações sobre o mercado clandestino*

Ao longo desse emaranhado normativo foi-se incrementando o paralelo, oriundo, em parte, do interesse legítimo de se burlar as draconianas

restrições de acesso a meios de pagamento internacionais. A adoção de taxas administradas impõe ao Estado o ônus de ter que ofertar as moedas demandadas e adquirir as divisas excedentes, de modo a interferir na oferta e na procura. Somente se consegue tarifar o valor da divisa caso haja monopólio estatal em maior ou menor medida. O Brasil adotou, no geral, um modelo de *surrender of foreign currency,* ao menos no que tocava às operações do comércio exterior (obrigatório repasse das divisas, pelos exportadores, ao Estado brasileiro, pelo valor fixado unilateralmente).

Segundo Garófalo Filho, o mercado clandestino surge justamente das proibitivas normas do Bacen. Alguém que precisasse de dólares para custear uma cirurgia nos Estados Unidos, teria que aguardar na fila, competindo com os demandantes de dólares para importação de petróleo.[70] Ao restringir o acesso a divisas, o Estado proporcionou o surgimento dos doleiros.

Bruno Ratti[71] lista como fatores do surgimento do Mercado Paralelo: (a) instabilidade política; (b) instabilidade monetária (basta lembrar as "moratórias" da década de 1980); (c) remessa clandestina de lucros; (d) pagamento de mercadorias contrabandeadas; (e) tráfico de drogas e de armas; (f) lavagem de dinheiro; (g) limitações do mercado legal; (h) tributação do mercado legal; (i) pagamento de propinas ou subornos. Diante de eventual carência de moeda, um empresário preferia entregar suas divisas a um doleiro, a uma taxa elevada, do que repassá-las ao Estado, por metade do preço. Surgia um mercado marginal, diante da grande dificuldade de se controlar tais informações (v.g., dificuldades inerentes à definição do *valor aduaneiro* etc.).

3.2.8 *Estímulo oficial para a remessa de divisas via CC-5*

Pouco depois da edição daquela Res. 1.946/1992 e da Carta-circular 2.259 – responsáveis pela ampliação das CC-5 – a Diretoria do Bacen divulgou um comunicado denominado *Regime Cambial Brasileiro – Evolução Recente e Perspectivas,* estimulando o emprego das referidas contas para a constituição de disponibilidades no exterior.[72]

70. Garófalo Filho, Emílio. *Câmbio, ouro e dívida externa.* São Paulo: Saraiva, p. 52-53.

71. Ratti, Bruno. Op. cit., p. 120.

72. Disponível em: www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=cc5regcambio. Acesso em: 05.05.2010.

As CC-5 serviram, então, para a flexibilização do mercado de câmbio e para uma progressiva abertura da economia brasileira. Eventual restrição da saída de recursos teria como consequência também a diminuição dos ingressos. A Carta-circular Bacen 2.259/1992, acabou por franquear que instituições financeiras estrangeiras a captar recursos em solo brasileiro, o que agredia ao art. 18 da Lei 4.595/1964 e o art. 52 do ADCT, já referidos. Para burlar a necessidade de prévio decreto autorizativo do Presidente da República, criou-se a ficção de que aludidos recursos – *conquanto captados e mantidos no solo brasileiro* – estariam no exterior.

O fato é que o mecanismo de transferência de recursos, via CC-5, foi concebido pelo próprio Banco Central com o fim de alimentação do chamado mercado flutuante, de modo a exonerar o Estado da obrigação de fornecer dólares demandados e de adquirir moedas excedentes. Cogitava-se do ingresso de recursos mantidos por brasileiros no exterior, à margem dos controles estatais; e de um sistema de vasos comunicantes, entre o flutuante oficial (dólar turismo) e o mercado clandestino. O que se provocou foi muito mais a debandada de divisas internas, dada a crise financeira; inflação alta e sistema financeiro inseguro, diante dos inúmeros pacotes econômicos havidos entre 1980 e 1995.

3.2.9 Autorizações especiais para depósitos em espécie em contas CC-5

O Bacen autorizou as agências de cinco bancos (Banco do Brasil, Banestado, Araucária, BEMGE e Real) a captarem recursos, em CC-5, em espécie, independentemente do valor, ao contrário do que dispunha o art. 8.° da Circular 2.677. Segundo os Diretores do Bacen, a exigência de identificação veiculada pela Circular 2.677 estaria forçando o ágio entre o mercado ilícito e o mercado oficial. Os comerciantes da *Ciudad del Este*, por receberem reais em pagamento, estariam comprando dólares no mercado paralelo, causando depreciação da moeda nacional. Dada a recusa dos reais, sacoleiros teriam comprado dólares para gastar no país vizinho.

Segundo o ofício Bacen/Presi-97/01048, aquelas autorizações especiais teriam sido acompanhadas da obrigatoriedade de apresentação de declaração de porte de valores. Para tanto, a Diretoria do Bacen acreditava estar amparada no art. 65, § 2.°, da Lei 9.069/1995 e na Portaria MF 61, de 01.02.1.994. O problema é que aquela portaria dizia respeito à vistoria de turistas e não de carros fortes.

Note-se o despautério: preconizou-se que a Secretaria da Receita Federal, em plena ponte da amizade, deveria abrir carros fortes e conferir o volume transportado. Não se criou qualquer estrutura para a fiscalização daqueles valores, submetidos à autorização especial, notadamente quanto à origem do numerário. Quando ouvido perante a CPI do SFN, o então Secretário da Receita Federal, Everardo Maciel, sustentou ser um absurdo da imposição (Requerimento 127/99, Senado Federal).[73]

3.2.10 Nova regulamentação do câmbio

As Resoluções 3.265/2005 e 3.280/2005 veicularam o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais, mantendo as principais regras da Circular 2.677/1996, dentre as quais a obrigatoriedade de que tais contas fossem registradas no Sisbacen. O art. 7.º (Res. 3.265) exigiu a apresentação de documentos para comprovação da legalidade e da fundamentação econômica da operação, bem como, o pagamento dos tributos devidos. Restou proibido, porém, o emprego de tais contas "CC-05 – Instituições Financeiras" para a remessa de ativos de terceiros. A remessa internacional somente poderá ocorrer se os recursos forem da própria instituição financeira titular daquela conta (arts. 16 e 17).

3.2.11 Confronto do art. 22 da Lei 7.492/1986 com os preceitos administrativos

Atualmente tutela-se o controle estatístico sobre a entrada e saída de moedas ou divisas para o exterior e não mais o monopólio estatal dos meios de pagamento internacionais, como explicam Luciano Feldens e Andrei Schmidt.[74] Desde que as informações sejam filtradas e efetivamente empregadas para um fim útil, aludida tutela não pode ser tida, em si, como inconstitucional, como expus acima.

Em um modelo de taxas cambiais tabeladas, o Estado se vê constrangido a interferir constantemente na lei da oferta e da procura de moedas estrangeiras. Sob tal contexto, a tutela penal estará orientada realmente à proteção do volume de divisas, i.e., inibindo o acesso aos meios de pagamentos internacionais, não franqueados previamente pelo Estado (tutela do monopólio estatal).

73. Disponível em: [http://webthes.senado.gov.br/sil/Comissoes/CPI/Comissoes/bancos/Relatorios/rf199901.rtf]. Acesso em: 10.05.2010, p. 338.

74. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 174.

A fuga de capitais poderia gerar apreciação indevida e súbita da moeda nacional, com redução do volume de exportações e desemprego. Por coerência, uma política criminal de tal índole também teria que tipificar o ingresso irregular de capitais, porquanto igualmente lesivo ao equilíbrio de taxas. O fato é que os parlamentares supuseram que o ingresso de divisas, ainda que irregular, seria sempre benéfico para o país (àquela época vivia-se período de déficit considerável na conta de capitais).[75]

Situação distinta vigora, entretanto, no âmbito do câmbio de taxas livres, eis que neste o Estado não proíbe o acesso a divisas e tampouco se mostra propenso a retirar, em caráter automático, tais créditos do mercado. Nesse novo cenário, o bem jurídico tutelado pelo art. 22 da Lei 7.492/1986 deixa de ser a preservação do volume de divisas, em si considerada, para ser o controle das informações cambiárias pelo Estado.

Em um mercado de taxas livres, a conquista de eventuais investidores internacionais se faz à custa da promessa de segurança jurídica, do respeito aos contratos celebrados e garantia da expectativa de retorno do capital aplicado em solo nacional. Tanto por isso, há que se garantir liberdade para ingresso e também de saída, como de resto assegurada constitucionalmente (art. 5.°, XV, CF/1988).

A restrição à remessa de capitais internacionais acaba por surtir o efeito de inibir o ingresso. Independentemente de perquirições quanto à boa-fé dos agentes econômicos, é fato que investidores internacionais dificilmente se propõem a entregar recursos sem as garantias de retorno. Ninguém depositaria seus recursos em um país que ameaça retê-los. É inerente a um mercado de taxas livres; e a um momento de globalização da vida econômica, que não haja maiores peias para o trânsito de capitais, para além das fronteiras de um dado país. Conquanto haja críticas ao progressivo descontrole de capitais,[76] é fato que essa é a tendência do mercado brasileiro.

À semelhança do que ocorreu na Espanha, conforme explica Buján Perez, a criminalização da evasão de divisas deve ser repensada, frente à liberalização do câmbio.[77] Por sinal, o Tribunal de Justiça da Comuni-

75. Garófalo Filho, Emílio. Op. cit., p. 176.

76. Sicsú, João. *Emprego, juros e câmbio: finanças globais e desemprego*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 136.

77. Perez, Carlos Martinez-Bujan. *Derecho penal económico: parte especial*. Valencia: Tirante lo Blanch, 1999, p. 699.

dade Europeia já teve oportunidade de enfatizar que a Diretiva n. 361, de 24.06.1988 (que previu iberdade de fluxo de capitais na Comunidade Europeia) implicou a descriminalização da fuga de divisas, questão de resto prevista no Tratado de Roma.

É o que se infere dos casos Aldo Bordessa (23.02.1995) e Sanz de Lera (14.12.1995). O italiano Aldo Bordessa fora surpreendido atravessando a fronteira da Espanha, em direção à França, em posse de $50.000.000,00 sem prévia autorização ou declaração de porte (recursos escondidos no veículo). O Poder Judiciário espanhol o condenara ao cumprimento de pena, diante da *ley sobre régimen jurídico de control de cambios* (Ley 40, de 1979, então vigente). O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sustentou, porém, que os países membros não poderiam condicionar a transferência de recursos à prévia autorização administrativa (exame fundado em oportunidade e conveniência), tão somente podendo exigir declarações para fins de *compliance*. O interesse deslocou-se para a prevenção da lavagem de dinheiro, muito mais do que uma questão propriamente cambiária.

Em si considerada, a criminalização da evasão de divisas é incompatível com a progressiva liberalização do câmbio e correspondente ampliação de mercados. O precedente acima citado é justamente retrato deste antagonismo, no âmbito da Comunidade Europeia, desde o Tratado de Roma. Mesmo no âmbito de um regime flutuante persiste, porém, o interesse estatal em obter informações a respeito da titularidade e do volume de divisas transferidas, a fim de se programar para eventual intervenção no mercado, via *dirty floating* (apreciação ou depreciação da moeda nacional, via lançamento ou retirada de divisas no mercado, por meio do Bacen).

A recente crise tem revelado, porém, que, mesmo sob os apanágios do liberalismo econômico, não se pode abrir mão de controles cambiais mínimos; sob pena de graves desequilíbrios e de concentração de mercado. No caso, aludidas informações são necessárias para que o Estado possa se precaver contra eventuais crises e de conjuntura (informação quanto ao volume transferido); tomando conhecimento de ataques especulativos e adotando medidas cabíveis. E também para prevenção à lavagem e contra crimes fiscais (demandando, porém, confronto entre renda/remessa). Mas não é a evasão o problema. Antes é o controle estatístico e fiscalização, enfatizo.

Para a efetiva inibição de lavagem de dinheiro e de crimes fiscais (acréscimo patrimonial a descoberto), as resoluções e circulares deman-

dariam, entretanto, um considerável aprimoramento, pois o Estado não solicita informações mais detalhadas quanto às razões da remessa; quanto à efetiva origem dos recursos, prazo de manutenção no exterior, como já mencionado.

3.2.12 Saída de divisas

Questão complexa envolve a elementar *saída* de divisas *para o exterior*. Isso porque a lei exige a efetiva saída do numerário ou das divisas do solo brasileiro: "A conduta incriminada no art. 22, parágrafo único, é a de promover a saída de divisas sem autorização legal, que só se torna plena com a efetiva saída do numerário do país".[78] Por outro lado, não há crime sem lei anterior que o defina,[79] motivo pelo qual é incabível a aplicação analógica de dispositivos que cominam penas. É igualmente indevida a deturpação do conteúdo semântico das expressões legais, de modo a burlar os limites impostos pelo postulado da legalidade.

Importante, pois, a pergunta: nas operações internacionais realmente saem divisas do solo brasileiro? Moedas não saem, exceto quanto transportadas em carros-fortes ou malas. Mas essa já é outra questão. Cumpre ter em conta que – na essência do mercado de câmbio - reside a autorização para que bancos brasileiros mantenham contas ou vínculos com entidades financeiras no exterior. Possuem as chamadas *linhas de crédito internacionais*. A rigor, em casos tais, os dólares já estão fora do país, além das fronteiras do Brasil.

Explica Eduardo Fortuna: "pelo sistema brasileiro, as divisas são monopólio do Estado, que é representado pelo BC, o qual estabelece as condições pelas quais um banco pode operar em câmbio. Os bancos deverão comprovar que desfrutam de linhas de crédito concedidas por banqueiros estrangeiros até determinados limites que lhes permitam sacar a descoberto".[80] Enfim: via de regra, os dólares não saem do solo brasileiro em tais operações. O banco nacional transfere – em favor do beneficiário da operação – o crédito que dispõe em uma conta *já mantida* fora do país. Comunica ao banco estrangeiro que aquele valor pode ser posto à disposição de tal e qual cliente.

78. Brasil, TRF-5.ª Reg., 2.ª T., ApCrim 4.812, rel. Des. Fed. José Baptista de Almeida Filho, *DJU* 14.02.2007, p. 32.

79. Art. 5.º, XXXIX, CF/1988 e art. 1.º do CP.

80. Fortuna, Eduardo. *Mercado financeiro: Produtos e serviços*. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008, p. 396.

Essa é a origem da contundente crítica de Tórtima, para quem a transferência de divisas por meio de câmbio sacado, mesmo quando irregular, não permitiria a aplicação do art. 22 da Lei 7.492/1986, diante do requisito espacial exigido por aquele dispositivo.[81] A argumentação é percuciente e incontornável, o que leva à atipicidade das operações dólar-cabo, pelo que explico adiante.

3.2.13 Confronto entre as operações dólar cabo (hawala) *e o art. 22*

Encontra-se superada a concepção de que os juízes seríamos apenas a *boca da lei* – como queria o Marquês de Beccaria –; além de ser inviável a obtenção de silogismos perfeitos, extraídos tão só da leitura do texto de lei. Normas são veiculadas pela linguagem, e essa é essencialmente ambígua, pois a comunicação humana está fundada em um complexo jogo de adivinhação. Empregamos as palavras na suposição de que serão interpretadas, pelos nossos interlocutores, com o mesmo sentido que lhes atribuímos. O problema é que toda expressão humana depende de um reconhecimento de propósito, e esse varia terrivelmente. Diz Arthur Kaufmann[82] que apenas os números admitiriam uma aplicação *modus bárbara*, exatos.

Em que pese, porém, o reconhecimento desse caráter ambíguo da linguagem, não menos certo que há regras de uso dos termos linguísticos, o que é percebido por qualquer pessoa que se aventure a aprender um idioma estrangeiro. Não adianta querer alterar as regras com que certas expressões são utilizadas, de modo que – *ou aceitamos as normas do uso, e as empregamos* – ou simplesmente não seremos entendidos naquela língua.

Há uma comunidade de falantes que usam os termos de tal e qual modo, tudo a depender do contexto (*evidentemente*). Mas não se pode dizer qualquer coisa de qualquer coisa, eis que – *mesmo quando ambíguas* – as palavras não admitem todo e qualquer uso. Há regras para o emprego do vernáculo, e esse uso é que traz, para a matéria penal, o dogma do limite do teor literal da legislação, diante da proscrição da analogia *in malam parte*. Não se pode deturpar o sentido semântico imediato de

81. Tórtima, José Carlos; Tórtima, Fernanda Lara. Op.cit., p. 39-40.

82. Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. 2. ed. Trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 113.

certas expressões, com o intuito de ampliar o poder punitivo. Ainda que ambíguo, o idioma impõe certas balizas para o reconhecimento das normas vigentes.

Essa é a lição de Figueiredo Dias, ao retomar a alegoria da moldura (de Hans Kelsen):[83] "O critério de distinção teleológica e funcionalmente imposto pelo fundamento e pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade só pode ser o seguinte: o legislador penal é obrigado a exprimir-se através de palavras; as quais, todavia, nem sempre possuem um único sentido, mas pelo contrário se apresentam quase sempre polissêmicas. Por isso o texto legal se torna carente de interpretação (e nesse sentido, atenta a primazia da teleologia legal, de concretização, complementação ou desenvolvimento judicial), oferecendo as palavras que o compõem, segundo o seu sentido comum e literal, um quadro (e portanto uma pluralidade) de significações dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação. Fora deste quadro, sob não importa que argumento, o aplicador encontra-se inserido já no domínio da analogia proibida. Tal quadro não constitui por isso critério ou elemento, mas limite da interpretação admissível em Direito Penal."[84]

Logo, por mais que toda interpretação envolva uma atribuição de sentido — e, portanto, parta do reconhecimento da polissemia do idioma e envolva o exercício de poder de escolha do significado – é fato que há conteúdos semânticos incompatíveis com os textos de lei. Não se pode ampliar norma penal, sob pena de violação ao art. 5.°, XXXIX, CF/1988 c/c art. 1.° do CP.

Ora, as chamadas operações *hawala* ocorreriam quando um doleiro – mantendo recursos no exterior –, acaba por transferir tais importâncias (que já estão fora do país) a favor de terceiros, mediante contra ordem, depositada em conta mantida no país. Alguém deposita reais na conta indicada pelo doleiro (e mantida no solo brasileiro) e recebe, em seu favor, valores que este já manteria fora do país.

83. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390: "O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível".

84. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*... cit., p. 176.

O art. 22 da Lei 7.492/1986 exige uma comparação entre dois estágios: o ante e o depois da atividade do agente. Para que aquele dispositivo incida, é necessário que o indivíduo tenha promovido a evasão de divisas do país, ou quando menos, efetuado operação de câmbio irregular, com tal propósito.

Pode-se cogitar de evasão de divisas como algo semelhante à evasão tributária. Ou seja, o descumprimento de um dever de pagar ou de registrar. Para essa concepção, a evasão consistiria em qualquer operação fadada a burlar a escrituração contábil de moedas fortes junto à balança de pagamentos. A vingar essa leitura, o fato é que mesmo a eventual introdução irregular de dólares no país recairia no art. 22, *caput*, da Lei – *o que não tem sido reconhecido pela jurisprudência* –, dado que, nessa hipótese, poder-se-ia cogitar de evasão de divisas (operações não registradas, em suma). Por coerência com a premissa, a sonegação de cobertura cambial também configuraria o crime, o que igualmente não tem sido reconhecido pela jurisprudência.[85] Essa é uma leitura ampliativa daquele dispositivo, como se vê.

Mas atirar em um cadáver não é homicídio. A ausência de registro de divisas já evadidas (*já ocultadas ao Estado*) não pode significar evasão, assim como quem lança fogo em algo já incendiado não responde por dano. Para a aplicação do art. 22, *caput*, mesmo com essa compreensão ampliativa, exigir-se-ia o confronto entre o antes e o depois da atuação do suposto agente, reitero.

Essa é a primeira hipótese de enquadramento. Ou seja, esses os problemas que a eventual submissão das tais operações dólar cabo com o art. 22, *caput*, da Lei 7.492/1986 – atendendo, ainda, ao que versa o art. 17 do CP (*tentativa absolutamente inidônea*) – suscitam. Exigir-se-ia, supondo essa interpretação do *caput*, prova cabal da existência de uma operação de câmbio irregular orientada à evasão de divisas, cabendo ao Judiciário explicar qual o conteúdo semântico atribuído a essa última expressão, mantendo-a nos demais casos, por dever de coerência. Uma vez mais: cogitando, aqui, de uma leitura ampliativa do termo evasão, veiculado no *caput* do art. 22.

Ainda que possível, a referida leitura parece agressiva à segurança jurídica. Outro aspecto recai no exame do art. 22, parágrafo único,

85. BRASIL, TRF-1.ª Reg., ApCrim 2004.39.00004124-5, rel. Des. Fed. Tourinho Neto, *DJe* 09.04.2010, p. 151.

primeira parte, daquela lei (*pleonasmo: saída de divisas para o exterior*). O problema todo é que, como bem equacionado por Tórtima, as divisas já estariam no exterior, porquanto a tal operação dólar-cabo consiste na transferência irregular de divisas que já estão mantidas fora do país. A elementar *saída de divisas para o exterior* não estaria preenchida.

Também aqui, reitero a advertência: dado que o idioma possui regras de uso, e dado que o Direito proíbe a analogia *in malam parte*, a simples transferência de titularidade de depósitos já mantidos no exterior poderia dar ensejo à aplicação do art. 16 da Lei 7.492/1986 (desde que presente habitualidade, em princípio) ou mesmo ao art. 1.º da Lei 9.613/1998, desde que se trate da ocultação de produtos de crimes listados naquela Lei. Mas já não permite a configuração de efetiva saída irregular de divisas para o exterior, observado o conteúdo semântico mínimo a ser dispensado àqueles termos da Lei 7.492/1986.

A transferência seria uma infração administrativa, dada a vedação da compensação privada de créditos internacionais, já mencionada (art. 10 do Dec.-lei 9.025/1946 c/c art. 1.º do Dec. 23.258/1933). Do fato de ser uma infração administrativa não se segue, porém – *tão só por isso* – que seja conduta penalmente típica, dados os incontornáveis limites impostos, pela Constituição, ao reconhecimento de um crime. Em princípio, a invalidade perante o Direito Administrativo é condição necessária (dado o caráter de sobreposição normativa), mas não suficiente para a cominação de penas, diante dos vetores que animam o Direito Criminal.

Eis, portanto, a cabal falta de técnica legislativa. Ainda que o Projeto de Lei 7.492/1986 tenha partido de economistas, estes parecem ter olvidado de que os bancos brasileiros mantêm contas no exterior (e que, portanto, no câmbio sacado, aquele dinheiro não está no país). Poderiam – como sugere Tórtima – ter empregado redação distinta, punindo a transferência irregular da titularidade das linhas de crédito (v.g., transferência sem informar ao Bacen). O que soa incompatível é a conjugação do câmbio sacado com o conceito de territorialidade esposado pelo art. 22.

Acaso um estrangeiro, mudando-se para o Brasil, decidisse comprar um carro junto a um conhecido seu, transferindo em seu nome dólares já mantidos em uma conta no exterior, isso caracterizaria saída de divisas do território nacional? Evidente que não, dado que carro não é divisa, além de ter permanecido em solo nacional. Semelhante é a situação quando em causa reais versos dólares mantidos no exterior.

A única solução para aplicar tal preceito – com respeito ao postulado da taxatividade penal – é a consideração de que (a) os créditos estão em solo brasileiro, já que podem ser transferidos aqui, possuindo poder liberatório[86] aqui, ainda que os dólares estejam no exterior; (b) acaso se cogite da saída de tais créditos do solo brasileiro, desde que sejam transferidos para pessoa que não resida aqui, e que, portanto, tais créditos não mais possam ser empregados em nosso país. A transferência de divisas, mantidas no exterior, de um doleiro residente no Brasil para outra pessoa aqui também domiciliada não altera em nada a localização daquele crédito. O ideal seria, pois, uma alteração legislativa para o fim de assegurar a tutela da prevenção lavagem de ativos (eis que não mais tutelado o volume de divisas, em si considerado) ou mesmo as informações cambiárias pertinentes (para fins de *dirty floating*). Tal como redigido, o art. 22 realmente não permite a sanção das chamadas operações dólar-cabo.

3.2.14 Depósito em conta CC-5 do tipo 2

Outra questão reside na suposição, ventilada em circulares do Banco Central, de que o simples depósito de recursos em contas CC-5 (de qualquer espécie) já configuraria saída do solo brasileiro. Recordo que tais contas eram mantidas em bancos situados no país. Como pode o lançamento de valores, *em contas mantidas no Brasil*, significar a consumação da saída de divisas?

Abstraindo, por ora, a questão da inviabilidade de aplicação do art. 22 no âmbito do câmbio sacado, o simples depósito em conta CC-5 (tipo 2), em si considerado, não seria consumação de crime de evasão. Em primeiro, dado que "não pode ser presumida a ilicitude de depósitos em conta de não residente (conta CC5)".[87] Em segundo, porquanto a CC-5 do tipo 2 sequer permitia fechamento de câmbio, demandando prévia transferência para uma conta do tipo 3 (de instituição financeira).

Como explicam Feldens e Schmidt: "se a evasão é por meio de câmbio-sacado, verificar-se-á o momento consumativo com a concretização da operação capaz de *gerar* a disponibilidade no exterior",[88]

86. O que esbarra, porém, na Lei 10.192, já referida acima, que proíbe a celebração, em solo brasileiro, de contratos em moeda estrangeira.

87. Brasil, STJ, HC 43.688/PR, 6.ª T., *DJU* 04.12.2006, p. 379.

88. Schmidt, Andrei Zenkner; Feldens, Luciano. Op. cit., p. 175.

enquanto que o TRF da 4.ª Região sustentou o seguinte, ao apreciar sentença que prolatei: "O mero depósito em conta CC5 não basta para caracterizar a conduta típica, é necessário que reste demonstrado a canalização de recursos para conta que autorize a conversão para moeda estrangeira, no caso a conta do tipo 3, aliado à prova de existência de fraude ou subterfúgio destinado a burlar o controle estatal, o que restou comprovado nos autos".[89]

3.2.15 Inidoneidade do meio – contradições estatais

No período compreendido entre 1992 e 1998, a ausência de identificação dos efetivos interessados nos depósitos lançados em contas CC-5 decorreu da deficiência do quadro normativo imposto pelo Banco Central e também da sua própria estrutura. Aquela Circular 2.677 era deveras ruim, permitindo a remessa de milhões ou bilhões ao exterior, sem a cabal identificação dos remetentes ou beneficiários. O problema estava muito mais na norma regulamentar do que, propriamente, na atuação deste ou daquele operador de câmbio. Via de regra, as conjeturadas fraudes eram absolutamente inidôneas (art. 17 do CP) para lesar o bem jurídico tutelado pelo art. 22 da Lei 7.492/1986. O bem jurídico *controle estatístico* fora agredido pelo próprio Bacen, cuja regulamentação franqueava as remessas sem maiores peias.

Isso somente pode ser compreendido a partir da leitura atenta dos arts. 8.º, 10, § 1.º e 12, I, daquele texto normativo, que – ao mesmo tempo em que exigiam a cabal identificação do depositante – dispensavam lastro documental pra tanto. Cuidou-se, pois, de norma para inglês ver. Soa ingênua a suposição de que o dinheiro lançado em uma conta corrente seja necessariamente fruto da renda do seu titular. Dinheiro é bem fungível, cuja propriedade se adquire mediante simples tradição (art. 1.267, CC/2002). Contas correntes não são instrumento *intuito personae*. Além do transito entre contas correntes, o Bacen deveria ter exigido respaldo documental para todas as operações.

Aliás, a sistemática adotada pelo Bacen permitia que empresários optassem entre o flutuante e o comercial. Enquanto que o mercado comercial (importação/exportação) exigia um conjunto de requisitos – e ainda impunha enormes riscos (a multa do Dec. 23.258/1933, art.

89. Brasil, TRF-4.ª Reg., ACR 2003.70.00033578-5, rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, *DJe* 22.04.2010.

3.°) –, já o flutuante não impunha qualquer condição, sequer exigindo a prova do recolhimento de eventuais tributos (pois a Circular não detalhou o cumprimento dos requisitos do art. 9.° da Lei 4.131/1962 c/c Lei 4.390/1964). Essa disparidade permitia justamente a operação alcunhada de *bicicleta* (compra de moeda em um mercado e venda em outro).

Àquele tempo (1992-1998) não havia qualquer banco de dados organizando tais informações (nome dos remetentes) ou prevendo a comunicação daqueles dados com a Receita Federal. Mal comparando, àquela época, o Estado atuava como aquele professor, tido como austero, que exige trabalhos que não lerá, reprovando quem não os tenha entregue. Para que sanção, se os dados eram inúteis, pois não filtrados ou cadastrados efetivamente pelo Banco Central?

Ademais, é no mínimo contraditório que esse mesmo Estado – quem busca sancionar os depositantes de recursos em contas CC-5, por conta de ausência na identificação – seja o mesmo que autorizou depósitos de dinheiro em espécie naquelas mesmas contas, sem criar mecanismos mínimos de fiscalização da origem do numerário. O problema está muito mais na contraditória regulamentação estatal.[90] A sanção penal não pode servir como meio para purgar pecados públicos, quando o próprio censor foi a causa da astronômica constituição de disponibilidades no exterior, sem as pertinentes identificações.

Quando o Estado exige a identificação dos remetentes e dos beneficiários – em um regime de ampla liberdade de remessa (eis que não condicionado a prévias licenças) – supõe-se que vá confrontar tais informações com o patrimônio dos remetentes, com a renda declarada etc. Na havia, contudo, na Circular 2.677 prevendo compartilhamento de informações; cuidava-se de norma inapta para qualquer política de prevenção à lavagem de ativos; de *compliance*.

A situação somente mudou com a criação do COAF, já sob a Lei 9.613/1998, em que realmente se prevê um sistema de informação e efetivo confronto da situação individual de cada cliente bancário com indícios de crimes. Ainda que houvesse previsão, já em 1.986, de que o Bacen comunicasse o Ministério Público Federal quanto a eventuais ilícitos (art. 28 da Lei 7.492/1986), o regramento da Circular 2.677 era

90. Lógica já acolhida pelo TRF-4.ª Reg. ao apreciar a sentença que prolatei nos autos 2005.70.00.003484-8, rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, *DJe* 28.08.2008.

deveras inidôneo para tanto. De pouco adiantava, pois, a exigência de identificação, se o próprio Bacen dispensara o respaldo documental! (art. 10, §1.° – Circ. 2.677).

Ademais, considerando os bens jurídicos tutelados pela Lei 7.492/1986, o fato é que o Estado acabou por tomar conhecimento do *volume* movimentado, para fins de eventual *dirty floating* (eventual intervenção no mercado de câmbio). Não conseguiu, porém, identificar muitos dos diretamente interessados na remessa. Mas isso deve ser debitado sobremodo à própria inaptidão dos regulamentos cambiários elaborados, quando menos para os fins penais que deles se busca extrair.[91]

4. Conclusões

Uma das maiores conquistas políticas da civilização ocidental, o princípio da legalidade, impõe a distinção entre a valoração moralista e valoração jurídico-penal das condutas alheias. Nem tudo quanto aparente ser dissoluto, imoral ou indesejado pode ser reprimido a título de crime. Apenas pode ser censurado penalmente aquele comportamento objetiva e subjetivamente típico, ilícito e culpável, desde que atendidas todas as garantias substanciais e procedimentais previstas na Constituição.

Justo por disto é que, no âmbito da Lei 7.492/1986, há que se reconhecer a invalidade do art. 4.°, parágrafo único (gestão temerária) e também da aplicação da pena do art. 22 para quem tenha depositado valores em contas CC-5 sem identificação, quando menos quanto ao período anterior à criação do Coaf, dada a manifesta inaptidão da suposta fraude para agredir ao bem jurídico penalmente tutelado. De modo semelhante, ainda que configurem infração administrativa, as operações dólar-cabo não se amoldam aos conceitos veiculados naquele art. 22, parágrafo único, porquanto permitem a transferência irregular de divisas já mantidas no exterior.

91. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho penal*... cit., p. 485.

5

A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A partir da análise paradigmática da evolução do ordenamento jurídico português, o trabalho trata das dificuldades e das críticas com que pode deparar qualquer legislador que se decida a passar de um estádio de proibição de princípio da IVG para um outro capaz de conter o conflito dentro de margens comunitariamente suportáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Gravidez – Aborto – Racionalidade do direito penal – Política criminal.

ABSTRACT: Based on a paradigmatic analysis of the progress of the Portuguese legal system, this paper addresses the troubles and criticism found by any law maker who may decides to move on from a sate prohibition of the VIP principle into another, which might be able to address the conflict and still fit a margin that is bearable to communities.

KEYWORDS: Pregnancy – Abortion – Criminal law rationality – Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Consideração preliminar – 2. A IVG: evolução político-criminal, constitucional e legislativa no ordenamento jurídico-penal português – 3. Os modelos de não punibilidade da IVG e a sua constitucionalidade: 3.1 O modelo exclusivo das indicações (legislação penal portuguesa até à revisão de 2007); 3.2 O modelo dos prazos (legislação penal portuguesa após a revisão de 2007): 3.2.1 A adição de uma solução "do prazo" ao modelo das indicações; 3.2.2 A solução do prazo com aconselhamento obrigatório – 4. Os fundamentos dogmáticos da não punibilidade e a questão da constitucionalidade – 5. Conclusão.

1. Consideração preliminar[1]

Em países e culturas marcados pelas mais diversas representações axiológicas, morais, religiosas e políticas, o problema da não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez (doravante: IVG) é extremamente discutido, por vezes de forma eivada de sectarismo e demagogia. Vai sendo tempo de tentar reconduzir a discussão ao terreno da objectividade; se bem se não deva esquecer que haverá sempre razões de dissensão, dado que a decisão entre conservar ou interromper a gravidez supõe um conflito muitas vezes dramático e torturante, que atinge o domínio mais íntimo da vida humana e toca questões fundamentais da existência; um conflito, nesta acepção, verdadeiramente *existencial*.

O conflito da gravidez decorre de uma verificação elementar, todavia inscrita na natureza das coisas: ao condicionalismo imodificável do ser humano pertence a circunstância de a sexualidade e o desejo de ter filhos só por vezes correrem de forma convergente; e de ser a mulher quem tem de suportar as consequências da divergência. Por isso se digladiam nesta matéria a autonomia da pessoa, por um lado, e por outro o direito/dever do Estado de regulamentação jurídica: o legislador encontra-se aqui nos limites da capacidade reguladora de uma esfera existencial, podendo editar uma legislação melhor ou pior, mas não tendo à sua disposição a possibilidade de "eliminar" o conflito. Vejamos pois onde *pode* residir uma regulamentação jurídico-penal assente em razões objectivas, sem que com isto eu espere, pela razão que expus, que ela ganhe consenso generalizado.

Para o revelar não encontrei melhor maneira que perseguir a já longa e complexa evolução político-criminal, constitucional e legislativa do problema na ordem jurídica portuguesa: a sua linha evolutiva revela-se paradigmática das dificuldades e das críticas com que pode deparar qualquer legislador que se decida a passar de um estádio de proibição de princípio da IVG para um outro capaz de conter o conflito dentro de margens comunitariamente suportáveis.

1. Versão alargada – e acrescentada de notas de rodapé – do texto que serviu de guião à conferência que proferi em São Paulo, no âmbito do 16.º Seminário Internacional do IBCCrim, em 27.08.2010.

2. A IVG: EVOLUÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL, CONSTITUCIONAL E LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS

1. Até à entrada em vigor da Lei 6/1984 era profundamente equívoca a posição do ordenamento jurídico-penal português na matéria.[2] A solução geralmente aceite, sobre tudo perante a influência que o magistério da Igreja Católica exercia sobre as concepções comunitárias, era a de que não existia naquele ordenamento qualquer cláusula de não punibilidade e de que, portanto, *seria punida como aborto toda a IVG*. Quando afinal tais interrupções eram regularmente praticadas em estabelecimentos de saúde, mesmo em hospitais públicos, num número que investigações criminológicas estabeleciam à roda de 30.000 por ano.[3] O farisaísmo aqui implicado ganhou os órgãos encarregados da aplicação da lei penal – polícias, MP, judicatura, – não tendo sido possível encontrar *um único espécime jurisprudencial* (!) onde se tivesse posto e discutido o problema da eventual impunibilidade de uma IVG.

2. Já, porém, a partir dos anos 60 do século passado, um sector da doutrina começara a lançar mão do disposto no Código Penal português de 1852 – na parte em que punia por aborto o médico ou cirurgião que, *abusando da sua profissão*, concorresse para a execução do crime – para construir uma impunibilidade do chamado *aborto terapêutico* levado a cabo de acordo com o estado dos conhecimentos da medicina; ou mesmo a invocar, em certos casos, a justificação por *estado de necessidade* ou por *conflito de deveres*.[4] O que todavia foi dificultado pela circunstância de

2. Sobre a evolução legislativa que se segue, desde o Código Penal de 1862 até 1998, minuciosamente, o Ac. do Tribunal Constitucional (doravante: TC) 288/98, n. 8-17, rel. Nunes de Almeida, n. 8-17 (acs. do TC sem indicação do lugar da publicação encontram-se em www.tribunalconstitucional.pt); e daí até ao presente, o Ac. do TC 75/2010, rel. Sousa Ribeiro, *Diário da República-II*, 26.03.2010, 15566; n.11.3 e 11.4.

3. COSTA, A. M. Almeida. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*. 1984, p. 10 ss. Anote-se no entanto que em 1975 o Procurador-Geral da República Portuguesa Manuel João da Palma Carlos afirmou que se computava em cerca de 100.000 o número de abortos provavelmente praticados *por ano* em Portugal, dos quais uma parte não despicienda seria medicamente assistida. Por isso afirmou Rui Pereira, *O crime de aborto e a reforma penal*, 1995, p. 5 s., neste sentido com razão, que "o aborto é, praticamente, um *crime não punido* e ninguém se dispõe a reivindicar a sua efectiva punição".

4. Cf., para os distintos pareceres, BOAVENTURA SANTOS, *Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra)* 1967, p. 167 ss., p. 179 ss.; FIGUEIREDO DIAS, *O Problema*

os órgãos oficiais da medicina portuguesa se pronunciarem a favor da *proibição absoluta* do aborto, na pretensa base de que, dado o avanço dos conhecimentos médicos, em caso algum se imporia uma interrupção da gravidez em nome da vida ou de grave e irreversível lesão do corpo ou da saúde da grávida.[5]

3. A situação em nada se modificou[6] com a entrada em vigor do *Código Penal de 1982*, que, também ele, não continha qualquer disposição relativa à IVG; diversamente do que sucedera com o Projecto de Código Penal, Parte Especial, de Eduardo Correia, de 1965, que consagrava uma *lata indicação médica* justificadora daquela interrupção.[7] A situação só se alterou, como disse, por força da citada *Lei de 1984*, que introduziu no direito português a "exclusão da ilicitude do aborto" quando praticado, com consentimento da grávida, por um médico em função de determinadas *indicações*: a indicação *terapêutica*; a indicação *embriopática ou fetopática ou por lesão do nascituro*; e a indicação *criminal, criminológica, ética, jurídica ou humanitária*. A chamada *indicação económico-social* ou *em situação de necessidade* não foi reconhecida como tal. Apesar da enorme celeuma que a novidade suscitou, sobretudo nos meios católicos e nos partidos conservadores, o sistema legal assim criado *não foi* declarado inconstitucional pelo TC português nem em fiscalização preventiva (Ac. do TC 25/84, cit., rel. Costa Aroso), nem em fiscalização abstracta sucessiva (Ac. do TC 85/85, *Acórdãos do TC 5*, 1985, 245, rel. Vital Moreira).

da Consciência da Ilicitude em Direito Penal 1969, p. 431 ss. e *ROA* 1976, p. 89; Costa Andrade, *ROA* 1979, p. 24; A. M. Almeida Costa, op. cit., p. 546, p. 559 e p. 624.

5. Cf. entre outros Ibérico Nogueira, separata de *O Médico 220*, p. 33; Sampaio Tavares, separata de *Acção Médica*, p.15-57; A. M. Almeida Costa, op. cit. p. 557; enquanto as normas deontológicas médicas – cf. então o art. 47 – 3 do Compromisso Deontológico dos Médicos de 1985 – pretendiam regular o problema na base da teoria do "*voluntário indirecto*" sustentada pela doutrina católica oficial. Criticamente sobre esta doutrina, do ponto de vista jurídico-penal, Bockelmann, *Universitätstage*, 1964, p. 225 ss.

6. Cf. em todo o caso o Ac. do TC 25/84, *Acórdãos do Tribunal Constitucional 2*, 1984, p. 14 ss.

7. Cf. *Actas da Comissão Revisora do Código Penal. Parte geral*, 1979, p. 53 ss.; e Boaventura Santos, cit., Costa Andrade, op. cit., Figueiredo Dias, *Archives de politique criminelle*, 1983, p. 198 e Figueiredo Dias; Sinde Monteiro, *Boletim do Ministério da Justiça 332*, 1984, p. 76.

4. A *Comissão Revisora do CP de 1982*, a que tive a honra de presidir – considerando que a solução que ao problema fora dada pela Lei de 1984 resultara de uma discussão aprofundada e altamente conflitual tanto a nível da Assembleia da República (doravante: AR), como da própria opinião pública; e ainda que 10 anos de aplicação não haviam dado lugar a excessivo criticismo – entendeu *manter no essencial o modelo exclusivo das indicações*. Porém, entre 1996 e 1998 foram apresentados na AR vários Projectos de lei[8] tendentes a despenalizar a IVG "para preservação da integridade moral, da dignidade social e da maternidade consciente, quando *realizada nas 10 primeiras semanas e após consulta de aconselhamento*"; fazendo assentar deste modo a cláusula de não punibilidade numa *combinação entre um regime de indicações genéricas e uma solução de prazos com obrigatoriedade de aconselhamento* antes da decisão final da mulher. Preconizavam ainda a não punibilidade da IVG "caso se mostre indicada para evitar perigo de morte ou grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, designadamente por *razões de natureza económica ou social*", quando realizada nas primeiras 16 semanas. Estes projectos, porém, nunca passaram da aprovação na generalidade e não se converteram em lei.

5. Em 1998, por decisão do Presidente da República (doravante: PR), sob proposta da AR e após fiscalização preventiva da sua constitucionalidade pelo TC, os eleitores foram chamados a *referendar* a pergunta seguinte: "Concorda com a despenalização da IVG, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?" Pergunta que foi respondida de forma *negativa* pela maioria dos cidadãos eleitores, mas *sem eficácia vinculativa*, uma vez que a abstenção foi superior a 50%. A AR optou, no entanto, por não prosseguir os trabalhos legislativos contra a opinião maioritariamente expressa no referendo, muito embora não tivesse o dever de não agir.

6. Nos anos que se seguiram ao referendo de 1998 não esmoreceu porém o *debate social e jurídico em torno da introdução de um "modelo de prazos"*, avivado por alguns casos judiciais abertos contra mulheres; com

8. Projectos 177/VII, 235/VII e 236/VII, sobre os quais se pode consultar, com utilidade, o Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da AR, de Fev. de 1997, rel. José Magalhães, intitulado *Sobre a interrupção voluntária da gravidez*.

destaque para o chamado "caso de Aveiro", no qual foram submetidos a julgamento 17 arguidos entre pessoal clínico, gestantes e seus familiares e namorados. Tornou-se notório um desconforto social generalizado perante o cenário de mulheres levadas à barra do tribunal por terem interrompido a gravidez, manifestado mesmo por políticos e sectores defensores da manutenção da criminalização da interrupção da gravidez por opção da mulher. Foi neste contexto que surgiram propostas para que, sendo deixada intocada a disciplina substantiva da interrupção da gravidez não punível, passasse a aplicar-se à mulher, por via de regra, o instituto da "suspensão provisória do processo". Porém, o recurso a esta figura não só adensaria a hipocrisia nesta matéria, como nada solucionaria: a interrupção da gravidez continuaria a ser um facto penalmente ilícito e como tal subsistiria a chaga social do aborto clandestino; e a suspensão provisória do processo nunca dispensaria a realização de uma investigação criminal com vista a apurar a eventual responsabilidade criminal das mulheres suspeitas, com todos os efeitos estigmatizantes inerentes.

7. Em 2006 a pergunta que fora objecto do referendo de 1998 foi reeditada. Submetida pelo PR a fiscalização preventiva da constitucionalidade, o TC aprovou-a. Efectuado o 2.º *referendo* em fevereiro de 2007, de novo o número de abstenções tornou o resultado não vinculativo; desta vez, porém, a resposta à pergunta foi maioritariamente *positiva*. Em consequência, a AR decidiu dar acolhimento legislativo à vontade da maioria. Manteve, por um lado, as "indicações" constantes do texto legal na versão anterior; mas acrescentou-lhe uma nova alínea, de teor idêntico à pergunta referendada, segundo a qual a IVG não é punível quando "*for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas* de gravidez". E exigiu que nestes casos a opção da grávida conste de documento "entregue no estabelecimento de saúde (...) sempre *após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável*". Eis o *direito português hoje vigente* em matéria de não punibilidade da IVG.[9]

9. Muito recentemente, também em Espanha, mas sem prévia consulta referendária, o sistema de indicações passou a ser acompanhado por um modelo de prazo; em muitos aspectos similar ao português, mas com uma amplitude temporal superior, designadamente, de 14 semanas (art. 14 da Ley Orgánica 2/2010, de 03.03.2010). A nova legislação espanhola foi

3. Os modelos de não punibilidade da IVG e a sua constitucionalidade

3.1 O modelo exclusivo das indicações (legislação penal portuguesa até à revisão de 2007)

a) O sistema de impunibilidade da IVG consagrado na lei penal portuguesa até à revisão legislativa de 2007 seguia pois exclusivamente o *modelo das indicações*, ou seja, o reconhecimento de situações *taxativamente descritas* e *objectivamente controláveis* (i. e., controláveis por terceiro, nomeadamente, um médico) perante as quais a lei admitia, em perspectiva jurídico-penal, o sacrifício da vida intra-uterina. Este modelo é sem dúvida aquele que, face ao *modelo dos prazo* – segundo o qual a IVG será jurídico-penalmente admissível, dentro de certo prazo, por opção da grávida, não controlável por terceiro –, contém dentro de *mais apertados limites* a não punibilidade de uma IVG. Nem por isso todavia ele se tem furtado, desde há muito e um pouco por toda a parte, a ser questionado face à norma constitucional que consagra o direito à vida como direito fundamental "*inviolável*" da pessoa. Enquanto, no outro extremo, outra corrente de opinião advoga uma "liberalização" tão lata quanto possível da IVG, se não no entendimento, já antigo, de que o nascituro não constituiria coisa substancialmente diferente de uma *mulieris portio vel viscerum*, pelo menos no de que o desenvolvimento do produto da concepção só é possível através e "à custa" do corpo da mulher, de que ele é só ainda um "projecto" de ser humano e não uma personalidade formada; e de que, por conseguinte, do ponto de vista tanto jurídico-constitucional, como jurídico-penal, há que conferir *prevalência*, no conflito, à autodeterminação da grávida, incontrolável por terceiros; sob pena de uma inadmissível compulsão à maternidade, nas palavras de Arroyo Zapatero, uma "compulsão a estabelecer uma larga comunicação com outrem (com o filho, mas também com o pai, no caso de mulheres não casadas), que comporta consigo uma profunda modificação das relações vitais".[10] E tanto mais – acrescenta-se em regra

precedida, a solicitação do governo espanhol, de um "Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España e Propuestas para una nueva Regulación" (disponível em www.mujeresenred.net), tendo, no essencial, acolhido as propostas destes especialistas, das aéreas médica e jurídica.

10. Zapatero, Luis Arroyo. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 3, 1980, p. 215.

– quanto são conhecidos, através da investigação criminológica,[11] os efeitos gravemente nocivos que frequentemente se ligam, na sua vida futura, a frutos de gravidezes altamente indesejadas.

Que dizer, em perspectiva jurídico-constitucional penal, destas posições extremas contrapostas?

b) Pode aceitar-se – embora questões deste teor não tenham porventura que ser respondidas pelo penalista ou mesmo pelo constitucionalista e possam legitimamente ser reconduzidas à consciência e à mundividência de cada um – que o nascituro se não desenvolve para se *tornar pessoa*, mas já *como pessoa*; e que a ele, se bem que personalidade ainda não formada, pertence a *dignidade humana* que as Constituições democráticas protegem, pertence um *direito à vida* próprio que não depende da aceitação da grávida. Seja ou não assim, seguro é que (como sempre afirmei e escrevi) *o nascituro constitui em si mesmo um bem jurídico dotado de condição jurídico-constitucional e por isso digno de tutela penal*, daí resultando o *dever estadual da sua protecção*: dever referido não apenas à vida intra-uterina "geral",[12] mas à vida uterina singular, *deste* nascituro *nesta* situação.[13]

c) Desta perspectiva seria *inconstitucional* uma regulamentação que isentasse o Estado do seu dever de protecção do nascituro durante *todo* o período da gravidez, pelo menos[14] a partir do 14.º dia posterior à procriação (nidação), ou mesmo só,[15] dado o carácter puramente *simbólico* da punibilidade até aí, a partir da 4.ª semana.[16] Mas seria igual-

11. Cf. Por outros Haussler; Holzhauer. *Zeitschrift für die gesamte Sreafrechtswissenschaft 100*, 1988, p. 817.
12. Como todavia o fez o Ac. do TC 85/85, n. 2 do sumário: "A vida intra-uterina é um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral à vida humana enquanto bem constitucional objectivo". No mesmo sentido o Ac. do TC 75/2010, 11-4-2 e, na doutrina constitucional, Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2007, art. 24.º, VI.
13. Precisamente nestes termos as duas decisões sobre a IVG do TC alemão: BVerfGE 39, p. 30 ss. e BVerfGE 88, p. 251 ss.
14. Concepção mais exigente: BVerfGE 39, p. 1, 37.
15. Concepção menos exigente: *Alternativ Entwurf – Besonderer Teil, Person* § 105 (1) e respectiva fundamentação.
16. É na base de uma cláusula ampla de "inexigibilidade" que as duas decisões do TC alemão, apesar do carácter restrito do seu ponto de partida, aceitaram

mente *inconstitucional*, por violação injustificada da autodeterminação responsável da grávida e do princípio (amplo) da proporcionalidade, uma regulamentação jurídico-penal que negasse *em bloco* a permissão da IVG, nomeadamente nos casos em que a continuação da gravidez representasse para a grávida um risco ou um peso *insuportáveis* ou *inexigíveis*. A este conjunto de exigências responde completamente o *modelo das indicações* quando admite a IVG em casos como os de perigo de morte ou de lesão grave e irreversível da grávida; de grave doença ou malformação do nascituro; ou de a gravidez ter resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher. Em situações tais não se pode olvidar que se ao nascituro cabe o respeito pela sua dignidade e o dever estadual de o assegurar pela melhor forma possível, bem como o direito à vida, *de igual direito e dever estadual de protecção goza a condição jurídico-fundamental da mulher* grávida. Em qualquer das indicações está patente aquela cláusula ampla de *proporcionalidade* que é penhor seguro, segundo a consciência jurídica actual dos países liberais e democráticos, da *constitucionalidade da não punibilidade da IVG*. E a esta conclusão chegaram dois Acórdãos fundamentais do TC português sobre a impunibilidade da IVG segundo o modelo das indicações (Acs. do TC 25/84 e 85/85), bem como a maioria da doutrina portuguesa posterior.[17]

d) A única das indicações constantes da lei penal portuguesa que poderia, no limite, suscitar reservas constitucionais era a que se pode designar por "indicação terapêutica em sentido lato" quando alarga a justificação à "saúde *psíquica*" da grávida. Ela fará incorrer os mais timoratos no receio de uma interpretação e aplicação tão amplas da cláusula que a faça coincidir praticamente com a discutida *indicação económico-social* (por força de miséria, pobreza, falta de habitação, número de filhos já nascidos, lar desfeito ou altamente problemático etc.). Em definitivo, porém, esta reserva não seria procedente. Primeiro, porque mesmo o reconhecimento expresso de uma indicação económico-social, dentro dos parâmetros gerais assinalados, cabe na discricionariedade jurídico-constitucionalmente admissível do legislador ordinário. Está aqui presente a mesma cláusula de inexigibilidade, de adequação ou de proporcio-

unanimemente que nestes *casos excepcionais* o dever de protecção estadual do nascituro ou cessasse ou operasse por vias diferentes das da punibilidade.

17. Pela qual pode ver-se Rui Pereira, op. cit., p. 55 ss., p. 75 ss. e Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 1999, t. I, art. 142.º § 9 ss.; cf. ainda, embora de forma porventura algo dubitativa, A. M. Almeida Costa, op. cit. p. 621.

nalidade que disse constituir a raiz legitimadora de outras indicações. Depois, porque em definitivo não se trata aqui, em correcta interpretação do direito português, de uma autêntica indicação económico-social, mas ainda de uma *indicação terapêutica*, relacionada embora com uma anomalia *psíquica*. Trata-se, por outras palavras, de uma indicação que tem de ser *medicamente comprovada*; embora para a qual decerto, porque recai sobre a saúde psíquica da grávida, assume fundamental relevância a consideração (médica!) do conjunto das condições pessoais de vida, actuais e futuras, da grávida. Que, por esta via, entrarão em questão muitos dos elementos que em geral se reputam constitutivos de uma indicação económico-social, é uma evidência incontestável mas que em nada afecta a constitucionalidade da causa de não punibilidade em análise.

3.2 O modelo dos prazos (legislação penal portuguesa após a revisão de 2007)

3.2.1 A adição de uma solução "do prazo" ao modelo das indicações

a) Mais discutível é a constitucionalidade de um *modelo dos prazos*, ainda que restrito à primeira fase da gravidez (10 ou 12 semanas), sobretudo quando ele assuma o carácter "incondicionado" que resultaria de ser aqui decisiva, ou apenas ou em definitivo, a opção da mulher. A argumentação conducente à conclusão pela *inconstitucionalidade material* desta solução desenvolver-se-á essencialmente pela forma seguinte:[18]

O nascituro constitui um bem jurídico "autónomo" colocado sob a protecção da Constituição. Daqui resulta a existência de um dever estadual não só de proibir ofensas à vida em desenvolvimento, como de promover todas as condições possíveis que favoreçam aquela evolução; dever que se impõe a todos, mesmo à grávida ainda no caso em que ela exprima uma vontade contrária à continuação da gravidez. A conclusão seria pois a de que o dever estadual de protecção do nascituro persiste durante *todo* o período da gravidez, tornando-se jurídico-constitucionalmente inaceitável a existência de um *prazo* – qualquer que ele seja e ainda que decorra no primeiro período da gravidez – durante o qual o aludido dever estadual de protecção inexista ou seja como que "suspenso" e se atribua à pura opção da grávida a decisão livre e incontrolável sobre a IVG. O Estado encontrar-se-ia, a partir daqui não apenas legitimado, mas

18. Seguida pela chamada 2.ª decisão do TC alemão em matéria de IVG e, em Portugal, por votos de vencidos ao Ac. do TC 617/2006.

obrigado a intervir com os *meios de protecção mais adequados e eficazes* para prevenir a IVG, os meios *penais* incluídos.

b) Porém, esta argumentação *não suporta a conclusão jurídico-penal* a que pretende conduzir. Como o reconhecem as decisões a propósito do TC alemão e do TC português, o legislador pode (nomeadamente, na fase precoce da gravidez) cumprir o seu dever fundamental de protecção do embrião e o seu interesse na continuação da gravidez *por formas diferentes das da intervenção penal*: decisivo é saber qual ou quais os procedimentos mais adequados e eficazes que, no seu conjunto, visem assegurar protecção e preservar, na medida possível, os bens jurídicos em causa. O que vale por dizer: o embrião constitui um bem jurídico *digno* de tutela penal; se ele, porém, constitui também um bem jurídico *carente* de tutela *penal* é questão que pode legitimamente ser deixada à decisão do legislador ordinário. Está aqui em causa o princípio decisivo da *necessidade*, ligado às máximas da "subsidiariedade", da "proibição de excesso", em suma, da "proporcionalidade em sentido amplo", consagrado com inultrapassável clareza no art. 18.º – 2 da Constituição portuguesa; e que a jurisprudência constitucional do meu país tem desenvolvido e concretizado por uma forma e com uma constância exemplares.

c) Foi esta argumentação que no essencial presidiu à negação da inconstitucionalidade do modelo dos prazos na fase inicial da gravidez, decidida em Acórdãos de1988, de 2006 e de 2010 do TC português. No entanto, contra ela se esgrimiu, em votos de vencidos, a consideração de que deixar repousar a não punibilidade da IVG na opção, em definitivo, da grávida viola a *proibição de insuficiência* (a *Untermassverbot* da doutrina jurídico-constitucional alemã) quanto à concreta protecção do nascituro: verificar-se-ia, no dizer de Paulo Mota Pinto, um " défice" de tutela de um bem cuja protecção é constitucionalmente assegurada (sem que esta garantia seja afastada pela proposta compatibilização com outros interesses constitucionalmente protegidos)". Perante um qualquer modelo dos prazos, "não se divisam *outros meios* (para além da criminalização) a que o legislador possa recorrer para proteger esse bem, afirmando a sua dignidade ética para a comunidade jurídica, e a protecção penal é, apesar de tudo, a única que se pode revestir de alguma eficácia jurídica".[19]

19. No voto de vencido ao Ac. do TC 617/2006. No mesmo sentido os votos de vencidos de Borges Soeiro, Maria Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos ao Ac. do TC 75/2010.

d) Reputo esta argumentação improcedente.

Logo porque não me parece que a dita "proibição de insuficiência" deva sobrepor-se ao princípio da necessidade, sempre que daí resulte uma peremptória obrigação implícita de criminalização: continuo a recusar a existência de *imposições jurídico-constitucionais implícitas – absolutas ou mesmo só relativas – de criminalização*[20]. Aliás, como muito bem salienta o Ac. do TC 75/2010, 11.4.8, há em tal argumentação uma autêntica inversão dos dados à luz dos quais deverá ser aferida a legitimidade da atribuição de relevo penal à interrupção da gravidez, "sendo metodicamente incorrecto partir aprioristicamente da legitimidade da intervenção penal, só afastável mediante a prova de um meio alternativo de tutela menos intrusivo e de eficiência equivalente ou superior. Com isso se inverte o sentido do percurso valorativo e a colocação do ónus da fundamentação, assumindo-se como *ponto de partida* o que não pode ser senão o hipotético *ponto de chegada*".

Depois e decisivamente porque as estatísticas (e não só portuguesas) mostram ser desde há muito a criminalização neste âmbito que constitui factor, embora não desejado, de multiplicação das ofensas e representa assim antes que um meio de protecção, um *meio de desprotecção do bem jurídico* que se pretende salvaguardar; como foi posto em evidência pelo Ac. de 2010 do TC português, que não hesitou em apontar a situação pretérita de IVG em Portugal como um exemplo de "falência dos instrumentos penais". Outros meios de "prevenção em sentido amplo" de que o Estado pode e deve lançar mão revelam-se na prática, mesmo que porventura em pequena medida, menos inadequados e ineficazes para a protecção do bem jurídico do que a criminalização.

Campanhas públicas sistemáticas e insistentes de informação e esclarecimento da mulher grávida sobre os meios de apoio estadual à prossecução da gravidez – desde os imediatamente relacionados com o acompanhamento médico aos de apoio psicológico, familiar, social, económico, laboral – são peças fundamentais de uma verdadeira *política de apoio à maternidade*, mesmo à indesejada ou pouco desejada; e, de

20. Dias, Figueiredo. *International Congress Cesare Beccaria and modern criminal policy*, 1990, p. 226 ss. Relativamente ao tema em discussão, contra aquelas imposições os Acs. do TC 25/84, *AATC* 2, 1984, p. 23 ss, p. 47 e 75/2010, 11.4.7 s., a favor Rui Pereira, op. cit., p. 75 ss.; ampla informação bibliográfica em Conceição Cunha, *Constituição e crime*, 1995, p. 271 ss. em geral e p. 363 ss. a propósito da IVG.

todo o modo, à partida, menos ineficazes do que a ameaça de aplicação de uma pena de prisão que conduzirá possivelmente ao aumento do aborto clandestino – fenómeno que o Estado tem certamente o dever de procurar diminuir em nome do seu (também) indeclinável dever de protecção da grávida. Além de que num tempo como o presente, em que se leva a cabo livremente a dita "contracepção de emergência", sob as formas mais diversas, se reduzirá a declaração pouco mais que *simbólica* (no sentido mais criticável) a punibilidade da IVG nas primeiras semanas desta,[21] por ser de concretização judicial praticamente *impossível*, completamente *ineficaz* e portanto *desnecessária* do ponto de vista da protecção do bem jurídico; e, nesta medida sim, porventura *inconstitucional* face ao princípio da *proibição de excesso*.

e) Tem-se por vezes revelado uma acentuada estranheza crítica face à dissemelhança das razões e fundamentos da não punibilidade da IVG no caso do modelo das indicações e no do modelo dos prazos. Creio que com isto se toca a maior especificidade da gravidez com directo reflexo no estatuto jurídico-penal da sua interrupção; e que já o TC alemão analisou na sua implicação fáctica, definindo a relação entre o nascituro e a sua mãe como de "*dualidade na unidade*". Derivada de que os interesses do nascituro só podem ser satisfeitos no interior e por intermédio da grávida: trata-se de dois seres distintos, é certo, mas um deles suporta o outro. Uma relação, esta, que se não mantém todavia estável e igual durante todo o período da gravidez, mas, logo do ponto de vista da realidade física, sofre uma profunda mutação a partir do terceiro mês de gestação.

É nesta altura que o embrião "passa" a feto, que se encontra praticamente completada a organogénese dos órgãos vitais, é neste momento que se verifica "um salto qualitativo, próprio do fenómeno biológico da vida".[22] A esta alteração biológica corresponde também uma alteração *normativa* com incidência jurídico-constitucional. Alteração excelentemente definida no voto de vencidos de Marenholz e Sommer[23] que permite compreender que naquela dualidade na unidade deva, durante

21. Assim já para a Alemanha Federal, há mais de 30 anos, o *AE-BT Person* § 105 (1) 1 e respectiva fundamentação.

22. Como afirmam Vives Antón; Carbonell Mateu; González Cussac, *Comentários al Código Penal de 1995*, 1996, t. II, p. 776, 778.

23. Por contraposição à opinião maioritária expressa no texto da BVerfGE 88, p. 203.

um primeiro período de tempo, predominar a "unidade" e a decisão caber essencialmente à grávida; e que decorrido aquele prazo a "dualidade" predomine e só em casos graves e determinados deva o interesse do nascituro ser sacrificado. Numa palavra, a figura da "dualidade na unidade" não se esgota na descrição de um puro estado fáctico, mas visa adequar-se de forma dinâmica à singular posição jurídico-fundamental da mulher grávida; posição que vai para além dos seus direitos de personalidade e de autodeterminação – com o que ela não teria ultrapassado ainda uma situação de "alteridade" face ao embrião, – para se assumir como desenvolvimento de uma responsabilidade última da mulher perante a vida não nascida[24].

Que deve concretamente resultar daqui?

3.2.2 A solução do prazo com aconselhamento obrigatório

a) Sou de há muito de opinião – como Marenholz e Sommer, acabados de referir – que se não conhece ainda forma mais efectiva ou eficiente de o Estado assumir o seu dever de protecção do direito à vida do embrião do que através da obrigatoriedade de fazer anteceder a opção da grávida, durante o primeiro período de gravidez, de uma *consulta de aconselhamento*. Daqui resulta que *o modelo do prazo, restrito à fase precoce da gravidez, deve ter a sua constitucionalidade assegurada* se a *opção* da mulher for obrigatoriamente antecedida de uma *consulta de aconselhamento*; de uma consulta em que lhe sejam prestadas informações precisas e objectivas sobre todas as formas estaduais de apoio de que pode gozar caso a sua decisão venha a ser a de manter a gravidez; e que sobre esta consulta decorra um *período mínimo destinado à reflexão da grávida* até que ela comunique à instituição de saúde a sua decisão

24. Perspectiva que foi em Portugal expressamente acolhida pelo TC no Ac. 75/2010, 11.4.4, aceitando que "as alterações biológicas que se dão no processo de gestação, significativas do ponto de vista da progressiva formação do suporte físico da personalidade humana, tenham incidência na valoração jurídico-constitucional das soluções de conciliação dos bens em conflito. É constitucionalmente viável que a ponderação de interesses em causa, na busca dessas soluções, leve em conta o tempo de gestação, precisamente porque, com o desenrolar do processo ontogenético, a realidade existencial de um dos bens a tutelar assume contornos gradativamente distintos, assim se alterando também, correspondentemente, o ponto de equilíbrio a estabelecer com as exigências decorrentes do estatuto jusfundamental da mulher grávida".

final. Tais condições estão presentes no essencial na *solução do prazo tal como, no seu conjunto e nas suas implicações*, se encontra vertida na legislação penal portuguesa hoje vigente.

b) Nem se argumente que o parecer da entidade interdisciplinar assessora deve ser *vinculante* para efeito de justificação ou não da IVG.[25] A atribuição de efeito vinculante ao parecer significaria, em último termo, *o abandono do modelo dos prazos em favor da consagração de uma "nova indicação"*: na medida em que assim se desliga o efeito de não punibilidade da opção da grávida, para o atribuir à decisão de uma entidade terceira supervisora do bom ou mau fundamento da vontade manifestada pela mulher. Num autêntico modelo dos prazos o "aconselhamento" não deve ser mais – embora também não deva ser menos – do que um procedimento destinado, em nome da defesa do embrião, a informar séria e objectivamente a grávida do interesse do Estado em que ela possa continuar a gravidez e das ajudas – médicas, psicológicas, sociais – que ele está em condições de prestar para esse fim.

c) Sublinho pois a minha convicção de que aquilo que na matéria resulta dos normativos vigentes em Portugal é bastante para assegurar a constitucionalidade do modelo do prazo consagrado. O novo quadro legal não assumiu, é verdade, como propósito directo da consulta obrigatória a *dissuasão* da decisão de interromper a gravidez. Não obstante, o conteúdo de que a mesma se deve revestir – sobretudo a exigência legal de que nela seja proporcionado o conhecimento sobre "as condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade"– e a sua integração num *iter* que abrange um período mínimo de reflexão afiguram-se suficientes para incutir na grávida o sentido do acto que se propõe realizar e para que nela seja criada uma oportunidade de decisão a favor da manutenção da gravidez.

Torna-se a esta luz suficientemente claro que o aconselhamento deve deixar-se orientar pelo esforço de encorajar a mulher a manter a gravidez e abrir-lhe perspectivas de uma vida com o filho.[26] Para isso tem ele no entanto de abster-se de qualquer doutrinação mas ocupar-se de uma exposição objectiva da situação, ajudando pelas formas possíveis a mulher a dominar a situação conflitual e procurando que o diálogo entre o conselheiro e a grávida seja franco, completo e cabal. Só assim

25. Defendida num notável estudo de ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, 1976, p. 71, p. 77 ss.

26. Nesta direcção também o Ac. do TC 75/2010, 11.4, p. 14 s.

se poderá alcançar a "*decisão livre, consciente e responsável da mulher*" que a lei portuguesa erige em finalidade última do processo. Finalidade que não deve ser minimizada ou olhada com desconfiança. Nada há que conduza seriamente à conclusão que a mulher disposta a interromper a gravidez nas primeiras semanas é exclusiva ou predominantemente dominada por sentimentos desrazoáveis e egoístas. Pelo contrário, a experiência – que deve ser meditada – de conselheiros de países onde o sistema está implantado há algum tempo levaram Marenholz e Sommer a escrever no voto de vencido da 2.ª decisão do TC alemão sobre os prazos:

"Os conselheiros ouvidos na fase oral da prática de aconselhamento têm unanimemente afirmado que as mulheres – partindo do sentimento natural de protecção da vida não nascida que nelas existe – sentem o seu conflito de gravidez como necessidade e nesta situação querem agir responsável e conscientemente. Elas sentem o seu conflito como altamente pessoal e defendem-se por isso contra uma sua avaliação segundo um qualquer critério de exigibilidade trazido por um terceiro. Assim, deve a ordem jurídica, quando ela queira oferecer protecção a uma vida não nascida, deixar à mulher espaço para uma decisão responsável e por isso não só exigir mas *confiar* na responsabilidade. (...) E pois que a mulher deve decidir responsavelmente, tem a sua decisão – sem prejuízos jurídicos – de ser reconhecida. Só assim ela pode estar verdadeiramente aberta ao diálogo".[27]

27. Foi este modelo de aconselhamento de cariz informacional adoptado pelo legislador que justificou parte dos votos de vencido ao Ac. do TC 75/2010, nomeadamente de Rui Moura Ramos, Borges Soeiro e Maria Lúcia Amaral. Não afastando *in limine* a compatibilidade de uma solução de prazo com o quadro constitucional, consideraram todavia que o tipo de consulta prévia desenhado na lei não oferece um nível mínimo de protecção efectiva da vida pré-natal que o Estado se encontra obrigado a garantir. Percebe-se que, segundo este ponto de vista, a constitucionalidade só estaria assegurada mediante a previsão legal de um aconselhamento obrigatório semelhante ao alemão. Não será porém despiciendo notar que a solução alemã é única na Europa, sendo predominantes os sistemas onde ou não existe, de todo, qualquer consulta prévia ou o aconselhamento se faz em moldes semelhantes ao português. Por outro lado, tal exigência é produto de uma consideração redutora do problema de constitucionalidade aqui envolvido, na medida em que dele deixa de fora a própria solvabilidade constitucional da subsistência da relevância criminal da interrupção da gravidez no período inicial da gestação. E por último, como salientou o Ac. 75/2010, 14.1.18, está por

Por isso me parece este *sistema de cariz informacional* preferível, do ponto de vista da sua constitucionalidade, àqueles que se limitam a reconhecer a licitude (ou a atipicidade) da IVG durante o primeiro período da gravidez, *sem quaisquer exigências adicionais*. Sobretudo na base de que "a vida humana só pode ser (juridicamente) reconhecida no momento em que se estabeleça efectivamente o nexo ou a relação mãe/filho", isto é, quando a mãe, na expressão de Ferrajoli, "incorpora a vida humana dependente ao seu próprio projecto de vida ou, dito de forma mais explícita ainda, quando a mãe por acto de vontade confere ao embrião o valor de pessoa, quando cria a pessoa".[28] O que deveria verificar-se, de forma *irrevogável*, até aos três meses de gestação. "Não porque três meses, escreve Alberto Silva Franco, signifique algo no plano biológico, mas apenas porque representou o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão".[29] Para além – e é o fundamental – de que não se pode conceber uma fase da gestação (pelo menos a partir das quatro semanas) em que o Estado se desincumba por inteiro do seu dever de protecção da maternidade e de um concreto feto, a "irrevogabilidade" da decisão da mãe de continuar a gravidez suscitaria dificuldades dogmáticas dificilmente ultrapassáveis.

4. Os fundamentos dogmáticos da não punibilidade e a questão da constitucionalidade

1. Uma última questão que devo abordar é a seguinte: nos casos em que a IVG não seja criminalmente punível, como deve conceber-se, do ponto de vista jurídico-penal, a cláusula de não punibilidade? Dir-se-ia que se trata nesta sede de uma questão dogmático-sistemática, digamos, de "segunda ordem" que só pode afectar a discussão teorética, mas possui escassos efeitos prático-normativos. Está muito longe porém de ser assim, como o atestam a doutrina e a jurisprudência constitucional de muitos países. Pois da razão dogmática que se avance para a não punibilidade

demonstrar que um aconselhamento de pendor marcadamente dissuasor seja mais bem sucedido do que o acolhido entre nós naquilo que, em derradeira instância, deverá ser o seu escopo, levar a grávida a abandonar a sua intenção de pôr termo à gestação; sendo de assinalar que, de acordo com os primeiros dados estatísticos recolhidos, a taxa portuguesa de desistência no período de reflexão é semelhante à alemã (Ac. TC 75/2010, 14.1.18).

28. Ferrajoli, *Revista do Ministério Público* 24, 2003, p. 16, próximo, Eduardo Maia Costa, na mesma revista *108*, 2006.

29. Franco, Alberto Silva. *Revista do Instituto de Ciências Penais 1*, 2006, p. 34.

da IVG acaba muitas vezes por se fazer depender a *constitucionalidade ou inconstitucionalidade do inteiro sistema*. Concretamente, não falta quem sustente que tanto a existência de indicações, como o decurso do prazo com aconselhamento que afastam a punibilidade da IVG não podem ser reconduzidos a verdadeiras causas de justificação, determinantes da *licitude* da conduta, mas, no máximo, a causas de exclusão da pena que deixem a ilicitude intocada. Trate-se de *causas de exclusão da culpa* ou da *responsabilidade* ou, quando menos ainda, a *causas de exclusão da punibilidade*; ou, noutro plano, de causas de *renúncia da intervenção penal*, mantendo-se todavia os seus efeitos ilícitos noutros planos, *v. g.*, nos do direito civil, laboral, da assistência social etc.[30] Porque só deste modo o Estado respeitaria o seu dever de protecção da vida do nascituro durante todo o período da gravidez. Considerando diferentemente a conduta lícita – argumenta-se –, estar-se-ia a conferir à grávida e ao médico um *direito* que atentaria contra a tutela jurídico-constitucional da vida do nascituro, o que seria "directamente inconstitucional".[31]

Esta argumentação deve porém ser repudiada (como o foi, em definitivo, por todos os Acs. do TC português na matéria). Ela só procederia se fosse exacto o carácter "absoluto" da tutela jurídico-penal da vida humana, a não permitir limitações e mesmo negações. Mas não é. O próprio homicídio doloso permite a intervenção de verdadeiras causas de justificação como as da legítima defesa, do conflito de deveres, excepcionalmente do próprio estado de necessidade objectivo ou mesmo da adequação social; donde derivam portanto, se quiser dizer-se assim, autênticos *direitos de intervenção* na tutela jurídico-penal da vida humana. Não vejo assim por que em caso de IVG se deveria falar de uma "inconstitucional relativização do valor da vida humana" e já não, para dar só um exemplo, no homicídio doloso cometido em guerra pelo soldado.

Nem penso, por outro lado, que as vias ainda abertas de não punibilidade da IVG, uma vez afirmada a sua ilicitude, possam conduzir a uma solução correcta da problemática: tal só está ao alcance da *tese da justificação*. Contra as outras teses sempre se dirá que retiram ao facto

30. "Espaço livre de direito". KAUFMANN, Arthur. *Maurach-Festschrift*, p. 339 ss.; "causas de exclusão do ilícito penal": GÜNTHER. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 314 ss.; "pressupostos negativos da dignidade penal". SAX, *JZ* 1977, p. 326 ss.

31. Cf. neste sentido, no essencial, os votos de vencido de Cardoso da Costa e de Marques Guedes no Ac. do TC 25/84, cit., p. 50 e ss., 69 e ss.

o desvalor como ilícito *penal*, mas fazendo persistir, relativamente a outros campos do direito, a sua qualificação como *ilícito*. Seguramente que o legislador há-de pretender assegurar a todos os participantes num acto de IVG coberto por uma indicação um estatuto de completa e clara legalidade.[32] De outra forma depararíamos com a singular situação de o próprio direito fazer condicionar uma actuação não punível da grávida por uma intervenção de um médico que não seria lícita e contra a qual, por conseguinte, poderia ser exercida legítima defesa de terceiro na forma do auxílio necessário;[33] o que se tornaria ainda mais absurdo considerando que a participação nos procedimentos de IVG não puníveis constitui – dentro de uma determinada organização dos serviços – um *dever jurídico* para o médico, ressalvada a hipótese de objecção de consciência: neste caso, por conseguinte, um "*dever jurídico não lícito*"![34]

O exposto bastará porventura para convencer que a lógica dogmático-sistemática dos sistemas de impunibilidade da IVG em função de indicações conduz a considerar estes casos como cobertos por uma *causa de justificação* (e nesse sentido vai a doutrina hoje largamente dominante da generalidade dos países a respeito). É verdade que uma tal solução contraria a ideia de que uma justificação não deve em princípio ser reconhecida se a acção tiver por consequência o aniquilamento directo de uma vida inocente.[35] Mas esta ideia está a ser progressivamente relativizada em função de casos-limite, onde estão em causa decisões existenciais.[36] Se quisesse manter-se a ideia da "não licitude" da IVG, teria então de se ter consciência de que ela valeria mesmo para a chamada indicação "duplamente vital", isto é, para aqueles casos em que a não interrupção determinará a morte da grávida e a do feto; teria de se voltar

32. Exactamente nestes termos, entre outros, Schönke/Schröder/Eser, *Strafgesetzbuch Kommentar* § 218 a 6; cf. também Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch. Kommentar* 16 antes do § 218 e Rudolphi. *Sistematischer Kommentar* § 218 a 1.

33. Por todos, em geral, Figueiredo Dias, *Direito Penal I*, 2007, 15.º, p. 45.

34. Que, como há muito notou Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* 1935, p. 53 em relação a contradições deste género, acarretaria efeitos diabólicos.

35. Cf. só Roxin, Oehler – *Festschrift*, p. 187 e Sánchez, Silva. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2006, p. 7.

36. Leia-se a propósito a excelente monografia de Conceição Cunha, *Vida contra vida – Conflitos existenciais e limites do direito penal*, 2009, p. 321 e ss. e passim.

pois ao estádio, repudiado hoje pela consciência jurídica geral, em que a ordem jurídica não reconhece *qualquer situação* – mesmo a terapêutica no sentido mais imediato e radical – susceptível de justificar jurídico-penalmente uma IVG. Se, diferentemente, se considerar justificada a IVG em certos casos, por poucos que sejam, então é esta uma matéria em que aquela flexibilização da dogmática das causas de justificação tem, queira-se ou não, de ser aceite.

Em suma, de um ponto de vista material, a exclusão da ilicitude dos casos de IVG cobertos pelas indicações geralmente aceites deve compreender-se a partir de uma *ponderação de necessidade*, é dizer, de uma ponderação integradora da globalidade dos *interesses* em conflito, tal como ela subjaz também ao estado de necessidade justificante. Seria demasiado curto falar neste contexto de um conflito de bens jurídicos "vida contra vida", antes a ponderação tem de entrar forçosamente em conta com os sacrifícios pessoais, da mais diversa ordem, que a continuação da gravidez possa importar para a grávida, bem como com o risco – para a grávida e para a comunidade – de que, coberta a IVG com a mácula da ilegalidade, seja procurado remédio para a situação no âmbito do aborto clandestino. Do ponto de vista dogmático-sistemático as singulares indicações constituem, em suma, casos de justificação, nos quais se toma em consideração, na expressão de ESER, uma *prévia ponderação legal* conducente a conferir prevalência, na observância de certos pressupostos procedimentais, aos interesses da mulher.

2. Em meu entendimento, de resto, as coisas não são substancialmente diferentes no caso em que a não punibilidade de uma IVG ocorra em função de um certo prazo e depois de se ter verificado o *aconselhamento*. Não falta quem sustente que nestes casos se não pode falar de causa de justificação – mas quando muito de desculpa ou de não punibilidade – porque por um lado inexistiria, em princípio, qualquer situação conflitual que torne num peso inexigível a continuação da gravidez; e de todo o modo, por outro lado, a decisão da grávida de interromper a gravidez não é controlável por terceiro.[37]

Também estes argumentos me não parecem procedentes.[38] A eles subjaz o preconceito – já atrás referido – de que a grávida que deseja

37. Assim as referidas decisões do BVerfG sobre a interrupção da gravidez.

38. No sentido que se segue Marenholz e Sommer, loc. cit.; e também ESER, loc. cit.

interromper uma gravidez nas condições agora em análise será em geral movida por interesses egoístas ou fúteis e não por uma *decisão consciente e responsável*. Mas este não pode ser, pura e simplesmente, o ponto de partida da regulamentação jurídica do modelo do prazo com aconselhamento. Sob pena de a exigência necessária da consulta de aconselhamento se tornar sem sentido e mesmo absurda: ela é exigida como condição da justificação porque o legislador concluiu, sem necessidade de ulterior e mais lata confirmação, que à opção pela IVG presidiu uma situação de conflito que põe de novo em causa interesses da mulher constitucionalmente relevantes e dignos de protecção e aos quais a ordem jurídica entende conferir *prevalência*, observados que sejam determinados pressupostos procedimentais, máxime, a consulta de aconselhamento obrigatória. Aqui se inscreve ainda a essência da ideia que preside às causas de justificação.[39]

39. Exemplo paradigmático das dificuldades a que conduz qualquer tese que recuse a aceitação da *licitude (justificação)* da IVG segundo o modelo do prazo com opção da grávida aconselhada, sem do mesmo passo fazer valer a punibilidade destes casos, está no caminho tortuoso que o legislador ordinário alemão entendeu ter de seguir face à decisão BVerfGE 88, p. 203 ss. Ele considerou que, para os casos de *indicações*, a IVG se encontrava *justificada*. Enquanto que para o caso do prazo só restava considerar a IVG ilícita, mas *atípica* (§ 218a (1)) no sentido do crime de aborto! Não será preciso enfatizar que esta solução tem merecido generalizado repúdio da parte da doutrina (indicações em Lackner/Kühl, cit. § 218a 16 e Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch. Kommentar* § 218ª, p. 3 ss.), logo porque sendo ilícita a intervenção – e ainda que atípica –, tanto basta para permitir a legítima defesa sob a forma de auxílio necessário. Além de que assim se oferecem argumentos àqueles que sustentam que a razão da diferença entre efeito justificador em caso de indicações e não de prazo não reside tanto em lucubrações dogmático-sistemáticas jurídico-penais mas em que, sendo em caso de prazo a IVG juridicamente ilícita, o Estado se encontrará desobrigado das prestações sociais decorrentes da intervenção médica, de acordo com o princípio de que não podem ser dispendidos dinheiros públicos com factos constitutivos de ilícitos penais (cf. o voto de vencido contundente de Böckenförde no cit. BVerfGE 88, p. 359 ss. e por outros logo Torre, Giovanna. *Diritto Penale e Processo* 1-1996, p. 89 s.). Admitamos mesmo – sem todavia conceder – que a tese da atipicidade da IVG no primeiro período da gravidez possa ser aceite: mas haverá de o ser sempre na pressuposição de que a conduta em causa *não é ilícita*.

5. Conclusão

Concluo como comecei. A duração e complexidade dos processos de evolução legislativa na generalidade dos países liberais e democráticos e as considerações básicas de política criminal que àqueles processos subjazem são filhas da muito particular natureza da questão da IVG e dos relativamente estreitos limites de consenso que é possível esperar sobre a validade da regulamentação editada. Perante a natureza existencial do conflito – insisto ainda uma vez – nenhuma regulamentação consensual se encontra à disposição do Estado. O mais que este pode (e deve) almejar é uma regulamentação aceite pela maioria dos cidadãos; não, evidentemente, uma regulamentação qualquer, mas assente em razões objectivas, adequada e equilibrada, em suma, *proporcional*, e que por essa via se subtraia a um juízo de inconstitucionalidade material, de outra forma inevitável.

51955

6

A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira

LUCIANO FELDENS

Doutor em Direito Constitucional (Universidade de Valladolid – Espanha). Mestre e Especialista em Direito Penal (Unisinos). Professor do Programa de Pós-Graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado.

THIAGO ZUCCHETTI CARRION

Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Passados quase 25 anos da edição da Lei 7.492/1986, seguimos empreendendo esforços no sentido de conferir uma identidade material aos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, considerado seu elevado grau de indeterminação. Problematizar os limites objetivos e subjetivos do tipo é o propósito deste ensaio, em ordem a evitar – ou, pelo menos, reduzir – situações de sobreinclusão (*overinclusiveness*) ou infrainclusão (*underinclusiveness*) da Lei penal, decorrentes de sua interpretação judicial. Almeja-se, com isso, aportar garantia e eficiência à operacionalização do Direito Penal no específico setor.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão fraudulenta – Gestão temerária – Instituição financeira – Crime.

ABSTRACT: Almost twenty five years after the enactment of bill 7.492/1986, we still gear efforts so as to grant a material identity to the crimes of reckless and fraudulent management of financial institutions, taking into account their high degree of indeterminacy. This paper studies the objective and subjective boundaries of this specific law, in order to avoid – or, at least, reduce – situations of *overinclusiveness* or *underinclusiveness*, which arise from their judicial interpretation. The aim is to achieve and ensure efficiency in Criminal Law, specifically in this sector.

KEYWORDS: Fraudulent management – Reckless management – Financial institution – Crime.

SUMÁRIO: 1. O problema: art. 4.º da Lei 7.492/1986: um déficit de garantias conducente a um déficit de eficiência – 2. O *risco sistêmico* como horizonte compreensivo do tipo: 2.1 O contexto no qual emergiu a Lei 7.492/1986: a diagnosticada insuficiência do marco regulatório extrapenal para conter ações ilícitas ao sistema financeiro nacional; 2.2 O funcionamento do sistema financeiro nacional: (perda de) *confiança* e *risco sistêmico* – 3. O bem jurídico e sua *significativa possibilidade de afetação* como resultado típico: 3.1 "Instituição financeira" enquanto elementar do tipo e esfera de manifestação do bem jurídico: critérios de identificação; 3.2 Instituição financeira típica e regular (autorizada a operar); 3.3 A relevância econômico-financeira da instituição; 3.4 Conclusão parcial – 4. Elementares do tipo analisadas no contexto do horizonte compreensivo do delito: 4.1 A acepção normativa do verbo *gerir*; 4.2 Os elementos normativos *fraudulentamente* e *temerária*: 4.2.1 Fraude e temerariedade como violações da confiança; 4.2.2 Gestão *fraudulenta*: a fraude como elemento necessário, porém, insuficiente à configuração típica; 4.2.3 Gestão *temerária*: o necessário recurso ao marco regulatório – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. O PROBLEMA: ART. 4.º DA LEI 7.492/1986: UM DÉFICIT DE GARANTIAS CONDUCENTE A UM DÉFICIT DE EFICIÊNCIA

Gerir fraudulentamente instituição financeira. É assim que o art. 4.º da Lei 7.492/1986 descreve, textualmente, uma conduta cujos limites objetivos e subjetivos, passados quase vinte e cinco anos da edição da Lei, ainda são imprecisos. E ainda são imprecisos sob diversas perspectivas. Exemplificativamente:

(a) pela economicidade da redação, há muito já diagnosticada, cuja versão legislativa final recuou do intento de aglutinar à conduta algum resultado, real ou potencial (dano ou perigo), conforme previsto no projeto original;

(b) pelas variadas adesões de sentido emprestadas ao verbo nuclear, quando analisado destacadamente, fora do contexto de incidência do tipo (é conhecida, por exemplo, a discussão sobre se *um ato* de gestão seria o bastante a efeitos de configuração típica);

(c) pela singeleza como é aplicada a elementar *fraudulentamente*, a ensejar, em leitura descomprometida, a punição da *fraude pela fraude*, independentemente de qualquer evento externo dela decorrente;

(d) pela abertura textual conferida à elementar *instituição financeira* (art. 1.º), revelando um descompasso com o marco regulatório específico (Lei 4.595/1964), que confere ao tipo sua razão de ser;

(e) pela sentida ausência de critérios que abalizem a identidade do tipo em relação às demais hipóteses típicas da Lei 7.492/1986, gerando sobreposições normativas e, com isso, perplexidade na aplicação dos institutos do concurso real ou aparente de crimes.

Hoje por hoje, a inexistência de uma consolidação dogmática em torno ao tipo vem permitindo que sua aplicabilidade se dê, não raramente, mediante um juízo de tipicidade puramente formal. Um juízo deficitário de subsunção, adquirido a partir do somatório dos significados gramaticais de cada uma de suas elementares *gerir* + *fraudulentamente* + *instituição financeira*. Um juízo, enfim, que dispensa uma análise de real ofensa ao bem jurídico em questão, passando longe das razões que justificaram a intervenção jurídico-penal no específico setor. Assim, *gerir* seria "a tomada de ato(s) de gerência"; *fraudulentamente* seria o próprio resultado formal da ação transitiva, e não o caminho que leva a um determinado resultado típico (perigo), o qual sequer é perquirido; e *instituição* financeira se definiria à luz da amplitude formal do art. 1.°, independentemente de sua real vinculação ao sistema financeiro nacional, à proteção do qual o tipo foi editado.

O problema parece acentuar-se quando nos voltamos ao parágrafo único do art. 4.° da Lei 7.492/1986, que criminaliza a gestão *temerária* de instituição financeira, sobretudo, se deixamos de analisar a elementar normativa a partir da ambiência econômico-financeira e do respectivo marco regulatório, que estabelece o gerenciamento do risco com referência, inclusive, a padrões internacionais.

Se, por um lado, estamos todos conformes acerca da *necessidade* de proteção jurídico-penal ao sistema financeiro nacional, em ordem a coibir condutas que exponham a risco ou prejuízo efetivo a coletividade – sua destinatária por definição constitucional (art. 192 da CF/1988) –, por outro, é preciso que tenhamos claro: essas "imprecisões" do tipo não servem a ninguém.

A imprecisão leva à imprevisão. E a imprevisibilidade sobre o universo de condutas abarcado pelo tipo coloca em xeque a garantia de conhecer previamente a conduta incriminável. Um vício que se transporta ao processo decisório, uma vez que toda a carga de imprecisão na lei é transferida ao juiz sob a forma de poder interpretativo;[1] um poder

1. Ferreres Comela, Victor. *El principio de taxatividade en materia penal y el valor normativo da jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 2002, p. 36.

que, exercido sob tais circunstâncias, com frequência, traduz-se em *arbítrio judicial*.[2]

Sabido que algum grau de imprecisão legislativa é inevitável, a questão é reduzi-lo aos limites do tolerável, de sorte a impedir a manipulação discriminatória do sistema jurídico-penal. Um sistema que não pode barganhar – ou, pelo menos, não pode barganhar legitimamente – um superávit de eficiência à custa da relativização de garantias fundamentais.

Aqui não vamos, entretanto, discorrer sobre o que a doutrina, de modo praticamente unânime, já pontuou: a vagueza do texto consubstanciado no art. 4.º da Lei 7.492/1986. Essa constatação é nosso ponto de partida, e merecerá atenção enquanto diagnóstico motivador de uma recuperação de sentido ao tipo, no preciso objetivo de evitar a superação do tipo *legal* de crime pelo tipo *judicial*, refreando situações de patente sobreinclusão (*overinclusiveness*) – e possível infrainclusão (*underinclusiveness*) – da Lei penal.

2. O *RISCO SISTÊMICO* COMO HORIZONTE COMPREENSIVO DO TIPO

"(...) [the investors] tend to be aware of the unique fragility of banks. If they perceive a shock to their bank or banks to be sufficiently great to threaten the solvency of those banks, they are likely to withdraw their deposits in anticipation of a default by the banks"[3] (George Kaufman).

2. Aqui utilizamos a expressão arbítrio judicial na perspectiva conceitual de Alejandro Nieto: Arbítrio é um critério de tomada de decisão. O juiz adota suas resoluções seguindo ou um critério de legalidade ou um critério de seu próprio arbítrio, ou – como é mais frequente – combinando ambos de tal maneira que a decisão é fixada com seu próprio arbítrio dentro das possibilidades que oferece a legalidade. NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000, p. 219.

3. Tradução livre de: "(os investidores] tendem a estar cientes da fragilidade própria dos bancos. Se eles percebem um choque no(s) seu(s) banco(s) que seja suficientemente grande para ameaçar a solvência desse(s) banco(s), é provável que eles de retirem seus depósitos em antecipação a um eventual inadimplemento por parte dos bancos." KAUFMAN, George G. Bank Failures, Systemic Risk, and Bank Regulation. *The Cato journal*, n. 1, vol. 16, p. 17-45, Washington/DC: Spring/Summer, 1996, p. 26)

2.1 *O contexto no qual emergiu a Lei 7.492/1986: a diagnosticada insuficiência do marco regulatório extrapenal para conter ações ilícitas ao sistema financeiro nacional*

Os crimes previstos no art. 4.º da Lei 7.492/1986 não podem ser perspectivados como simples derivações do delito previsto, originalmente, no art. 2.º, IX, c/c art. 1.º, ambos do Dec. 869/1938,[4] e repetido, com acréscimo de pena, no art. 3.º, IX, da Lei 1.521/1951. Essas legislações, além de elaboradas como parte do programa estadonovista (no caso do Dec. 869/1938)[5] e populista (quanto à Lei 1.521/1951),[6] tinham

4. "Art. 1.º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Art. 2.º São crimes dessa natureza: (...) IX – Gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; (...) Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000$000 a 50:000$000. Transcrição de: HUNGRIA, Nélson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1939, p. 181-183.
5. Comentando o decreto em questão, Hungria, um dos seus principais redatores, referia que "Os interesses do individuo têm de amoldar-se ao interesse da coletividade. O *bonun singulare unius personae* não pode realizar-se em detrimento do *bônus commune civium*. O Estado Novo, em matéria econômica, não se resigna a uma atitude mussulamana de não resistência: intervém, com a sua autoridade coercitiva, para reprimir o desenfreio das ambições, controlando e orientando as atividades individuais no sentido do bem comum." HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 8. Sobre o papel de Hungria na elaboração do Dec. 869/1938: LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35.
6. A própria exposição de motivos do PL 588/1951, que daria azo à Lei 1.521/1951, elaborada pelo então presidente Getúlio Vargas, deixava expresso que o emprego do júri não buscava a realização de um julgamento justo, mas a pura e simples auto-tutela popular contra aqueles acusados de delitos contra a economia popular. Notadamente o seguinte trecho: "Todos aquêles que sentem de perto os efeitos da cupidez e da espoliação de seus parcos meios de subsistência, terão oportunidade de participar direta e pessoalmente do grande esforço que as autoridades responsáveis empregam

como foco principal o resguardo dos valores depositados nos "institutos de economia popular", consoante expressou Francisco Campos em entrevista:

"(...) Finalidades da nova lei – A leitura do texto da lei, continuou o Min. Francisco Campos, mostra claramente quais os fins que tem em vista, e que são de duas ordens. O primeiro é garantir a guarda e o emprego da economia popular, que não póde ser dissipada e malbaratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões. A lei garante o povo contra êles e lhe dá, ao mesmo tempo, segurança do bom emprego de suas economias. O bom emprego das economias populares, por sua vez, promove a formação das reservas que o país necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis."[7]

A gestação da Lei 7.492/1986 se daria sob distinta perspectiva. Após a edição da Lei da Reforma Bancária (Lei 4.595/1964), o mercado financeiro nacional passou por grandes transformações, consolidando-se verdadeiramente como um *sistema*.

A partir do ano de 1974, com a intervenção no *Grupo Halles*, uma série de escândalos financeiros obrigaria o Estado a intervir de modo a garantir a normalidade dos mercados e os interesses dos depositantes e investidores, injetando nas instituições recursos públicos oriundos da arrecadação do IOF. Essa política seria regulamentada pelo Dec-Lei 1.342/1974, que alterou a Lei 5.143/1966 (Lei do IOF), cujo art. 12 passaria a contar com a seguinte redação:

"Art. 12. A receita líquida do imposto se destinará à formação de reservas monetárias, as quais serão aplicadas pelo Banco Central do Brasil na intervenção nos mercados de câmbio e de títulos, na assistência a instituições financeiras, particularmente ao Banco Nacional do

para conter a alta dos preços". Mensagem 198-51. Diário do Congresso Nacional, 28.08.1951, p. 7-136.

7. Campos, Francisco. A lei de proteção à economia popular. In: Lyra, Roberto. *Crimes contra a economia popular: doutrina, legislação e jurisprudência.* Rio de Janeiro: Jacinto, 1940, p. 84-85 e 90.. Em semelhante sentido, dizia Hungria que "O inc. IX do art. 2.º do Dec. 869 visa o extermínio dessas 'emboscadas' contra a pecúnia dos incautos" (Hungria, Nélson. Op. cit., p. 65). Essa ideia fora mantida na interpretação da Lei 1.521/1951: Oliveira, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional (doutrina, jurisprudência e legislação).* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 152-153.

Desenvolvimento Econômico, e em outros fins, conforme estabelecer o Conselho Monetário Nacional:

§ 1.º Em casos excepcionais, *visando a assegurar a normalidade dos mercados financeiro e de capitais ou a resguardar os legítimos interesses de depositantes, investidores e demais credores acionistas e sócios minoritários*, poderá o Conselho Monetário Nacional autorizar o Banco Central do Brasil a aplicar recursos das reservas monetárias:

a) na recomposição do patrimônio de instituições financeiras e de sociedades integrantes do sistema de distribuição no mercado de capitais, referidas nos incisos I, III e IV do art. 5.º da Lei 4.728, de 14.07.1965, com o saneamento de seus ativos e passivos;

b) no pagamento total ou parcial do passivo de qualquer das instituições ou sociedades referidas na alínea precedente, mediante as competentes cessões e transferências dos correspondentes créditos, direitos e ações, a serem efetivadas pelos respectivos titulares ao Banco Central do Brasil, caso decretada a intervenção na instituição ou sociedade ou a sua liquidação extrajudicial, nos termos da legislação vigente.

§ 2.º Na hipótese da alínea a do parágrafo anterior, poderá o Banco Central do Brasil deixar de decretar a intervenção na instituição ou sociedade, ou a sua liquidação extrajudicial, se entender que as providências a serem adotadas possam conduzir à completa normalização da situação da empresa."

A incapacidade de tipificação das "novas" instituições no rol taxativo e desatualizado do art. 3.º, IX, da Lei 1.521/1951 e a sentida ineficiência das medidas administrativas da Lei 6.024/1974 impulsionariam a aprovação do PL 273/1983, proposto pelo então Deputado Nilson Gibson, cuja exposição de motivos é a comprovação cabal desse cenário:

"Justificação:

O presente projeto representa velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários.

Os cofres públicos, em função da preocupação governamental de preservar a confiança no sistema, vêm sendo largamente onerados com verdadeiros escândalos financeiros sem que os respectivos culpados recebam punição adequada, se é que chegam a recebê-la.

A grande dificuldade do enquadramento desses elementos inescrupulosos, que lidam fraudulentamente ou temerariamente, com valores

do público, reside na inexistência de legislação penal específica para as irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no sistema financeiro, especialmente após 1964.

(...)

Como a urgência e a gravidade do assunto são do conhecimento não apenas dos parlamentares mas do público em geral, julgamos desnecessárias maiores considerações sobre a necessidade de aprovação deste projeto, apenas registrando que muito nos honrará a habitual e oportuna crítica dos nobres pares, visando o seu aperfeiçoamento." Sala de Sessões, 1.º de março de 1983 – Nilson Gibson.[8]

Ou seja, a Lei 7.492/1986 foi proposta e aprovada focando-se, especificamente, na insuficiência da regulação administrativa sobre o setor, considerados os enormes recursos que eram despendidos à contenção dos efeitos negativos que as manobras fraudulentas e/ou temerárias lançavam ao restante do *sistema*. Aqui se percebe que a intervenção jurídico-penal se entabularia como um instrumento de *reforço de tutela* tendente a assegurar a *normalidade do sistema financeiro*, resguardando os interesses da *coletividade* (depositantes e demais usuários), sua destinatária por disposição constitucional (art. 192 da CF/1988).

2.2 *O funcionamento do sistema financeiro nacional: (perda de)* confiança *e* risco sistêmico

O sistema financeiro nacional serve tanto a superavitários quanto a deficitários. Os primeiros ali investem, encontrando uma remuneração pelo capital aportado; os últimos ali se investem, pagando um preço pela possibilidade de terem antecipados os recursos para a realização de seus projetos. Para que isso se concretize, aí estão as instituições financeiras, intermediando essa relação, realocando os recursos de modo a atender os diversos interesses em jogo.

A intermediação financeira tem, assim, a capacidade de aumentar a quantidade de formação de capital (v.g., pelo incentivo à poupança), possibilitando que grandes somas excedentes sejam redistribuídas, tornando possíveis maiores investimentos, bem como é capaz de propiciar um alargamento no consumo.[9]

8. Diário do Congresso Nacional. Seção I, 25.03.1983, p. 1018-1019.

9. Lopes, João do Carmo; Rossetti, José Paschoal. *Economia monetária*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1988, p. 294. No mesmo sentido: Saunders,

Contudo, tendo em vista que determinadas instituições – bancos comerciais – operam de maneira *ilíquida*,[10] o funcionamento dessa estrutura depende, em síntese, de que os depositantes, em número excessivamente elevado, não desejem reaver os valores confiados a determinado intermediário financeiro de maneira simultânea, por conta, por exemplo, de uma *perda de confiança* na instituição, da qual pode redundar uma *crise sistêmica*, descrita, de maneira ímpar, por Carvalho et al:

A principal externalidade negativa a ser considerada, quando se examina a possibilidade de criação de normas regulatórias, é a possibilidade de *crises sistêmicas*, fortemente presentes na operação de instituições financeiras, quando obrigações de uma classe de instituição se constituem em ativos de outra, servindo assim como correia de transmissão de choques adversos à primeira. O *contágio* de choques adversos pode se dar, porém, em função de algo ainda mais difícil de controlar, que é a *perda de confiança* do público em alguma classe de instituição, quando uma delas sofre um choque adverso. O fenômeno da corrida bancária, frequente nas primeiras décadas deste século, é talvez a ilustração mais dramática deste fenômeno. Quando se assiste à quebra de um banco, por exemplo, é possível que clientes de outros bancos possam se perguntar se o mesmo não poderia ocorrer com as instituições com que operam. A simples dúvida, neste caso, pode ser fatal, porque pode ser suficiente para que clientes vejam como precaução adequada o saque de seus depósitos, condenando, assim, o resto do sistema à quebra.[11]

Em sentido semelhante, explorando os efeitos de uma *crise sistêmica*, descrevem Demirgüç-Kunt e Detragiache:

"(...) banking crises disrupt the flow of credit to households and enterprises, reducing investment and consumption and possibly forcing viable firms into bankruptcy. Banking crises may also jeopardize the

Antony. *Administração de instituições financeiras*. 2. ed. Trad. Antonio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Atlas, 2000, p. 81.

10. SINGER, Paul. *Para entender o mundo financeiro*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 52.

11. CARVALHO, Fernando J. Cardim de et al. *Economia monetária e financeira: teoria e política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 321. Nos mesmos termos: SINGER, Paul. Op. cit., p. 58; SAUNDERS, Antony. Op. cit., p. 87 e TOBIN, James. Financial intermediaries. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray (eds.); NEWMAN, Peter. *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: Macmillan, 1998, p. 340-348, p. 345. 4 vol., vol. 2.

functioning of the payments system and, by undermining confidence in domestic financial institutions, they may cause a decline in domestic savings and/or a large-scale capital outflow. Finally, a *systemic crisis* may force sound banks to close their doors."[12]

Quando desencadeada, a contenção da crise exige um complicado processo de múltiplas fases que, seguindo as observações de Kane e Klingebiel, pode ser dividido em um momento inicial, no qual as autoridades devem imediatamente refrear a crise, seguido de um período mais longo de reestruturação e mudanças no arcabouço jurídico-financeiro para, a longo prazo, enfrentar as consequências dela derivadas.[13] Dessa feita, pelo indiscutível prejuízo acarretado pelas *crises sistêmicas* – inclusive e potencialmente às patrimonialidades privadas – justifica-se que as autoridades monetárias se mantenham alertas à sua ocorrência, a partir do "termômetro" desses eventos catastróficos, qual seja, o *risco sistêmico*.[14]

Apesar de necessárias, as intervenções no mercado financeiro para debelar o *risco sistêmico* (v.g., "socorro financeiro"), mesmo quando bem planejadas e executadas, trazem consigo outros contratempos. Dentre os principais revezes estão a redução da eficiência e da competição

12. "(...) as crises bancárias interrompem o fluxo de crédito a particulares e empresas, reduzindo o investimento e o consumo e, eventualmente, forçando as empresas viáveis para a falência. As crises bancárias podem também comprometer o funcionamento do sistema de pagamentos e, por minar a confiança em instituições financeiras nacionais, podem causar uma diminuição da poupança interna e / ou uma saída de capitais em grande escala. Finalmente, uma crise sistêmica pode forçar os bancos sadios a fechar suas portas" (trad. livre). DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; DETRAGIACHE, Enrica. The determinants of banking crises in developing and developed countries. *Staff papers of the International Monetary Fund*, vol. 45, n. 1, p. 81-109. Washington, mar. 1998, p. 81. Em semelhante sentido, referindo ainda o custo fiscal que advém da crise sistêmica: KANE, Edward J.; KLINGEBIEL, Daniela. Alternatives to blanket guarantees for containing a systemic crisis. *Journal of financial stability*, vol. 1, n. 1, p. 59-62. Amsterdam, set. 2004, p. 31-63. Cabe observarmos também: TABAK, Benjamin M.; STAUB, Roberta B. Assessing financial instability: The case of Brazil. *Research in International Business and Finance*, vol. 21, n. 2, p. 188-189. Amsterdam, jun. 2007, p. 188-202; SCHWARCZ, Steven L. Systemic Risk. *The Georgetown Law Journal*, vol. 97, n. 1, p. 193-249. Washington, nov. 2008, p. 207.

13. KANE, Edward J.; KLINGEBIEL, Daniela. Op. cit., p. 32.

14. SCHWARCZ, Steven L. Op. cit., p. 198.

bancária, a criação de *moral hazard*,[15] a eventual elevação da inflação e, dependendo da situação cambial do país, ataques especulativos à moeda nacional.[16]

Todavia, se intensa é a preocupação da teoria financeira e dos órgãos de regulação quanto à possibilidade de *risco sistêmico*, intensa, também, é a discordância acerca de sua definição.[17] Consoante Bartholomew e Whalen, esse grau de dissenso pode ser explicado pelo impacto direto que uma determinada definição possuiria sobre a avaliação das oportunidades, nas quais seria justificada a ação da autoridade monetária.[18]

15. Determinados jargões financeiros não guardam tradução adequada ao idioma português e não nos afigura suficiente a tradução literal que seria algo como "perigo moral", por conta do nítido sentido *moralista* que essa tradução denotaria, o que não se demonstra no conceito da expressão. Assim, *moral hazard* pode ser definido como "*actions of economic agents in maximizing their own utility to the detriment of others, in situations where they do not bear the full consequences...*" ("ações dos agentes econômicos que maximizam suas próprias vantagens, em detrimento de outros, em situações na qual esses não suportarão as consequências de seus atos...") KOTOWITZ, Y. Moral Hazard. In: EATWELL, John (Ed.); MILGATE, Murray (ed.); NEWMAN, Peter. *The new Palgrave: a dictionary of economics*. London: Macmillan, 1998, 4 vol., vol. 3, p. 549-551, p. 549). No caso do sistema financeiro, a crença de que receberá ajuda governamental tende a incentivar o ator econômico a buscar riscos cada vez maiores, porquanto obterá maior lucro e, caso algo de errado aconteça, seus prejuízos serão, pelo menos em parte, cobertos.

16. DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; DETRAGIACHE, Enrica. Op. cit., p. 82. Analogamente: SCHWARCZ, Steven. Op. cit., p. 208-209; Introduction. In: KAUFMAN, George G. *Research in financial services: private and public police: banking, financial markets, and systemic risk*. Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. xiii-xiv, p. xiii; MISHKIN, Frederic S. Comment on systemic risk. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets, and systemic risk (research in financial services: private and public police)*. Greenwich e London: Jai Press, 1995. p. 31-45, p. 37.

17. Exemplo ilustrativo desse debate são as posições de: LORETAN, Mico. Economic Models of Systemic Risk in Financial Systems. *North American journal of economics & finance*. Greenwich e London, 1996, p 147-152, p. 150; BARTHOLOMEW, Philip F.; WHALEN, Gary W. Fundamentals of systemic risk. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets*...cit., p. 3-17, p. 7; MISHKIN, Frederic S. Comment on systemic risk. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets*...cit., p. 31-45, p. 32-33.

18. Nesse sentido: BARTHOLOMEW, Philip F.; WHALEN, Gary W. Op. cit., p. 4.

Assim, poderíamos, na esteira de Capelletto, Martins e Corrar,[19] englobar, em duas frentes, as posições existentes acerca do significado do termo *risco sistêmico*: a primeira focada na dimensão de um *choque*, a atingir boa parte da economia, enquanto a segunda busca operar a conceituação a partir da ideia de *sucessividade das perdas*, ideia última que se encontra representada por Kaufman:

"To me, systemic or contagion risk is the probability that cumulative losses will occur from a event that sets in motion a series of *sucessive losses* along a chain of institutions or markets comprising a system. The key word is successive. A loss to player "A" causes a loss to player "B", which, in turn, causes a loss to player "C" and so on down the chain. That is, systemic risk is the risk of a chain reaction of falling interconnected dominos."[20]

Nesses termos, o controle do *risco sistêmico*, conforme referem Demirgüç-Kunt e Detragiache, torna-se a maior preocupação[21] dos reguladores dos sistemas financeiros,[22] figurando, também, como o horizonte compreensivo da intervenção jurídico-penal no setor.

19. Capelletto, Lucio Rodrigues; Martins, Eliseu; Corrar, Luiz João. Mensuração do Risco sistêmico no setor bancário com variáveis contábeis e econômicas. *Banco Central do Brasil – Trabalhos para discussão*, vol. 169, p. 1-50. Brasília, jul. 2008, p. 10.
20. "Para mim, o risco sistêmico ou de contágio é a probabilidade de que as perdas cumulativas advindas de um evento que põe em marcha uma série de perdas sucessivas ao longo de uma cadeia de instituições ou mercados compreendendo um sistema. A palavra chave é sucessivo. Uma perda para o *player* [ator do mercado] 'A' provoca uma perda para o *player* [ator do mercado] 'B', que, por sua vez, provoca uma perda para o *player* [ator do mercado] 'C' e assim por diante na cadeia. Ou seja, o risco sistêmico é o risco de uma reação em cadeia de dominós interligados em queda." (trad. livre). Kaufman, George G. Comment on systemic risk. In: _____. *Research in financial services*...cit., p. 47-52, p 47.
21. Segundo Davis, outro fundamento seria a proteção dos pequenos consumidores (*retail investors*). (Davis, E. Philip. *Debt, financial fragility and systemic risk*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 122).
22. Demirgüç-Kunt, Asli; Detragiache, Enrica. Op. cit., p. 82. No mesmo sentido, Gai, Jenkinson e Kapadia avalizam que, diante dessas externalidades "The maintenance of financial stability is, therefore, a key objective for central banks and other financial regulators" ("A manutenção da estabilidade financeira é, portanto, um objetivo chave para os bancos centrais e outros reguladores financeiros." (tradução livre). Gai, Prasanna; Jenkinson,

Logicamente, o Direito Penal não se ocupa de todas as hipóteses geradoras de *risco sistêmico*, na medida em que este pode advir de uma prática *externa* à gestão da instituição financeira *stricto sensu* (decorrente, por exemplo, do mau desempenho da política econômica ou mesmo de uma crise de crédito internacional, com repercussões internas).[23] O tipo penal do art. 4.º da Lei 7.492/1986 exige que o efeito seja ocasionado a partir de uma gestão – em todo o caso fraudulenta ou temerária – *na própria* instituição financeira.

3. O BEM JURÍDICO E SUA *SIGNIFICATIVA POSSIBILIDADE DE AFETAÇÃO* COMO RESULTADO TÍPICO

Uma primeira consideração dogmática em torno aos tipos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira diz com sua alocação na categoria dos crimes de perigo abstrato. É o *risco* de dano ao sistema financeiro nacional o fundamento do delito, requisito necessário para que a conduta adquira contornos típicos.

Bem entendido que isso não implica na transformação do delito à categoria de perigo concreto. Sob a égide do princípio da *ofensividade* – consoante delineado por D'Ávila – sequer os delitos de perigo abstrato podem subsistir sem ao menos uma possibilidade não insignificante de lesão ao bem jurídico. O resultado, em hipóteses tais, consiste na criação, avaliável *ex ante*, de uma *situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico*, ou seja, um resultado eminentemente normativo, *mas, nem por isso, menos representativo de uma concreta situação de desvalor*. O

Nigel; KAPADIA, Sujit. Systemic risk in modern financial systems: analytics and policy design. *The journal of risk finance*, vol. 8, n. 2, p. 156-165. New York, 2007, p. 156.

23. Autores como Eisenbeis apontam que uma política econômica incompetente ou equivocada pode ser um dos maiores incentivos ao aumento do risco sistêmico e propiciadora de crises financeiras. No âmbito da crise turca de 2000, relatam Soral, ööcan e Hebb que, ao contexto de fraudes generalizadas, foi acrescida uma política regulatória fraca e mal executada. (EISENBEIS, Robert A. Systemic risk: bank deposits and credit. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets*...cit., p. 55-86, p. 73 e 82. Em sentido semelhante: SORAL, H. Bartu; IÖCAN, Talan; HEBB, Gregory. Fraud, banking crisis, and regulatory enforcement: evidence from micro-level transactions data. *European journal of law and economics*, v. 21, n. 2, p. 179-197. Dordrecht, abr. 2006, p. 191-192; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; DETRAGIACHE, Enrica. Op. cit., p. 83; KAUFMAN, George G. *Bank Failures, Systemic*...cit., p. 18.

ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz, assim, com a interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, representando, a conduta, uma *significativa possibilidade de sua afetação*.[24]

Considerado o bem jurídico a cuja tutela estão dispostos os delitos em questão, importa-nos identificar em que dimensão se poderia verificar essa *significativa possibilidade de afetação* a efeito de legitimar um juízo de tipicidade penal.

3.1 *"Instituição financeira" enquanto elementar do tipo e esfera de manifestação do bem jurídico: critérios de identificação*

Estruturalmente, o sistema financeiro nacional é um complexo formado pelas diversas instituições financeiras, cada qual representativa de uma parte desse todo. Cada uma dessas instituições seria, em princípio, uma esfera de manifestação do bem jurídico, se considerada a conectividade do sistema financeiro nacional.

Entretanto, não será qualquer ato ilícito praticado em qualquer instituição financeira que encontrará aptidão a ocasionar uma situação de risco hábil a colocar em xeque a normalidade do funcionamento do mercado financeiro e de capitais, trazendo reação de depositantes e investidores.

A grande justificativa para a regulação estatal (administrativa ou penal) é a possibilidade de que atos fraudulentos ou temerários tomados na gestão de uma instituição financeira levem à *perda da confiança* dos depositantes, ocasionando *corridas bancárias* e a subsequente *insolvência* de uma instituição financeira, e assim, sucessivamente, através de uma reação em cadeia (*efeito dominó*).[25]

Impõe-se-nos, pois, aplicar redutores teleológicos no desiderato de dar ao tipo uma identidade própria, o que agrega coerência interna na própria lei e minimiza os recorrentes problemas, quanto ao âmbito de aplicação de suas figuras penais, por vezes dispostas em situação de conflito aparente.

24. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p. 160-174.

25. Nesse sentido: KAUFMAN, George G. *Bank Failures, Systemic*...cit, p. 17; Introduction. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets*...cit., p. xiii; BARTHOLOMEW, Philip F.; WHALEN, Gary W. Op. cit., p. 3.

3.2 Instituição financeira típica e regular (autorizada a operar)

A primeira implicação da base teórica recém alinhavada é a consideração que a elementar "instituição financeira", exigida pelo art. 4.º da Lei 7.492/1986, não pode ser vista como um elemento meramente descritivo do tipo, mas normativo, impondo-se, "no caso dos delitos em questão", uma restrição do alcance do art. 1.º dessa Lei. A razão disso está na potencialidade da geração do resultado típico, considerada a esfera de manifestação do bem jurídico.

Assim, é importante não confundir qualquer sociedade anônima que negocie seus papéis em bolsa com uma instituição financeira. Isso porque no mercado de valores mobiliários o fluxo dos recursos se dá diretamente, à diferença do que ocorre no mercado financeiro propriamente dito, no qual o intermediário financeiro posiciona-se entre os pólos da relação econômica.[26] Ou seja, sob pena de considerarmos "instituição financeira" qualquer sociedade empresária que emita valores mobiliários, como um aviário ou uma companhia de transporte, devemos concluir no sentido de que, enquanto operem como meras emitentes de valores mobiliários, mesmo as instituições financeiras não estão sujeitas, nas fraudes praticadas nessa atividade, ao art. 4.º da Lei 7.492/1986.

Outrossim, a tipicidade do art. 4.º, *caput*, da Lei 7.492/1986 não inclui "instituições financeiras" não autorizadas a operar pela autoridade central, as quais, se manejadas, podem ensejar a aplicação do art. 16 da Lei 7.492/1986. A jurisprudência, com acerto, parece consolidar-se nesse sentido, sendo exemplar o seguinte excerto:

"A ideia de incriminação instituída pela Lei 7492/1986 levou em conta, de um lado, crimes praticados por agentes financeiros regulares e, de outro, por instituições que, sem a autorização de funcionamento, invadem o mercado com a finalidade de realizar negócios escusos e contrários à higidez do sistema. Nesse pé, o tipo do crime de "gestão fraudulenta de instituição financeira", representando o ato pelo qual o gestor, o diretor, o administrador da empresa atua contra os interesses do patrimônio dos investidores e clientes, bem assim, contra o próprio sistema financeiro, pressupõe a existência de empresa ou pessoa habilitada a atuar de forma legal, não se aplicando, por certo, aos agentes

26. SALGADO, Daniel de Resende. Do investimento coletivo ao crime contra o sistema financeiro nacional. *RT* 884/383-411. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009, p. 385.

clandestinos, pois estes estão compreendidos no tipo do art. 16 da Lei 7.492/1986 (REsp 897.656, 6.ª T., j. 11.12.2008, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura).

Sem embargo, a instituição financeira autorizada a operar como tal, que o faça, entretanto, além dos limites permitidos, submete-se à normatividade do art. 4.º da Lei 7.492/1986.

Por certo, também não haverá possibilidade de "risco sistêmico" ante uma pretensa fraude praticada por agiota (que use recursos de terceiros), por uma casa de bingo, de apostas ou por uma organização que intermedeie "investimentos" no tráfico de drogas ou de armas. Essas "instituições", em que pese possam ser subsumidas na amplíssima redação do art. 1.º da Lei 7.492/1986, não guardam qualquer relação com toda base teórica exposta; pelo contrário, a desconfiança e os riscos inerentes esse tipo de "investimento" são os principais motivos que reduzem o seu aporte de capital.

O mesmo se pode dizer de instituições com limites operacionais nitidamente reduzidos, como, por exemplo, operadoras de turismo e os meios de hospedagem de turismo (liberados para a efetuarem operações de câmbio, caso possuam autorização específica do Banco Central – RMCCI, título 1, capítulo 2, itens 3 e 5,); em que pese, virtualmente, subsumidas no conceito de instituição financeira esculpido pelo art. 1.º da 7.492/1986, não se constituem como uma esfera de manifestação do bem jurídico para efeitos de enquadramento no âmbito do art. 4.º da Lei 7.492/1986.

3.3 *A relevância econômico-financeira da instituição*

A *relevância econômico-financeira da instituição financeira* revela-se como um critério materialmente necessário à constatação de uma concreta situação de risco, apta a causar ofensa ao bem jurídico protegido nos delitos do art. 4.º da Lei 7.492/1986. As circunstâncias nas quais essa relevância se apresenta podem ser resumidas àquelas nas quais a instituição financeira se demonstrar: (a) *Too big to fail*;[27] (b)

27. "Muito grande para falir" (trad. livre). Referindo o tema do *Too big to fail* no âmbito da doutrina nacional: LUNDBERG, Eduardo Luís. Saneamento do sistema financeiro: a experiência brasileira dos últimos 25 anos. In: SADDI, Jairo (org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 53-70, p. 47.

Too many to fail;[28] e, (c) *Too [inter]connected to fail*,[29] variáveis que aqui funcionam como critérios plenamente afirmativos da relevância econômico-financeira da instituição:

(a) Too big to fail

A primeira e principal das formas pelas quais uma instituição financeira pode ocasionar o risco de contágio acima referido é por sua dimensão. Segundo Kaufman, a expressão *Too big to fail* ficou conhecida no ano de 1984, quando o Continental Illinois National Bank and Trust Company, à época o sétimo maior banco dos Estados Unidos e o maior em número de interconexões bancárias, tornou-se insolvente.[30]

Conforme narra Hetzel, a instituição investira em opções extremamente arriscadas, que lhe permitiram crescer muito rápido. Nessa oportunidade, a instituição possuía apenas dez por cento de seus depósitos segurados pelo FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation – Corporação Federal de Seguro de Crédito). Todavia, o órgão governamental, temendo que a "quebra" do Continental Illinois viesse a comprometer a segurança do mercado, manteve o banco funcionando por meio da aquisição de grande número de ações da *holding*.[31]

Esse tipo de operação, geralmente alcunhada de *bailout*,[32] e característica dos escândalos ocorridos nas décadas de 70 e 80, embora muitas

28. "Muitos para falirem" (trad. livre).

29. "Muito [inter]conectadas para falirem" (tradução livre). Acerca do caso do Banco Bear Stearns: ACKERMANN, Josef. The subprime crisis and its consequences. *Journal of Financial Stability*, vol. 4, n. 4, p. 329-337. Amsterdam, dez. 2008, p. 337.

30. KAUFMAN, George G. Too big to fail in banking: What remains? *The quarterly review of economics and finance*, vol. 42, n. 3, p. 423-436. Amsterdam, autumn 2003, p. 423.

31. HETZEL, Robert L. Too Big to Fail: origins, consequences, and outlook. *Economic Review*, vol. 77, n. 6, p. 3-15. Richmond, nov.-dez. 1991, p. 6-7.

32. O termo *bailout* era originalmente usado na aviação para descrever o ato de abrir o pára-quedas e abandonar uma aeronave em chamas ou queda, deixando com que exploda ao chão o que, segundo Shiller, por sua intensidade, acabou por dar-lhe preferência em face da nomenclatura que a situação recebia no século XIX como "esponja de insolvência" Conforme o autor, o *bailout* pode ser conceituado como "the rescue by the government or another entity of an irresponsible person or entity arising from failure to follow rules or take reasonable precautionary steps." (Tradução livre: "o

vezes necessária, acaba se convertendo em "benefício" aos gestores que malversaram o dinheiro alheio, em detrimento, normalmente, do contribuinte que deve arcar com o custo da operação.[33] Todavia, seu maior revés é o vício que acaba legitimando operações cada vez mais arriscadas e instituições mais ineficientes, porquanto sempre se esperará uma nova operação de resgate da autoridade monetária.[34]

(b) *Too many to fail*

Semelhante situação ocorre com aquelas instituições financeiras que se qualificam como *Too many to fail*. A estratégia, no caso de vários intermediários entrarem em colapso ao mesmo tempo, é a realização de *bailouts* em alguns desses, os quais acabam recebendo o ônus de absorver os demais. Contudo, a ausência de planejamento prévio por parte das autoridades incentiva que vários bancos se aglomerem, atuando de maneira semelhante, permitindo que assumam maiores riscos, desde que concentrados em uma área, de maneira que a eventual perda de um, será a perda de todos.[35]

No âmbito dos crimes previstos no art. 4.º da Lei 7.492/1986, é necessário atentar se as condutas ilícitas praticadas não se deram por meio de uma rede de outras instituições, quando será plenamente cumprido o requisito da relevância econômico-financeira, não pela instituição separadamente considerada, mas pela soma daquelas envolvidas nas ações fraudulentas ou temerárias.

(c) *Too [inter]connected to fail*

Após os episódios envolvendo a seguradora norte-americana AIG e o banco Bear Stearns, ganhou voga a expressão *Too [inter]connected to fail*,[36] que diz respeito à quantidade de vínculos financeiros que determi-

resgate pelo governo ou outra entidade de uma pessoa irresponsável ou entidade resultante da incapacidade de seguir as regras ou razoável tomar medidas de precaução." SHILLER, Robert. J. *The subprime solution*. Princeton e Oxford: Princeton University, 2008, p. 87-88).

33. Idem, p. 88-89.

34. MISHKIN, Frederic S. Comment on systemic risk. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets*...cit., p. 31-45, p. 40.

35. ACHARYA, Viral V.; YORULMAZER, Tanju. Too many to fail – An analysis of time-inconsistency in bank closure policies. *Journal of financial intermediation*, vol. 16, n. 1, p. 1-31. Amsterdam, jan. 2007, p. 1-3.

36. "Muito interconectado para quebrar" (trad. livre). Acerca do caso do Banco Bear Stearns: ACKERMANN, Josef. Op. cit., p. 337.

nada instituição possua com o restante do mercado; por isso, sua "quebra" torna-se igualmente preocupante. Consoante Chan-Lau, enquanto a problemática envolvendo aquelas instituições, que são *Too big to fail*, pode ser controlada a partir da imposição de limites às suas atividades, o mesmo não é possível com aquelas que são *Too [inter]connected to fail*, o que apresenta desafios muito maiores.[37]

Assim, uma instituição isolada, ainda que não se amolde a uma das situações descritas anteriormente, poderá qualificar-se como "instituição financeira", para fins do art. 4.º da Lei 7.492/1986, caso reste assentada que, por suas conexões societárias ou contratuais, demande o risco requerido pelo tipo.

3.4 Conclusão parcial

Diante das premissas acima alinhavadas, demonstra-se, até mesmo intuitivamente, que tão distante desse horizonte está uma fraude/temerariedade de certa monta praticada em uma instituição inexpressiva, quanto uma fraude/temerariedade inexpressiva praticada em uma instituição economicamente relevante.

Precisamente, em relação aos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, é a *possibilidade concreta de geração do risco sistêmico* o critério determinante à verificação de lesão ao bem jurídico e, por conseguinte, à constatação de um juízo positivo de tipicidade no âmbito do art. 4.º da Lei 7.492/1986.

Assim, e em resumo, podemos concluir que cada instituição financeira *típica*, *regular* (autorizada a operar) e investida de *relevância econômico-financeira* é um ambiente de manifestação do bem jurídico. Colocada a questão em termos tais, esclareça-se: o tipo não reclama uma lesão (ofensa) ao sistema financeiro nacional em sua inteireza estrutural; porém, tampouco se contenta com ilicitudes gerenciais praticadas em instituições que, em face de sua baixa limitação operacional, ausência de conectividade ao sistema financeiro ou inexpressividade econômica, não teriam aptidão a gerar uma *significativa possibilidade de afetação* do bem jurídico.

37. Chan-Lau, Jorge A. Regulatory Capital Charges for Too-Connected-To-Fail Institutions: A practical proposal. International Monetary Fund *Working Paper n. 10/98*, Washington, abr. 2010. Disponível em: www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp1098.pdf. Acesso em: 31.07.2010.

4. Elementares do tipo analisadas no contexto do horizonte compreensivo do delito

4.1 A acepção normativa do verbo gerir

O vocábulo *gerir/gestão*, desde 1938 (Dec. 869/1938), sempre foi entendido como um indicador de crime próprio de administradores de institutos de economia popular. Em tempos atuais, e porque precisamente assim determina o art. 25 da Lei 7.492/1986, a amplitude subjetiva do verbo contempla a ação de gerentes e diretores de instituição financeira. Cabe observar, entretanto, que esses devem ser assim reconhecidos não pelo crachá que ostentem, mas pelo efetivo poder de mando e direção que detenham.

Sob a perspectiva objetiva, há se vincular o verbo nuclear ao universo de atos praticados pelos gestores enquanto tais; ou seja, atos de gerência ou direção tomados na própria instituição. A respeito, surgiu uma discussão quanto ao alcance do verbo *gerir*, notadamente se exigente, ou não, de reiteração de condutas. Silva, buscando conceituá-lo, no contexto do tipo, assim concluiu:

"O referido núcleo, gerir, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas, repetitivas no tempo e no espaço. Gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal. E para que se infira ser a gestão fraudulenta ou temerária, necessário se faz cotejar esses atos no bojo de uma administração, gerência ou regência."[38]

Essa interpretação afastaria dos domínios do tipo uma ação gerencial fraudulenta pelo exclusivo fato de sua unicidade, a despeito de haver-se atingido, a partir dela, o resultado típico (perigo), o que não parece razoável. O problema, pois, parece ser outro, e reside no plano fático: a dificuldade *concreta* de que um único ato de gestão propicie a situação de perigo requerida pelo tipo.

38. Silva, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes de colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

Nesse particular, em que pesem respeitáveis posicionamentos em sentido contrário (v.g. Tórtima,[39] Breda[40] e Baltazar Junior[41] e Mazloum),[42] pensamos estar melhor colocada a questão nos termos em que defendidos por Tigre Maia, quando aponta que esses delitos seriam acidentalmente habituais, a permitirem que um ato isolado possa, em tese, configurar a infração, sem que sua recorrência implique uma pluralidade de delitos.[43]

4.2 *Os elementos normativos fraudulentamente e temerária*

4.2.1 *Fraude e temerariedade como violações da confiança*

Consoante observado acima, é a *confiança* depositada pelo restante dos participantes do mercado que permite às instituições financeiras, notadamente os bancos, operarem de maneira ilíquida. Além disso, foi devidamente mencionado o impacto destrutivo que o abalo dessa confiança pode trazer, levando à ocorrência das *corridas bancárias*, evento ocorrido nas décadas anteriores e um dos principais temores das autoridades monetárias.

Confiança é um conceito sobre o qual adquirimos determinado grau de compreensão por meio do senso comum.[44] Uma das primeiras abordagens analíticas acerca desse importante conceito foi realizada por Luhman, para quem a *confiança* teria o papel de *redutor de complexidade*, que nos permitiria agir racionalmente diante de infindáveis esco-

39. Desde a primeira edição da obra de Tórtima tal posição era defendida (Tórtima, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 52), sendo mantida na sua segunda edição (Idem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31).

40. Breda, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei n. 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101.

41. Baltazar Junior, José Paulo. *Crimes federais*, 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 331-332.

42. Mazloum, Ali. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86 doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Célebre, 2007, p. 85.

43. Maia, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 58.

44. Gambetta, Diego (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. Oxford: Basil Blackwell, 1990. Resenha de: Barber, Bernard. American Sociological Association, vol. 21, n. 3, p. 401-402, maio 1992, p. 401.

lhas possíveis aliadas a necessidades imediatas de ação, as quais, sem a presença desse sentimento, levariam à insuportabilidade do próprio convívio social.[45]

Sob esse aspecto, a *confiança*, genericamente, cumpriria o papel de fornecer *guias* ou, como prefere Barber, *mapas de expectativas*, viabilizando os contatos sociais contínuos, bem como a sua ordenação. Noutra perspectiva de análise, essa acepção ampla da palavra confiança pode ser vislumbrada enquanto expectativa de *fiduciary obligation and responsability*[46] (*responsabilidade fiduciária*), aplicável em situações, principalmente pelo exercício de um cargo, nas quais determinada pessoa deva colocar os interesses de outros acima dos seus, conforme impecavelmente descrito por Barber:

"Trust as fiduciary obligation goes beyond technically competent performance to the moral dimension of interaction. Technically competent performance can be monitored insofar as it is based on shared knowledge and expertise. But when some parties to a social relationship or member of a social system cannot comprehend that expertise, performance can be controlled by trust. A fiduciary obligation is placed on the holder and user of the special knowledge and skill with regard to the other members of his social system. Trust of the kind, then, is a social mechanism that makes possible the effective and just use of the power that knowledge and position give and forestalls abuses of that power. Society usually seeks to instill the moral sense of fiduciary responsibility in those who wield power, whether they be parents, government officials, foundation heads,[47] or professionals".[48]

45. LUHMANN, Nikklas. *Confianza*. Trad. Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 5, 39 e 40.

46. BARBER, Bernard. *The logic and limits of trust*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1983, p. 14-15.

47. Importante referir que a menção feita aos dirigentes de fundações não é aleatório, uma vez que o autor detidamente analisa o poder do terceiro setor nos Estados Unidos (Idem, p. 45-67).

48. "Confiança como obrigação fiduciária vai além do desempenho tecnicamente competente, indo até a dimensão moral da interação. O desempenho tecnicamente competente pode ser monitorado, na medida em que se baseia no conhecimento compartilhado e expertise. Mas quando algumas partes de uma relação social ou membro de um sistema social não podem compreender essa *expertise*, o desempenho pode ser controlado pela confiança. A obrigação fiduciária é depositada no detentor

No caso do sistema financeiro, resta claro que essa responsabilidade pesa sobre aqueles que dirigem os recursos das instituições financeiras. Os intrincados regramentos financeiros, as complexas operações envolvidas, a contabilidade monumental tornam impossível à maioria dos usuários dos serviços financeiros o seu controle através de conhecimentos científicos, motivo pelo qual é confiado aos gestores.

As fraudes são, historicamente, uma das maiores razões pelas quais bancos se tornaram insolventes e uma das formas mais graves de rompimento da *confiança*, liame do qual, segundo já observado, depende todo o sistema financeiro.[49] Também assim, a atuação conscientemente irresponsável do gestor, desalinhada dos parâmetros que norteiam o gerenciamento dos riscos estabelecidos pelas autoridades administrativas, ou pela regulamentação interna da própria instituição financeira, pode levar a um rompimento da confiança, trazendo abalo ao setor.

Nesse contexto, as elementares *fraudulentamente* e *temerária* devem ser caracterizadas como tais no horizonte compreensivo dos delitos, agregando tipicidade ao art. 4.º da Lei 7.492/1986, na medida em que forem aptas a violar a confiança dos depositantes, desencadeando a situação de risco requerida como resultado típico.

e usuário dos conhecimentos e habilidades especiais visando ao respeito aos outros membros do seu sistema social. Esse tipo de confiança, então, é um mecanismo social que torna possível a aplicação eficaz e justo uso do poder que o conhecimento, da posição e previne abusos desse poder. A sociedade geralmente busca incutir o sentido moral da responsabilidade fiduciária naqueles que exercem o poder, sejam eles pais, funcionários do governo, dirigentes de fundações, ou profissionais" (trad. livre) (Idem, p. 15). Semelhante análise é levada a cabo por Gambetta: "When we say we trust someone or that someone is trustworthy, we implicitly mean that the probability that he will perform an action that is beneficial or at least not detrimental to us is high enough for us to consider engaging in some form of cooperation with him." ("Quando dizemos que confiamos em alguém ou que alguém é digno de confiança, nós implicitamente queremos dizer que a probabilidade de que ele vai executar uma ação que é benéfica ou, ao menos, não prejudicial para nós é alta o suficiente para que nós cogitemos nos empenhar em alguma forma de cooperação com ele" – trad. livre) (GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? In:_____. (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations* cit., p. 213-237, p. 217).

49. KAUFMAN, George G. Banking and currency crisis and systemic risk: a taxonomy and review. *Financial Markets, Institutions & Instruments*, vol. 9, n. 2, p. 69-131. New York, may 2000, p. 85.

4.2.2 *Gestão fraudulenta: a fraude como elemento necessário, porém, insuficiente à configuração típica*

A economicidade legislativa que paira sobre o art. 4.º da Lei 7.492/1986 poderia ensejar, em leitura descomprometida, que o tipo objetiva a *punibilidade da fraude pela fraude*, operada na gestão de uma instituição financeira, o que não se pode aceitar. Embora a fraude seja elemento do delito, este não se esgota na fraude, senão que requer um resultado por ela intermediado. Assim o é na tradição do Direito Penal brasileiro, no qual a fraude está historicamente associada a um evento (real ou potencial) a ela externo (v.g., arts. 155, §4.º, 171, 179, 203, 215, 227, 230, 299, 306, 307, 334, 337-A, todos do CP).

A fraude não é *per se* relevante dentro do horizonte compreensivo do tipo (*risco sistêmico*). Apenas o será quando, pela sua gravidade, for capaz de gerar uma desconfiança em relação ao funcionamento da instituição, apta a trazer a reação dos depositantes, que assim se veriam estimulados a romper os vínculos existentes com essa instituição e abster-se de realizar novos negócios.

Assim, por exemplo, uma específica apropriação fraudulenta de valores de determinado cliente, praticada pelo gerente "X" da instituição financeira "Y", não leva, por si só, ao resultado requerido pelo tipo do art. 4.º da Lei 7.492/1986. Outras figuras típicas estão, na mesma lei, predispostas a fazer frente a ilicitudes em menor extensão (v.g., arts. 5.º, 6.º, 7.º, 9.º, 10 e 11).[50]

4.2.3 *Gestão temerária: o necessário recurso ao marco regulatório*

São conhecidos os problemas decorrentes do tipo penal de gestão temerária de instituição financeira (art. 4.º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986), principalmente, diante das diversas construções de sentido em torno ao elemento subjetivo do tipo (dolo direto, eventual – ou culpa) e, também, diante de sua extrema abertura textual.

Deve-se, inicialmente, afastar seu entendimento enquanto um delito de dolo eventual. Essa interpretação é diretamente extraída da doutrina que estudava a Lei 1.521/1951, uma vez que, sob a égide da Lei de Economia Popular, o termo "temerariamente" era mero indicador

50. Atente-se que o tipo do art. 4.º da Lei 7.492/1986 não ostenta uma perspectiva propriamente patrimonialista, o que dizia muito mais com a Lei de Economia Popular.

de dolo eventual,[51] dependente do resultado para complementar seu sentido (o resultado definia o risco que o agente assumia). A remoção do resultado "material" do crime determinou a insustentabilidade dessa posição, porquanto implicaria que o significado do tipo resumir-se-ia a gerir uma instituição financeira com "dolo eventual genérico", criação sem qualquer sentido. O dolo é, pois, direto.[52]

Outrossim, ante a vagueza da redação do tipo, já houve robusto pronunciamento judicial acerca de sua inconstitucionalidade,[53] por ofensa ao mandado constitucional de determinação taxativa (art. 5.º, XXIX, da CF/1988).

A nosso ver, a *única* maneira de *salvar* o delito passaria por compreender que a ilicitude penal está, no caso, *estritamente vinculada* às diretrizes fixadas pela autoridade administrativa no gerenciamento do potencial de risco admitido na gestão de uma instituição financeira. Haveremos, assim, de vislumbrar a elementar *temerária* como um elemento normativo, para cuja adjudicação de sentido se faz necessário o recurso ao marco regulatório específico, sobretudo, porque traduz uma valoração negativa de conduta que, antes de pertencer ao mundo do Direito, assenta-se como tal no âmbito do mercado financeiro. Não se trata, pois, de um juízo que se possa fazer sem a mediação ou, pelo menos, sem o auxílio das diretrizes administrativas (econômico-financeiras) que visam a limitar o risco das diversas operações realizadas no âmbito das instituições financeiras.

Apenas, por exemplo, é o Bacen a determinar que as instituições financeiras cumpram limites de riscos previstos nos *Acordos de Basiléia*

51. Oliveira, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional (doutrina, jurisprudência e legislação)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 154.

52. Recorde-se que o Presidente da República vetou o art. 24 da Lei 7492/1986, que estabelecia a possibilidade de punição dos delitos na modalidade culposa "O art. 24, por conflitar com o princípio, consagrado no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, de que só excepcionalmente é punível ação praticada sem dolo. Está o dispositivo em contradição lógica com grande parte dos tipos penais previstos no projeto. Impossível é conceder a forma culposa na maioria das condutas sancionadas penalmente".

53. Decisão do ilustre Juiz Federal Flávio Antonio da Cruz, prolatada na Ap 2003.70.00.039529-0/PR, apud Bitencourt, Cezar Roberto; Breda, Juliano, *Crimes contra o sistema financeiro nacional & Mercado de capitais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

(I e II), que uniformizaram, em linhas gerais, a administração de riscos do sistema financeiro internacional dos países signatários.[54]

Após *Basiléia I*, o CMN regulamentou os limites mínimos de capital realizado e patrimônio líquido para instituições financeiras, no objetivo de adequar o mercado financeiro aos padrões de solvência e liquidez internacionais (Res. CMN 2.099/2004). Segundo Fortuna, essa Resolução, em seu quatro anexos,[55] consolidou a mais importante mudança realizada no mercado financeiro até então, dentro dos últimos 30 anos.[56]

Paralelamente, a autarquia monetária atua como autoridade normativa, estabelecendo padrões mínimos de capital e de limites operacionais, assim como os procedimentos aplicáveis aos casos de descumprimento (Res. CMN 3.398/2006). No mesmo tom, e também exemplificativamente, o Bacen estabelece diretrizes e vedações específicas acerca do gerenciamento do risco de crédito, limitando a exposição da instituição por cliente (Res. CMN 2.844/2001) e vedando as instituições financeiras de: (a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos, e (b) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida (Res. CMN 1.559/1988 e Res. CMN 3.258/2005).

Apenas no que concerne à *Basiléia II*, a normatização decorrente abrange critérios de regulamentação sobre (a) o Patrimônio de Referência Exigido (PRE) (Res. 3.490/2007) (estabelecendo fórmulas inatingíveis, s.m.j., para os juristas), (b) Descumprimento Padrões Mínimos de Capital e Limites (Res. 3.398/2006); (c) Clas-

54. Fernandes, Antônio Alberto Grossi. *O sistema financeiro nacional comentado*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 319.

55. Anexo I – estabelece regras para o funcionamento, a transferência e a reorganização das instituições financeiras; Anexo II – fixa limites mínimos de capital e patrimônio líquido para o funcionamento das instituições financeiras autorizadas a operar pelo Bacen; Anexo III – disciplina a instalação e o funcionamento das dependências das instituições financeiras; Anexo IV – especifica regras de determinação do Patrimônio de Referência, que passa a ser calculado proporcionalmente ao grau de risco da estrutura dos ativos de cada instituição; com isso, se passaria a exigir das instituições financeiras a manutenção de um patrimônio líquido exigido compatível com o grau de risco da estrutura de seus ativos.

56. Fortuna, Eduardo. *Mercado financeiro – Produtos e serviços*. 16 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 699-700.

sificação Contábil na Transferência de Ativos: Res. 3.533/2008; (d) Retenção substancial dos riscos na transferência de ativos: Carta-Circular 3.361/2008; (e) Controle do risco de liquidez: Circular 3.393/2008; (f) Apuração de limites e padrões mínimos: Circular 3.398/2008; (g) Demonstrativo de Risco de Mercado Mensal (DRM): Carta-Circular 3.376/2009; (h) Demonstrativo do Risco de Liquidez (DRL): Carta-Circular 3.374/2009; (i) Demonstrativo de Limites e Padrões Mínimos (DLO): Carta-Circular 3.415/2009; (j) Demonstrativo do Risco de Mercado Diário (DDR): Carta-Circular 3.331/2008; (k) Estrutura de Gerenciamento do Risco Operacional: Res. 3.380/2006, (l) Estrutura de Gerenciamento do Risco de Crédito Res. 3.721/2009; (m) Estrutura de Gerenciamento do Risco de Mercado: Res. 3.464/2007; (n) Critérios para Classificação na Carteira de Negociação: Circular 3.354/2007; (o) Mensuração do Risco de Taxas de Juros no Banking Book: Circular 3.365/2007; (p) Limite de Exposição Cambial: Res. 3.488/2007 etc.

Afigura-se-nos, diante desse panorama, que não será o juiz a estabelecer *contracritérios* – ou *metacritérios* – ditando padrões de atuação distintos daqueles fixados pela autoridade competente e encarregada, em primeira mão, de resguardar o regular funcionamento do sistema financeiro nacional.

5. Considerações finais

Cooter e Ulen já pontuavam que os juristas deveriam aprender algo de economia e os economistas aprender algo de Direito,[57] porquanto Direito e Economia são sistemas em alguma medida autorreferentes, mostrando-se determinante ao e/ou determinado pelo outro. Certo é que ambos estão vinculados à política e nosso objeto de análise não admite o desprezo a esse contexto. Um contexto em que a política criminal, se não está *a serviço* das políticas econômicas (monetária, cambial, fiscal), tampouco guarda absoluta independência em relação a elas.[58]

57. Cooter, Robert; Ulen, Thomas. *Derecho y Economía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

58. Análise a respeito, abordando a relação *política cambial – política criminal*: Schmidt, Andrei Zenkner; Feldens, Luciano. *O crime de evasão de divisas – A tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Por essa razão, o Direito Penal, ao interpenetrar o ambiente econômico-financeiro, parece não haver como prescindir dos motivos determinantes da regulação do específico setor, considerada sua lógica de funcionamento, os riscos que lhe são inerentes e as ameaças que o cercam, um passo absolutamente necessário ao dimensionamento da zona de (i)licitude penal. No âmbito do art. 4.º da Lei 7.492/1986, hão de se manter essas pontes de conexão; a leitura de suas elementares deve estar integralmente orientada a esse horizonte compreensivo, que tem no risco sistêmico a precisa situação de ofensa ao bem jurídico, resultado este requerido pelo tipo.

6. Referências bibliográficas

Acharya, Viral V.; Yorulmazer, Tanju. Too many to fail – An analysis of time-inconsistency in bank closure policies. *Journal of financial intermediation*, Amsterdam, vol. 16, n. 1, jan. 2007, p. 1-31.

Ackermann, Josef. The subprime crisis and its consequences. *Journal of Financial Stability*, Amsterdam, vol. 4, n. 4, dez. 2008, p. 329-337.

Baltazar Junior, José Paulo. *Crimes federais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Barber, Bernard. *The logic and limits of trust*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1983.

_____. *American Sociological Association*, vol. 21, n. 3, maio 1992, p. 401-402.

Bartholomew, Philip F.; Whalen, Gary W. Fundamentals of systemic risk. In: Kaufman, George G. *Banking, financial markets, and systemic risk (research in financial services: private and public police)*. Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 3-17.

Bitencourt, Cezar Roberto; Breda, Juliano, *Crimes contra o sistema financeiro nacional & Mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Breda, Juliano. *Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei n. 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Campos, Francisco. A lei de proteção à economia popular. In: Lyra, Roberto. *Crimes contra a economia popular: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1940, p. 84-90.

Capelletto, Lucio Rodrigues; Martins, Eliseu; Corrar, Luiz João. Mensuração do Risco Sistêmico no Setor Bancário com Variáveis Contábeis e Econômicas. *Banco Central do Brasil – Trabalhos para discussão*, vol. 169, Brasília, jul. 2008, p. 1-50.

Carvalho, Fernando J. Cardim de et al. *Economia monetária e financeira: teoria e política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Chan-Lau, Jorge A. Regulatory Capital Charges for Too-Connected-To-Fail Institutions: A practical proposal. International Monetary Fund. *Working Paper n. 10/98*, Washington, abr. 2010, Disponível em: [www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp1098.pdf]. Acesso em: 31.07.2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

DAVIS, E. Philip. *Debt, financial fragility and systemic risk*. New York: Oxford University Press, 1995.

DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; DETRAGIACHE, Enrica. The determinants of banking crises in developing and developed countries. *Staff papers of the International Monetary Fund*, vol. 45, n. 1. Washington, mar. 1998, p. 81-109.

EISENBEIS, Robert A. Systemic risk: bank deposits and credit. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets, and systemic risk: (Research in financial services: private and public police)*. Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 55-86.

FERNANDES, Antônio Alberto Grossi. *O sistema financeiro nacional comentado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRERES COMELA, Victor. *El Princípio de taxatividade en materia penal y el valor normativo da jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 2002.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro – Produtos e Serviços*. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GAI, Prasanna; JENKINSON, Nigel; KAPADIA, Sujit. Systemic risk in modern financial systems: analytics and policy design. *The journal of risk finance*, vol. 8, n. 2. New York, 2007, p. 156-165.

GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? In: _____. (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. Oxford, GBR: Basil Blackwell, 1990, p. 213-237.

HETZEL, Robert L. Too Big to Fail: origins, consequences, and outlook. *Economic Review*, vol. 77, n. 6. Richmond, nov.-dez. 1991, p. 3-15.

HUNGRIA, Nélson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1939.

KANE, Edward J.; KLINGEBIEL, Daniela. Alternatives to blanket guarantees for containing a systemic crisis. *Journal of financial stability*, vol. 1, n. 1. Amsterdam, set. 2004, p. 31-63.

KAUFMAN, George G. Banking and currency crisis and systemic risk: a taxonomy and review. *Financial Markets, Institutions & Instruments*, vol. 9, n. 2. New York, maio 2000, p. 69-131.

_____. Bank failures, systemic risk, and bank regulation. *The Cato journal*. Washington/DC, vol. 16, n. 1. Spring/Summer 1996, p. 17-45.

_____. Comment on systemic risk. In:_____. *Research in financial services: private and public police: banking, financial markets, and systemic risk*. Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 47-52.

_____. Too big to fail in banking: What remains? *The quarterly review of economics and finance*, vol. 42, n. 3. Amsterdam, autumn 2003, p. 423-436.

_____. INTRODUCTION. In: KAUFMAN, George G. *Research in financial services: private and public police: banking, financial markets, and systemic risk*. Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. xiii-xiv.

KOTOWITZ, Y. Moral Hazard. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray (eds.); NEWMAN, Peter. *The new Palgrave: a dictionary of economics*. London: Macmillan, 1998. 4 vol. vol. 3, p. 549-551.

LUHMANN, Nikklas. *Confianza*. Trad. Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos. 1996.

LUNDBERG, Eduardo Luís. Saneamento do sistema financeiro: a experiência brasileira dos últimos 25 anos. In: SADDI, Jairo (org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 53-70.

LOPES, João do Carmo; ROSSETTI, José Paschoal. *Economia monetária*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1988.

LORETAN, Mico. Economic Models of Systemic Risk in Financial Systems. *North American journal of economics & finance*, vol. 7, n. 2, Greenwich e London, p 147-152, 1996.

LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira: Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAZLOUM, Ali. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86 doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Célebre, 2007.

MISHKIN, Frederic S. Comment on systemic risk. In: KAUFMAN, George G. *Banking, financial markets, and systemic risk (research in financial services: private and public police)*. Greenwich e London: Jai Press, 1995. p. 31-45.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000.

OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional: (doutrina, jurisprudência e legislação)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

SALGADO, Daniel de Resende. Do investimento coletivo ao crime contra o sistema financeiro nacional. *RT*, vol. 884. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009, p. 383-411.

SAUNDERS, Antony. *Administração de instituições financeiras*. 2. ed. Trad. de Antonio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Atlas, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas – a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWARCZ, Steven L. Systemic Risk. *The Georgetown law journal*, vol. 97, n. 1, Washington, nov. 2008, p. 193-249.

SHILLER, Robert. J. *The subprime solution*. Princeton e Oxford: Princeton University, 2008.

SINGER, Paul. *Para entender o mundo financeiro*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. *Crimes de colarinho branco*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SORAL, H. Bartu; IŞCAN, Talan; HEBB, Gregory. Fraud, banking crisis, and regulatory enforcement: evidence from micro-level transactions data. *European journal of law and economics*, vol. 21, n. 2. Dordrecht, abr. 2006, p. 179-197.

TABAK, Benjamin M.; STAUB, Roberta B. *Assessing financial instability: The case of Brazil. Research in International Business and Finance*, vol. 21, n. 2. Amsterdam, jun. 2007, p. 188-202.

TOBIN, James. Financial intermediaries. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray (eds.); NEWMAN, Peter. *The new Palgrave: a dictionary of economics*. London: Macmillan, 1998. 4 vol. vol. 2, p. 340-348.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: (uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: (uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

5956

7
Reflexões sobre os crimes tributários

LUIZ RENATO PACHECO CHAVES DE OLIVEIRA

Especialista em Direito Processual Civil, Direito Tributário e Direito Administrativo pela PUC-SP. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Juiz Federal Criminal em São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Tributário; Processual

RESUMO: Este trabalho busca analisar o fenômeno do pagamento como forma de extinção de punibilidade de forma crítica e baseado na experiência do autor como operador do direito. Pretende, ainda, ao tratar dos delitos tributários fazer observações sobre o direito tributário, em função das intersecções sobre os temas, mas também para apartar regras e instrumentos que podem ser perfeitamente aplicados na seara tributária, sem encontrar devida correspondência no âmbito penal. Analisa algumas peculiaridades de cada um dos crimes que podem ser considerados delitos tributários, para que seja possível reconhecer as similitudes e diferenças entre eles, a fim de verificar a possibilidade de aplicação de institutos como a extinção da punibilidade pelo pagamento e término do processo administrativo para início da persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes tributários – Pagamento – Extinção da punibilidade – Responsabilidade tributária – Responsabilidade penal.

ABSTRACT: The intention of this paper is to critically analyze payment as a way to extinguish punishability (the ability to punish), based on the author's legal professional experience. By dealing with tax offenses, this paper intends to raise observations on tax law, based on the intersection among topics, as well as to separate rules and instruments that can be perfectly applicable to tax issues and not necessarily connected to criminal law. It analyzes the peculiarities of each crime that can be considered a tax offense to make it possible to recognize similarities and differences among them, in order to verify tools' applicability as of the extinction of punishability by payment and the administrative process conclusion to initiate the accusatory procedure.

KEYWORDS: Tax crimes – Payment – Extinction of punishability – Tax responsibility – Criminal responsibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve histórico sobre o pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade e o papel do parcelamento – 3. Críticas sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento – 4. Consequências da extinção da punibilidade pelo pagamento – da necessidade do término do processo administrativo para o início da persecução penal – 5. Presunções baseando condenações penais – 6. Responsabilidade tributária *vs.* responsabilidade penal: 6.1 Descrição pormenorizada das condutas na denúncia; 6.2 Erro de tipo e planejamento tributário; 6.3 Falsidade *vs.* crime tributário – 7. Descaminho como crime tributário – 8. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de expor pontos conflituosos referentes aos crimes contra a ordem tributária dentro de uma abordagem de cunho eminentemente prático, principalmente em função da observação de casos concretos com os quais me deparo, no exercício da judicatura em vara criminal federal, ao longo dos últimos oito anos.

É certo que, para tanto, será necessário abordar a evolução histórica das leis que tratam dos chamados crimes tributários, principalmente a Lei 8.137/1990, cuja redação sofreu algumas alterações ao longo de seus 20 anos de vigência.

Serão objeto de estudo, ainda, as decisões dos Tribunais Superiores sobre a matéria que também sofreram mutações profundas no decorrer do período em questão.

Conforme mencionado inicialmente, o enfrentamento do tema será feito a partir de elementos hauridos da atuação diuturna como magistrado, de forma que não há qualquer pretensão de desenvolver estudos mais aprofundados no que diz respeito à ciência do direito, mas apenas de expor experiências, sugestões, críticas, aflições e, por que não, dúvidas a respeito da matéria.

O estudo não se propõe, ainda, a analisar cada um dos dispositivos legais referentes aos crimes tributários, mas a levantar questões a respeito de alguns pontos polêmicos, de modo que os assuntos serão abordados de forma estanque, com alguma solução de continuidade.

Desde já, adianto que para que possamos compreender efetivamente os crimes contra a ordem tributária, tipificados nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, é imprescindível que nos debrucemos também sobre os delitos tipificados nos arts. 168-A e 337-A do CP, os quais possuem íntima relação com os crimes referidos acima, e sobre o art. 334 do CP

também, que, a despeito de ponderações tanto da doutrina quanto da jurisprudência em apartar o descaminho dos demais crimes tributários, o fato é que as semelhanças são muitas para serem ignoradas.

Passo a elencar os temas a serem abordados, de forma que o leitor pode se direcionar diretamente aos pontos de maior interesse, se assim desejar.

Inicialmente tratarei do problema referente ao pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade e do parcelamento do débito como causa suspensiva da pretensão punitiva, bem como do consectário natural de tais disposições, a necessidade do término do processo administrativo para o início da ação penal.

Em seguida, passarei a abordar alguns pontos que me afligem no dia a dia de uma vara criminal: a impossibilidade da condenação penal lastrear-se em presunções, a diferenciação necessária entre a responsabilidade tributária e a responsabilidade penal tributária, principalmente no que diz respeito ao elemento subjetivo dos tipos penais em questão, e a possibilidade de investigações de condutas em tese criminosas, mesmo antes do término do processo administrativo fiscal.

Por fim, deixo uma dúvida para meditação, em relação à caracterização do descaminho como crime tributário e os efeitos de tal situação.

2. Breve histórico sobre o pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade e o papel do parcelamento

O ordenamento penal brasileiro tradicionalmente confere ao pagamento o condão de extinguir a punibilidade dos crimes tributários.

Desde a edição da Lei 4.729/1965, que, em seu art. 1.º, tipificou crimes de sonegação fiscal, já havia, no art. 2.º, a previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, com a limitação temporal de o recolhimento anteceder a ação fiscal correspondente.[1]

Outros dispositivos legais, como o art. 1.º da Lei 5.498/1968,[2] o Dec. 157/1967 e o Dec.-lei 1.060/1969, também faziam referência à extinção

1. "Art. 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria."
2. "Art. 1.º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos na Lei 4.729, de 14.07.1965, para os contribuintes do impôsto de renda que, dentro de 30 (trinta) dias da publicação desta Lei, satisfizerem o pagamento de seus

da punibilidade pelo pagamento do tributo, todos com marcos temporais definidos e relativos a momentos do processo administrativo tributário.

Com o advento da Lei 8.137/1990, a extinção da punibilidade pelo pagamento passou a ser prevista da seguinte forma: "Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1.º a 3.º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia." Observe-se que, diferentemente dos dispositivos legais anteriores, o marco temporal para que o pagamento tivesse o condão de extinguir a punibilidade passou a ser o recebimento da denúncia.

Ocorre que tal dispositivo teve curta duração, pois foi expressamente revogado pelo art. 98 da Lei 8.383/1991.

Contudo, após alguns anos, a Lei 9.249/1995 reincorporou ao ordenamento jurídico a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito até o recebimento da denúncia.[3]

Até então, não havia qualquer referência ao papel do parcelamento do débito no que diz respeito aos crimes tributários, mas decisões do STJ passaram a conferir ao parcelamento do débito o atributo de extinguir a punibilidade, desde que antecedesse ao recebimento da denúncia, sob o argumento de que o parcelamento consistiria em novação, de sorte que a obrigação tributária original deixaria de existir, permitindo a aplicação do disposto no art. 34 da Lei 9.249/1995.[4]

Tal posicionamento, entretanto, não recebeu acolhida na jurisprudência do STF, que entendia ser apenas o pagamento suficiente para

débitos na totalidade, ou efetuarem o pagamento de 1.ª (primeira) quota do parcelamento que lhes tenha sido concedido" (mantida a grafia original).

3. "Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

4. RHC 11816/MG, 6.ª T., j. 26.02.2002, rel. Min. Vicente Leal (1103), *DJ* 18.03.2002, p. 302, *LEXSTJ*. vol. 155, p. 293.
Ementa: "Penal. *Habeas corpus*. Denúncia. Art. 41 do CPP. Delitos societários. Exame de prova. Impropriedade do *writ*. Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137/1990. Parcelamento do débito. Extinção da punibilidade.
– Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa.
– Se para o deslinde da questão é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do habeas-

acarretar a extinção da punibilidade, sem que o parcelamento tivesse qualquer efeito.[5]

Só com o advento da Lei 9.964/2000 (Lei que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – Refis) é que o parcelamento passou a possuir, de forma expressa, algum efeito no que diz respeito aos crimes tributários. A referida Lei, em seu art. 15, manteve a extinção da punibilidade pelo pagamento antes do recebimento da denúncia e conferiu ao parcelamento a propriedade de suspender a pretensão punitiva, bem como o curso do prazo prescricional.[6]

Foi a primeira vez que se utilizou a expressão "suspensão da pretensão punitiva", posteriormente repetida em outras leis que trataram de parcelamentos. Também de forma inaugural houve menção aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, mas também aos delitos

corpus, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária.

– *Em sede de crime contra a ordem tributária, ocorre a extinção da punibilidade com a concessão do parcelamento da dívida pela Administração antes do recebimento da denúncia, nos termos do art. 14, da Lei 8.137/1990, revigorado pelo art. 34, da Lei 9.249/1995.*

– Para a caracterização do crime em tela, é necessária a presença do dolo específico, ou seja, o ânimo de furtar-se ao cumprimento da obrigação tributária, inexistente na hipótese em que o contribuinte celebra com a Administração acordo de pagamento parcelado da dívida, resultando atípica a conduta imputada.

– Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido."

5. HC 74754/SP, rel. Min. Néri da Silveira. Crime contra a ordem tributária – Leis 8.137/1990 e 9.249/1995.

2. Alegação de constrangimento ilegal, por não ter a sentença condenatória nem o acórdão que a confirmou reconhecido o extinção da punibilidade, na forma do art. 34 da Lei 9.249/1995.

3. O Plenário do STF, a 04.10.1995, ao julgar a Questão de Ordem no Inq 1028-6/RS, assentou que o simples parcelamento do débito não significava o pagamento do tributo, para efeito de extinção da punibilidade.

4. Hipótese em que a primeira parcela do débito parcelado venceu em 24.04.1995, quando a denúncia já fora recebida a 21.03.1995, estando a ação penal em curso a mais de 30 dias.

5. *Habeas corpus* indeferido" (STF, 2.ª T., j. 04.03.1997, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 05.11.1999).

6. "Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º e no art. 95 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos

do art. 95 da Lei 8.212/1991, que tratavam de crimes previdenciários, atualmente previstos nos arts. 168-A e 337-A, do CP.

Aliás, ainda no ano 2000, a Lei 9.983/2000 incluiu os delitos de apropriação indébita de contribuições previdenciárias e de sonegação de contribuição previdenciária no Código Penal, sendo certo que ambos os dispositivos voltaram a tratar do tema relativo ao pagamento como causa extintiva da punibilidade, não mencionando a denúncia como marco temporal a ser observado, mas o início da ação fiscal.[7]

Tais dispositivos acabaram derrogados pela Lei 10.684/2003, que passou a dispor sobre a extinção da punibilidade nos seguintes termos:

"Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal."

7. "Art. 168-A (...) § 2.º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal."
"Art. 337-A (...)§ 1.º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal."

§ 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios."

É de se observar que o dispositivo em questão traz o pagamento como causa extintiva da punibilidade, mas inova ao não condicionar o ato e sua consequência a qualquer prazo, diferentemente de leis anteriores que sempre trouxeram marco temporal. O pagamento realizado em qualquer momento (antes ou depois do recebimento da denúncia) gera, portanto, a extinção da punibilidade pelo crime em tela.

A Lei 10.684/2003 tratava de regime especial de parcelamento de débitos tributários, denominado PAES, contudo o dispositivo contido no referido art. 9.º, a exemplo do que ocorreu com o art. 15 da Lei 9.964/2000 (Refis), foi considerado pela jurisprudência, uma norma penal de incidência ampla e, por trazer norma benéfica, deveria ter aplicação retroativa. Tal posicionamento foi referendado pelo STF no *leading case*, HC 81.929, relatado pelo Min. Cezar Peluso.[8]

Interessante mencionar que o artigo em comento tratava da extinção da punibilidade apenas para o pagamento decorrente de parcelamento deferido nos termos da Lei em que se encontrava inserido, mas, por evidente se houvesse pagamento à vista ou decorrente de qualquer outro tipo de parcelamento, a extinção da punibilidade deveria ocorrer.

Ainda no que pertine à Lei 10.684/2003, cumpre destacar que esta permitia parcelamentos realizados apenas por pessoas jurídicas, entretanto, por questão de isonomia, as pessoas físicas que empreendessem pagamentos também eram beneficiadas pela extinção da punibilidade.

Além disso, a Lei em questão não permitia o parcelamento de débitos referentes às contribuições previdenciárias dos empregados,[9]

8. HC 81929/RJ, 1.ª T., j. 16.12.2003, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ ac. Min. Cezar Peluso, *DJ* 27.02.2004.
   Ementa: "Ação Penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9.º da Lei 10.684/2003, c/c. art. 5.º, XL, da CF/1988, e art. 61 do CPP. *O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário*".
9. Havia, na lei originalmente aprovada, a possibilidade de parcelar tais débitos no art. 5.º, contudo, tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.

mas como o art. 168-A era expressamente referido pelo art. 9.º da Lei 10.684/2003, a extinção da punibilidade foi aplicada também em relação a tal delito.

Hoje o tema é regrado pela Lei 11.941/2009, que dispõe sobre a suspensão da pretensão punitiva em seu art. 68 e sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento em seu art. 69. Vejamos:

"Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, e nos arts. 168-A e 337-A, do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1.º a 3.º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1.º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal."

Cumpre salientar que essa Lei possibilita o parcelamento de todos os débitos, inclusive os referentes às contribuições previdenciárias dos empregados e débitos de pessoas físicas, de forma que as discussões sobre tais temas estão superadas.

Portanto, a adesão da pessoa física ou jurídica a qualquer tipo de parcelamento e a qualquer tempo, implica a suspensão da pretensão punitiva, portanto, do inquérito policial ou ação penal, bem como do prazo prescricional. Já o pagamento, seja decorrente do pagamento das parcelas, seja à vista, também a qualquer momento, implica a extinção da punibilidade.

3. Críticas sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento

No ordenamento jurídico brasileiro a recomposição do dano em crimes praticados sem violência ou grave ameaça (como são os crimes

tributários) possui duas consequências: se for feita antes do recebimento da denúncia acarreta a redução de pena de um a dois terços, instituto previsto no art. 16 do CP e denominado de arrependimento posterior; se ocorrer após o recebimento da denúncia, mas antes do julgamento constitui circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do CP, sendo aplicável na segunda fase da dosimetria da pena.

Há ainda o caso excepcional do peculato culposo, onde a reparação do dano permite a extinção da punibilidade, mas a comparação aí é incabível, pois neste delito o dano não é provocado pelo autor, mas por terceiro, graças à atuação descuidada do agente.

Pois bem, isto quer dizer que se alguém cometer um furto ou estelionato (delito por sinal bastante semelhante ao do art. 1.º da Lei 8.137/1990 e 337-A do CP, que também tratam de fraudes para obtenção de vantagens ilícitas) e restituir à vítima todo o seu patrimônio desfalcado ilicitamente, vai ser condenado criminalmente e experimentar como vantagem, na melhor das hipóteses, uma redução em sua pena.

Por outro lado, caso um agente pratique fraude não para lesar um particular, mas sim, ao Fisco, desfalcando-o de milhões de reais que poderiam ser utilizados para a construção de casas ou escolas, depois de ter sido denunciado e processado criminalmente, ao perceber que a condenação é iminente, promover o pagamento da dívida, terá extinta sua punibilidade.

Somem-se a isso os regulares benefícios legais concedidos de tempos em tempos aos maus pagadores de tributos, que permitem o pagamento com isenção de multa e juros ou, ao menos, grandes descontos e está traçado o quadro.

No Brasil, é possível calcular sobre a viabilidade da sonegação de tributos, pois de duas uma, ou o sonegador não é descoberto e efetivamente deixa de pagar sem que nenhuma consequência o atinja (sem contar com a concorrência desleal em relação aos demais, se estivermos falando de não pagamento de tributos de empresas), ou, sendo descoberto posterga o pagamento do tributo, por meio de recursos, aguardando uma lei de anistia ou parcelamento para empreender o pagamento, que na seara penal implicará a extinção de sua punibilidade.

O sistema premia o sonegador, portanto.

Mas não é só, o problema deve ser enfrentado também dentro da dogmática penal.

Se o direito penal é fragmentário, só devendo atuar no caso de lesões significativas contra bens jurídicos caros ao corpo social, se é verdade que a Constituição Federal alberga o princípio da intervenção mínima, não se pode tolerar a utilização da ameaça de sanção penal para obrigar o pagamento de tributos.

Ou o bem jurídico "arrecadação tributária" é relevante o suficiente para merecer a proteção, que se pretende mais efetiva em nosso sistema constitucional, ou não. O que não se pode admitir é a forma como a questão é tratada hoje em dia, transformando a Justiça Criminal em cobradora de tributos.

Não é razoável o tratamento diferenciado conferido aos sonegadores, seja encarando a questão sob o prisma da repressão quanto da prevenção geral, pois estimula a prática de condutas criminosas que acabam ficando sem punição em função de fato posterior que não encontra paralelo na legislação (vide art. 107 do CP, que traz a maioria dos casos de extinção da punibilidade em rol não exaustivo).

Penso que, hodiernamente, é possível afirmar que o interesse do Fisco em receber corretamente o produto da arrecadação, a despeito da descrença da sociedade como o destino do dinheiro público e da tolerância a certas formas de sonegação, merece proteção penal, mas para que ela seja efetiva, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo deveria ser definitivamente extirpada de nosso ordenamento jurídico.

4. Consequências da extinção da punibilidade pelo pagamento – da necessidade do término do processo administrativo para o início da persecução penal

A necessidade de se aguardar o término do processo administrativo fiscal para que se inicie a persecução penal encontra previsão na Súmula vinculante 24 do STF:

"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, I, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo."

A súmula em questão foi editada em função de uma série de decisões da Suprema Corte no sentido de que seria necessário aguardar o término do procedimento administrativo tributário para poder se falar na existência de crime, isto a partir do *leading case*, HC 81.611, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, assim ementado:

I. Crime material contra a ordem tributária (art. 1.º da Lei 8.137/1990): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (MC na ADIn 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1.º da Lei 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (art. 34 da Lei 9.249/1995), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, subtraia-se do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

Nem sempre foi assim, teorias similares já haviam sido apreciadas anteriormente e rechaçadas de modo quase pacífico pelas Cortes brasileiras, inclusive pelo STJ e pelo próprio STF.

Como exemplo, podemos citar a tentativa de cercear a atuação do Ministério Público, por força do disposto no art. 83 da Lei 9.430/1996, o qual determinava que a representação fiscal para fins penais referente aos crimes contra a ordem tributária só seria encaminhada ao *Parquet* depois de proferida decisão final no processo administrativo.

Após algumas confusões a respeito de tal dispositivo consistir em condição de procedibilidade, ou se o processo administrativo fiscal seria questão prejudicial à ação penal (correto este último entendimento), a jurisprudência dominante do STJ orientou-se no sentido de que havia independência entre as instâncias administrativa e penal, não necessitando o Ministério Público, como *dominus litis*, de representação do

Fisco para proceder à persecução penal contra eventuais autores de crimes contra a ordem tributária. Na esteira das decisões jurisprudenciais, portanto, o art. 83 da Lei 9.430/1996 seria norma dirigida apenas para a administração fiscal, não produzindo quaisquer efeitos na seara penal.

Importante ressaltar que o art. 83 da Lei 9.430/1996 foi julgado constitucional pelo STF na ADIn 1.571, de 10.12.2003.

É certo que o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade mencionada buscou compatibilizar o decidido com o teor do HC 81.611. Entretanto, a medida cautelar examinada pelo Min. Néri da Silveira, em 20.03.1997, deixa clara a orientação que então imperava no STF, em tudo semelhante ao que os demais Tribunais estavam decidindo à época, ou seja, de modo contrário à ideia da necessidade de esperar o término do processo administrativo fiscal para o início da ação penal em crimes tributários:

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 9.430, de 27.12.1996, art. 83. 3. Arguição de inconstitucionalidade da norma impugnada por ofensa ao art. 129, I, da CF/1988, ao condicionar a *notitia criminis* contra a ordem tributária 'a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário,' do que resultaria limitar o exercício da função institucional do Ministério Público para promover a ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 4. Arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990. 5. Dispondo o art. 83 da Lei 9.430/1996, sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, no caso, rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo *notitia criminis*, acerca de delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990. 6. Não cabe entender que a norma do art. 83, da Lei 9.430/1996, coarcte [*sic*] a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da CF/1988, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o Ministério Público Federal, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. 7. O art. 83 da Lei 9.430/1996, não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público. 8. Relevância dos funda-

mentos do pedido não caracterizada, o que é bastante ao indeferimento da cautelar. 9. Medida cautelar indeferida."

Esse era o panorama e, desde então, pouca controvérsia se colocou a respeito do tema, ao menos até o advento da decisão do STF, no *habeas corpus* já mencionado, que levou à edição da súmula vinculante.

Porque então houve a alteração no posicionamento do STF?

A resposta é simples, na verdade o que ocorreu não foi verdadeiramente uma mudança de entendimento jurídico e sim, uma forma de, pragmaticamente, possibilitar a discussão administrativa para que o eventual pagamento do débito ocorra em quantia mais próxima da efetivamente devida, levando à extinção da punibilidade.

Se verificarmos os votos dos Ministros do STF no HC 81.611, é possível constatar que havia grande preocupação com o direito de defesa administrativa e com lançamentos originariamente feitos em valores elevados que posteriormente, na seara administrativa, sofriam grandes reduções.

Min. Sepúlveda Pertence aduziu, conforme escólio de Hugo de Brito Machado, que a ameaça da ação penal não pode fazer com que o contribuinte seja obrigado a recolher o tributo antes de discuti-lo administrativamente, pois tal fato acarretaria o amesquinhamento de garantias constitucionais, sendo mais odioso que o vetusto princípio do *solve et repete*.

O Min. Nelson Jobim, valendo-se de estudos realizados quando do julgamento do HC 77.002 (cujo voto acabou fazendo parte integrante do HC 81.611), traçou uma evolução histórica dos delitos fiscais no Brasil, concluindo que a incriminação sempre serviu como instrumento de arrecadação, sendo certo que a própria possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo reforça esse entendimento. Reiterou o argumento da ameaça da ação penal não poder extirpar do contribuinte o direito constitucional de se insurgir administrativamente contra o lançamento. Valeu-se, a título de exemplo, da situação em que o Fisco poderia exigir valor muito superior ao efetivamente devido e o contribuinte seria obrigado a recolher para safar-se da ação penal.

O Min. Cezar Peluso trouxe, em seu voto, a afirmação (acertada no meu modo de ver a questão) de que o tributo é elemento normativo do tipo penal em questão. Ocorre que Sua Excelência foi além quando mencionou tributo exigível, ressaltando que o Fisco não poderia exigir tributo por meio de ação penal (ainda que de forma indireta) se não

pudesse fazê-lo por ação cível. Essa afirmação induz ao seguinte raciocínio: o que ocorreria com a ação penal diante de outras causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário?

Ora, ou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, seja em função de qualquer das causas mencionadas no art. 151 do CTN, possui repercussão na configuração do delito fiscal ou não. O que não se pode admitir é que uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário atue diretamente na existência do crime e outras não tenham qualquer efeito.

Efetivamente, não há diferença, para fins de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, tratar-se de moratória, depósito integral, decisão judicial, parcelamento ou recurso administrativo com efeito suspensivo, portanto, questiona-se a respeito do porque apenas o último traria a consequência de obstar a ação penal.

Em todos os casos, há crédito constituído, mas não exigível, contudo não se deve ponderar pela impossibilidade de início de ação penal ou mesmo de suspensão dela em face, por exemplo, da concessão de tutela antecipada em ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária. Isso porque, como já dito, o que é determinante para haver crime de sonegação é a existência do tributo, não sua efetiva exigibilidade.

A consequência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário diz respeito, tão somente, à impossibilidade do ajuizamento de execução fiscal para a cobrança, não tendo relação com a constituição e, portanto, com a existência do tributo.

Tendo em vista que o tributo é elemento do crime do art. 1.º da Lei 8.137/1990, nenhuma causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário deveria possuir o condão de impedir o início ou o prosseguimento de ação penal, nem mesmo, a despeito do contido na Súmula vinculante 24, o recurso administrativo contra o lançamento.

Apenas abrindo um pequeno parêntese, aproveitando que se está tratando de causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, poder-se-ia dizer que o depósito do montante integral representaria causa extintiva da punibilidade, pois acarretaria, na pior das hipóteses para o contribuinte (improcedência da ação), pagamento do débito. Caso o lançamento fosse, por algum motivo, anulado, não haveria falar em tributo, nem tampouco em crime.

Se houver, por outro lado, alargamento ainda maior das causas que impede o exercício da ação penal, corremos o risco de ver fatos graves

sem punição em tempo razoável, pois os processos judiciais sobre a existência do tributo ou regularidade do lançamento podem durar muitos anos. Ainda que não corra o prazo da prescrição da pretensão punitiva, o sistema não poderia conviver com julgamentos criminais que distem 10 ou 15 anos do momento da conduta.

No meu modo de ver a questão, efetivamente deve haver lançamento (que é ato privativo da autoridade administrativa, nos termos do art. 142, *caput*, do CTN) para que possamos falar em tributo.

Não há dúvida de que, se não houver tributo devido, não há falar em crime tributário do art. 1.º da Lei 8.137/1990 ou 337-A do CP, uma vez tratar-se de normas penais em branco, dependendo sua exequibilidade de outra norma jurídica (a que define o conceito de tributo e sua constituição).

Os próprios tipos penais em exame referem-se expressamente à supressão ou redução de tributo, ou contribuição social (que também é tributo) e quaisquer acessórios (que dependem do principal para existir). Trata-se, o tributo, de elemento normativo do crime.

Ocorre que o momento do lançamento efetivamente constitui, faz nascer o tributo, e não o término do processo administrativo, o qual atua, simplesmente, na exigibilidade da exação.

O art. 151, III, do CTN dispõe que: "as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo" suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

Assim, se há suspensão do crédito tributário, a única conclusão possível é a de que ele (crédito tributário) já existe.

O próprio Min. Sepúlveda Pertence admite, em seu voto no HC 81.611, que a decisão final de processo administrativo pode desconstituir o lançamento (item 62 do voto). Ora, só é possível desconstituir o que já existe, logo o lançamento deve ser logicamente anterior ao processo administrativo que visa à sua desconstituição.

O fato da prescrição tributária não se iniciar antes do término do processo administrativo encontra relação direta com o princípio da *actio nata* referido no *habeas corpus* em análise, mas nada tem a ver com o nascimento do tributo e, portanto, do crime do art. 1.º da Lei 8.137/1990.

Com o lançamento, não há mais falar em prazo decadencial (tributário), pois o tributo já está constituído. Caso haja recurso adminis-

trativo contra o lançamento, contudo, o prazo prescricional (também tributário) não se inicia, pois a exigibilidade do crédito estará suspensa, não podendo o Fisco ajuizar execução para cobrança.

Com o julgamento final administrativo, o tributo, que já existia desde o lançamento, passa a ser exigível, motivo pelo qual, com o nascimento do direito de ação, inicia-se a fluência do prazo prescricional (tributário) para ajuizamento de execução fiscal.

O delito em questão consuma-se, portanto, no momento do lançamento, quando passa a existir tributo já quantificado, devendo iniciar nesse momento, também, o prazo da prescrição da pretensão punitiva.

É certo que a Súmula vinculante 24 impede a adoção de tal entendimento, mas importa destacar que a mesma é aplicável apenas ao crime do art. 1.º da Lei 8.137/1990 e ao do art. 337-A do CP (o qual conta com redação muito semelhante, mas trata das contribuições sociais, enquanto o art. 1.º da Lei 8.137/1990 cuida dos demais tributos e acessórios).

Devem ser excluídos da referida súmula os crimes do art. 2.º da Lei 8.137/1990, por serem crimes formais.

Nesse sentido, trago à colação parte do acórdão do TRF-3.ª Reg., relatado com maestria pela Des. Federal Ramza Tartuce que aborda a questão com clareza e de modo extremamente didático:

"*Rápida exegese gramatical do art. 2.º, I, da Lei 8.137/1990, permite afirmar que a conduta típica ali albergada consiste em fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, para eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributo. O presente tipo penal é doutrinariamente classificado como sendo um crime formal, ou seja, que independe do advento de um resultado naturalístico para sua consumação.*

(...)

17. Só há que se falar em aplicabilidade do art. 2.º, I, da Lei 8.137/1990 quando se tratar de conduta que não chegou a causar prejuízo aos cofres públicos, ou seja, quando a apuração fiscal identificou a omissão ou a declaração falsa antes da ocorrência do dano – ainda que difuso – ao Tesouro Nacional. 18. *Por sua vez, a conduta prevista no art. 1.º, I, da Lei 8.137/1990 se traduz como um crime material*, que só tem alcançada sua consumação com o advento de uma inovação no plano do mundo natural, ou seja, ocorrendo um dano concreto ao Erário Público. 19. Na hipótese dos autos, resta evidente que a conduta desenvolvida pelo agente importou em efetivo prejuízo ao Erário Público, conforme demonstra a robusta prova produzida nos autos, especialmente os Autos

de Infração lavrados pela Receita Federal, devendo, por tal motivo, ser mantida a tipificação legal da reprimenda imposta em primeiro grau" (TRF-3.ª Reg., 200203990119525, *DJU* 12.8.2003).

Em rápida análise, temos que o art. 2.º da Lei 8.137/1990[10] traz em seu bojo diversos delitos distintos.

O inc. I descreve crime formal, conforme entendimento jurisprudencial reproduzido supra. Trata-se exatamente do que seria a tentativa do cometimento do delito descrito no art. 1.º, I e II, da Lei 8.137/1990. Nessa medida, impossível falar em tentativa em relação ao art. 1.º, pois estaríamos sempre diante do crime do art. 2.º, I.

O art. 2.º, II, por sua vez, traz crime omissivo próprio, em tudo semelhante ao delito do art. 168-A do CP.

Os incs. III e IV referem-se a crimes de mera conduta, uma vez que não se pode falar em resultado naturalístico, reputando-se consumados apenas com a exigência, pagamento ou recebimento (inc. III) ou aplicação indevida do incentivo (inc. IV).

Já o inc. V, a despeito de controvérsias a respeito, entendo tratar-se de crime formal, bastando a utilização ou divulgação de programa que permita desenvolver contabilidade paralela para sua consumação, independentemente da efetiva redução ou supressão de tributos.

Portanto, considerando que nenhum dos crimes previstos no art. 2.º da Lei 8.137/1990 depende da existência de supressão ou redução

10. "Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza:
I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;
II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;
III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;
IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;
V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

de tributo para consumarem-se, não há falar em aguardar o término do processo administrativo para o início da ação penal.

Nesse caso, o Ministério Público pode, partindo de elementos de convicção oriundos de inquérito policial ou investigação formulada pelo próprio *Parquet*, oferecer denúncia a qualquer momento, tendo a ação penal seu trâmite normal a despeito e independentemente do resultado de eventual processo administrativo referente aos fatos, em tese, delituosos.

Mesma conclusão aplica-se ao crime do art. 168-A do CP, a despeito de um acórdão do STF no AgRg no Inq 2.537, que menciona na ementa ser o referido delito um "crime omissivo material", seja lá o que isto queira dizer.

O fato é que a ementa não traduz os votos do próprio julgamento e a jurisprudência em peso considera tal crime um delito omissivo próprio, de forma que não há necessidade de aguardar processo administrativo (que normalmente nem chega a existir, por se tratar de lançamento por homologação) para iniciar a persecução penal também por esse crime.

5. Presunções baseando condenações penais

Conforme já mencionado, para que seja possível falar na existência do crime do art. 1.º da Lei 8.137/1990 deve haver lançamento por parte da autoridade administrativa fiscal (*rectius* término do processo administrativo fiscal, conforme Súmula vinculante 24 do STF).

Mas basta o lançamento para que o agente seja denunciado e condenado?

Claro que não, o lançamento é o primeiro passo, mas cabe a acusação provar a autoria, o dolo do autor e, em alguns casos, a fraude.

Isso porque a legislação tributária permite que, em determinadas situações, o lançamento seja baseado em presunções, sendo bastante comum o oferecimento de denúncias lastreadas em exações tributárias oriundas de presunções, como o caso da movimentação financeira de origem não comprovada.

Efetivamente, o fato de o contribuinte possuir vultosa movimentação financeira e declarar baixos rendimentos constitui indícios de sonegação, possibilitando, à luz do princípio do *in dubio pro societate*, o recebimento de denúncias.

Contudo, para que haja condenação, cabe a acusação comprovar a omissão fraudulenta descrita no tipo e necessária para a configuração do delito.

Ora, o contribuinte pessoa física é obrigado a mencionar na declaração de imposto de renda apenas os valores existentes em instituições financeiras no início e no final do ano. É certo que, antes de lançar o tributo, o Fisco determina a apresentação de comprovação da origem dos valores movimentados, constituindo o crédito tributário caso não haja a referida comprovação.

Portanto, nesses casos, a exação tributária não defluiu de prova de fraude (até por não ser necessária para a formalização do crédito tributário), mas de *presunção* de acréscimo patrimonial, baseada em inversão do ônus da prova.

A Receita possuía indícios de haver sido auferida renda pela contribuinte, consistente em sua movimentação bancária. Com base neste indício, intima a contribuinte a justificar aquela movimentação, ou seja, provar que aquele montante não constitui rendimento. Não sendo apresentada qualquer documentação, há a autuação.

Em nenhum momento, há exigência de prova cabal de que os valores movimentados pelo contribuinte seriam provenientes de rendimentos do trabalho, de capital ou de sua combinação, ou ainda de proventos de qualquer natureza, conforme exige o art. 43 do CTN.

Ocorre que, se basta para o Fisco a presunção de que, quem movimenta tais ou quais valores em conta-corrente bancária é devedor de tributo caso não prove o contrário, o raciocínio não é válido para embasar condenação penal.

Para fins penais, é necessária a prova de que a conduta descrita no tipo penal tenha sido realizada pelo agente, exatamente da forma como está na norma. A adequação deve ser total e esta prova cabe à acusação, que não pode se valer de presunções de culpa (ou de débito) utilizadas pela Receita para lançar tributos.

A despeito da insistência de diversos autores no sentido de comparar o direito penal e o tributário, mormente no que concerne à tipicidade estrita, legalidade e reserva legal, os princípios aplicáveis à seara penal são distintos dos utilizados para fins de lançamento tributário.

O princípio do estado de inocência (denominação que espelha melhor seu conteúdo que "presunção de inocência"), previsto na Constituição Federal, impede que o raciocínio de presunção encampado

pelo Fisco possa lastrear condenação por sonegação fiscal, não porque o lançamento seja inválido, mas porque, baseou-se em presunção, com inversão do ônus da prova, o qual, em processo penal, está, em regra, com a acusação, a quem caberia tal prova.

Venho adotando tal entendimento em minhas decisões, sem, contudo, encontrar grande respaldo nos Tribunais. Colaciono, entretanto, decisão do TRF-5.ª Reg. no mesmo sentido:

"Processo penal. Apelação do Ministério Público. Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Art. 1.º, I, da Lei 8.137/1990. Materialidade não configurada. Procedimento fiscal revelador, tão somente, de omissão de informação de renda à receita quanto a haveres decorrentes de movimentação bancária. Alvarás judiciais pertencentes a clientes do advogado recorrido, cujos depósitos seriam repassados posteriormente aos titulares. Inexistência de comprovação de dolo, elemento subjetivo do crime em espécie. Não demonstração de enriquecimento ilícito, nem de aumento patrimonial incompatível com a renda declarada. Movimentação bancária que, por si só, não se presta a constitutir fato gerador do imposto de renda. Aplicação da Súmula 182, do extinto TFR. Precedente desta 4.ª T.: Manutenção da sentença absolutória. – Processual penal. Apelação criminal. Crime contra ordem tributária. Art. 1.º, I, Lei 8.137/1990. Sonegação fiscal. Procedimento fiscal. Receita Federal. Movimentação [sic] conta bancária. Não justificação pelo contribuinte. Presunção de renda. Lançamento de ofício. Constituição de crédito tributário. Impossibilidade no campo penal. Ausência de conjunto probatório. *In dubio pro reo*. Absolvição mantida. Recurso improvido.

I. O crime tipificado no art. 1.º, I, da Lei 8.137/1990 é material ou de resultado, perfazendo-se pela atuação dolosa do agente, inexistindo previsão de conduta culposa de sua realização.

II. Em se tratando de aferição de crime de sonegação fiscal cometido por pessoa física, com base unicamente em movimentação bancária, há que trazer aos autos conjunto probatório a respaldar a condenação do acusado que justifica os extratos de depósitos de aportes financeiros, por conta de atividade comercial por ele desenvolvida, entendendo inexistir renda ou aumento patrimonial.

III. A Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos que ainda vem respaldando inúmeros entendimentos pretorianos, giza: 'É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos e depósitos bancários.'

IV. A presunção não pode ser aplicada como meio de prova no campo processual penal, tal qual ocorreu no campo fiscal ao ser lançado de ofício o crédito tributário por não ter logrado o contribuinte comprovar a origem dos depósitos.

V. Não apresentou o órgão acusador a comprovação de ter o contribuinte sonegado o imposto de renda devido, tendo-se respaldado tão somente em relação à movimentação bancária.

VI. Ausente nos autos o conjunto probatório que respalde a condenação do réu, escorreita a fundamentação contida na sentença pelo reconhecimento de aplicação do brocardo latino *in dubio pro reo* erigido em princípio em nosso direito processual penal.

VII. Apelação a que se nega provimento" (TFR-5.ª Reg. ApCrim 4716/PE, 4.ª T., j. 29.08.2006, v.u., rel. Des. Margarida Cantarelli, *DJU* 21.09.2006, p. 953).

6. Responsabilidade tributária *vs.* responsabilidade penal

Neste tópico pretendo abordar algumas questões pontuais envolvendo as diferenças entre a responsabilidade tributária e a responsabilidade penal.

6.1 Descrição pormenorizada das condutas na denúncia

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido ser dispensável, nos crimes societários, a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando que a peça acusatória narre, no quanto possível, a ocorrência do delito.

Tais decisões têm o escopo (acertado, diga-se) de permitir o exercício da ação penal em casos em que é inviável a determinação da autoria de plano, a fim de evitar que autores de delitos utilizem-se de pessoas jurídicas constituídas com a finalidade de servirem de escudo protetor, permitindo a consecução de atividades ilícitas sem a punição adequada.

Ocorre que o Ministério Público, com base na jurisprudência em questão, vem oferecendo denúncias lastreadas apenas em representações fiscais para fins penais remetidas pelo Fisco, nas quais há, apenas, menção a materialidade delitiva consistente na utilização de fraude para suprimir ou reduzir tributos (no caso dos crimes do art. 1.º da Lei 8.137/1990 ou 337-A do CP) ou na omissão em repassar tributo (art. 2.º, II da Lei 8.137/1990) ou contribuição social (art. 168-A do CP) de terceiros.

As representações encaminhadas ao Ministério Público vêm acompanhadas, ainda, de contratos sociais das empresas ou atas de assembleias, nos quais há menção e qualificação de sócios e diretores.

Muitas vezes, contudo, trata-se de empresas familiares onde a gerência é de responsabilidade de um dos sócios e o outro apenas consta no contrato social, sem nenhuma participação na atividade da empresa. Há, ainda, sócios elencados no contrato social como tendo poderes de gerência não exercidos efetivamente. Por fim, há sociedades anônimas em que são denunciados os mais diversos diretores que, em alguns casos não possuem qualquer ingerência sobre o departamento financeiro da empresa.

Tais situações fazem com que pessoas que não têm rigorosamente nenhuma participação em qualquer delito sejam denunciadas e processadas criminalmente, o que poderia ser facilmente evitado com a instauração de inquérito policial ou, ao menos, com a oitiva dos envolvidos no próprio âmbito do Ministério Público.

Não se quer com isso defender a tese de que para oferecimento da denúncia deve haver a certeza da participação do agente no delito, pois o princípio a ser observado em tal fase processual é o do *in dubio pro societate*, mas não é possível utilizar-se de tal expediente para deixar de investigar fatos típicos com a cautela necessária, mormente quando a autoria pode ser facilmente apurada, no mais das vezes, com a simples oitiva dos sócios, evitando, assim, que pessoas sejam processadas criminalmente sem qualquer necessidade, gerando inconvenientes tanto para os réus, quanto para a própria administração da Justiça.

6.2 Erro de tipo e planejamento tributário

A legislação tributária apresenta uma série de situações em que é possível a adoção de medidas prévias à ocorrência do fato gerador (ou fato imponível tributário) com o objetivo de reduzir, de forma lícita, o montante a pagar a título de tributos. Tais práticas são denominadas de elisão fiscal, que se contraporiam à evasão fiscal, que pode ser definida como a forma de reduzir ou suprimir tributos por meio de atuação ilegal e normalmente posterior à ocorrência do fato gerador.[11]

11. Como exemplo de prática elisiva, temos a utilização do arrendamento mercantil ou *leasing*, em que não há incidência de ICMS, por não haver

Ocorre que o Fisco visa mais e mais impedir a utilização de práticas elisivas, sendo que o parágrafo único do art. 116 do CTN,[12] a chamada

transferência da propriedade de mercadoria, bastante comum no caso de empresas aéreas, e que encontra respaldo na jurisprudência do STJ:
REsp 439.884:
"Tributário. ICMS. Mercadoria importada sob o regime de arrendamento mercantil. (*leasing*). Não incidência. Súmula 138 do STJ. Inocorrência do fato gerador do ICMS. Ausência de transferência do domínio.
1. O art. 3.º, VIII, da LC 87/1996, determina a não incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil, não havendo qualquer restrição às avenças quanto às mercadorias importadas.
2. "O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis."(Súmula 138 do STJ) e não o ICMS haja vista que, no caso, não ocorre a circulação de mercadorias, uma vez que não há transferência do domínio do bem.
3. O contrato de *leasing*, não se caracteriza como de compra e venda, pois não ocorre a transferência do domínio do bem adquirido, inocorrendo, assim, o fato imponível do ICMS.
4. Não há circulação de mercadoria no caso de bem adquirido em operação de arrendamento mercantil. Destarte, o disposto no art. 3.º, VIII, da LC 87/1996 não faz qualquer restrição para a não incidência do ICMS sobre se o bem arrendado provém ou não do exterior. Deveras, a única diferença é que o bem adquirido do exterior, em regra, subsume-se ao imposto de importação, cuja finalidade extrafiscal traça uma linha divisória com o ICMS.
5. Outrossim, um tributo não exclui o outro, por isso que, o bem estrangeiro que se incorpora ao patrimônio do adquirente nacional, sofre dupla exação a saber: imposto de importação e ICMS. Esta é a *ratio* da legislação invocada pela Fazenda.
6. Não obstante, *lex specialis derrogat lex generalis*. Tratando-se de 'operação de leasing', quer o bem provenha ou não do exterior, não incide o ICMS, nos preciosos termos da LC 87/1996. Art. 3.º, VIII.
7. Recurso especial provido."

12. "Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.
Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da

"norma geral antielisiva", demonstra a forma como o problema é encarado pelas receitas dos entes federativos.

Ocorre que, se o contribuinte, mediante determinada manobra, visou reduzir ou mesmo suprimir tributo de forma lícita, ainda que haja glosa pelo Fisco e cobrança do tributo, no âmbito penal o fato deve ser considerado atípico.

Conforme já referido, o tributo é elemento constitutivo do tipo do art. 1.º da Lei 8.137/1990 e do art. 337-A do CP, ambos crimes materiais.

Nos termos do art. 20, *caput*, do CP: "O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei".

Uma das diferenças entre o erro de tipo, previsto no dispositivo citado, e o erro de fato existente no sistema pátrio antes da reforma de Código Penal de 1984, é que aquele não se refere apenas à falta de compreensão ou compreensão equivocada de situações de fato, mas também a elementos normativos do tipo, como é o caso do tributo nos crimes em questão.

Portanto, tanto deve ser considerado erro de tipo quando alguém, ao ir embora de uma festa, apanha paletó de outrem, semelhante ao seu, errando sobre elemento constitutivo do tipo de furto (coisa alheia), tanto quando o agente, buscando prática elisiva, deixa de pagar determinado tributo, sequer informando a operação ao Fisco, por entender desnecessária tal atitude.

Como os crimes tributários não são puníveis a título de culpa, nos termos do que prescreve o art. 18, parágrafo único do CP, a consequência do erro de tipo, seja ele vencível ou invencível é uma só: a atipicidade da conduta.

Não se quer aqui defender a prática de alegar em juízo que determinada conduta evidentemente ilegal, como a transferência de um imóvel por valor mais baixo que o efetivamente negociado, possa ser havida por atípica sob a alegação de que o agente buscava uma elisão.

Para haver a caracterização do erro sobre elemento normativo do tipo no caso dos crimes tributários deve haver prova cabal de que a

obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

prática era viável no âmbito tributário, devendo a defesa trazer à baila, por exemplo, artigos jurídicos de doutrinadores de escol, decisões judiciais ou administrativas sobre a matéria, entendendo que a operação era legal, consultas ao Fisco sobre a matéria etc.

Caso comprovada a tentativa de elisão, não cabe ao juízo penal adentrar no mérito da legalidade da exação tributária, a uma por lhe faltar competência para tanto e a duas por ser absolutamente desnecessário. Ainda que haja tributo devido, se não houver dolo não há conduta penalmente relevante e, consequentemente, não há crime.

6.3 Falsidade vs. crime tributário

Nos termos da Súmula vinculante 24 do STF, já mencionada, não há falar em crime material tributário antes do término do processo administrativo fiscal.

Não havendo crime não se pode cogitar sequer da instauração de inquérito policial, certo?

Bem, os Tribunais Superiores vêm decidindo nesse sentido,[13] contudo, algumas situações devem ser consideradas e excepcionadas da regra geral, a fim de que se evitem situações grotescas.

13. AgRg no Hc 109488/CE, 6.ª T., j. 25.09.2008, rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG) (8145), *DJe* 13.10.2008.
Ementa: "Penal – Agravo regimental em *habeas corpus* – Apropriação indébita previdenciária – Trancamento de inquérito policial – Instauração em concomitância com o processo tributário administrativo – Inexistência de lançamento definitivo do quantum devido – Discussão sobre a exigibilidade do tributo – Recente orientação jurisprudencial do supremo tribunal federal – Trancamento – Suspensão do curso do prazo prescricional – Constrangimento ilegal evidenciado – Negado provimento ao agravo.
1. O trancamento de inquérito policial somente é viável ante a cabal e inequívoca demonstração da atipicidade do fato ou da completa inexistência de qualquer indício de autoria em relação aos pacientes.
2. Consoante recente orientação jurisprudencial do Egrégio STF, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.
3. Na mesma linha, o Pleno da Suprema Corte entendeu ser necessário o término do processo administrativo que discuta a exigibilidade do tributo no que pertine ao delito de apropriação indébita previdenciária.
4. Negado provimento ao agravo regimental".

Imaginemos a seguinte situação: durante uma investigação referente, digamos, a tráfico de drogas, agentes policiais descobrem uma série de documentos falsos em determinada empresa, como notas fiscais e livros de registros contábeis adulterados. O que os policiais devem fazer: apreender os documentos para iniciar nova investigação ou deixá-los no local sob o argumento de que não há crime material tributário e que os documentos serviriam para acobertar sonegação que ainda não existe?

Parece-me que não há muito que pensar, a investigação deve ser iniciada, ainda que suspensa posteriormente caso se constate possível sonegação fiscal, mas, de toda forma, os resultados das investigações devem ser transmitidos ao Fisco para que possa, eventualmente, lançar os tributos devidos.

É certo que, a exemplo do que ocorre com o estelionato,[14] a falsidade (material ou ideológica) deve ser absorvida pela sonegação, se não apresentar maior potencialidade lesiva, ou seja, se os documentos inverídicos forem utilizados somente com o objetivo de supressão ou redução de carga tributária, não se configura(m) crime(s) autônomo(s) de falsidade.

Isso não quer dizer que as autoridades devam desconsiderar documentos falsos encontrados em investigações sob o argumento de que não há débito fiscal constituído, até porque o juízo sobre a potencialidade lesiva dos documentos e sobre eventual absorção pela sonegação só pode ser feita posteriormente.

7. Descaminho como crime tributário

Há muito se discute a natureza jurídica do delito de descaminho, previsto pela segunda parte do *caput* do art. 334 do CP e das figuras equiparadas do art. 1.º:

"Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou *iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*:

Pena – reclusão, de 1 a 4 anos.

§ 1.º Incorre na mesma pena quem:

14. STJ, Súmula 17 – "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2.º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3.º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo."

Interessante inicialmente constatar que a redação dos §§ 1.º e 2.º do art. 334 do CP foi conferida exatamente pela Lei 4.729/1965, a qual tipificava crimes de sonegação fiscal antes da Lei 8.137/1990, conforme apontado no início deste trabalho, o que já nos dá uma indicação inicial de que o descaminho é um crime de natureza tributária.

Contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, com raras exceções, sempre apartaram o descaminho dos demais crimes tributários, principalmente sob a alegação de que se trata de delito pluriofensivo, ou seja, que visa proteger diversos bens jurídicos, como a livre concorrência, a balança comercial, a indústria nacional, sendo o interesse arrecadatório do Fisco apenas um dos bens jurídicos defendidos pelo tipo penal em questão.

A classificação dos delitos entre pluriofensivos e mono-ofensivos não traz muita luz a presente situação, pois os demais crimes tributários (como a maioria dos crimes de modo geral) também visam proteger diversos bens jurídicos. Aliás, a pluriofensividade do descaminho deve-se em grande parte a função extrafiscal dos impostos de importação e exportação, ou seja, a finalidade de tais exações não é somente arrecadatória, mas também a de fomentar ou refrear comportamentos

com o objetivo precípuo de proteger o mercado brasileiro. Tanto isso é verdade que suas alíquotas podem ser alteradas pelo Executivo, sem a necessidade de lei, portanto, e sem respeitar o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*, da CF/1988).

Atualmente, decisões dos tribunais superiores vêm entendendo que determinados fatos que se adequam formalmente ao tipo penal do descaminho são atípicos, em função da aplicação do princípio da insignificância.

Tais julgados, para balizar a significância da lesão, não se atêm a qualquer outro bem jurídico que não o montante global da dívida tributária:

"*Habeas corpus*. Princípio da insignificância. Ordem concedida.

Conforme precedentes do STF (HC 92.438, de minha relatoria), impõe-se a rejeição da denúncia ou o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, quando o valor do tributo devido pelo acusado de descaminho for inferior ao montante mínimo legalmente previsto para a execução fiscal (art. 20 da Lei 10.522/2002, na redação dada pela Lei 11.033/2004), uma vez que não faz sentido que uma conduta administrativa ou civilmente irrelevante possa ter relevância criminal. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material da conduta atribuída ao paciente.

STJ – REsp 1.112.748 – TO (2009/0056632-6) – rel. Min. Félix Fischer – *DJE* 13.10.2009.

Recurso Especial repetitivo representativo da controvérsia. Art. 105, III, *a* e *c* da CF/1988. Penal. Art. 334, § 1.°, *c* e *d*, do CP. Descaminho. Tipicidade. Aplicação do Princípio da insignificância.

I – Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso – 1.ª e 2.ª Ts – incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002.

II – Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3.ª Seção, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 20.08.2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao C. STF, em sintonia com os objetivos da Lei 11.672/2008, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido" (STF, HC 96307, 2.ª T., j. 24.11.2009, v.u., rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 11.12.2009).

Soa, portanto, incongruente dizer que o descaminho não é um crime tributário em função de sua característica de delito pluriofensivo, mas ao verificar a tipicidade material da conduta, valorá-la exclusivamente no que pertine à lesão causada aos cofres públicos.

Analisar o descaminho como crime tributário inevitavelmente levará à discussão da aplicação de institutos relativos aos demais delitos deste jaez para o crime de art. 334 do CP, como a extinção da punibilidade pelo pagamento e necessidade de processo administrativo anterior a persecução penal.

Até o presente momento, a esmagadora maioria dos delitos de descaminho que chegam ao Judiciário diz respeito a mercadorias apreendidas com a respectiva pena de perdimento, fazendo com que não haja tributo a ser recolhido e muito menos a instauração de processo administrativo fiscal.

Some-se a isso a ideia de apartar o descaminho dos crimes tributários e é possível compreender porque a jurisprudência pouco abordou a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento no caso do referido delito.

Ocorre que, atualmente, o perfil das ações penais que versam sobre o delito de descaminho não se limita à internação de produtos que acabam apreendidos, mas abarca também casos em que as operações já ocorreram, as mercadorias já foram internadas e eventualmente comercializadas e, só então, verificam-se condutas fraudulentas.

Fica, portanto, a dúvida sobre a possibilidade de utilizar as regras dos demais crimes tributários também para o descaminho, mormente em casos em que a exação tributária seja efetivamente lançada e discutida administrativamente.

8. Conclusões

Nos 20 anos de vigência da Lei 8.137/1990 houve expressivas alterações de entendimento dos Tribunais sobre seus dispositivos, sendo certo que a tendência atual de interpretação de suas normas deriva de instituto que, mesmo sendo tradicional em nosso ordenamento, nunca conheceu aplicação tão ampla: o pagamento como forma de extinção de punibilidade.

A despeito das críticas formuladas, a previsão, aparentemente, é de manutenção da presente situação, a qual gerou entendimento do STF, consubstanciado, inclusive, em súmula de caráter vinculante, no sentido

de "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.°, I, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo." O dispositivo em questão deve ser aplicado também ao delito do art. 337-A do CP.

Não obstante a aplicação do posicionamento do Pretório Excelso ainda não esteja absolutamente clara em relação aos crimes do art. 2.° da Lei 8.137/1990 e do art. 168-A do CP (a despeito de decisão isolada do STF sobre tal crime), temos que as ações penais em relação a tais delitos não dependem do término do processo administrativo para serem iniciadas.

Podemos concluir, ainda, que apesar de algumas semelhanças entre o Direito Tributário e o Direito Penal efetivamente existirem, alguns elementos do primeiro não encontram aplicação em relação ao segundo.

Nessa medida, ainda que seja possível o recebimento da denúncia, não se podem basear condenações penais em fatos que foram presumidos para fins de autuação fiscal, como ocorre no caso do imposto sobre a renda de pessoas físicas lançado com base na movimentação financeira.

Importante também é apartar a responsabilidade tributária da responsabilidade penal, pois a primeira não precisa, necessariamente, estar baseada em dolo ou culpa, podendo haver obrigação de pagar tributos pela simples qualidade de sócio, ou ainda que se busque elisão fiscal, o que não pode ser admitido na esfera penal.

Além disso, é imprescindível que se interprete com parcimônia as decisões dos Tribunais Superiores sobre investigações que podem resultar em caracterização de crimes tributários, pois deve ser possível apurar fatos em tese criminosos, ainda que ocorra suspensão do feito posteriormente, caso haja necessidade de atuação do Fisco lançando o tributo e eventual recurso sobre o lançamento.

Por fim, devemos meditar sobre a real natureza jurídica do crime de descaminho e se o delito em questão se enquadra entre os crimes tributários, sem que estejamos presos a "verdades sabidas", até para que seja possível discutir o tratamento a ser dado ao crime, o que já está ocorrendo no que diz respeito à aplicação do princípio da insignificância.

51959

8
Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?

SUSANA AIRES DE SOUSA

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Pretende-se tratar dos reflexos da sociedade contemporânea na intervenção penal, sob a ótica do bem jurídico como fundamento do direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de risco – Bem jurídico – Intervenção penal – Bem jurídico coletivo – Legitimidade do direito penal.

ABSTRACT: This paper intends to address the reflections of criminal intervention on contemporary society under the scope of the legal interest as basis of criminal law.

KEYWORDS: Risk society – Legal interest – Criminal intervention – Collective legal interest – Legitimacy of criminal law.

SUMÁRIO: 1. Sociedade de risco e direito penal – 2. Crise do direito penal fundado na proteção de bens jurídicos – 3. Soluções propostas: 3.1 A teoria monista-pessoal (antropocêntrica) dos bens jurídico-penais; 3.2 Teorias da funcionalização intensificada da tutela penal; 3.3 O direito penal do comportamento (Stratenwerth); 3.4 A teoria pessoal dualista dos bens jurídicos (supraindividuais); 3.5 A teoria dos bens jurídicos intermédios, meios ou instrumentais; 3.6 A teoria dos bens jurídicos colectivos (autónomos) – 4. Conclusões.

1. SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PENAL[1]

O paradigma penal das sociedades democráticas do nosso tempo, construído a partir das ideias iluministas, baseia-se na tutela subsidiária de bens jurídicos. Todavia, as mudanças sociais e tecnológicas trazidas

1. O texto que ora se publica corresponde, sem maiores alterações, à palestra proferida no âmbito do painel "Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico" do 16.º Seminário Internacional de Ciências Criminais, organizado

pela transição do milénio questionam a constância de tal paradigma. Com efeito, a sociedade contemporânea tecnológica trouxe consigo novos riscos que, pela sua imprevisibilidade e incontrolabilidade, são distintos daqueles que o passado revelara:[2] o desenvolvimento de armas nucleares, a diminuição da camada de ozono e o aquecimento global do planeta, a destruição de ecossistemas em grande escala, as questões suscitadas pela engenharia e manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a instabilidade dos mercados económicos e financeiros, a criminalidade organizada, o terrorismo.

Estes novos riscos ficaram conhecidos, na senda de Ulrich Beck, como os riscos da segunda modernidade, em contraposição aos riscos residuais próprios da sociedade industrial desenvolvida a partir da segunda metade do século XIX.[3] Porém, a ideia de que a industrialização ou o avanço do conhecimento comporta riscos não é nova, mas recorrente na história da humanidade: basta pensar nos riscos que, no século XVI, as descobertas acarretaram não só para as populações nativas como para aquelas que chegavam, ambas expostas a um leque de condições (ambientais, físicas, culturais) novas e desconhecidas; ou, em tempos mais próximos, nos riscos associados à industrialização que acompanhou a sociedade a partir do século XIX e que obrigariam à própria socialização do risco pelo Estado social através da generalização de institutos jurídicos como o seguro, a responsabilidade (objectiva) pelo risco ou a ideia de risco permitido. Com efeito, a aceitação do risco e o seu desafio constituíram desde sempre uma condição necessária ao progresso da humanidade.

Persiste, no entanto, a interrogação: em que medida se diferenciam os riscos próprios desta segunda modernidade que atribuíram à sociedade contemporânea o epíteto de "sociedade do risco"?

pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nos dias 24 a 27.08.2010, em São Paulo.

2. Sobre a origem histórica do conceito de risco vide LUHMAN. *Soziologie des Risikos*. Berlin: Gruyter, 1991, p. 17 e ss. Também STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vitime*. Milano: Giuffrè, 2002, Prefácio, p. 7.
3. Mais desenvolvidamente DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e Delicta mere Prohibita. Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 228 e ss.

Estes novos riscos distinguem-se dos chamados riscos tradicionais, bem como dos riscos próprios do desenvolvimento industrial,[4] não tanto de uma perspectiva qualitativa mas antes por via da sua grandeza catastrófica. Pela primeira vez a humanidade tem capacidade e consciência que gera riscos com uma amplitude global e simultaneamente dotados de uma intensa velocidade – os riscos *glocais*.[5] Em consequência, aumentou a procura de mecanismos de segurança, de prevenção e, nos últimos tempos, de precaução.

A questão primacial, fonte de profundas divisões na doutrina, é a de saber qual o papel que cabe ao direito, e, em particular, ao direito penal e aos seus instrumentos, na defesa social dos novos riscos. Uma resposta no sentido de exigir a intervenção do direito penal ancorar-se-á ainda no direito penal clássico e na categoria de bem jurídico, ou implicará um novo modelo, mais veloz, em que se acentua, por exemplo, o direito penal do comportamento? Pode o direito penal responder às exigências que esta sociedade do risco lhe dirige sem que dolosa ou negligentemente "mate" a categoria de bem jurídico?

As considerações que ora se propõem referem-se, justamente, à projecção da crise da sociedade contemporânea no sistema penal e particularmente na categoria do bem jurídico, estruturando-se da seguinte forma: num primeiro momento, atende-se a um elenco sintético dos sintomas apontados pela doutrina penal quanto à validade actual do paradigma do bem jurídico; num segundo momento, expõem-se algumas das repostas formuladas pela doutrina à crise do bem jurídico; num terceiro momento, conclui-se apresentando os argumentos a favor

4. Sobre uma qualificação tripartida do risco assente em riscos tradicionais (*traditionellen Risiken*), riscos do desenvolvimento industrial (*industriell-wolhlfahrtsstatlichen Risiken*) e novos riscos (*neuen Risiken*) veja-se HILGENDORF, Eric. Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft?", *NStZ* 1993, p. 11.

5. Com efeito, quanto à sua projecção no espaço, estes riscos não conhecem fronteiras e são ao mesmo tempo locais e globais, resultando dessa mistura o qualificativo "glocal". A expressão é de ROBERTSON, tomada por BECK, Ulrich cf. Retorno a la teoria de la "sociedad del riesgo". *Boletín de la A.G.E. 30* (2000), p. 15. Sobre a noção e significado da globalização veja-se COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico, *Direito penal e globalização. Reflexões não locais e pouco Globais*. Coimbra: Coimbra Ed./Wolters Kluwer, 2010. p. 83.

da nossa posição no sentido da manutenção e validade do bem jurídico-penal em face dos novos riscos.

2. Crise do direito penal fundado na proteção de bens jurídicos

Quais os principais "sintomas" desta crise do paradigma penal assentes na tutela de bens jurídicos?

a) Entre esses indícios conta-se, em primeiro lugar, a expansão do direito penal, determinada quer pelo aparecimento destes novos riscos quer ainda pelo aumento da sensação de insegurança, ou seja, pela subjectivização do risco e da maior sensibilidade da comunidade à sua existência.

b) Em segundo lugar, cabe referir o reforço de deveres jurídicos de natureza económica ou social, o que tem implicado, em consequência, o uso de conceitos indeterminados e de cláusulas penais em branco em desfavor do princípio da legalidade criminal.

c) Também a incriminação de novos comportamentos (no âmbito do consumo, do ambiente, da economia etc.), em obediência a um *extending principle* – um princípio ampliador da punição – perde a referência ao conceito e função de bem jurídico-penal.

d) Por fim, ao nível da técnica legislativa, verifica-se uma antecipação da tutela do interesse protegido, tomando-se a estrutura típica do crime de perigo abstracto como referente do ilícito penal.

Estes "sintomas" têm em comum uma perspectiva "míope" do bem jurídico, uma vez que esta categoria surge como uma realidade desfocada, cujos contornos se mostram pouco claros.

Acrescente-se, em jeito de nota marginal, que a crise do bem jurídico constitui uma entre várias interrogações que actualmente se dirigem ao direito penal. Com frequência se indaga por uma nova dogmática jurídico-penal disposta a abandonar ou substituir princípios e matérias essenciais ao sistema penal como a individualização da responsabilidade penal, a causalidade, a imputação objectiva, o erro, a culpa...

Estamos pois perante um novo modelo de criminalidade, a que a ciência do direito penal tem vindo a reagir, contrapondo possíveis soluções. Que caminhos se perspectivam assim para o direito penal do futuro e em particular para a categoria de bem jurídico-penal?

Eis algumas das soluções propostas.

3. Soluções propostas

3.1 A teoria monista-pessoal (antropocêntrica) dos bens jurídico-penais

De acordo com esta teoria, o direito penal não deve nem pode, pelas suas especificidades, arvorar-se em instrumento de protecção dos novos e grandes riscos próprios da sociedade contemporânea e, ainda mais, dos riscos que ameaçam a sociedade do futuro. "Há, pelo contrário – sustentam – que guardar o património ideológico do Iluminismo Penal, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação. Deve, pois, reforçar-se a ideia de que só se está perante um autêntico bem jurídico-penal na medida em que ele possa conceber-se como expressão de um interesse do indivíduo. É o pensamento que no essencial surge como denominador comum da chamada 'Escola de Frankfurt'".[6]

Os autores que integram esta escola consideram que os novos riscos tecnológicos se situam fora do alcance de princípios fundamentais de direito penal, designadamente das regras da causalidade, da culpabilidade e da responsabilidade. Partilham a convicção de que "é impossível a este ramo do direito desempenhar qualquer papel na contenção de fenómenos globais e de massa".[7] Com efeito, a responsabilidade penal e todo o sistema de princípios e regras que ela pressupõe estão pensados em termos individuais. Ao estender-se este sistema aos novos riscos, o direito penal perderia as suas características liberais, caindo numa orientação exclusivamente preventiva, sem limites garantísticos, e abandonaria a sua função básica de protecção de esferas pessoais de liberdade.

Por fim, o emprego do direito penal para minimizar os perigos científicos e tecnológicos, teria exclusivamente um carácter simbólico e meramente preventivo.[8] Tal torna-se particularmente evidente no

6. Cf. Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 137. Para maiores desenvolvimentos e referências bibliográficas veja-se, Sousa, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 204 e ss.
7. Cf. Dias, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras, *Boletim da Faculdade de Direito* 75 (2003), p. 1126.
8. Herzog, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo, *Revista Penal* 4 (1999), p. 56.

plano do bem jurídico, onde o recurso a um direito penal de segurança e prevenção colocaria em causa o princípio fundamental da protecção exclusiva de bens jurídicos, assim como o princípio da subsidiariedade. O direito penal do risco conduziria a uma excessiva antecipação da tutela, através da eleição de bens jurídicos vagos e do incremento de crimes de perigo abstracto.[9] Para Hassemer, um dos principais representantes desta escola, as tendências do direito penal moderno questionam a função tradicionalmente reconhecida ao bem jurídico de impor ao legislador penal uma barreira de modo a evitar ou dificultar uma fuga precipitada da normatividade penal para os interesses da política criminal.[10] Ora, os bens de carácter ou titularidade difusa como o ambiente, a economia, o funcionamento dos sistemas subvencionais, põem em causa essa função crítica reconhecida ao bem jurídico.

Defendendo um direito penal mínimo, a escola de Frankfurt reconhece à categoria dogmática de bem jurídico a função de talhar para fora da normatividade penal todos os fenómenos sociais patológicos incapazes de lesar ou pôr em perigo objectos dignos de serem considerados autênticos bens jurídicos. Assim, um direito penal reduzido ao seu núcleo essencial deveria ver-se exaurido, entre outros, dos crimes económicos, dos crimes tributários, dos crimes ambientais, dos crimes relacionados com estupefacientes.

A não ser assim, e ao aceitar-se com generosidade os bens jurídicos universais, incorre-se no "risco de aceitar o direito penal não já como *ultima ratio* mas como *prima* ou mesmo *sola ratio* de protecção dos bens jurídicos".[11]

3.2 *Teorias da funcionalização intensificada da tutela penal*

No outro extremo doutrinário perfilam-se aquelas teorias que, tomadas de uma racionalidade puramente funcional e utilitária, enfrentam as exigências próprias da sociedade do risco.[12] A tutela dos novos riscos

9. Cf. ALBRECHT, Pete-Alexis, El derecho penal en la intervención de la política populista. *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 474-475.
10. Cf. HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico, *Doctrina Penal 13* (1990), p. 275 e ss.
11. Idem, p. 284.
12. Maiores desenvolvimentos em DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 138 e ss.

implicaria, pela sua gravidade, a própria antecipação decidida da tutela penal para estados prévios da lesão de interesses socialmente relevantes, "correndo o risco de assim se perder a ligação, perceptível aos destinatários das normas de proibição, entre a conduta proibida e o bem jurídico tutelado. Uma tal perspectiva implicaria ainda alterações dogmáticas radicais no sentido da atenuação ou mesmo do *abandono de princípios básicos* que presidem à individualização da responsabilidade penal, à imputação objectiva e subjectiva, à autoria etc.".[13]

A eficiência é, assim, nesta perspectiva, a melhor resposta aos problemas do direito penal do risco. Por sua vez, o direito penal estaria próximo de um instrumento governamental dotado de uma função de promoção de fins de pura política estadual. Como sublinha Figueiredo Dias, esta linha de evolução torna-se particularmente evidente quando se atenta no teor que o tópico da "sociedade do risco" está a assumir em alguns sectores do pensamento penal norte-americano, e que se traduz no "abandono puro e simples do direito penal do bem jurídico e da sua base de legitimação", centrando-se na máxima eficiência do sistema.[14]

3.3 O direito penal do comportamento (Stratenwerth)

Uma outra teoria que aponta, dentro de determinados limites, para o fim do paradigma da tutela de bens jurídicos, no âmbito específico da tutela das gerações futuras, foi proposta por Stratenwerth, já em 1993.[15] Segundo este autor, cabe à ciência penalística um papel fundamental na construção de um novo direito penal que procure proteger a existência humana dos novos riscos da sociedade contemporânea. O direito penal não pode deixar de acompanhar a evolução da comunidade a que serve e a evolução do seu sentir. Ora, a tutela penal das gerações futuras estaria mais afastada de um direito penal do evento, aproximando-se de um direito penal do comportamento, em que são penalizadas puras relações de vida como tais.

Considera Stratenwerth que o modelo clássico de direito penal, tendo por objecto de tutela os interesses das pessoas que vivem hoje, não tem qualquer capacidade prospectiva em relação às pessoas que

13. Idem, ibidem.

14. Idem, p. 139.

15. Cf. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts, *ZStW* 43 (1993), p. 679 e ss.

nascerão ou viverão no futuro. Um retorno do direito penal à protecção de interesses individuais, seria escandaloso, segundo aquele autor, pois implicaria renunciar à pena, como sanção mais pesada que o nosso ordenamento conhece, quando estão em jogo interesses vitais, não só dos indivíduos mas da humanidade inteira. A pessoa não pode ser hoje compreendida separada da natureza: "as pessoas não devem ser mais vistas como o outro da Natureza, mas antes como elemento de um pedaço de vida que a ambos abrange".[16] Ora, o direito penal clássico revela grandes dificuldades em lidar com estes novos riscos, o que impõe modificações dogmáticas importantes, v.g., no domínio da causalidade e do resultado, do dolo e da consciência do ilícito, da autoria, da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

Na sua construção doutrinal, o autor questiona a categoria do bem jurídico e a sua função nos crimes referidos ao futuro. Stratenwerth é claro ao afirmar a impossibilidade de resolver os problemas surgidos no limiar do século XXI com os instrumentos do século XVIII.[17] Assim, o bem jurídico tem de ser substituído pela tutela directa de relações ou contextos de vida (*Lebenszusammenhänge als solche*), assentes em normas comuns culturais, sujeitas a evolução, o que, segundo algumas vozes críticas, "conduziria a um *requiem* pela própria função do direito penal, pela questão da sua legitimação, e a um regresso a um direito penal moralista, protector da moral ou de uma certa moral e, assim, a um pequeno passo de se tornar em promotor ou propulsor de fins puramente ideológicos".[18] Recentemente, num estudo colectivo dedicado ao bem jurídico, Stratenwerth volta a questionar o "dogma" do bem jurídico como uma realidade descontextualizada em face dos problemas das sociedades contemporâneas.[19]

3.4 *A teoria pessoal dualista dos bens jurídicos (supraindividuais)*

Ainda próxima de alguns dos pressupostos da escola de Frankfurt, mas reconhecendo que nem toda a intervenção do direito penal

16. Idem, p. 691.
17. Idem, p. 689. Também STELLA, Federico. Op. cit., p. 424.
18. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Ed. 2001. p. 177-178.
19. HEFENDEHL/HIRSCH/WHOLERS (ed.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, com tradução espanhola *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 365 e ss.

no domínio dos novos e grandes riscos é ilegítima, encontra-se a teoria pessoal dualista dos bens jurídicos supraindividuais.[20]

Os defensores desta teoria reconhecem a necessidade de expandir a matéria penal face aos problemas da modernidade, desde que esse alargamento se encontre confinado aos limites impostos pelas matrizes referenciais do direito penal. Assim, é de reconhecer a irrupção de bens jurídicos pessoais e patrimoniais, por vezes com características novas, que apesar de difusos e fluidos nos limites, permitem ainda a identificação de um núcleo essencial e continuam a fornecer um padrão crítico ao legislador para seleccionar as condutas puníveis. Todavia, o reconhecimento de novos bem jurídicos há-de ter por alicerces o princípio da respectiva protecção subsidiária e a categoria do dano. Só assim se cumprirá a ofensividade típica dos comportamentos geradores de grandes riscos. Ora, só há dano para um bem jurídico quando se afectam pessoas ou interesses pessoais. Daí que, para que possa descortinar-se o dano e a ofensividade relativamente a um bem jurídico com dignidade penal e não a mera tutela de funções, se mostre imprescindível que os novos bens jurídicos se mostrem dotados de um referente pessoal.

Muito próximo de uma concepção deste tipo situa-se, em Portugal, Augusto Silva Dias. Baseando-se na análise social de Habermas, este autor faz assentar a validade jurídico-penal, nas sociedades democráticas contemporâneas, em dois pressupostos essenciais interligados: a interacção comunicativa e o mundo da vida. Este reconhecimento recíproco projecta-se nas categorias fundamentais do crime, designadamente no conceito material de crime e no conceito de bem jurídico. Recusando uma concepção que ao nível do ilícito típico defina de forma neutral e formal o bem jurídico-penal, aquele autor concebe esta figura dogmática como um objecto de valor que exprime o reconhecimento intersubjectivo e cuja protecção a comunidade considera essencial para a realização individual e social do cidadão participante. O bem jurídico tem necessariamente um referente pessoal. Na medida em que só merece o qualificativo de bem aquele objecto tido consensualmente como valioso pela comunidade de participantes, o referente pessoal subjacente fundamenta uma estrutura relacional daquele bem, que permite distinguir estes bens, que são da sociedade civil, dos bens colectivos, onde aquele referente está ausente e que pertencem ao Estado. Só são susceptíveis de lograr

20. Uma exposição com maiores detalhes desta teoria em SOUSA, Susana Aires de. Op. cit., p. 210.

o necessário consenso legitimador os objectos que possuem um valor útil, de tal sorte que a sua lesão possa ser valorativamente experimentada como um dano ou perda. Nesta medida, Silva Dias constrói uma concepção dualista de bens jurídicos com relevância penal: distingue entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos supraindividuais dotados de referente pessoal e de base antropocêntrica. Destes últimos exclui a lesão de interesses funcionais por não se verificar um dano que possa ser intersubjectivamente experimentado como uma perda pessoal, mas antes uma "perturbação ou entropia ao funcionamento regular do sistema".[21] Da mesma forma, rejeita que a tutela da confiança (sistémica) possa ser elemento único constitutivo de um bem jurídico-penal, remetendo a tutela daqueles interesses para o âmbito dos *delicta mere prohibita*. Para este autor "não há bens jurídico-penais sem titulares e esses titulares não podem ser senão pessoas, encaradas ora na sua individualidade ora na sua sociabilidade". Por outro lado, a tutela de bens jurídicos supraindividuais não se encontra funcionalizada à tutela dos bens jurídicos individuais, afastando-se, nessa medida, de uma concepção monista-pessoal de bem jurídico, fechada ao reconhecimento de outros bens jurídicos que não de referência individual.

3.5 *A teoria dos bens jurídicos intermédios, meios ou instrumentais*

Alguns autores, ao lado de valores essenciais como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade, identificam outros "valores meios ou instrumentais", no sentido de sustentáculos da efectivação daqueles valores essenciais.[22] Seriam bens jurídicos cujo domínio de eleição se situa, mais das vezes, no âmbito do direito de mera ordenação-social, mas que assumiriam relevância penal tendo em conta o seu valor instrumental na protecção das condições essenciais da realização humana, constituindo, desta forma, uma técnica de tutela antecipada dos "valores-fins" essenciais.[23]

Os sectores económico e da ordem pública constituíram o berço por excelência destes bens jurídicos instrumentais. No âmbito do direito penal económico, Tiedemann propôs a categoria do bem jurídico intermédio mediatizado reconhecendo-lhe autonomia completa dos

21. Cf. Op. cit., p. 674.

22. Mais desenvolvidamente, SOUSA, Susana Aires de. Op. cit., p. 215.

23. Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2001. p. 208.

bens jurídicos individuais e, igualmente, a capacidade de proporcionar a danosidade necessária ao juízo penal, v.g., o sistema de crédito ou a liberdade de concorrência.[24] A natureza difusa dos interesses tutelados, enquanto substrato de um bem jurídico meio, seria posteriormente transposta também para o domínio ambiental através das teorias antropocêntricas. Segundo estas teorias, o objecto último da tutela são os interesses pessoais do cidadão como a vida ou a saúde, sendo o bem jurídico supraindividual o *meio* através do qual se produz a lesão potencial daqueles bens. A sua protecção adquire um carácter de antecipação da tutela penal daqueles interesses de natureza pessoal, numa relação entre bem jurídico-meio e bem jurídico-fim.[25]

Uma concepção semelhante é defendida, em Portugal, por A. M. Almeida Costa a propósito da análise do bem jurídico protegido nos crimes de corrupção e de moeda falsa. O autor toma por base a contraposição feita por W. Stern que diferencia entre os bens que possuem um "valor em si" (*Selbswert*) e os que têm um "valor deduzido" ou emprestado. A fusão íntima de alguns destes valores instrumentais com os bens jurídicos fundamentais a que servem de suporte, faria irradiar sobre aqueles a mais valia destes; a sua correspondente defesa acaba por confundir-se com a própria salvaguarda dos "bens-fim", adquirindo uma genuína relevância jurídico-criminal. Longe de integrar um fim em si mesmo, aqueles valores representam um simples *fim-meio* cujo significado se esgota no estabelecimento de uma protecção mediata ou, se se preferir, de uma guarda avançada em relação à defesa de outros bens jurídicos fundamentais.[26] "Nesse caso, a sua protecção acaba por

24. A figura do bem jurídico intermédio foi igualmente desenvolvida, com outros contornos, por outros autores alemães como Schünemann e Roxin. Mais desenvolvimentos, com referências bibliográficas, em SOUSA, Susana Aires de. Op. cit., p. 215 e s. e nota 472.

25. Cf. SEELMANN, *NJW*, 1990. p. 12, apud ALCÁCER GUIRAO, Rafael "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LIV (2001), p. 147.

26. O autor expõe a sua teoria em diversos textos que aqui se indicam: "Sobre o crime de Corrupção. Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia 'típica' das corrupções 'activa' e 'passiva'. Análise dogmática destes dois delitos", *BFD, Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia*. Coimbra, 1984. p. 81 e ss.; Artigo 217.º. *Comentário Conimbricense* ao Código Penal, t. II, Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 748 e ss.; "A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no

se confundir com a salvaguarda dos valores a que servem de "instrumento", circunstância que justifica a sua absorção pelo direito penal e a correspondente qualificação como bens jurídico-criminais".[27]

3.6 A teoria dos bens jurídicos colectivos (autónomos)

Podemos por fim autonomizar uma última teoria que reconhece, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, autênticos bens jurídicos sociais ou colectivos capazes de continuar a exercer a função de padrão crítico da incriminação, exigida por um direito penal democrático e liberal. A sociedade tecnológica pôs em evidência alguns desses bens jurídicos, de que é exemplo o ambiente, enquanto bem jurídico autónomo e digno de protecção, cuja *ratio* última da respectiva dignidade penal reside na preservação da integridade e da existência humanas.

É este o entendimento por exemplo de Figueiredo Dias, para quem o direito penal serve a tutela subsidiária, a par de bens jurídicos individuais, de *bens jurídicos colectivos como tais*, que podem reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa. A característica essencial deste novo bem jurídico colectivo ou universal reside no facto de poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído; nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico colectivo.[28]

Também o autor alemão Roland Hefendehl procura construir uma teoria dos bens jurídicos colectivos autónomos.[29] Para este autor, dentro dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal é possível distinguir bens

âmbito das contra-ordenações relativas ao 'trabalho suplementar'. Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral", *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 1059.

27. Cf. Sobre o crime de Corrupção... Op. cit., p. 91.

28. Cf. Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 148 e ss.

29. O autor constrói uma teoria dos bens jurídicos colectivos na sua monografia *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Koln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 2002. Do autor e sobre a concepção de bem jurídico também "Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliksstruktur", *"Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur: Eine Annäherung von drei Seiten"*, GA, 149 (2002), p. 2 e ss; e ainda Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, *Anales de Derecho*

jurídicos individuais – aqueles que servem os interesses de uma pessoa ou de um determinado grupo de pessoas – e bens jurídicos colectivos ou universais – aqueles que servem os interesses de muitos, ou por outras palavras, da generalidade das pessoas.

Na definição de bens jurídicos colectivos, o autor recorre a dois critérios precisados pela microeconomia: a categoria de *inexcluibilidade* e a categoria da *irrivalidade* no consumo.[30] Um bem jurídico será colectivo ou universal na medida em que ninguém possa ser excluído do seu uso e desde que o uso de tal bem por alguém não impeça ou prejudique que outra pessoa dele beneficie. "A segurança colectiva do Estado seria um bem jurídico universal ou colectivo, uma vez que, em primeiro lugar, ninguém pode ser excluído do seu uso e, em segundo lugar, porque o uso desse bem pelo indivíduo A não prejudica nem impede o uso pelo indivíduo B".[31] Para a delimitação entre bens jurídicos colectivos e bens jurídicos individuais concorre ainda o conceito de "não distributividade": um bem será colectivo quando for conceptual, real e juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuir uma sua porção a um indivíduo. Todo o bem jurídico colectivo se caracteriza por poder ser desfrutado por cada um dos membros da sociedade, sem que seja possível relacioná-lo, no todo ou em parte, a um único sector daquela. O autor aponta como exemplo a segurança no tráfico monetário e a segurança interior do Estado, pois destes bens beneficia cada cidadão em igual medida.

Hefendehl divide os bens jurídicos colectivos em dois grandes grupos consoante a sua titularidade pertença à sociedade ou ao Estado: são eles, os bens jurídicos que criam espaços ou de liberdade para a realização dos indivíduos e os bens jurídicos que protegem o Estado e as

19 (2001), p. 147 e ss. (Disponível em: www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales19/ronald-hefendehl.pdf).

30. Cf. *Kollektive Rechtsgüter*... cit., p. 111.

31. O autor reconhece, no entanto, algumas especificidades quanto aos bens jurídicos ambientais. Trata-se, na sua perspectiva, de autênticos bens jurídicos colectivos, mas relativamente aos quais não se verifica a característica da irrivalidade no consumo, pois ninguém pode fazer um uso do ambiente que não implique um certo desgaste dele. Estamos perante um caso especial de bens jurídicos colectivos consumíveis. Para mais desenvolvimentos consulte-se o escrito do autor Debe ocupar-se el derecho... cit., p. 155 e ss.

suas condições-quadro.[32] Na sua construção teórica, Hefendehl procura comprovar a sua teoria dos bens jurídicos colectivos num número representativo de delitos de forma a distinguir as situações em que estão em causa autênticos bens jurídicos colectivos (v.g., bens jurídicos para a protecção das condições-quadro estatais, quer assegurem a existência do próprio Estado – traição à pátria –, quer assegurem as condições de funcionamento de determinados órgãos institucionais; "bens jurídicos da confiança, socialmente relevantes – a confiança no dinheiro como meio de troca, nos crimes de falsificação de moeda; a lealdade da concorrência, nos crimes de concorrência desleal; a confiança no mercado de capitais no crime de abuso de informação privilegiada")[33] daquelas situações em que há meramente uma protecção antecipada de bens jurídicos individuais (v.g., como a protecção do património na fraude para a obtenção de seguros e na fraude para a obtenção de crédito, ou a protecção da saúde pública no tráfico de estupefacientes, que não é mais do que a protecção da saúde de todos os membros da sociedade e, como tal, a soma de bens jurídicos individuais); ou ainda daqueles casos em que estão em causa meras funções colectivas que apenas ao Estado cabe disciplinar e controlar (v.g. a ordem do trânsito). Reconhecida a dignidade penal dos bens jurídicos colectivos, o autor procura novas estruturas de imputação, adequadas à natureza daqueles bens, que possam colmatar as deficiências do binómio clássico assente no dano/perigo. Neste contexto e com esta função, o autor destaca a figura da acumulação.[34]

4. Conclusão

Em conclusão: o problema objecto destas reflexões consiste em saber se os novos riscos trazidos por uma sociedade tecnológica, financeira e economicamente evoluída podem ser eficazmente prevenidos e tutelados por um direito penal assente em princípios e instrumentos clássicos e, entre eles, no princípio da ofensividade. Será esta a altura de propor o *requiem* à categoria dogmática bem jurídico-penal?

32. Cf. *Kolektive Rechtsgüter*... cit., p. 113 e ss., 120 e 382 e Dias, Augusto Silva. Op. cit., p.766, nota 1675.

33. Esta confiança seria uma confiança sistémica, na medida em que não existindo a confiança em certos mecanismos ou instituições as sociedades actuais não seriam viáveis ou teriam uma outra configuração, cf. *Kollektive Recthsgüter*... cit., p. 124 e ss. Para uma apreciação crítica desta perspectiva sistémica, vide Dias, Augusto Silva. Op. cit., p. 853 e ss.

34. Cf. Debe ocuparse el derecho... cit., p. 156.

O direito criminal, enquanto reflexo da realidade social e económica, não pode permanecer ausente e indiferente à evolução daquela realidade. Todavia, uma resposta acertada não passa, necessariamente pela aceitação resignada do fim da função de protecção subsidiária de bens jurídicos, reconhecida ao direito penal, e muito menos pela sua substituição por um normativismo funcionalizado à promoção e propulsão de valores orientadores da acção humana na vida comunitária. Se o grande risco, comprovado historicamente, de uma concepção funcional do direito penal é a transformação das normas penais num instrumento de governo, não pode deixar de se reconhecer as enormes dificuldades causadas pelo espartilho do garantismo neo-iluminista para responder às novas exigências de tutela penal. Assim, da nossa perspectiva, os dois extremos conduzem se não ao fim, pelo menos à imobilização da ciência do direito penal.

Se não é possível responder aos problemas do século XXI com os instrumentos do século XVIII e do século XIX, tal não significa que os princípios e garantias em que essas categorias bebem o seu fundamento estejam obsoletos. Temos para nós que tal significa apenas que é preciso pensar novas categorias e instrumentos sem abandonar as garantias capazes de tornar o direito criminal legítimo. Neste contexto cabe um papel fundamental à doutrina e à dogmática penal, cumprindo, tal como em séculos anteriores, a sua função de procurar encontrar as soluções mais justas e legítimas para os problemas com que hoje é confrontada.

Neste sentido, é de aplaudir o esforço prosseguido por algumas das teorias expostas, porventura em traços demasiadamente largos. Os problemas jurídico-penais colocados pela sociedade do risco não se resolvem com o abandono do princípio da ofensividade mas com a procura de novas categorias que o concretizem: será o caso, a meu ver, da figura dos *bens jurídicos colectivos*. A comunidade reconhece hoje como valores fundamentais determinados interesses que não são pertença de alguém mas de todos. Interesses cuja importância está hoje vertida e consagrada no texto constitucional. A sua natureza colectiva não impede que se possa conferir materialidade penal ao acto ofensivo (v.g., a ilicitude material do crime de poluição advém do bem jurídico-penal ambiente, não obstante a sua natureza colectiva).

Com efeito, a actualidade testemunha um processo de assimilação entre as legislações de diversos países, muito distintos entre si histórica e geograficamente, mas unidos por um marco institucional de valores comuns a uma mesma civilização sócio-política submetida a considerá-

veis mudanças e profundas transformações culturais e sociais. Por outro lado, não deve desconsiderar-se a ponderação cada vez mais atenta dos novos fenómenos criminais por parte dos cidadãos. É de sublinhar, em particular, uma maior sensibilidade relativamente aos problemas ambientais e às questões económicas (designadamente, a correcta utilização dos recursos e a gestão global dos sistemas produtivos; o equilíbrio do sistema financeiro ou ainda a redistribuição justa dos rendimentos e a aplicação produtiva das receitas tributárias). E quanto a alguns destes interesses colectivos, o direito penal pode ser chamado ao cumprimento de uma função protectora e limitadora, por meio de uma dogmática crítica capaz de reafirmar os princípios e as garantias orientadores da acção penal na resolução de conflitos. O núcleo problemático reside na individualização das situações que podem dar lugar a autênticos objectos de tutela penal, cujo estudo pormenorizado se impõe. Uma análise verdadeiramente comprometida a esse estudo auxilia o caminho a percorrer e elimina falsos problemas a que a voracidade da evolução social induziu o direito penal.

Assim, parece-me que a categoria penal bem jurídico ainda se mostra viva e capaz de responder aos desafios que a sociedade contemporânea lhe lança. Em suma, são válidas para aquela figura dogmática as palavras de Mark Twain, ao ler no jornal o seu próprio obituário: "*the reports of my death have been greatly exaggerated*".

51964

II PROCESSO PENAL

1

A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?

MARCOS CÉSAR ALVAREZ

Graduado em Ciências Sociais pela USP. Mestre e Doutor em Sociologia pela USP. Professor no Departamento de Sociologia da FFLCH-USP. Professor e orientador no programa de pós-graduação em Sociologia da FFLCH-USP. Pesquisador no Núcleo de Estudos da Violência da USP. Lecionou na Unesp/Campus de Marília e na UEL, tendo trabalhado igualmente como assistente de pesquisa no Cebrap. Atual coordenador de graduação, pelo Departamento de Sociologia, do Curso de Ciências Sociais da FFLCH-USP. Membro do IBCCRIM.

ALESSANDRA TEIXEIRA

Mestre em sociologia pela USP. Advogada. Membro do IBCCRIM.

MARIA GORETE MARQUES DE JESUS

Mestre em sociologia pela USP.

FERNANDA EMY MATSUDA

Mestranda em sociologia pela USP. Advogada. Membro do IBCCRIM

FERNANDO SALLA

Professor da Universidade São Francisco. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Sociólogo. Membro do IBCCRIM.

CAIO SANTIAGO

Graduando em Direito pela USP.

VERIDIANA DOMINGOS CORDEIRO

Graduanda em Ciências Sociais pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: A pesquisa que ofereceu subsídios para a elaboração do presente artigo almejou identificar os principais aspectos jurídicos e sociológicos envolvidos na questão da participação da vítima no processo penal, procurando conhecer de que forma foram incorporadas as propostas de mudança na legislação processual penal recente. Com esse intuito, foram analisadas duas experiências distintas consideradas inovadoras nesse campo: os procedimentos restaurativos concernentes à Lei 9.099/1995 e os processos penais referentes à violência doméstica e familiar que tramitam pelo procedimento previsto pela Lei 11.340/2006. A pesquisa voltou-se especialmente às percepções e às demandas das vítimas, problematizando de que maneira se colocam os discursos pautados na vingança, na reparação e na reconciliação.

PALAVRAS-CHAVE: Vítima – Processo Penal – Lei Maria da Penha – JECRIM – Pesquisa empírica.

ABSTRACT: The study on which the present article is based aimed at identifying the main legal and sociological aspects concerning the participation of the victim in the criminal process, trying to learn the ways by which the incorporation of recent changes to the criminal process legislation occurred. The two experiences studied were considered innovative in the field: the restorative procedures (Law 9.099/1995) and the procedure referring to domestic and family-related violence (Law 11.340/2006). The research turned particularly to victims' perceptions and needs, opening up a discussion on the discourses based on revenge, reparation and reconciliation.

KEYWORDS: Victim – Criminal Process – *Maria da Penha* Law – *JECRIM* – Empirical research.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A emergência das vítimas na sociedade contemporânea – 3. O percurso da vítima na legislação penal e processual penal brasileira – 4. A pesquisa empírica qualitativa nas varas criminais e no Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – 5. O tratamento dado aos casos de violência doméstica nas varas criminais – 6. O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – 7. A vítima no processo penal ordinário: o homicídio de *Ana Moura* – 8. Considerações finais – 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo apresenta alguns resultados de pesquisa dedicada ao papel conferido à vítima no processo penal brasileiro e desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais entre maio de 2009 e março de 2010.[1] Nessa investigação, foram privilegiadas duas experiências distintas da legislação recente, instauradas em um campo que tradicionalmente confere um tratamento que não contempla possibilidades de participação efetiva da vítima: os procedimentos restaurativos concernentes à Lei 9.099/1995 e os processos penais referentes à violência doméstica e familiar que tramitam pelo procedimento previsto pela Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha. Essas duas iniciativas são geralmente consideradas inovadoras no que tange ao papel da vítima ao longo da persecução penal, pois delas advieram dispositivos vitimológicos até então inauditos no ordenamento processual penal brasileiro.

A pesquisa buscou igualmente balizar e confrontar referidas experiências legais com os dispositivos e as práticas pertinentes ao processo penal ordinário,[2] no que toca aos direitos e ao papel atribuído à vítima. Para tanto, a pesquisa voltou-se também para o campo de aplicação desse modelo, elegendo o estudo de caso como opção metodológica para acessar o modelo processual ordinário. A pesquisa desenvolveu-se, então, nos contextos empíricos do Juizado Especial Criminal (JECRIM) e do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVD), tendo também por referência o processo penal ordinário.

A investigação privilegiou as percepções das vítimas e de atores-chave do sistema de justiça criminal, procurando conhecer (a) o espaço oferecido para a participação da vítima resultante da operacionalização dos procedimentos restaurativos, (b) eventuais alterações nas concep-

1. Trata-se de pesquisa aprovada no edital Pensando o Direito, convocação 01/2009, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. A pesquisa, coordenada por Marcos César Alvarez, contou também com a participação de Daniella Coulouris, Fernando Salla e Maria Amélia de Almeida Teles, como consultores. Este artigo resume partes da publicação produzida no âmbito do citado edital (cf. Alvarez, 2010).
2. Atribui-se aqui o termo *processo penal ordinário* a todos os procedimentos previstos no Código de Processo Penal para a fase de conhecimento (tanto o rito propriamente ordinário, quanto o rito do Tribunal do Júri), excluídos os ritos especiais da legislação extraordinária.

ções tradicionais de crime e de vítima, (c) o grau de satisfação da vítima com o desfecho do caso e (d) a existência de entraves para a participação efetiva da vítima.

Neste artigo são apresentados alguns dos principais resultados da pesquisa empírica já finalizada. Inicialmente, discute-se a questão da emergência da figura da vítima na sociedade contemporânea por meio de uma revisão da bibliografia recente sobre o tema. Em seguida, o percurso da vítima na legislação penal e processual brasileira é caracterizado a partir das experiências dos Juizados Especiais Criminais e da Lei Maria da Penha. Finalmente, descreve-se como foi realizada a pesquisa empírica propriamente dita, bem como as considerações críticas que podem ser avançadas a partir da investigação concretizada.

2. A EMERGÊNCIA DAS VÍTIMAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A figura da vítima tem conquistado espaço no âmbito da vida social contemporânea, ao ganhar visibilidade e reconhecimento nos debates públicos e nas práticas institucionais. Movimentos sociais organizam-se em defesa das vítimas, a imprensa para elas se volta como se fossem praticamente as únicas destinatárias das políticas de segurança, novos saberes – como a Vitimologia – em torno delas se estruturam, rompendo com o interesse quase exclusivo da Criminologia em relação ao criminoso, e o próprio campo jurídico adota reformas buscando criar espaço para sua maior participação nos ritos legais. Enfim, uma inovação social de grande alcance parece em curso, embora seus contornos e significados ainda não tenham adquirido total clareza. Para alguns, teríamos a efetiva emergência de novos atores sociais, de novas demandas por reconhecimento da parte daqueles que, durante séculos, estiveram silenciados. Para outros, no entanto, essa emergência faria parte de um novo fervor punitivo que invade o espaço público, do processo de hipertrofia do Estado Penal ou de constituição de uma nova cultura do controle que se infiltra em todas as dimensões da sociedade. Tal é o debate que, em grande medida, é travado no âmbito das Ciências Sociais e Jurídicas.

Inúmeros trabalhos recentes discutem essa entrada das vítimas nas representações sociais e na ação política nas sociedades contemporâneas (ZAUBERMAN E ROBERT, 2007; WIEVIORKA, 2005; CARIO E SALAS, 2001; BERNARD E CARIO, 2001; DUMOUCHEL, 2000; COLLARD, 1999; GARAPON E SALAS, 1997). A maior parte dos autores concorda que tal irrupção implica uma ruptura em relação à forma como a sociedade moderna

construiu as representações e práticas hegemônicas em torno do crime e da punição. A construção do monopólio da violência legítima pelo Estado e pelo Direito na modernidade implicou a exclusão da vítima do processo penal. Se, durante muito tempo, a vítima desempenhou um papel ativo na repressão da infração e na reparação dos prejuízos sofridos, por razões políticas diversas o Estado moderno acabou progressivamente por praticamente excluí-la do processo penal (CARIO, 2000). Apenas recentemente a vítima passou a obter o reconhecimento formal de seus direitos, sendo que tal processo está ainda em curso.

Se há consenso em torno da ideia de que a presença da vítima no espaço público contemporâneo acarreta uma ruptura profunda na sociedade moderna, o mesmo consenso não se estabelece quando se trata de avaliar criticamente tal processo. Para alguns, essa emergência implicaria novas formas de ação coletiva, em novas formas de construção dos sujeitos sociais e em possibilidades de emancipação. Para outros, em contrapartida, tal fenômeno indicaria notadamente um novo fervor punitivo que se torna hegemônico na sociedade contemporânea e que ameaça as garantias e direitos conquistados ao longo da modernidade.

Michel Wieviorka é um dos autores que busca analisar essa transformação em termos de seus aspectos mais promissores. Para esse autor, trata-se efetivamente de uma verdadeira ruptura antropológica, uma vez que, nas sociedades tradicionais, mesmo que existisse a representação do sofrimento vivido, a figura mesma da vítima era pouco relevante: suas dificuldades e seus traumatismos eram bem menos importantes do que o próprio significado da violência sofrida do ponto de vista da comunidade (WIEVIORKA, 2005, p. 81). Com a constituição do Estado moderno, a vítima igualmente não terá grande demanda a apresentar, uma vez que o Estado toma seu lugar para obter reparação em nome de toda a sociedade.

Embora considere que a entrada massiva das vítimas nos espaços públicos contemporâneos coloque inúmeros problemas de ordem política, ética e jurídica – tais como os relativos ao enfraquecimento do Estado nacional, da possível dissolução entre as esferas pública e privada, da crise mais geral das instituições etc. –, para Wieviorka o mais importante é que essa transformação coloca em cena novas possibilidades de expressão dos sujeitos individuais e coletivos. Ou seja, ao invés de reduzir a dimensão subjetiva da temática da vítima apenas a uma ameaça de crise das instituições, deve-se enfatizar que a emergência da vítima aponta para o potencial de reconhecimento público do sofrimento

suportado por um indivíduo singular ou por grupos, a possibilidade de narrar a experiência vivida e o impacto dos traumatismos; enfim, permite fortalecer a presença do sujeito pessoal na consciência coletiva (WIEVIORKA, 2005, p. 100). Se a violência, nas suas múltiplas formas, é sempre a negação dos sujeitos, a emergência da vítima como sujeito na cena pública pode ajudar no combate à própria violência, ao exercer um efeito de responsabilização sobre políticas e representações, ao contribuir para a construção da memória histórica, ao permitir novas perspectivas de reconhecimento, mesmo que a derivação populista em torno da questão, sobretudo no plano penal, não possa ser subestimada.

Denis Salas (2005), em contrapartida, em seu livro intitulado *La volonté de punir* [A vontade de punir], ressalta justamente os perigos que a emergência da figura da vítima nos debates públicos acerca da justiça e da punição nas sociedades democráticas apresenta em termos do fortalecimento do assim chamado *populismo penal* – definido como o discurso emotivo que clama por punição em nome das vítimas e contra as instituições democráticas desqualificadas (SALAS, 2005, p. 14). Ao tomar esse caminho, Salas argumenta na mesma direção de inúmeros autores que diagnosticam, na cena contemporânea, um novo impulso punitivo que, de certa forma, acompanha a intensificação do movimento da globalização econômica nas últimas décadas, por vezes caracterizado pela ascensão de um Estado Penal (WACQUANT, 1998; 2001a; 2001b) ou como uma nova cultura do controle (GARLAND, 2001).

O que se coloca em questão, em última instância, nessas discussões é o diagnóstico acerca da própria crise do Estado e da sociedade na contemporaneidade. Para alguns, potencialmente sobrecarregado pela pressão dessas novas demandas sociais e políticas, o Estado estaria ameaçado de perder o monopólio da ação penal, construído com dificuldade ao longo da modernidade, ou poderia ser levado à inflação penal como resposta a problemas cuja resolução deveria ocorrer no plano civil, administrativo ou social, exclusivamente (CARIO, 2000, p. 9).

O tema, portanto, permite diferentes tomadas de posição valorativa, bem como coloca grandes desafios metodológicos. Uma consideração metodológica que pode ser antecipada, considerando-se o aprofundamento do estudo do problema, é que historiadores do Direito Penal apontam que o próprio processo de emergência da vítima no direito penal contemporâneo não é tão simples, como muitas vezes apresentado pela bibliografia sobre o tema, já que também no que se refere à questão da vítima a marcha do direito não é linear e evolucionista, devendo-

se desvendar em cada período as doutrinas, e também as práticas, dos tribunais e, mesmo, as práticas infrajudiciais ou parajudiciais concorrentes (cf. GARNOT, 2001; ALLINNE, 2001).

Tanto no passado como no presente, a evolução do estatuto social e jurídico da vítima é perpassada por conflitos e ambiguidades. O decisivo é que, na atualidade, instaurou-se toda uma nova disputa em torno da própria "semântica" da palavra *vítima*, nos mais diversos âmbitos da vida social. Se hoje se deve buscar um maior reconhecimento em favor da vítima, tanto em termos sociais e culturais quanto no âmbito penal, tal objetivo é bastante complexo e só é possível avançar em termos práticos a partir de uma melhor compreensão do que está realmente em jogo nesse conjunto de transformações.

A emergência da vítima fortalece o sujeito individual diante da coletividade? É possível evitar as manipulações do populismo penal e da nova cultura do controle do crime, que, por vezes, defende políticas de endurecimento penal em nome das vítimas? Como transformar a pressão legítima das vítimas em políticas verdadeiras de reconhecimento? Tais questões não podem ser respondidas de forma abstrata – apenas estudando-se contextos e práticas específicas é que será possível aprofundar as questões anteriormente levantadas.

3. O PERCURSO DA VÍTIMA NA LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Na recente história brasileira, também os perigos do populismo penal estão presentes. A legislação criminal da década de 90 do século XX – em especial a Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) e suas edições posteriores – é exemplo da instrumentalização da vítima em prol de uma política criminal de matriz neoconservadora, mais repressiva e não atenta às garantias fundamentais e aos direitos dos acusados (TEIXEIRA, 2009). Além disso, em inúmeros debates públicos, percebe-se a manipulação da figura da vítima com a finalidade tão-somente de maior criminalização e punição, ao reforçar os fenômenos que deveria coibir: a vitimização, secundária e terciária, e a despersonalização do conflito.

Porém, emergem igualmente dois movimentos que podem ser denominados "vitimológicos". O primeiro surgido com a pretensão de combater a despersonalização do conflito e os efeitos vitimizadores da abordagem clássica jurídico-punitiva, pode ser identificado nos procedimentos restaurativos adotados nos Juizados Especiais Criminais e na própria justiça restaurativa.

Em 1995, por meio da Lei 9.099/1995,[3] foram criados os Juizados Especiais Criminais, em atenção, substancialmente, a duas ordens de perspectivas em termos de política criminal: de um lado, a lógica "despenalizadora", voltada aos delitos definidos como de menor potencial ofensivo e, de outro, a defesa da economia processual através de um rito simplificador em substituição ao processo penal e do consequente desafogamento do sistema de justiça criminal. Dessa maneira, as varas criminais poderiam atuar com maior prioridade sobre os crimes de "maior potencial ofensivo" (AZEVEDO, 2000).

Com a lei, institucionalizou-se no sistema de justiça criminal brasileiro a chamada justiça consensual ou restaurativa,[4] que teria por objetivo a conciliação e a busca do restauro dos laços entre as partes, ampliando assim a interação entre agressor ou infrator[5] e vítima, e buscando a pacificação do conflito. Esse modelo de justiça introduziu uma dinâmica inovadora, com procedimentos informais e rápidos na tentativa de desenvolver alternativas mais eficazes e menos onerosas (DIAS E ANDRADE, 1992).

Para os crimes de menor potencial ofensivo – com pena igual ou inferior a um ano[6] e os delitos culposos – a lei instituiu o rito em princípio "descriminalizante" dos JECRIMs, a partir de procedimentos que precederiam e em alguns casos até substituiriam a instauração do processo penal, a saber, a composição civil (prevendo a tentativa de conciliação como etapa necessária), seguida da transação penal e, enfim, da suspensão condicional do processo.

3. A lei trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Neste relatório, a menção à Lei 9.099/1995 será sempre para se referir ao JECRIM.
4. Os modelos conciliatórios (consensuais ou restaurativos) de solução de conflito, que passaram a ganhar importância a partir da década de 1970 nos Estados Unidos, são parte de uma política de pacificação, que se preocupa com a harmonia e a eficiência. Passa-se de uma "ética do certo e errado" para uma "ética do tratamento" (NADER, 1994), ou seja, a lógica dos tribunais, que era de se ter ganhadores e perdedores, passa a ser substituída por uma lógica de acordo e conciliação em que só há vencedores.
5. Foram utilizadas as denominações nativas, isto é, empregadas pelos atores do sistema de justiça criminal.
6. A Lei 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais Federais, passou a ampliar a definição de crime de menor potencial ofensivo, estendendo seu rol de incidência para os crimes cuja pena seja igual ou inferior a dois anos.

No que toca à transação penal, sua aceitação implica a aplicação das medidas alternativas anteriores ao processo e à pena, representadas, no entanto, pelas mesmas modalidades já previstas no Código Penal desde 1984 como penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade, limitação de final de semana e interdição temporária de direitos. Essa espécie de transação foi festejada por alguns autores por incorporar tendências internacionais que propunham mecanismos ressocializadores e apaziguadores de conflitos. Outros, entretanto, consideraram-na polêmica, pois se daria em um momento no qual ainda não haveria investigação ou prova que demonstrasse a responsabilidade do acusado. Seria, assim, uma espécie de punição antecipada, em conflito com o princípio da presunção de inocência.[7]

O acento desprisionalizador dessa lei diz respeito particularmente aos reclamos de um determinado movimento de política criminal no qual as alternativas ao encarceramento emergiam como proposta central. Foi assim, no bojo de uma política de alternativas penais, que a Lei 9.099/1995 passou a contemplar instrumentalmente tal perspectiva, ao prever procedimentos restaurativos que visassem a evitar, em última instância, a privação de liberdade dos condenados. Esse é o sentido que pode ser extraído das *regras mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*, conhecidas como *Regras de Tóquio*, cujo texto foi aprovado pelas Nações Unidas em 14.12.1990 e ao qual a Lei 9.099/1995 estaria filiada. Em seu conteúdo, há a recomendação expressa pela adoção de medidas penais alternativas ao encarceramento, como a restrição de direitos do condenado e acusado, e de procedimentos restaurativos, como a composição do dano causado e a indenização da vítima, mais uma vez como alternativas ao processo penal e à pena de prisão.

O trabalho de Azevedo (2000) aponta para o fato de que a Lei 9.099/1995 promoveu uma "judicialização dos conflitos", uma vez que permitiu maior controle sobre os litígios que antes eram resolvidos fora do âmbito do Judiciário ou que permaneciam "engavetados" nas delegacias de polícia, isto é, que não chegavam a integrar o conjunto de demandas levado ao sistema de justiça. Foram também identificados problemas como a ausência de promotores em audiências preliminares, a atuação excessivamente burocratizada de juízes e a presença de promotores e conciliadores na condução de acordos, o que revelaria

7. "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (art. 5.º, LVII, da CF/1988).

uma preocupação com uma maior quantidade de desfechos rápidos e com baixo dispêndio de recursos. O autor considera, no entanto, que, levando-se em consideração o poder de movimentar o sistema de justiça criminal que é colocado nas mãos da vítima – na medida em que é ela quem se dirige à autoridade policial para comunicar a ocorrência – e a possibilidade de obtenção da reparação do dano através da ação penal, haveria um maior protagonismo da vítima nos juizados em comparação com o processo penal tradicional.

De qualquer modo, não foi exatamente na condição de protagonista que a vítima emergiu nesse novo contexto, embora esse papel tenha sido disponibilizado, em tese, a partir de procedimentos alternativos ao processo penal tradicional, expressos, especialmente, na figura da composição civil do dano, cuja prática remete à lógica da mediação de conflitos, na qual, em princípio, os próprios papéis de agressor e vítima podem ser discutidos e redefinidos.

Se as práticas restaurativas concernentes às conferências, consubstanciadas em audiências nos juizados, dividem posições no que diz respeito à validade e à eficácia dos fins a que se destinam, dada também a heterogeneidade de sua aplicação, contudo, no que diz respeito à aplicação das medidas alternativas aos autores dos crimes sujeitos ao JECRIM, a crítica é bastante contundente ao denunciar a banalização com que esses fenômenos seriam tratados, em especial no que toca àqueles relativos à violência doméstica.

Em verdade, a percepção do processo de banalização foi acentuada com a edição da Lei 9.714/1998, responsável por instituir quatro novas modalidades de sanções restritivas de direitos: a prestação pecuniária em favor da vítima, a perda de bens e valores, a proibição de frequentar determinados lugares e a prestação de outra natureza, tendo ainda modificado[8] as condições de aplicabilidade das penas alternativas. Referida lei, antes de operar como medida de ampliação e fortalecimento das medidas alternativas ao encarceramento, prestou-se ao contrário, nos dizeres de Martins (2004, p. 656), "puramente ao fortalecimento do papel simbólico da repressão penal, alastrando penas cosméticas e propiciando a banalização da intervenção penal na vida social".

8. Ampliou-se de dois para quatro anos de reclusão o tempo de pena de prisão passível de ser substituída por restritiva de direitos, desde que se trate de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, que seja primário o agente e estejam atendidos os demais requisitos de caráter subjetivo.

Foi principalmente no que se refere ao recurso reiterado que a justiça passou a fazer da modalidade *prestação pecuniária*, em especial na conversão do valor devido em cestas básicas e nos crimes relativos à violência doméstica, que a perspectiva de banalização desse problema e, mais ainda, a de desvalorização do papel da vítima se fizeram sentir com maior evidência no sistema dos juizados. Foi justamente a partir dessa crítica e em oposição clara ao modelo previsto e executado nos JECRIMs que a sociedade civil e os movimentos sociais reivindicaram outras formas de enfrentamento e de erradicação da violência de gênero, a partir da constatação da maior vulnerabilidade imposta às vítimas desse tipo de violência pela aplicação da Lei 9.099/1995. A Lei Maria da Penha configura-se, deste modo, como um segundo movimento que pode ser denominado "vitimológico" no Brasil.

Em agosto de 2006, foi aprovada e sancionada no Brasil a Lei 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. De acordo com Teles, a lei estabeleceu que a violência doméstica deve ser "enfrentada pelo Estado e pela sociedade brasileira a fim de responder de forma satisfatória à realidade de milhões de mulheres que, cotidianamente, sofrem as mais diversas formas de violência: física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, entre outras" (Teles, 2009, p. 13).

Um antecedente direto dessa lei consiste na condenação sofrida pelo Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo tratamento dado ao caso de Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio perpetradas por seu marido. Com o apoio do Centro de Justiça pelo Direito Internacional (Cejil) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), Maria da Penha teve seu caso admitido porque se entendeu que o Estado, ao se omitir, fora responsável pela violação de direitos. O Relatório 54/2001 condensa as recomendações advindas da condenação, que exigiam o empenho do Estado para pôr fim à tolerância e ao tratamento discriminatório no que atine à violência doméstica contra as mulheres. Recomendou-se que o Estado simplificasse os procedimentos judiciais penais, sem afetar os direitos e garantias do devido processo, estabelecesse formas alternativas às judiciais, que fossem rápidas e efetivas na solução de conflitos intrafamiliares e promovesse a sensibilização com respeito à gravidade e às consequências penais geradas pela violência doméstica.

Além disso, os movimentos de mulheres denunciavam a fragilidade da Lei 9.099/1995, cuja dinâmica não daria conta da complexidade da

violência doméstica. O processamento dos casos de violência doméstica nos JECRIMs foi bastante criticado, tanto pela equiparação desse crime a uma infração de "menor potencial ofensivo", quanto pelos desfechos obtidos, considerados inadequados pelas vítimas.

Ao longo das discussões que redundaram na Lei 11.340/2006,[9] procurou-se construir um novo modelo para o tratamento da questão da violência doméstica no país, que se distanciasse daquele previsto pela Lei 9.099/1995 e que alçasse o problema a outro patamar, em que o papel da vítima fosse reconfigurado.

As discussões acerca de uma lei para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, que contaram com a participação de representantes da sociedade civil, provocaram modulações no texto do projeto de lei original (PL 4.559/2004). Durante o trâmite legislativo, a passagem do projeto pela Comissão de Seguridade Social e Família acarretou um conjunto de mudanças em relação ao texto original, tendo sido muitas dessas propostas de alteração efetivamente aprovadas.[10]

Dentre as principais inovações da Lei 11.340/2006, vale mencionar: (a) a tipificação do crime de violência doméstica e familiar como física,

9. O PJ 4.559/2004, que visava à criação de lei para o enfrentamento da violência doméstica, foi elaborado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Dec. 5.030 de 31.03.2004, do qual faziam parte a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a Casa Civil da Presidência da República, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Saúde, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, o Ministério da Justiça e a Secretaria Nacional de Segurança Pública. O Consórcio de Organizações Não Governamentais Feministas encaminhou ao Grupo de Trabalho anteprojeto que subsidiou as discussões sobre a lei em diversos níveis (oitivas, seminários, debates e oficinas) e com diversos atores (representantes da sociedade civil, órgãos diretamente envolvidos na temática etc.).

10. Dentre as mudanças mais importantes propostas pela deputada Jandira Feghali (PC do B/RJ), relatora do projeto na Comissão de Seguridade Social e Família, estão a substituição do termo "medidas cautelares" por "medidas protetivas de urgência", a notificação da ofendida dos atos processuais, supressão de qualquer menção à Lei 9.099/1995 e a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, determinação de cadastro pelo Ministério Público dos casos de violência doméstica, criação de centros de atendimento psicossocial e jurídico, casas-abrigo, delegacias especializadas, núcleos de Defensoria Pública, serviços de saúde, centros especializados de perícias médico-legais, centros de educação e de reabilitação para os agressores.

psicológica, sexual, patrimonial e moral, (b) a criação de medidas integradas de prevenção à violência doméstica e familiar, (c) a criação de mecanismos de assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar, (d) a prescrição da forma de atendimento dessa vítima pela autoridade policial, (e) a criação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, e retirada da competência dos JECRIMs para julgar crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como a vedação da aplicação da Lei 9.099/1995, (f) a criação de medidas protetivas de urgência para a vítima, (g) a previsão de assistência judiciária para a vítima e (h) a previsão de equipe de atendimento multidisciplinar.[11]

É nessas duas direções vitimológicas da legislação brasileira que a pesquisa aqui descrita situou suas questões, ao investigar empiricamente o quanto as duas experiências mencionadas (procedimentos restaurativos nos JECRIMs e a Lei Maria da Penha) podem ter vindo ou não a configurar outro paradigma na tutela dos direitos da vítima no processo penal, tendo por comparação o modelo tradicional de exclusão da vítima no curso da persecução penal no ordenamento vigente.

4. A pesquisa empírica qualitativa nas varas criminais e no Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Uma das primeiras escolhas que se colocam quando se pretende investigar empiricamente um fenômeno social remete ao emprego de métodos quantitativos ou qualitativos. Atualmente, encontra-se bem estabelecido, no campo das Ciências Sociais, o consenso de que, dependendo do problema de pesquisa a ser investigado, é possível obter respostas satisfatórias tanto a partir de dados quantitativos quanto qualitativos ou mesmo pela combinação das diferentes técnicas. Considera-se que a técnica quantitativa permite maior padronização dos procedimentos de pesquisa, já que possibilita generalizações a partir do emprego de técnicas estatísticas e comparações de dados e hipóteses com pesquisas realizadas em outros contextos mas que empreguem os mesmos métodos. A técnica qualitativa, em contrapartida, permite um exame mais inten-

11. Após a promulgação da lei, iniciou-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial em torno de sua constitucionalidade. A polêmica ensejou ação declaratória de constitucionalidade em 2007, por iniciativa da Presidência da República. O Min. do STF Marco Aurélio Mello negou liminar e até o encerramento desta publicação aguardava-se o julgamento pela Corte.

sivo dos dados, possibilita maior flexibilidade na coleta do material, abre mais espaço para a interpretação dos significados dos dados investigados. Na pesquisa qualitativa em geral, a ênfase recai sobre o sujeito, sobre a forma como age e interpreta sua própria condição numa determinada situação social (BOUDON, 1989; COULON, 1995; MARTINS, 2009).

Na presente pesquisa, tendo em vista o problema a ser aprofundado, optou-se pela pesquisa de natureza qualitativa por meio do emprego de dois instrumentos investigativos principais: a observação e a entrevista. Ao mesmo tempo em que a revisão da bibliografia e a análise de fontes documentais forneceram o arcabouço teórico e o contexto mais amplo para subsidiar a análise de campo, os citados instrumentos viabilizaram o acesso aos comportamentos e valores dos agentes envolvidos.

As entrevistas tiveram importância fundamental nessa empreitada, já que o propósito precípuo foi o de resgatar as percepções das vítimas e dos operadores que se inserem nos mecanismos processuais instaurados pelas Leis 9.099/1995 e 11.340/2006. As entrevistas semipadronizadas – nas quais o entrevistador deve fazer certo número de perguntas principais e específicas, mas é igualmente livre para ir além das respostas dadas, ao incluir novos temas e indagações (PHILIPS, 1974) – visaram a alcançar as percepções subjetivas de atores-chave do sistema de justiça e das vítimas e suas representações face à efetiva participação e ao grau de satisfação em relação ao desfecho processual, não sendo ignorados eventuais impactos em suas condições de vida, de cunho material e psicológico. Também foram entrevistados sujeitos cujas trajetórias de vida foram consideradas significativas em termos das questões aqui investigadas.

A pesquisa de campo teve por objetivo principal a análise das percepções das vítimas através da observação e de entrevistas realizadas durante as audiências nos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995) e nos processos penais referentes à violência doméstica e familiar que tramitaram de acordo com o previsto na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Foram selecionados dois contextos empíricos para desenvolvimento desse momento da investigação: o primeiro contexto correspondeu a duas varas criminais da Comarca de São Paulo que apresentam competência tanto para julgar delitos de acordo com a Lei 9.099/1995 quanto para julgar casos de violência doméstica segundo o que prevê a Lei Maria da Penha, além de serem varas criminais comuns e, portanto, terem competência para julgamento de crimes pelo rito ordinário. O segundo contexto correspondeu ao primeiro Juizado Especial

de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Estado de São Paulo, instaurado em janeiro de 2009 no Foro Central da Barra Funda e que ainda se encontra em processo de implementação, criado para proporcionar um atendimento mais específico às vítimas de violência doméstica,[12] em conformidade com a lei.

A equipe de pesquisa, a partir das pautas de audiências consultadas com antecedência, previu inicialmente o acompanhamento de 50 audiências entre os meses de outubro e novembro de 2009,[13] sendo que muitas delas não ocorreram, na maioria dos casos em razão da ausência de uma das partes, assim foram acompanhadas efetivamente 35 audiências.

Muito embora não tenha sido objetivo da pesquisa a reconstituição minuciosa do funcionamento dos JECRIMs, foi preciso resgatar, a partir dos resultados obtidos no trabalho de campo, quais fatores estruturais teriam impacto sobre a questão da participação da vítima nesse procedimento específico do sistema de justiça criminal. Por conseguinte, não se poderia esquecer o conjunto de disposições dos operadores do direito, tampouco os recursos materiais e humanos, fatores que se convertem em condições de possibilidade para que a vítima e seus interesses sejam recepcionados pela dinâmica dos JECRIMs. A estrutura disponível para o funcionamento do JECRIM e as ideias cultivadas pelos operadores a respeito de suas atribuições estão imbricadas. Se, de um lado, há apenas um juiz de direito e um promotor de justiça para dar conta de duas salas onde são realizadas audiências simultaneamente, de outro, as percepções dos operadores convergem para a minimização desse problema diante da "simplicidade" do procedimento do JECRIM.

"As audiências preliminares são simples, não precisa estar o promotor junto. Veja bem, não é que eu estou fazendo o papel dele, é que eu já sei o que ele vai propor.[14]

12. Optamos aqui por não identificar as duas varas criminais pesquisadas, uma vez que o objetivo da pesquisa não consistiu em avaliar a conduta dos operadores, mas apenas reconstituir quadros materiais e simbólicos de atuação que podem igualmente estar presentes em outros contextos.
13. Com esse número não se buscava nenhum tipo de representatividade estatística dos dados, pois se tratou de uma pesquisa qualitativa, como já ressaltado. Buscou-se, em contrapartida, a identificação de um conjunto de casos significativos, de acordo com o problema de pesquisa proposto.
14. Entrevista realizada com juiz de direito atuante na vara criminal pesquisada.

É um papo rápido mesmo, para ver se tem acordo.[15]

Quando é besteirinha propõe-se cesta básica."[16]

Ainda em relação à estrutura do Juizado, a inexistência de defensor público em seus quadros é, sem dúvida, um grande obstáculo não apenas à garantia dos direitos do acusado – que muitas vezes comparece à audiência sem orientação adequada e desacompanhado de advogado – e, particularmente, à participação efetiva da vítima. Os casos observados revelaram que nas ocasiões em que a vítima está assistida por advogado, o espaço para sua participação é maior – mesmo que seu discurso seja incorporado pela manifestação de seu representante – e o desfecho se aproxima mais de suas pretensões. Nas audiências em que estavam presentes a vítima e o infrator,[17] notou-se que na maioria dos casos a vítima não foi sequer consultada quanto à opção de ser ouvida pelo juiz sem a presença do acusado. Algumas das vítimas entrevistadas foram categóricas ao afirmar que se os agressores não estivessem presentes à audiência, sua liberdade para falar poderia ter sido maior. A presença do infrator, e até mesmo de seu advogado, traduzia-se, nos casos analisados, em um obstáculo para a expressão da vítima, já restrita por conta da celeridade do procedimento.

A preocupação com a rapidez das etapas do processo, aliada à enorme demanda que se apresenta aos JECRIMs, resta por inibir as possibilidades de manifestação e de satisfação da vítima. Observou-se que juiz de direito e promotor de justiça sistematicamente deixavam de lado a tentativa de composição civil do dano e partiam para a transação penal, expediente que ocasiona o afastamento da vítima do procedimento. Consequentemente, a informalidade do JECRIM, que poderia ser positiva para a vítima ao remover barreiras entre o cidadão e o sistema de justiça, transforma-se no seu oposto, já que procedimentos informais, sobretudo quando implementados de forma deficitária, ficam sujeitos a manipulações e abrem brechas para que os direitos das vítimas não sejam garantidos, principalmente se não há prestação de assistência jurídica de maneira adequada.

15. Idem.
16. Idem.
17. Casos de delitos contra o meio ambiente, contravenções penais e receptação culposa de veículos, por exemplo, foram abarcados pela observação, sem que houvesse a figura da vítima tal como abordada pela pesquisa.

No que diz respeito ao grau de satisfação das vítimas, percebeu-se que sua frustração decorre em grande parte da incapacidade do resultado alcançado em restabelecer o direito lesado ou o dano causado pelo agressor. A sensação de impunidade também foi recorrente dentre as percepções coletadas, sendo o descontentamento produzido pelas medidas alternativas, que não constituiriam uma resposta suficiente. Esse fenômeno se mostrou mais frequente nos casos em que vítima e infrator não guardavam uma relação de interpessoalidade.

"Pagar uma cesta básica não é uma punição forte, acho que a punição deveria ser mais punitiva."[18]

Os casos estudados no JECRIM indicam que a satisfação da vítima parece ligar-se ao sucesso da composição civil e, em decorrência, ao ressarcimento dos prejuízos causados. Duas situações que compuseram o universo da pesquisa ilustram essa constatação. Em uma delas, uma vítima de lesão corporal, munida de recibos que comprovavam seus gastos com o tratamento, disse estar parcialmente satisfeita com o desfecho, o pagamento de R$ 1.000,00 pelas despesas, e surpresa com a rapidez do processo:

"Foi bem tranquilo, sem muita burocracia (...). Eu esperava isso mesmo, não tinha nada além disso, sempre acreditei que ia dar certo."[19]

Em outro caso, o próprio infrator propôs à vítima o pagamento dos prejuízos sofridos pela vítima em razão do acidente por ele provocado. Além disso, ele aproveitou o momento da audiência para se desculpar com a vítima pelo que havia ocorrido e por não a ter procurado antes daquele momento, já que eram vizinhos que moravam na mesma rua. Esse efeito simbólico da atuação do sistema de justiça também pôde ser aferido em outro caso e pode servir como elemento a ser considerado na própria avaliação que a vítima faz do desfecho propiciado. Uma vítima declarou-se satisfeita com a audiência porque pôde manifestar que a

18. Entrevista com vítima envolvida em um conflito de trânsito. A vítima chegou a manifestar na audiência o interesse pela composição civil (pagamento de R$1.700,00), que foi rechaçada pelos infratores. Na transação penal, o juiz ofereceu aos infratores duas opções: o pagamento de cestas básicas ou a prestação de serviços à comunidade. Os infratores optaram pelo pagamento de cesta básica, o que a vítima considerou insatisfatório, já que não teria ressarcido o prejuízo causado pelo dano, muito menos correspondia ao que julgava "realmente punitivo".

19. Entrevista com a vítima.

decisão quanto à continuidade ou não do processo estava em suas mãos e que a agressora teria se sentido intimidada pelo juiz:

"Fiquei satisfeita. Pelo menos serviu para amedrontar ela, né? Vamos ver o que vai acontecer agora."[20]

Outro fator que parece ter relevância, em se tratando da satisfação da vítima, é a oportunidade que lhe é dada para exprimir sua versão do episódio e seus interesses. Metade das vítimas entrevistadas relatou insatisfação em relação ao tempo e ao espaço concedidos para sua fala.

"O promotor não me deixou falar, eu estou com medo, eu moro sozinha. O promotor nem me deixou falar isso, ele só perguntou se eu queria que continuasse o caso e eu disse que sim. Não foi dado espaço para falar."[21]

5. O TRATAMENTO DADO AOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS VARAS CRIMINAIS

Após a promulgação da Lei Maria da Penha, as varas criminais assumiram competência para julgar casos de violência doméstica enquanto não se estruturam os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Por esse motivo, as varas criminais pesquisadas voltavam seu trabalho para casos de violência doméstica e também para as infrações de menor potencial ofensivo. Ou seja, em uma mesma tarde, eram realizadas audiências do JECRIM e de casos de violência doméstica, além das audiências correspondentes aos processos ordinários.

A falta de uma dotação estrutural, que converge para o funcionamento concomitante de lógicas substancialmente diversas, por certo dificulta a incorporação e a aplicação adequada dos princípios que norteiam a proposição de uma e de outra lei. Antes da Lei Maria da Penha, as varas criminais para as quais se voltou a pesquisa tratavam a violência doméstica a partir da ótica do JECRIM. Conforme o depoimento de juiz de direito ouvido para a pesquisa, antes da promulgação da Lei Maria da Penha o JECRIM lidava majoritariamente com casos de violência doméstica.

Nas audiências preliminares que foram acompanhadas pela pesquisa, tanto o juiz quanto o promotor propuseram a transação penal

20. Idem.

21. Entrevista com a vítima.

em praticamente todos os casos de violência doméstica. A informalidade proporcionada pela Lei 9.099/1995 parece ter sido transferida para todos os casos que tramitam nas varas criminais, inclusive aqueles enquadrados na Lei Maria da Penha, embora o art. 41 disponha que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26.09.1995". A observação das audiências ocorridas nas varas criminais ao longo da realização do trabalho de campo aponta para a hipótese de que não houve uma ruptura efetiva quanto ao tratamento oferecido por essas varas em relação aos casos de violência doméstica e, especialmente, às vítimas.

As considerações feitas em relação à participação da vítima no JECRIM podem ser repetidas para retratar o que ocorre nas varas criminais. As vítimas de violência doméstica entrevistadas relataram não terem participado da construção do desfecho do caso e nem do processo como um todo, e não conseguiram, principalmente no momento da audiência preliminar, expor suas expectativas[22] ou solicitar a medida protetiva. Nos casos de violência doméstica em que ocorreu a transação penal, isso ficou ainda mais evidente.

A pesquisa de campo mostrou que juízes e promotores são orientados pelas contingências da falta de estrutura e pela consequente preocupação em diminuir o número de processos e agilizar as audiências, não havendo prestação alguma de esclarecimentos para as vítimas, principalmente quanto aos procedimentos a serem adotados diante de uma nova ameaça ou agressão, o que poderia interromper o ciclo de vitimização. Um dos casos acompanhados ajuda a compreender essa questão: após proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público, a vítima de lesão corporal, que na ocasião estava grávida e sofreu um abortamento por conta da agressão, dirigiu-se ao promotor e disse temer que o ex-

22. Diferentemente do que se poderia esperar de uma situação caracterizada pela emoção, a maioria das vítimas se dispôs a falar com a equipe de pesquisa. Talvez isso seja reflexo do fato de elas não terem encontrado espaço nas audiências para relatarem sua versão dos acontecimentos, bem como de expressarem suas angústias. Em um dos casos, a vítima chegou a dizer: "lá [sala da audiência] eu queria ter falado, como estou falando pra você, que o [agressor] continua me perseguindo, mas não deu". Em outra audiência, a vítima estava bastante nervosa e não conseguia parar de chorar, dizendo às entrevistadoras: "que bom que posso conversar com vocês sobre isto, estou me sentindo muito acuada, estou com muito medo".

companheiro voltasse a agredi-la, principalmente porque ela havia manifestado a impossibilidade de acordo ou de conciliação entre as partes. Perguntado pela vítima sobre como deveria proceder, caso voltasse a ser agredida, o promotor de justiça respondeu que ela deveria registrar boletim de ocorrência. A vítima reiterou sua preocupação quanto à sua segurança, ao que o promotor respondeu:

"Todos temos medo, eu tenho medo também, a violência urbana está em todo lugar."

A satisfação das vítimas de violência doméstica, diferentemente do que foi observado nos casos dos JECRIMs, parece estar vinculada à resolução do problema, o que passa pelo constrangimento dos cônjuges para que cessem as agressões. De modo geral, as vítimas manifestaram que sua intenção, ao acessar o sistema de justiça, não era que o agressor fosse punido, mas, sobretudo, de se verem protegidas da violência. É o que se depreende da fala de outra vítima ouvida na pesquisa:

"(...) na verdade eu esperava outra coisa, algo que eu pudesse sair hoje do fórum e o [agressor] não me perseguisse mais. Eu não aguento mais, ele me persegue dia e noite. Já mudei três vezes de casa e ele sempre se muda para uma casa próxima à minha. Ele faz um tipo de tortura psicológica comigo, fica me xingando no bairro e falando mal de mim pras minhas filhas. (...) Achei que hoje isso ia ter fim."[23]

E, também, do depoimento da vítima de um dos casos acompanhados, que decidira retirar a representação porque ela não teria "coragem de andar na rua com medo do agressor". Outro caso, que trata de conflito entre mãe e filho, demonstra a especificidade da violência doméstica e, ao mesmo tempo, o despreparo dos operadores diante desse fenômeno. A vítima estava dividida porque, por um lado, temia pela própria vida e, por outro, tinha receio de prejudicar o filho e agressor. Sem saber o que decidir, a vítima questionou o juiz sobre a melhor decisão, que retrucou:

"Minha senhora, eu não tenho bola de cristal, não vou saber o que o seu filho pode fazer com a senhora."

A vítima de outro caso chegou a afirmar, em entrevista para a pesquisa, que não desejava a prisão do ex-marido, mas que esperava que ele a "deixasse em paz", ou seja, cumprisse a medida protetiva consistente na proibição de aproximação, anteriormente descumprida.

23. Entrevista com a vítima.

"Ele não precisa ser preso para cumprir com a obrigação (...). Ele vê que a lei funciona, que tem ordens que têm que ser cumpridas. O que eu espero é isso."[24]

O efeito simbólico do espaço propiciado pelo sistema de justiça mencionado em relação aos casos dos JECRIMs também pôde ser verificado em se tratando da violência doméstica. Algumas vítimas utilizaram o espaço da audiência – nas poucas vezes em que foi dada a oportunidade – para falarem aos agressores, o que não conseguiam em outro contexto. Um dos casos acompanhados pode ser citado como um exemplo: o marido, que estava preso por ter descumprido medida protetiva, chegou algemado à audiência de instrução. A vítima foi ouvida sem a presença do agressor e, após dar sua versão sobre o fato, pediu para falar "algumas coisas na frente de [agressor]". Assim que ele chegou, a vítima lhe disse:

"Não quero mais você, quero que você veja que eu não sou uma vagabunda e que agora vou viver pras nossas filhas."

Outro fator importante a ser destacado é que, em todos os casos de violência doméstica, ao contrário de outros acompanhados pela pesquisa no JECRIM, as partes estiveram em algum momento ligadas por uma relação afetiva, de pessoalidade. Entretanto, os operadores de direito não modificam sua postura ou suas determinações perante essa particularidade, mantendo o comportamento apresentado face a qualquer outro caso submetido a eles, ignorando até mesmo a vulnerabilidade da situação da vítima, que se vê confrontada por alguém que lhe é muito próximo.

Esse cenário se torna ainda mais grave diante da ausência de assistência judiciária para as vítimas, prevista pela Lei Maria da Penha (arts. 27 e 28). A falta de assistência judiciária, de acordo com o que se pôde observar no campo, influencia significativamente o andamento e o desfecho dos casos – somente quando a vítima tem condições de compreender seus direitos e, sobretudo, as medidas protetivas, é que pode, de fato, participar do processo. Percebeu-se que, sem a assistência judiciária, as vítimas desconheciam parcialmente ou completamente seus direitos e tinham pouca clareza acerca das decisões que poderiam ser tomadas, possibilitando, assim o próprio descumprimento da Lei Maria da Penha e a aplicação dos

24. Idem.

dispositivos da Lei 9.099/1995.[25] Além disso, os casos observados evidenciaram que a presença do defensor é decisiva no acompanhamento do cumprimento das medidas de proteção na tomada de providências em caso de descumprimento. A imprescindibilidade da defesa técnica para o acusado, por seu turno, agrava o desequilíbrio já existente entre as partes, tendo em vista que o agressor tem, ainda que precariamente, um representante a lhe auxiliar, o que não ocorre com a vítima. Um elemento que contribui para piorar essa situação é o fato de as audiências preliminares não contarem com a presença simultânea do promotor e do juiz.

Um aspecto importante dos casos de violência doméstica diz respeito à complexidade do problema, que sobrepuja a pouca informação prestada pelos atores do sistema de justiça a respeito de outros elementos de natureza não criminal, como, por exemplo, orientações a respeito da separação e do divórcio, da pensão alimentícia, da guarda dos filhos, da partilha de bens etc.

A falta de aplicação efetiva dos instrumentos inovadores trazidos pela Lei Maria da Penha pelas varas criminais, bem como suas limitações para tratarem de questões que extrapolam o âmbito criminal, ou de ao menos orientarem as vítimas quanto a outras demandas trazidas pelo contexto de violência doméstica, fortalecem a ideia de que essas varas não são o espaço mais adequado para enfrentar de forma condizente esse problema.

6. O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Central da Barra Funda, em São Paulo, foi criado pelo Prov. 1.584/2008 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça, em atendimento à previsão do art. 14 da Lei 11.340/2006. Uma parceria entre o TJSP e o Ministério da Justiça garantiu os recursos para sua implementação.

A partir da pesquisa de campo no JVD, percebe-se o quanto ele é distinto do modelo da vara criminal comum, cujo funcionamento se pauta no modelo de uma criminalidade impessoal, em que a vítima é,

25. Em alguns casos observados, foram identificados registros nas delegacias como crimes de violência doméstica (Lei Maria da Penha) e que, ao serem recepcionados pelo sistema de justiça, foram processados de acordo com a Lei 9.099/1995.

como anteriormente afirmado, não raro, instrumentalizada para legitimar um discurso de punitivo.

Quando instada a discorrer sobre o principal obstáculo para o funcionamento do JVD tal como proposto pela Lei Maria da Penha, a juíza entrevistada foi categórica:

"A estrutura que o juizado demanda. Para que a lei seja corretamente aplicada, o juizado precisa dessa estrutura, precisa da equipe multidisciplinar, dos encaminhamentos, dos órgãos do Executivo para fazer esses encaminhamentos, de abrigo, de unidades de psicoterapia e psiquiatria, de tratamentos para alcoólatras e viciados em drogas. O foco da lei é justamente o processo de forma diferente do Código do Processo Penal, é tratar aquele crime como um crime ocorrido num âmbito familiar e você não trata isso aplicando uma prisão, você trata isso com mil facetas diferentes: você tem que ter encaminhamento, tem que ter audiências, ouvir as crianças, e não adianta colocar isso em uma vara comum, é preciso uma estrutura que a lei determina para o Juizado (...). A matéria [violência doméstica] é muito específica, envolve muito relacionamento e sentimento. É muito diferente de um roubo... que chegam aqui e falam o fato. As nossas audiências são demoradíssimas, porque ela conta todo o relacionamento, a ameaça, o que ele tem feito desde então. Há casos que vêm anos acontecendo [*sic*]. E para isso você precisa de tempo e disposição."[26]

Diferentemente do observado nas varas criminais com competência para o processamento dos casos de violência doméstica, o JVD conseguiu contemplar de forma mais acabada as diretrizes da Lei Maria da Penha, em especial a atenção à vítima. Um grande diferencial em comparação com as varas criminais examinadas foi a presença de todos os operadores que deveriam, de fato, participar das audiências: a juíza, a promotora, a defensora pública, pela vítima, e o defensor público ou advogado dativo pelo agressor.

As vítimas entrevistadas declararam ter encontrado nas audiências de justificação espaço para expressarem suas expectativas. As audiências de justificação, ao contrário das audiências preliminares ocorridas nas varas criminais, apresentavam o propósito de ouvir a vítima, acolher seus pedidos e encaminhar medidas protetivas, inclusive na presença do agressor. As medidas de proteção são uma inovação trazida pela Lei Maria

26. Entrevista realizada com a juíza de direito atuante no Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher.

da Penha. São previstas várias medidas aplicáveis em caráter de urgência, como o afastamento do lar, a proibição de contato e aproximação e a proibição de frequentar determinados lugares. A Lei 11.340/2006 inaugurou, portanto, uma matriz penal diferente da tradicional, ao fugir da lógica que opera na chave *prender ou não prender*, e trabalhar com outras medidas menos gravosas para o réu e que atendem as *necessidades concretas da vítima*. No que tange ao grau de satisfação das vítimas com relação aos resultados das audiências, a aplicação das medidas de proteção foi determinante.

Um dos casos acompanhados, em que foi determinada a medida protetiva para que o agressor deixasse a residência da vítima, permite essa constatação. Quando perguntada quanto ao resultado da audiência, a vítima respondeu:

"Eu esperava uma solução pro meu problema, e agora eles [Judiciário] deram. O [agressor] vai ter que sair da minha casa, era isso que eu queria e é isso que vai ter que acontecer, né? Eles falaram que ele vai ter que sair da minha casa e não vai poder se aproximar de mim. Ele me agride muito, eu não mereço isso, nunca apanhei do meu pai, onde tem violência não tem amor, né?"

A vítima alegou estar satisfeita com o desfecho porque, segundo ela:

"Agora vou conseguir respirar um pouco. Essa medida [protetiva de proibição da aproximação do agressor] vai me trazer um pouco mais de segurança. (...) Espero que ele não fique mais me atormentando, que ele leve a vida dele. Tomara que dê tudo certo, eu quero paz. Olha, eu suportei isso durante 30 anos (...) eu aguentei muito até decidir procurar a delegacia, principalmente depois que eu procurei, mas a delegada me disse pra não fazer nada. Mas chegou no meu limite, eu fui na delegacia e fiquei surpresa com o desdobramento do caso, não esperava que fosse tão rápido. Agora ele não pode mais fazer o que ele quer. Agora eu acho que vou ter paz."[27]

A pesquisa revelou que no JVD as medidas são concedidas em audiências específicas para essa finalidade, na presença do réu, que toma ciência das consequências do descumprimento da medida. Para a juíza, essa providência estimula o cumprimento da medida:

27. Entrevista com a vítima.

"Eu costumo dar a medida em audiência e eu acho que surte um bom efeito, porque ele [réu] recebe a medida pessoalmente e não por ofício ou intimação, recebe a medida na frente da vítima e do Ministério Público."[28]

Caso ocorra o descumprimento da medida, a vítima é orientada a comunicar à Defensoria Pública. Na sequência, ocorre a audiência de advertência ou a decretação da prisão preventiva, a depender do caso. Conforme se constatou, a partir da pesquisa de campo, a prisão preventiva é um recurso pouco utilizado, reservada a casos graves ou ao descumprimento de medidas de proteção.

De forma semelhante ao que foi levantado entre as vítimas nos JECRIMs, percebe-se que as mulheres não desejavam necessariamente a prisão ou a punição dos agressores, mas uma vida sem violência. Um dos casos acompanhados é exemplar nesse sentido: houve a aplicação de medida de proteção para a agressora, filha da vítima, consistente no compromisso de frequentar um Centro de Atenção Psicossocial para tratamento da dependência química. Ao ser entrevistada, a vítima expressou ter ficado satisfeita com o resultado da audiência, pois tinha dúvidas quanto a afastar a filha do lar. A vítima também destacou que a solução obtida no JVD mostrou-se mais interessante do que a dada anteriormente pelo JECRIM:

"Normalmente quando eu vinha [no JECRIM] o pessoal gostava que você fizesse acordo, né? E dava uma sensação de impunidade, e eu me sentia perdida."[29]

Outro aspecto importante, presente no JVD, é a atuação da equipe multidisciplinar, prevista pela Lei Maria da Penha (art. 29 e ss.) e formada por profissionais de psicologia e de serviço social. A equipe recebe as vítimas e fornece orientações que extrapolam o universo do processo e que incidem sobre a origem do conflito, evitando a revitimização. O trabalho, que também é voltado para os agressores, pode ocorrer de forma pontual, que geralmente consiste na preparação para um determinado ato processual, como o depoimento sobre o crime, ou na forma de encaminhamento para serviços da rede pública, quando há necessidade de acompanhamento. Além disso, a equipe multidisciplinar

28. Entrevista realizada com a juíza de direito atuante no Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher.

29. Entrevista com a vítima

tem a incumbência de apresentar relatórios acerca de alguns casos para subsidiar a decisão judicial e atua nos casos de violência sexual em que as vítimas são crianças ou adolescentes. A juíza reporta como importante a existência desses profissionais no JVD:

"É muito bom, porque quando a vítima vem para a audiência, ela já lida melhor com o assunto, já que ela vem sendo tratada com psicoterapia.[30]"

A juíza do JVD citou um caso em que a participação da equipe multidisciplinar foi relevante para o desfecho do caso. Segundo ela, a vítima sofria espancamentos e na audiência o agressor, seu companheiro, assumia a violência – na realidade, a vítima não desejava a separação, mas que ele fosse advertido pelo ato praticado. A vítima foi, então, encaminhada para atendimento pela equipe multidisciplinar. Uma semana após a realização da audiência, ela foi novamente vítima de espancamentos e recorreu uma vez mais ao juizado, acreditando que o companheiro não iria mais agredi-la. Na terceira vez em que foi espancada, ela já estava sendo acompanhada por uma psicóloga e dirigiu-se à delegacia, comunicou a agressão e solicitou o afastamento do agressor do lar, ficando a cessação dessa medida condicionada à frequência a tratamento de psicoterapia. Ainda de acordo com o relato da juíza:

"Foi ela que teve estrutura para fazer isso. Não adianta eu afastar [o agressor] e ela não ter estrutura para manter a porta fechada quando ele bater lá. Nosso objetivo é dar estrutura para que elas decidam e não fiquem ameaçadas e com medo, não tendo para onde ir, não tendo como sustentar o filho e tendo que dizer que não quer que o processo siga. É óbvio que não tem nenhuma verdade nessa manifestação de vontade."[31]

O grande diferencial do JVD em relação às varas criminais com competência para o processamento de casos de violência doméstica reside na prestação efetiva de assistência judiciária para a vítima, que é oferecida gratuitamente pelo Núcleo de Defesa da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Nudem/DPESP), contando, pois, com profissionais especializados no tema. O papel exercido pela Defensoria Pública é central, como revela a fala de uma vítima entrevistada:

"Eu recebi a orientação da defensora pública, que falou para eu sempre fazer boletim de ocorrência, caso ele persistisse. A [defensora],

30. Entrevista com juíza de direito atuante no JVD.

31. Idem.

que foi muito, muito solícita em tempo integral, ela me ligava e eu até achava estranho, ela me ligava para saber se estava tudo bem, se eu estava fazendo terapia, se colocando sempre à disposição, me dando até o telefone dela. Aqui foi perfeito, nem parece que é público, ao contrário das delegacias, que são de segunda à sexta, horário comercial, se você chega às 16h não se consegue fazer boletim, porque o quadro deles é deficiente, não tem gente para atender, as delegacias que não são da mulher, te tratam com descaso, é uma situação vexatória, até te intimida. Até eu chegar aqui eu sofri muito, fiquei horas na delegacia. Te deixam de canto, como se não tivesse importância."[32]

Essa vítima ainda comparou o tratamento dado a seu caso pelo JECRIM, ao qual já havia recorrido por ter sofrido violência doméstica, e pelo JVD, afirmando que a principal diferença foi ter sido ouvida:

"Desde a defensora, a psicóloga, a juíza, elas dão importância, não é ridículo o que você fala. Eu me senti importante aqui, o meu caso é importante, o meu problema é passível de solução."[33]

No JVD, a equipe da defensoria se encarrega do contato com a vítima, prestando orientação, recolhendo as principais informações sobre o caso e elaborando os pedidos de medidas protetivas. Além disso, representa a vítima nas audiências de justificação, instrução e julgamento e de advertência e, algumas vezes, atua como assistente de acusação no processo penal. A existência desse serviço mostrou-se fundamental para que a vítima pudesse de fato desempenhar uma função no sistema de justiça:

"A moça da defensoria me explicou, se o [agressor] fizer alguma coisa comigo, é pra eu voltar aqui pro fórum e falar."[34]

Apesar dos impedimentos expressamente trazidos pela Lei Maria da Penha para a aplicação dos dispositivos da Lei 9.099/1995 nos casos de violência doméstica (art. 41), o JVD vem contrariado essa vedação,[35]

32. Entrevista com a vítima.

33. O agressor foi condenado por crime de ameaça a um mês e 22 dias de detenção. A juíza manteve as medidas protetivas, estabelecendo que a cada descumprimento o agressor teria que pagar a quantia de R$ 1.000,00.

34. Entrevista com a vítima que recebeu medida protetiva consistente na obrigação de o agressor manter uma distância mínima de 50 metros.

35. Ao longo das discussões para a elaboração do presente relatório, a equipe de pesquisa não chegou a um consenso a respeito da possibilidade de serem

o que pode ser observado nas chamadas audiências de proposta de *suspensão condicional do processo*, em que o representante do Ministério Público propõe a suspensão do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995), combinada muitas vezes com a manutenção de uma medida protetiva. Segundo a juíza, antes de formular a proposta, a vítima é ouvida quanto à persistência da ameaça ou do crime, fator impeditivo para a concessão da suspensão. É o que pôde ser observado em dois casos acompanhados: no primeiro, a vítima havia comunicado à defensora que o agressor vinha descumprindo, reiteradamente, a medida protetiva de proibição de aproximação da vítima, o que ensejou a desistência, pelo Ministério Público, de propor a suspensão. No segundo caso, a vítima foi questionada quanto ao que seria melhor para sua segurança, a suspensão do processo ou a continuidade. Tendo a vítima informado vários episódios de descumprimento de medida, não foi feita a proposta de suspensão do processo. Nas hipóteses de nova agressão ou de nova ameaça, a suspensão é revogada e o curso do processo, retomado.

Na opinião da juíza entrevistada, esse arranjo se ajusta aos interesses da vítima:

"A vítima se sente muito mais segura com a suspensão do processo, porque ao longo de dois anos ele está na condição de não se aproximar dela, ao passo que se a gente tocar o processo normalmente, as penas são muito baixas, as penas de lesão e ameaça são muito leves, um a três meses de prisão."[36]

Para além do âmbito criminal, a Lei Maria da Penha atribui ao JVD competência cível para as causas decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14). Contudo, conforme se observou no JVD, essa atribuição não foi exatamente incorporada ao funcionamento, já que sua atuação restringe-se às medidas cautelares, como a separação de corpos, devendo a vítima recorrer ao sistema de justiça no âmbito cível e de família para propor as ações de natureza não criminal, mesmo que digam respeito ao conflito que envolva a violência doméstica e familiar.

obtidas respostas adequadas para o problema da violência doméstica por meio da aplicação de dispositivos da Lei 9.099/1995. Assim, não se apresenta uma discussão a respeito dessa matéria. O que se pretende problematizar nesse momento é a desobediência do sistema de justiça a uma vedação legal expressa.

36. Entrevista com juíza de direito atuante no JVD.

7. A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL ORDINÁRIO: O HOMICÍDIO DE *ANA MOURA*[37]

Como afirmado no início do artigo, a pesquisa aqui apresentada foi direcionada, sobretudo, para as duas principais experiências vitimológicas presentes na legislação brasileira – os procedimentos restaurativos nos JECRIMs e a Lei Maria da Penha – mas o objetivo explícito foi o de estabelecer uma comparação tendo em vista o modelo tradicional de exclusão da vítima no curso da persecução penal no ordenamento vigente. Para viabilizar tal comparação, a equipe de pesquisa realizou um estudo de caso no âmbito do chamado processo penal ordinário.

No dia 29.03.2007, por volta das 17h30min, *João Terra* atacou com um facão sua ex-companheira *Ana Moura*, com quem convivera por sete anos, provocando-lhe lesões corporais e a morte. O episódio aconteceu na residência da vítima, para a qual naquela quinta-feira se dirigira o agressor, inconformado com o término do relacionamento. *João Terra* praticou o crime desferindo 13 golpes de facão contra o corpo da ex-companheira, ocasionando as amputações dos dedos da mão esquerda e do antebraço direito e, por fim, a morte da vítima com um golpe final na cabeça.

No dia 10.11.2009, *João Terra* foi condenado por unanimidade pelo Tribunal do Júri a 21 anos de reclusão, tendo sido a pena diminuída em um ano por ter o réu confessado o crime.

A história do crime, entretanto, teve seu início muito antes daquela data em 2007 e seus efeitos certamente se farão sentir por muito tempo, não deixando de existir com a condenação do réu. Isso é o que se depreende das diversas fontes consultadas para a construção do presente estudo de caso. A importância da análise dos acontecimentos que redundaram na morte de *Ana Moura*, bem como de seus desdobramentos na vida dos familiares, vítimas indiretas do crime, reside na exemplaridade do caso no que concerne à participação da vítima e ao tratamento dispensado pelas instituições às suas demandas, especialmente no âmbito do chamado processo penal ordinário.

O estudo de caso que ora se apresenta foi composto por diversas frentes metodológicas, a saber: (a) pesquisa documental a partir dos

37. Neste texto, foram sempre usados nomes fictícios e omitidas referências a quaisquer informações que pudessem identificar o caso, com o fim de preservar a intimidade de todos os envolvidos.

autos do processo que tramitou no Tribunal do Júri da Comarca de *Santa Fé*, (b) pesquisa documental a partir dos termos circunstanciados e dos boletins de ocorrência registrados pela vítima, (c) entrevista com familiares da vítima (seu filho e sua irmã) e (d) relato de pesquisadora que acompanhou a sessão de julgamento do réu pelo Tribunal do Júri.

O estudo de caso corresponde a uma estratégia de pesquisa privilegiada para a pesquisa em tela, tendo em vista que, a um só tempo, abordam-se em profundidade os eventos que compuseram o caso propriamente dito e, também, acessam-se elementos com potencial de generalização, isto é, que extrapolam os limites do caso examinado e que podem ser úteis na compreensão do funcionamento das instituições em casos assemelhados. Assim, por intermédio do caso estudado procura-se evidenciar, na trajetória de *Ana Moura*, o que está igualmente presente em outras histórias individuais, sobretudo no que tange à relação que se estabelece entre vítima e aparato institucional estatal a partir do evento criminoso.

Há muito *Ana Moura* convivia com a violência doméstica e familiar: a avó materna fora morta em consequência de espancamentos praticados por seu marido; a mãe, que à época da pesquisa apresentava diagnóstico de doença mental e vivia em um asilo, também havia sofrido agressões praticadas por seu companheiro. A vida conjugal de *Ana* e *João* não esteve, da mesma forma, livre de tensões – é o que se pode deduzir dos fatos narrados em boletins de ocorrência e termos circunstanciados relativos aos crimes de ameaça e dano e dos relatos colhidos dos familiares e conhecidos do casal. Perguntado sobre a violência sofrida pela vítima, seu filho lembrou a progressão dos fatos:

"No começo era aquela coisa, depois que ele bebia, partia pra agressão (...). Ele sempre estava embriagado, eles discutiam, mas era uma discussão verbal, xingava e ofendia, mas depois começou a passar pra uma coisa física (...). Ele já bateu nela com cadeado, já jogou televisão em cima dela."[38]

No dia 25.03.2007, *Ana Moura* dirigiu-se ao Plantão Policial de *Santa Fé* e, acompanhada de sua filha, então com 11 anos de idade, relatou ter sofrido ameaça de morte proferida por seu companheiro. Na época dos acontecimentos, a Delegacia da Mulher não prestava atendimento aos finais de semana e, além disso, a delegacia não especializada acumulava a

38. Entrevista com familiares da vítima.

função da Delegacia da Mulher porque a delegada responsável estava em licença. A ocorrência foi classificada como crime a ser tratado de acordo com o que estabelece a Lei 9.099/1995 e deu ensejo a termo circunstanciado, ainda que se tratasse de evidente situação de conjugalidade e de violência e que estivesse em vigência a Lei Maria da Penha.

"Já faz algum tempo que vive amasiada com o autor; que na última sexta-feira teve um desentendimento com o autor, devido ele [sic] não ter pousado em casa; que no dia de hoje a declarante saiu com sua filha, a testemunha, e quando chegaram o autor tinha colocado fogo em parte de suas roupas, dentre elas seu uniforme de trabalho; que novamente desentenderam [sic] bem como foi ameaçada de morte pelo autor que estava com uma faca escondida em suas costas."[39]

Quatro dias depois, foi lavrado boletim de ocorrência referente ao homicídio doloso de *Ana Moura*, morta pelo então ex-companheiro, a golpes de facão, aos 37 anos de idade. O agressor deixou o local logo após a prática do crime, tendo sido visto por um policial militar que morava na vizinhança e que se dirigira à residência da vítima após ouvir gritos por socorro. Foragido, *João Terra* teve a prisão temporária decretada em 30 de março, foi capturado no dia 04.042007 e denunciado por homicídio praticado por motivo torpe e com meio cruel em 27.04.2007.

O crime teve grande repercussão entre os cerca de 40 mil habitantes de *Santa Fé*, município situado no interior do Estado de São Paulo. Alunos do ensino médio organizaram uma passeata para homenagear a vítima e manifestar repúdio à violência no município e os jornais locais deram ampla cobertura ao desenrolar dos fatos. Pronunciado em 04.04.2007, o réu foi a julgamento mais de dois anos depois, ocasião em que foi revigorada toda a comoção despertada pelo crime.

"Havia muita expectativa em relação ao desfecho. Parece que todo mundo já o havia condenado e tamanha expectativa não tinha uma explicação clara. Talvez seja a desconfiança na Justiça sempre presente no meio da população. Era uma fila dividida entre os que apoiavam o réu ou apoiavam a vítima. Havia um desejo geral de justiça. Mais do que isso: havia a certeza da condenação do réu. Parecia que o crime tinha acabado de acontecer e que o julgamento já houvesse ocorrido junto com o próprio crime."[40]

39. Termo circunstanciado *XX*/2007.

40. Relato da pesquisadora que acompanhou a sessão de julgamento.

As opiniões do público que acompanhou o julgamento também foram registradas no curso da pesquisa e a dissensão entre os discursos merece ser destacada:

"O que eu sei é que o rapaz não queria largar da moça, aí ele chegou (...), deu muitos golpes com a faca e assim ela foi morta. O juiz vai fazer justiça e ele vai ficar um bom tempo na cadeia.[41] (...) Não sei por que ele fez isso, ele era um homem muito bom. Ele vai ser condenado, apesar de já estar pagando por isso.[42] (...) Eu acho que ele vai ser condenado porque houve crueldade. Se ele só matasse, tudo bem, mas ele esquartejou ela. Por ciúme, fazer tudo isso, não pode.[43] (...) Acho que alguma coisa ela fez, alguma coisa. Entre quatro paredes, a gente não sabe o que acontece.[44] (...) É difícil saber o que se passa dentro de uma casa, pois a convivência de homem e mulher é difícil entender."[45]

A mesma divergência de posicionamento em relação ao caso teve lugar entre a acusação e a defesa. O promotor de justiça enfatizou ser insustentável a tese da legítima defesa porque a vítima apresentava numerosos ferimentos, inclusive nas costas, e lembrou, ainda, que o réu já havia ameaçado de morte a ex-companheira em momentos anteriores, descartando o cometimento do crime sob violenta emoção. O representante do Ministério Público exaltou a Lei Maria da Penha, que, segundo ele, reconheceu que a mulher precisa de proteção, já que o homem seria "tradicionalmente agressivo".

A defesa, por seu turno, procurou demonstrar que a mulher não seria a figura frágil tal como entendida pelo promotor e que a agressão estaria "sempre presente no relacionamento do casal". No decorrer da sustentação da defesa, atribuiu-se parte da culpa pelo episódio trágico ao círculo de amizades, que não impediu o crime porque não quis interferir na vida atribulada do casal.

Em nenhum momento no curso da sessão de julgamento foi mencionada a responsabilidade dos operadores ligados ao sistema de polícia e de justiça em relação ao caso, nem pelo promotor de justiça – que ainda assim exaltou a Lei Maria da Penha e a necessidade de proteção especial

41. Depoimento de uma mulher que acompanhava a sessão de julgamento.
42. Idem.
43. Depoimento de um homem que acompanhava a sessão de julgamento.
44. Idem.
45. Idem.

da mulher vítima de violência – nem pela acusação, que procurou dividir a responsabilidade entre o réu e a própria sociedade.

Para resgatar a série de percepções acerca do ocorrido, é necessário recorrer aos discursos das vítimas indiretas dessa tragédia, os familiares da vítima. Somente a partir de seus relatos é possível recompor em minúcias o tratamento dispensado ao caso e, especialmente, o alheamento a que foram relegados seus familiares, que sequer conseguiam informações sobre o andamento processual.

A entrevista realizada com o filho e a irmã da vítima é bastante reveladora no que concerne à natureza de suas demandas. De modo geral, elas são de duas ordens: participação no processo penal e reparação de danos. Em relação à participação no processo penal, apresenta-se, num primeiro momento, a necessidade de acompanhar o desenrolar do caso. Isso se revela no fato de que pediram ajuda para um advogado próximo da família para acompanhar o processo e mantê-los informados. Conforme aponta a entrevistada:

"A gente arrumou um advogado, conhecido nosso, que conseguiu o processo, e a partir daí por meio desse advogado que a gente teve conhecimento do caso, ele que nos passou, e tem coisa que a gente acompanhou pela internet. Toda a dúvida que a gente tem a gente mandava pra advogada e ela mandava resposta."

Houve o interesse, também em relação ao processo penal, de indicar testemunhas para o caso, as quais, segundo a irmã da vítima, seriam as mais qualificadas para apontar que o homicídio foi premeditado, pois haviam presenciado as ameaças feitas pelo companheiro da vítima quatro dias antes do homicídio. Ela relata o ocorrido no dia da ameaça:

"A vizinha chamou a polícia, a polícia chegou no local, ele desacatou a autoridade, foi levado pra delegacia, lá foi lavrado B.O. [boletim de ocorrência] com base na Lei 9.099/1995 e os policiais ouviram ele dizer em alto e bom som que ia matar ela, e foram duas pessoas que nós pedimos pra que fossem incluídas no processo, a vizinha e o policial que ouviu ele ameaçando a minha irmã. Não foi arrolado, foi um caso premeditado, ele já tinha falado que ia mata. Eles [policial e vizinha] não foram arrolados, eles poderiam provar que era premeditado."

Tal pedido foi formulado pelo filho da vítima, *Paulo*, ao promotor do caso na ocasião em que depôs em juízo na fase sumária do processo. Segundo *Paulo*, o promotor "disse que não ia chamar porque o nome deles [do policial e da vizinha] não estava no boletim". Ainda em relação

ao processo penal, o filho da vítima, no momento em que prestaria seu depoimento na condição de testemunha dos fatos, demandava que fosse acompanhado por advogado. Contudo, sua advogada não foi autorizada a entrar. Sobre a referida audiência, o filho apontou que "não estava entendendo muito bem o que estava acontecendo".

Em relação às demandas de reparação de danos, cabe primeiro destacar os impactos sofridos pela família com o homicídio da vítima. O filho afirma que:

"O que mais abalou a gente na época foi essa questão da exposição das fotos do corpo da minha mãe na internet. Na escola, uma prima minha sofreu muito, todos nós sofremos com isso. Ela estava lá na escola e outras pessoas diziam 'olha só a sobrinha da picadinha'."

Além disso, *Paulo*, atualmente com 21 anos, apresenta dificuldades em entrevistas para conseguir emprego, conforme seu relato:

"(...) numa parte pra mim é difícil porque quando a gente vai procurar emprego em empresa grande a gente tem que passar por um psicólogo e ele pergunta do pai da mãe e eu respondo que meu pai mora em *Serafim* há mais de 20 anos, e quando pergunta sobre a minha mãe eu respondo que ela morreu, aí pergunta como ela morreu aí expõe o caso. Eu já perco a chance de entrar numa empresa boa por causa disso. Porque muitas empresas acham que por causa disso eu vou ser agressivo por causa do que aconteceu com a minha mãe. Ficou uma marca. Eu acho que hoje é mais fácil um ex-presidiário conseguir um emprego do que eu."

Nesse sentido, a irmã da vítima, *Vilma*, afirma que não houve qualquer assistência social ou psicológica aos familiares oferecida ou prestada pelo Estado:

"Na época, com relação ao crime contra a minha irmã ninguém nos procurou, nenhuma assistência foi dada à família. Essa é uma das coisas que eu questiono. Eu, na minha opinião, eu não consegui ainda colocar a minha vida em ordem, mesmo tendo passado dois anos. A *Luana* [filha da vítima] também não consegue, na época ela tinha 12 anos, agora ela tá com 14. O *Paulo* tá com 21, na época ele tinha 18, ia fazer 19. A vida da gente virou de cabeça pra baixo."

Tendo em vista, então, a profundidade dos danos ocasionados pelo crime, a irmã é categórica quando perguntada sobre os efeitos de uma eventual condenação do réu para a família. Perguntada sobre a possibilidade de "ajeitar a vida" após a condenação do réu, ela responde:

"Não! Porque é difícil saber que aquela pessoa não está mais, no caso dela não teve como resistir, quando uma pessoa morre por causas naturais você aceita mais, mas nessas condições em que minha irmã morreu isso causa uma indignação na gente. Nunca a gente pode dizer que daqui a 80 anos isso nunca vai passar. Pra mim é assim, imagino que pros filhos isso seja ainda pior. A mesma coisa a *Luana*, a ausência da mãe é muito pior. Não tem como colocar a vida em dia. Não é porque ele foi condenado. Uma coisa que talvez alivie é que a lei salve a vida de mais mulheres. Nesse sentido valeria mais a pena o Estado ser punido do que ele."

Assim, ao mesmo tempo em que não nega sua vontade de ver condenado o réu pelo homicídio de sua irmã, pois em outro momento da entrevista ela afirma que "a gente quer que ele [réu] pague", ela reconhece que a condenação em si não é central ou suficiente para a reparação dos danos sofridos. Além disso, considera tão ou mais importante a responsabilização do Estado pelo homicídio, já que sua irmã havia comparecido à delegacia quatro dias antes de ser assassinada e não foram efetuadas medidas para sua proteção, como previstas na Lei Maria da Penha. O filho da vítima mostra concordância com essa ideia ao ser instado sobre o que faria diferença para os familiares:

"A punição do Estado, a culpa de tudo isso não é só dele [do réu], é também do delegado. Como um delegado, formado há anos, como ele não está a par de uma lei que ele deveria ter cumprido e ele cumpre a lei antiga?"

A partir da entrevista com os familiares da vítima de homicídio, é possível depreender o mecanismo de funcionamento do sistema e em alguma medida questionar as instituições quanto ao tratamento dado ao caso de *Ana Moura*. É importante destacar que o registro da ocorrência de acordo com o que prevê a Lei Maria da Penha, poderia ter evitado o desfecho fatal. Isso é apontado pela própria família:

"O delegado se ausentou no cumprimento da lei, ela tinha feito o B.O. no domingo e quatro dias depois ele matou ela. No próprio B.O que ela fez no domingo tava registrado como 9.099, e não teve medida protetiva. (...) O último B.O. que ela fez, que foi no domingo, ela fez na delegacia comum porque a delegacia da mulher de final de semana lá fecha, então ela fez o B.O. na delegacia comum. O delegado estava na época estava assumindo as duas delegacias, a comum e o da mulher, porque a delegada da delegacia da mulher estava afastada por motivos de saúde."

Desse modo, não foram atendidos os direitos da vítima, não tendo sido aplicadas medidas protetivas nem oferecida assistência jurídica. Essa omissão da delegacia pode ser considerada central para o homicídio da vítima quatro dias depois da "morte anunciada" pelo seu companheiro. A irmã, que na época dos acontecimentos morava em São Paulo, enxerga essa conexão:

"Ele [réu] deveria ter sido enjaulado. Ou que pelo menos deveria ter tido uma medida protetiva. Mas eu acho que se ele tivesse sido enjaulado teria dado tempo pra que eu agisse, entendeu, mas nada foi feito, nada. Porque se ele tivesse sido preso, eu teria vindo buscar ela na terça e ele não a teria matado na quinta."

Além disso, o filho afirma que a polícia falhava em atender chamados em momentos de violência:

"A negligência era tanta que uma vez ele [agressor] invadiu a casa e tirou o fio do telefone e não dava pra fazer ligação, daí eu saí pelas portas dos fundos da casa e fui pra um orelhão ligar pra polícia. Tinha passado 10 minutos e a policia ainda não tinha chegado, isso era uma hora da manhã, duas horas e nada, liguei novamente. A viatura foi chegar seis horas da manhã."

Segundo o relato do filho, após o homicídio, houve demora até mesmo para efetuar a prisão do réu, já que "as pessoas diziam onde ele [réu] estava, mas a polícia dizia que não tinha viatura pra ir buscar". Já em relação ao Ministério Público, *Vilma* afirmou que, após o homicídio, "A gente foi conversar com o promotor, mas o promotor não quis conversar com a gente daí ele falou pro assistente dele vir conversar com a gente e a gente perguntou por que não tinha sido aplicada a Lei Maria da Penha no caso da minha irmã, o assistente falou que o caso da minha irmã não era caso de Lei Maria da Penha, daí eu perguntei pra ele "você tem certeza disso que você está falando? Porque eu vou falar isso no jornal" e ele disse que tinha."

De modo geral, não houve contato dos familiares com o promotor e o juiz envolvidos no caso. Mesmo quando houve uma solicitação da família para que fossem arroladas testemunhas de acusação, houve recusa do promotor. Não houve assistência jurídica para os familiares no processo penal. Ao ser perguntada sobre o advogado criminal que ajudou a família e se não havia pensando em ingressar como assistente de acusação, a irmã lembrou:

"A gente não podia pedir pra pessoas ficarem à nossa disposição, ele [advogado] deu umas orientações, ele me disse como o caso estava

acontecendo, porque o *Paulo* passou uma procuração pra ele pra acompanhar o processo, ter acesso ao processo. A gente não podia nem exigir porque ele estava fazendo tudo como se fosse um favor."

Após receber orientações de pessoa ligada a movimentos populares, a irmã de *Ana* dirigiu-se à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, buscando mover uma ação de responsabilização do Estado pela morte de sua irmã. Em suas palavras, o que ocorreu foi:

"(...) a denúncia na Defensoria do delegado pelo não cumprimento da Lei Maria da Penha, porque a gente não está preocupado com a indenização, a gente está preocupado que ele deixou de aplicar a Lei Maria da Penha. (...) Eu fui lá na Defensoria [em São Paulo] mas o caso foi encaminhado pra Defensoria de Ribeirão Preto, só que eu liguei lá umas três vezes e ele falou assim, o defensor foi muito educado: informou que não tinha como, ele estava sozinho e que ele não tinha como dar prioridade pro caso da minha irmã. Aí ficou parado. Está na Comissão de Direitos Humanos lá de Ribeirão Preto."

Vale destacar, ainda, a ação da imprensa e da comunidade local sobre o fato, que, segundo a família, teve um papel importante para a prisão do agressor:

"É ele foi preso também porque a comunidade se envolveu. Todo mundo da cidade se mobilizou, ajudou. As pessoas iam pra casa e diziam onde ele estava, mas a polícia dizia que não tinha viatura pra ir buscar. Eu também tive muito apoio da imprensa, que se mobilizou e que também foi atrás. Tenho as reportagens da época. Segundo a imprensa, esse crime foi o crime mais hediondo da cidade, o primeiro foi o assassinato na época da formação da cidade. Tivemos apoio da comunidade e da comunicação. Teve uma passeata na cidade e a Rede Globo também noticiou o caso."

8. Considerações finais

A partir da análise do material produzido na pesquisa de campo e no estudo de caso – e dentro dos limites circunscritos pela pesquisa qualitativa realizada – foi possível observar se e em que medida a vítima é protagonista no curso do processo penal no Brasil.

De modo geral, nos casos observados no JECRIM, percebeu-se que há pouco espaço para que as vítimas se posicionem durante a audiência, já que os atores do sistema de justiça não se preocupam com a coleta de informações a partir de seus depoimentos, que poderiam contribuir

para um desfecho satisfatório para as vítimas envolvidas. Pautadas pela celeridade – que parece justificar até mesmo a realização de audiências sem o promotor de justiça ou o juiz de direito –, as audiências ocorrem de forma muito rápida, especialmente porque o juiz de direito e o promotor de justiça atuantes no JECRIM têm um consenso previamente construído a partir de suas experiências e de suas trajetórias e já iniciam as audiências propondo um encaminhamento, que consiste, mormente, na transação penal, o que impossibilita que as vítimas tenham oportunidade para se expressar.

As vítimas que manifestaram satisfação com o resultado da audiência foram justamente aquelas que puderam postular e negociar um desfecho satisfatório. As vítimas que se disseram pouco satisfeitas com o resultado da audiência atribuíam o descontentamento à incapacidade de as medidas propostas pelo Ministério Público irem ao encontro de suas necessidades e interesses. Nos JECRIMs, verificou-se que o maior grau de satisfação das vítimas ligava-se mais ao ressarcimento do prejuízo causado pelo crime do que à aplicação de medidas alternativas, que inegavelmente têm caráter sancionatório, ao autor do crime. Todavia, essa possibilidade para a vítima muitas vezes era obnubilada pela imposição de uma transação penal sem que houvesse a tentativa de conciliação.

Em relação aos casos de violência doméstica que tramitaram nas varas criminais que apresentavam competência para julgá-los, foi possível perceber que as vítimas também não encontraram espaço para se expressarem, sendo corriqueira essa percepção nas entrevistas com as vítimas. As audiências preliminares nessas varas acabavam por reproduzir o formato das audiências realizadas para tratar dos casos dos JECRIMs, de forma abreviada e sem considerar o papel da vítima no encaminhamento e no desfecho do caso. Também nas varas criminais, observou-se que os operadores da justiça deixavam, por vezes, de aplicar os dispositivos trazidos pela Lei Maria da Penha, principalmente com relação às medidas protetivas e à obrigatoriedade de assistência judiciária para a vítima. De acordo com a mesma lógica verificada na pesquisa nos JECRIMs, a solução para o caso já era dada de antemão – geralmente consistente na suspensão condicional do processo com a aplicação de medida alternativa –, sem que a vítima participasse de sua construção.

A ausência da assistência judiciária para a vítima é sem dúvida o obstáculo mais importante para sua efetiva participação e para que a resposta seja adequada a seu caso. Notou-se que, quando as vítimas não foram assistidas por defensores públicos, o desconhecimento sobre o

procedimento e sobre as diversas opções oferecidas pela lei e pelo sistema de justiça era maior e criava embaraços a uma resolução. Nos casos em que as vítimas tiveram assistência judiciária – realidade constada no JVD – o desenlace foi completamente diferente. Uma vez esclarecidas a respeito de seus direitos, as vítimas conseguiram expor melhor suas necessidades e ter uma participação mais efetiva.

Outro aspecto que merece destaque, a partir do que foi observado nas varas criminais, é o fato de os operadores agirem, nos casos de violência doméstica, com a mesma postura adotada nos JECRIMs. Isso evidencia, em certa medida, a impermeabilidade do sistema de justiça às desigualdades que caracterizam os polos da relação doméstica e familiar e, obviamente, de gênero. Além disso, enquanto nos JECRIMs as demandas apresentadas muitas vezes não são perpassadas por relações interpessoais de qualquer natureza, a violência doméstica pressupõe uma rede de relações que muito frequentemente excedem o liame agressor-vítima e que tornam bastante complexo o fenômeno. A pesquisa no JVD revelou que a atenção para essas particularidades tem efeitos, especialmente quando há a preocupação de encarar o problema de maneira global, considerando não apenas a situação pontual, mas todo o contexto em que a agressão surgiu. Nesse sentido, a existência da equipe de atendimento multidisciplinar mostrou-se de extrema relevância para a interrupção do circuito de violência.

Diferentemente do que foi aferido nos JECRIMs, em que as vítimas associaram a satisfação ao ressarcimento do dano, os anseios das vítimas de violência doméstica estão vinculados à cessação de agressões de toda sorte e, principalmente, à sensação de segurança. Para isso, é essencial a função desempenhada pelas medidas de proteção, que foram consideradas respostas bastante satisfatórias. A determinação das medidas de proteção é, ainda, um elemento que interfere na continuidade do processo, pois, como se constatou no levantamento empírico, a persistência da ameaça oferecida pelo agressor, que poderia ser evitada com os mecanismos da Lei 11.340/2006, pode até mesmo impedir que a vítima, temendo nova agressão, dê prosseguimento à ação. A falta de adesão do sistema de justiça ao que propugna a Lei Maria da Penha e a insistência na aplicação de dispositivos da Lei 9.099/1995 para os casos de violência doméstica, com total desatenção à vítima, como se observou, favorecem um cenário propício à revitimização, ou seja, à perpetuação do ciclo de violência, ou ainda, à morte prematura, como mostrou o caso de *Ana Moura*.

Por fim, destaque-se que a pesquisa evidenciou que os interesses das vítimas nos diferentes contextos empíricos abordados não se confundem necessariamente com a punição daquele que cometeu o crime. Diferentemente, o que está em jogo é a superação do fato pelo ressarcimento dos prejuízos causados (de acordo com o que foi observado nos JECRIMs), ou a cessação da violência e da situação de segurança, que não necessariamente exigem a punição ou a prisão do agressor (de acordo com o que relataram as vítimas de violência doméstica), ou, ainda, a responsabilização dos agentes do Estado, que descumpriram a lei e permitiram uma tragédia (homicídio de *Ana Moura*).

Como aqui detalhado, a pesquisa voltou-se empiricamente a três contextos distintos: o Juizado Especial Criminal (JECRIM), o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVD) e o rito ordinário (a partir do estudo de caso sobre um homicídio). Além das especificidades buscadas nos dois primeiros contextos, quais sejam, o acento restaurativo nos JECRIMs, o valor das medidas protetivas no JVD e as eventuais mudanças nas concepções de crime e de vítima introduzidas por ambos, a balizar a investigação em todos eles esteve presente a questão da percepção da vítima com relação à sua participação no processo e seu grau de satisfação.

Nos três contextos, foi possível identificar ainda, com exceção de determinados feitos no JECRIM, uma característica comum aos conflitos que os integrava, em verdade, em uma mesma variável: *a relação de pessoalidade entre réu e vítima*. Essa constatação, adicionada aos próprios resultados de pesquisa, levaram-nos a concluir que o papel desempenhado pela vítima na cena processual deve ser definido, antes e primeiramente, a partir da qualificação do conflito do qual originou sua condição. Isso decorre do fato de que também seus interesses no curso do processo e em seu desfecho tendem a variar segundo essa qualificação. Como já apontado nas descrições e análises empíricas apresentadas, *não são sentimentos de vingança e desejos de maior punição que necessariamente emergem das falas e das representações das vítimas*. Ao contrário, pelas entrevistas e observações realizadas junto às vítimas de crimes interpessoais, são, antes de tudo, *expectativas de proteção estatal, resolução do conflito e reparação* – material e moral, sem vinculação com o retributivismo clássico da pena de prisão – que podem ser identificadas nos seus discursos e nos posicionamentos assumidos no sistema de justiça criminal, quando e onde lhes foi possível manifestá-los. Abrem-se, deste modo, pers-

pectivas de maior protagonismo para as vítimas no âmbito da justiça criminal que não resvalem para a deriva do populismo penal, ou seja, da instrumentalização da vítima em prol de uma política criminal de matriz neoconservadora.

9. Referências bibliográficas

Allinne, Jean Pierre. *Les victimes*: des oubliées de l'histoire du droit? In: Cario, Robert; Salas, Denis (dirs.) *OEuvre de justice et victimes*. Paris: L'Harmattan, 2001. vol. 2, p. 25-58.

Alvarez, Marcos Cesar (coord.); Teixeira, Alessandra; Jesus, Maria Gorete Marques; Matsuda, Fernanda Emy; Santiago, Caio; Cordeiro, Veridiana Domingos. *O papel da vítima no processo penal*. Brasília: SAL/MJ, 2010, série Pensando o Direito.

Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implementação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

Bernard, Alain; Cario, Robert (dir.). *Les politiques interministérielles d'aide aux victimes*, Paris: L'Harmattan, 2001.

Cario, Robert; Salas, Denis (dir.). *OEuvre de justice et victimes*, Paris: L'Harmattan, 2001.

_____. *Victimologie*: de l'effraction du lien intersubjetif à la restauration sociale, Paris: L'Harmattan, 2000.

Collard, Jehanne. *Victimes: les oubliées de la justice*. Paris: Fayard, 1999.

Dumouchel, Paul (dir.). *Comprendre pour agir: violence, victimes et vengeance*. Paris: Univ. Laval/L'Harmattan, 2000.

Garapon, Antoine; Salas, Denis. La Republique penalisée. Paris: Hachette, 1997.

Garland, David. *The Culture of Control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago, 2001.

_____. *Punishment and Modern Society – a study in social theory*. Chicago: The University of Chicago, 1990.

Garnot, Benoît. Les victimes pendant l'Ancien Régime. In: Cario, Robert; Salas, Denis (dir.). *OEuvre de justice et victimes*. Paris: L'Harmattan, 2001, p. 59-65. vol. 2

Martins, Heloísa Helena de Souza. Metodologia qualitativa de pesquisa. *Educação e Pesquisa*, vol. 30, n. 2. São Paulo, maio-ago. 2009, p. 289-300.

Martins, Sérgio Mazina. Execução penal. In: Franco. Alberto Silva; Stocco, Rui (orgs.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Salas, Denis. *La volonté de punir: essai sur le populisme penal*. Paris: Hachette, 2005.

Teixeira, Alessandra. *Prisões da exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.

TELES, Maria Amélia de Almeida. Projeto Maria, Maria: curso sobre a Lei Maria da Penha. *Boletim IBCCRIM*, n. 198, ano 17. São Paulo, maio 2009, p. 12-13.

WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada*. Rio de Janeiro: Revan, 2001a.

_____. Moralisme et panoptisme punitif. *Sociologie et Societés*, vol. 33, n. 1. Montréal, 2001b.

_____. A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos Sediciosos*, n. 11, ano 7. Rio de Janeiro, 1998, p. 13-39.

WIEVIORKA, Michel. *La violence*. Paris: Hachette, 2005.

ZAUBERMAN, René; ROBERT, Philippe. *Du cotê des victimes: un autre regard sur la délinquance*. Paris: Hachette, 2007.

51965

2
Efeitos perversos da prisão cautelar

ODONE SANGUINÉ

Pós-Doutor pela Washington University School of Law. Doutor pela Universitat Autònoma de Barcelona. Professor da UFRGS. Desembargador do TJRS.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Os efeitos colaterais perversos da prisão preventiva tem permanecido como um campo quase desconhecido. Este trabalho visa mostrar esses efeitos negativos a partir de uma abordagem criminológica e sociológica.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão – Preventiva – Cautelar – Efeitos – Colaterais.

ABSTRACT: The side effects of preventive detention still remain a field which is almost unknown. This paper has the objective of showing these negative effects from a criminological and sociological approach.

KEYWORDS: Preventive – Detention – Side-effects.

SUMÁRIO: 1. A prisão cautelar e a violação de direitos fundamentais – 2. Os efeitos perversos da prisão preventiva: 2.1 O incremento desnecessário da população carcerária e seus reflexos econômicos; 2.2 A prisão provisória como fator criminógeno; 2.3 Os efeitos psicológicos de dessocialização e de estigmatização sobre o preso preventivo; 2.4 Pior tratamento no regime de benefícios carcerários: 2.4.1 Possibilidade de obtenção de benefícios penitenciários; 2.5 O impacto da prisão provisória na futura condenação; 2.6 A restrição ao direito de voto dos presos preventivos – 3. A prisão preventiva como uma questão de classe social: 3.1 O impacto negativo discriminatório da prisão preventiva sobre as mulheres – 4. A proibição de tortura e de tratamentos desumanos e degradantes.

1. A PRISÃO CAUTELAR E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A prisão cautelar ou provisória é uma das instituições mais polêmicas do sistema penal[1] e constitui, na maioria dos países, um dos problemas mais difíceis e críticos do processo penal, no qual colidem com extraordinária intensidade o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo penal e os direitos fundamentais do acusado, em particular o direito à sua liberdade pessoal.[2]

A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, formula-se uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, com a finalidade cautelar de garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução para evitar um risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.[3]

Admitida como uma medida interventiva necessária em todos os ordenamentos jurídicos, a prisão provisória representa a ingerência mais grave que pode exercer o poder estatal na liberdade individual, garantida pelo Direito Constitucional e pelas Convenções Internacionais, sem que tenha sido prolatada ainda uma sentença judicial penal condenatória que a justifique; não obstante, a prisão provisória aparece como indis-

1. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, passim; MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, Santiago. Aspectos sustantivos de la prisión preventiva (Especial referencia a su abono a la condena posterior). *La Ley*, n. 3, 1996, p. 1366.
2. GREBING, Gerhardt. Les problèmes de la détention préventive en République féderale d'Allemagne. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Compare*, n. 4. Paris, out.-dez. 1975, p. 957; BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 127; ORTEGO PÉREZ, Francisco. Breves notas en torno a la prisión provisional: la 'audiencia' del art. 504 bis 2 LECrim. *Justicia*, n. I. Barcelona: José María Bosch, 1997, nota 1, p. 186.
3. SANGUINÉ, Odone, op. cit., p. 23 e ss. e bibliografía lá indicada.

pensável, pelo menos em determinados casos, para uma administração eficiente da Justiça Penal.[4]

A prisão provisória afeta, em princípio, praticamente todos os direitos humanos ou fundamentais. Além da liberdade pessoal e a presunção de inocência, incide também na igualdade, não só da perspectiva longínqua de que os infratores da lei penal são, sobretudo, cidadãos de setores sociais menos favorecidos, mas, também e particularmente, em atenção ao estigma que a passagem pela prisão significa para uma pessoa, convertendo-a em desigual perante a sociedade. Também o direito à vida e à integridade física e moral, que proíbem as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, podem considerar-se afetados pela prisão provisória, pelo caráter desumano da privação de liberdade, cujo conteúdo é o de uma pena, e degradante para a pessoa. Além disso, o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem também resultam atingidos pela prisão provisória. Ademais, logicamente, os direitos relativos às liberdades ambulatórias, quer dizer, a liberdade de residência, de livre circulação pelo território nacional, assim como a possibilidade de viajar ao estrangeiro, resultam anuladas pela prisão provisória, da mesma forma que outros direitos, mais ou menos indiretamente, que também exigem para o seu exercício liberdade de movimentos, como o de reunião, associação e participação nos assuntos públicos. E, finalmente, também o direito ao processo devido, pois se pode incorrer em falta de defesa sem obter a tutela judicial efetiva.[5]

Embora presumidamente inocente, o preso preventivo sofre uma restrição na sua liberdade individual, de ir e vir, é separado da família

4. PIQUEREZ, Gérard. *Précis de Procédure Pénale Suisse*. Suiça: Payot Lausanne, 1987, p. 255; MUÑOZ CONDE, Francisco; MORENO CATENA, Víctor. La prisión provisional en el derecho español. *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 344. Idem; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 1997, p. 524; ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. da 25 ed. alemã Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, rev. por Julio B. J. Mayer. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 257; DÍAZ MENDEZ, Nicolás. Libertad, prisión, detención, retención y presentanción. *Actualidad Penal*, n. 11, 1990, p. 187.

5. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. La prisión preventiva y los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2. Madrid: Univ. Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, mar. 1983, p. 475-477; BARONA VILAR, Silvia, op. cit., p. 154-155.

e de seus amigos, submete-se a constrangimentos quanto ao seu modo de vida na prisão, sem poder trabalhar, e, enfim, sem poder dispor livremente de seus rendimentos. Não obstante, o preso preventivo conserva seus direitos fundamentais essenciais, tais como o direito de defesa, da livre disposição dos direitos civis e políticos, dentre eles o direito de voto, o direito à saúde e ao respeito a suas convicções religiosas. Essa possibilidade não está, entretanto, ligada exclusivamente à presunção de inocência, porque as pessoas condenadas definitivamente têm reconhecidos direitos similares.[6] A justificação deve ser buscada na filosofia dos direitos fundamentais.[7]

A prisão provisória constitui a medida mais grave que pode sofrer o cidadão presumido inocente no processo penal antes de sua condenação. O imputado, quando ainda não foi provada sua culpabilidade, é privado do livre exercício de um de seus direitos fundamentais mais apreciados. Ademais, a antecipação dos efeitos da pena que a prisão provisória implica é mais gravosa para o sujeito do que o cumprimento da própria pena mesma, já que se encontra submetido à incerteza derivada do desconhecimento do tempo real em que estará privado de liberdade. Na prática (além das considerações teóricas sobre os efeitos negativos sobre o imputado, de caráter pessoal, psicológico, familiar) os prejuízos aumentam pelas lamentáveis carências da Justiça Penal: o descumprimento institucionalizado do prazo razoável da duração dos processos e a falta dos meios materiais e humanos na infra-estrutura penitenciária provocam a degradação das condições de vida dos internos, expostos a sofrer constantes agressões e humilhações, a permanecer em ambientes

6. O condenado tem o direito à vida e integridade física, à igualdade, à honra e à intimidade (incluído o uso de dados de caráter pessoal recolhidos nos fichários informáticos), à liberdade religiosa e ideológica, direitos civis (direito de propriedade, de comunicações, visitas e permissões), políticos (inclusive o direito de sufrágio), sociais econômicos e culturais (direito ao trabalho e aos benefícios da segurança social), salvo quando sejam incompatíveis com o cumprimento da condenação. Portanto, a situação jurídica de condenado não implica a eliminação dos direitos fundamentais (CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciário*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 82 e ss.; TAMARIT SUMALLA, Josep-María; GARCÍA ALBERO, Ramón; SAPENA GRAU, Francisco; RODRÍGUEZ PUERTA, María-José. *Curso de derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 68 e ss.).

7. DEMATTEIS, Jean. Modalités pratiques d'exécution de la détention provisoire. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n. 4, dez. 2000, p. 569-579.

inadequados para sua reabilitação e a contrair enfermidades contagiosas de difícil ou, inclusive, impossível cura, entre as quais a Aids não é mais do que a ponta do *iceberg*.[8]

A realidade evidencia uma desarmonia constante e uma utilização cotidiana frequente e demasiada da prisão provisória com transcendentais efeitos negativos para os cidadãos presumidos inocentes,[9] sempre com o consequente detrimento da liberdade pessoal.[10] Isso é uma boa amostra da discórdia que existe, muitas vezes, entre teoria e prática do direito criminal, caracterizada pela falácia de princípios ideais e teóricos que a ninguém já podem convencer. Como pode afirmar-se a excepcionalidade da prisão provisória se, em muitos países, a autoridade judicial a decreta com caráter geral, implicando, segundo os dados estatísticos, uma elevada cifra de presos provisórios, indicativa de uma elevada percentagem de medidas "abusivas"?[11]

Por isso se alerta para a necessidade de evitar o paradoxo (de resto relativamente frequente) de que o dia em que se dite a sentença condenatória do submetido à prisão provisória resulte ser o dia de sua liberação; ou, o que é mais grave, que se justifique intimamente o *quantum* da privação de liberdade da condenação em razão do tempo que o acusado cumpriu na prisão preventiva.[12] As críticas à prisão provisória oscilam conforme o imputado seja absolvido; ou desapareça, fugindo da ação da justiça; no momento em que a curva da delinquência sobe de modo alarmante ou quando o delito imputado é dos que produzem clamor público etc.[13]

O excesso de prisão preventiva parece resultar de um cruzamento perverso de vários fatores: por um lado, um certo "culto judiciário da

8. González Cuellar-Serrano, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 203-204.
9. Ortego Pérez, Francisco, op. cit., p. 186.
10. Barona Vilar, Silvia, op. cit., p. 846.
11. García Valdés, Carlos. Reflexiones sobre la prisión provisional. *Estudios de derecho penitenciario*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 78.
12. Moreno Catena, Víctor. Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. *Poder Judicial*, n. especial II (Justicia Penal), s.d., p. 149.
13. Pérez Gordo, Alfonso. Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECR y en los textos legales y jurisprudenciales. *Justicia*, n. 1, 1984, p. 18.

prisão preventiva" que pode ter sido induzido ou facilitado, entre outros aspectos, pela ausência ou pelo elenco limitado de medidas alternativas; por outro lado, o recurso intensivo à prisão preventiva, tanto antes como inclusive depois de findo o inquérito, sugere dificuldades ao nível da conclusão da investigação e da sua consolidação probatória e, mais especificamente, uma certa forma de "compensação das debilidades da máquina judicial" e, em particular, da "morosidade processual", assim compensada com uma "reação imediata de aparente eficiência do sistema penal".[14]

A complexidade do instituto da prisão provisória exige o deslocamento de uma visão abstrata e puramente dogmática, que resultaria necessariamente insatisfatória, sendo necessário em seu lugar um enfoque realista que, a sua vez, tome em consideração diversas dimensões abertas à interdisciplinariedade: (a) a *dimensão ética*, a que pertencem os direitos fundamentais; (b) a *sociológica*, que parte do pressuposto de que a ordem jurídica, como instrumento para a autorregulação social, é sempre dependente de uma determinada sociedade, preponderantemente definida por sua estrutura econômica; (c) a *econômica*: a prisão cautelar priva o preso preventivo de sua remuneração, de maneira que sua família se vê colocada em uma penosa situação; (d) a *psicológica*: a estadia na prisão produz uma quebra na personalidade do preso provisório, com o estigma de ter estado na prisão; (e) a *processual*: a impossibilidade de corrigir adequadamente a duração excessiva da prisão provisória.[15]

2. Os efeitos perversos da prisão preventiva

A perspectiva criminológica e da ciência penitenciária permitem observar importantes efeitos nocivos da prisão provisória que geralmente ficam encobertos quando se adota um enfoque puramente normativo. Assim, para uma compreensão integral do instituto da prisão provisória, carece refletir a partir do enfoque interdisciplinar e com as contribuições da crítica criminológica e penitenciária como método de aproximação à realidade fenomenológica, como critério adequado para desenvolver uma crítica aos excessos do normativismo, especialmente tendo em conta que o discurso jurídico legitimador serve para encobrir a verdade

14. Pizarro Beleza, Teresa. Prisão preventiva e direitos do arguido. *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Ed. Coimbra, 2009, p. 678.

15. Conde Salgado, Remigio. La prisión preventiva. *Poder Judicial*, n. 37, mar. 1995, p. 253-254.

e a realidade do poder. Esta análise também pode elucidar até que ponto os princípios teóricos encontram eco na prática judicial, revelando, ademais, efeitos perversos (Boudon) para o sistema de justiça criminal, isto é, consequências *não intencionais*, que também podem ser denominadas *funções latentes negativas* efetivamente cumpridas, que, todavia, ficam fora de toda teoria de legitimação da prisão provisória.[16]

A prisão provisória significa o isolamento do imputado do mundo circundante, separação da família, impedimento para o exercício da profissão e até a perda do posto de trabalho, de maneira que tem uma importância extraordinária para a vida inteira do sujeito atingido pela medida.[17] Por isso, Concepción Arenal afirmou que "impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado no cárcere, e isso sem ter provado que é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é coisa que dista muito da Justiça".[18]

Há tempo a instituição da prisão provisória vem sendo criticada porquanto: (a) não permite levar a cabo um trabalho de ressocialização, já que do ponto de vista jurídico está vedada qualquer intervenção sobre o preso preventivo; implica um *status* diferente ao dos apenados; (b) cria um grave risco de contágio criminal, à margem das previsões normativas que prescrevem uma decisiva separação entre uns e outros; (c) incrementa desnecessariamente a população reclusa, com as negativas consequências de aglomeração, aumento do custo das instalações ou necessidade de um maior número de funcionários; (d) dificulta a absolvição do sujeito que permanece, às vezes, muito tempo em situação de preso preventivo; (e) é tão estigmatizante – para o sujeito e para a sociedade em seu conjunto – como a própria pena privativa de liberdade. Inclusive quando o preso preventivo resulta finalmente absolvido retorna a seu lar marcado pela pressão psicológica sofrida e pelo estigma de "ter estado no cárcere".[19]

16. SANGUINÉ, Odone, op. cit., p. 248 e ss.

17. SCHNEIDER, Peter. Principi costituzionali e problematica delle libertà nella Germania Federale. *La libertà personale* (coord. por Leopoldo Elia e Mario Chiavario). Turim: Utet, 1977, p. 75.

18. ARENAL, Concepción. *Estudios penitenciarios*. Madrid, 1877, p. 12; DÍAZ MENDEZ, op. cit., p. 107.

19. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Prisión provisional y régimen penitenciario. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* (coord. por

No caso do preso preventivo não há uma declaração formal de culpabilidade, nenhuma verificação definitiva de infração da norma penal, já que a prisão se decreta antes ou durante o próprio julgamento penal. Assim, além da vitimação primária (em função das primeiras consequências do delito) e secundária (que resulta de suas relações com o sistema penal), o acusado sofre uma vitimação terciária, ao transformar-se em uma vítima institucional, no momento em que a prisão provisória converte-se, em realidade, em uma condenação antecipada, uma verdadeira pena de privação de liberdade, que prejulga, em certa medida, o veredicto final de um processo já viciado na origem pela limitação das possibilidades de defesa do imputado, o que dificulta – se permanecer muito tempo em situação de preso preventivo – sua absolvição. Quando isso ocorre, retorna ao seu lar estigmatizado pelas sequelas do cárcere; se, pelo contrário, é condenado e sofre uma pena privativa de liberdade, deu-se um passo a mais no sentido da sua vitimação.[20]

2.1 *O incremento desnecessário da população carcerária e seus reflexos econômicos*

Um notável inconveniente apontado pelos penitenciaristas em relação à prisão provisória está constituído pelo incremento da população reclusa, que produz uma verdadeira *disfunção* do instituto quando o número de presos preventivos alcança ou, inclusive, excede o dos presidiários.[21] A elevada frequência aplicativa da prisão provisória se opõe à ideia de "ressocialização" e representa um sério problema da execução das penas e da política criminal em geral.[22]

Além do aspecto do injusto despojamento da liberdade, Carrara deplorou suas funestas consequências pelo aspecto econômico e por suas relações com a moralidade pública, assinalando que o abuso que da prisão preventiva têm feito alguns legisladores é uma das causas que principalmente entorpecem a atividade universal do sistema penitenciário. Por isso, sua limitação aos casos estritamente necessários, além

Marino Barbero Santos). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 187-188.

20. Landrove Díaz, Gerardo. *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 190 e 197-201.

21. Idem. Prisión preventiva y penas privativas de libertad. *Estudios penales y criminológicos*, n. 7. Univ. de Santiago de Compostela, p. 289, 1984.

22. Grebing, Gerhardt, op. cit., p. 988.

de considerações humanitárias, economizaria os muito consideráveis gastos que leva consigo o sistema excessivamente ampliado da prisão preventiva. Esta diminuição de gastos e de locais reduziria em alto grau as dificuldades pecuniárias que se opõem ao sistema penitenciário.[23] Não é possível ignorar os inconvenientes "efeitos econômicos" que derivam do uso irrefletido da prisão provisória. Ela empobrece o país e as famílias dos acusados, forçando-os a viver na ociosidade, tanto que os governantes se vêem obrigados a empregar recursos cada vez mais importantes para sua manutenção. O resultado consiste em uma justiça que não funciona, um sistema penitenciário mais punitivo, uma destinação errônea das finanças públicas,[24] pelos altos custos das instalações penitenciárias, necessidade de mais pessoal de vigilância etc.[25] Portanto, um cálculo de rentabilidade revelaria que a introdução de medidas alternativas permitiria economizar importantes somas de dinheiro utilizadas na construção de custosos estabelecimentos penitenciários.[26]

No *Brasil* a taxa de presos provisórios alcançou, em dezembro de 2009, o percentual de 44,15%.[27] Essas estatísticas sofrem variações de acordo com diversos fatores. Por exemplo, o sistema acusatório implica numa redução maior de presos preventivos em relação ao sistema inquisitivo, tal como ocorreu com a reforma da prisão preventiva ocorrida na Espanha em 1995 com a exigência de "pedido de alguma das partes" e a introdução do regime de "audiência contraditória prévia" para a decretação da prisão provisória;[28] a opção pelo uso da "pulseira eletrônica"

23. Carrara, Francesco. Inmoralidad del encarcelamiento preventivo. *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. 4. Bogotá: Temis, 1976, p. 226-227.
24. Lacché, Luigi. Ordre et liberté en Italie: discipline de la détention préventive et sauvegarde de la liberté individuelle après l'unité. *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire. Deux siècles de débats*. Paris: Philippe Robert, L'Harmattan, 1992, p. 202.
25. Muñoz Conde, Francisco; Moreno Catena, Víctor. La prisión provisional... cit., p. 421.
26. Verin, Jacques. La détention préventive et la Criminologie (2.ª parte). *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, vol. 25, 1969, p. 921.
27. Dados fornecidos pelo Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen, coordenado pelo Depen/Ministério da Justiça. Disponível em: www.mj.gov.br/depen. Acesso em: 30.03.2010.
28. Mapelli Caffarena, Borja. La ejecución de la medida cautelar de privación de libertad provisional. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* cit., p. 201-202.

como alternativa em substituição da medida de prisão preventiva é um dos fatores que reduz a população de presos preventivos, como se constata da experiência realizada em Portugal no ano de 2004, constatando-se 253 reclusos com pulseira eletrônica e a diminuição de 305 preventivos em relação ao ano anterior.[29]

A Recomendação Rec (2006) 13, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 27.09.2006, esclarece que as regras contidas no anexo visam, entre outros objetivos, assegurar que os presos preventivos sejam colocados em condições e sujeitas a um regime apropriado à sua situação jurídica, que se baseia na presunção de inocência; e a exigir o fornecimento de instalações adequadas e de gestão adequadas para as pessoas colocadas em prisão provisória. Ademais, a mencionada Recomendação, reconhece a importância fundamental da presunção de inocência e o direito à liberdade da pessoa humana, bem como os danos irreversíveis que a prisão preventiva pode causar às pessoas que são finalmente declaradas inocentes ou beneficiadas por outra decisão processual favorável, bem como o impacto nocivo que a prisão provisória pode ter sobre a manutenção das relações familiares, as consequências financeiras que acarreta para o Estado, os indivíduos e a economia em geral, o grande número de pessoas custodiadas e os problemas provocados pela superlotação prisional.

2.2 *A prisão provisória como fator criminógeno*

A prisão preventiva implica um sério risco de contágio criminal (fator criminógeno) na medida em que obriga o preso preventivo a conviver com os condenados ou, pelo menos, nas mesmas condições. O contato dos presos provisórios com os apenados e a influência das subculturas carcerárias produzem um efeito criminógeno digno de nota enquanto implicam na descoberta do mundo delitivo.[30]

29. Diário de Notícias, de 26.01.2005.

30. Muñoz Conde, Francisco; Moreno Catena, Víctor. La prisión provisional... cit., p.421. Landrove Díaz, Gerardo. Prisión preventiva y penas privativas de libertad cit., p. 286. Morillas Cueva, Lorenzo. El régimen de prisión preventiva. In: VV.AA. *Comentarios a la Legislación Penal* (coord. por Manuel Cobo del Rosal). Madrid: Edersa, 1986, t. VI, vol. 1, p. 130; Barona Vilar, Silvia, op. cit., p.164 e ss; Lorca Navarrete, Antonio M.ª La Prisión provisional de España y la crisis de una ley socialista. *Doctrina penal*. Buenos Aires: Desalma, n. 25-28, p. 464.

2.3 *Os efeitos psicológicos de dessocialização e de estigmatização sobre o preso preventivo*

A prisão preventiva está constituída por um cárcere muito mais pesado e insuportável do que aquele reservado às penas, cuja execução dispõe de medidas direcionadas à ressocialização do réu.[31] Além disso, os presos preventivos têm reações diferenciadas. Especialmente quando são completamente inocentes, salvo casos excepcionais, reagem muito mal ante o encarceramento preventivo, muito pior do que os culpados.[32]

A prisão provisória produz uma série de efeitos psico-sociais e psiquiátricos negativos no preso preventivo. São notáveis as consequências psicológicas negativas do encarceramento sobre o indivíduo, sobretudo quando este não tem antecedentes penais. A nova situação no cárcere, a vida em comum com reincidentes ou delinquentes habituais e sua possível contaminação pelas sub-culturas carcerárias. O medo do futuro, do escândalo e da pena, a incerteza e a preocupação pela marcha do processo, todos estes são fatores negativos implícitos na essência mesma da instituição.[33]

O cárcere, como todas as instituições totais, incide negativamente sobre as pessoas a ela confiadas, danificando-as do ponto de vista físico e psíquico, sendo, portanto, patogênico. Constituem efeitos da larga permanência no cárcere: (a) a erosão da individualidade; (b) a dissolução dos costumes; (c) o isolamento; (d) o dano físico-psicológico; (e) a perda dos estímulos; (f) patologias contagiosas (hepatite, AIDS) ou mentais, a dependência às drogas.[34]

A experiência do encarceramento preventivo é, de fato, dramática não só pelos efeitos que produz em quem o sofre durante o período da prisão provisória, mas também pelos efeitos retardados e crônicos que inevitavelmente se fazem sentir naqueles que o expiaram de modo impróprio e que permanecerão marcados para sempre física e espiritualmente, corrompendo a identidade do sujeito.[35] Quaisquer que sejam

31. Bruno, Francesco. Aspetti psicologici della carcerazione preventiva. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* cit., p. 52-53.
32. Idem, p. 39-40.
33. Verin, Jacques, op. cit., vol. 24 (1.ª parte), p. 711. Muñoz Conde, Francisco; Moreno Catena, Víctor. La prisión provisional... cit., p. 421-422.
34. Bruno, Francesco, op. cit., p. 46-49.
35. Idem, p. 53-54.

as condições que caracterizam o encarceramento, este constitui para os presos preventivos uma experiência traumática e de natureza fortemente estressante, capaz de influenciar em modo transitório ou permanente a psique e o físico de uma pessoa. O trauma do cárcere produz nos presos preventivos distúrbios de adaptação, cujos principais sintomas psíquicos são: labilidade (excitabilidade, agressividade), sérios estados de angústia, ansiedade, depressão, perturbações da atenção, da percepção e da capacidade intelectual, privações sensoriais, alterações de conduta ou síndrome de Ganser (sintomas psiquiátricos sérios com distúrbios de consciência, desorientação, manifestações histéricas, alucinações auditivas e visuais, atos de autolesionamiento), fatores todos que explicam a maior taxa de suicídios entre os presos preventivos.[36] O estresse se manifesta através de sintomas indicadores como a ansiedade, a depressão, os distúrbios gástricos ou cardíacos, a hipertensão, a insônia, o uso excessivo de psico-fármacos, a greve de fome, as crises histéricas, as autolesões e incremento de suicídios.[37]

Ademais, a prisão provisória acarreta outros inconvenientes para o detido, porque pode conduzir à perda do seu emprego, com danos econômicos e de ordem profissional às vezes irreversíveis, com abalo de sua família. Dita privação antecipada da liberdade implica a brusca separação do preso preventivo de sua família, com todas as consequências econômicas e sociais que isso pode representar. Colide, pois, com os princípios de justiça, na medida em que afeta, de algum modo, aos sujeitos que nada tiveram que ver com o fato delitivo e que, entretanto, vêem-se atingidos pela submissão à prisão provisória do imputado. Seria esta a hipótese clara dos familiares dependentes do preso preventivo. Por exemplo, o direito de alimentos dos filhos do imputado submetido à prisão provisória, quando se lhe impede o direito de trabalhar e conseguir os meios para alimentá-los, seria sensivelmente prejudicado. Aspecto questionável deste instituto à luz do princípio de proporcionalidade e dos fins de justiça em geral.[38]

36. Idem, p. 41-46; Muñoz Conde, Francisco; Moreno Catena, Víctor. La prisión provisional... cit., p. 422; Lorca Navarrete, Antonio M., op. cit., p. 286 e ss.; Landrove Díaz, Gerardo. Prisión preventiva y penas privativas de libertad cit., p. 286 y ss. e 295, chamando atenção para a "conflitividade penitenciária".
37. Bruno, Francesco, op. cit., p. 48-49.
38. Barona Vilar, Silvia. *El principio de proporcionalidad*...cit., p. 852.

Cabe mencionar, ademais, os reflexos sociais sobre as possibilidades de reinserção social, porque o mundo circundante esquecerá porventura que foi condenado ou absolvido, mas não que 'esteve na prisão'.[39] Assim, a prisão provisória é tão estigmatizante como a própria pena privativa de liberdade,[40] o que a transforma em uma medida mais cruel se o imputado for inocente.

2.4 Pior tratamento no regime de benefícios carcerários

A prisão provisória não permite levar a cabo um trabalho de ressocialização, já que, juridicamente, está vedada qualquer intervenção ressocializadora sobre a pessoa ainda não condenada.[41] Por isso, a duração dos processos é tempo perdido para o trabalho de ressocialização, pois impede a aplicação de um tratamento adequado, quando os processados terminam sua condenação antes do tempo necessário, algumas vezes porque a pena imposta se deu por cumprida com a prisão preventiva ou muito pouco depois de sua condenação.[42]

Howard e outros reformadores da ciência penitenciária propuseram a separação de diferentes espécies de detidos: os homens das mulheres, os reincidentes dos jovens, e naturalmente os presos provisórios dos condenados, separação introduzida nas novas prisões modelos cuja construção foi determinada pelos reformadores.[43] Essa proposição de separar presos provisórios – salvo circunstâncias excepcionais – e pessoas condenadas e

39. Rodriguez Devesa, José M.ª. Prólogo. In: Mattes, Heinz. *La prisión preventiva en España*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU), 1975, p. 7; Verin, Jacques. La détention préventive (1ª parte)...cit., p.711. Rassat, Michèle Laure. *Traité de procédure pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 614.

40. Muñoz Conde, F.; Moreno Catena, Víctor. La prisión provisional... cit., p. 421. Landrove Díaz, Gerardo. Prisión preventiva y penas privativas de libertad cit., p. 286. Morillas Cueva, Lorenzo, op. cit., p. 130; Barona Vilar, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*..., cit., p. 164 e ss.

41. Muñoz Conde, F.; Moreno Catena, Víctor. La prisión provisional... cit., p. 421. Landrove Díaz, G. Prisión preventiva y penas privativas de libertad cit., p. 286. Morillas Cueva, L, op. cit., p. 130; Barona Vilar, Silvia. *Prisión provisional*...cit., p. 164 e ss.

42. Bergalli, Roberto. Panorama actual de la cuestión penitenciaria en la Argentina. In: *Crítica a la Criminología*. Bogotá: Temis, 1982, p. 140.

43. Cfe. Emsley, Clive. Remand: la détention avant procès en Angleterre et au Pays de Galles, 1750-1900. *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire.*

de dar tratamento adequado e distinto, condizente com sua condição de pessoa cuja inocência é presumida,[44] constitui regra que historicamente vem sendo estabelecida nas normas penitenciárias internacionais da maioria dos países,[45] bem como no plano interno.[46] A consequência mais evidente disso é a colocação dos presos provisórios em cadeias públicas (ou celas de Delegacias de Polícia em muitos Estados da Federação), em estabelecimentos penitenciários exclusivos e separados dos condenados.

A justificação da necessidade de separação entre presos preventivos e apenados encontra-se frequentemente apoiada no argumento de que a superpopulação das prisões determina uma série de problemas higiênicos e de promiscuidade que favorecem fenômenos tais como a escola do crime, a violência e a homossexualidade. Por isso, haveria necessidade de reservar aos presos provisórios alas separadas das que se encontram expiando pena.[47]

Não obstante, há uma distância considerável entre o plano normativo e a realidade carcerária, que não garante, na prática, a "separação" entre presos provisórios e condenados, por absoluta impossibilidade material, permanecendo tais normas como mera promessa vã e platônica. Destarte, pessoas presumidamente inocentes ficam em convivência

Deux siècles de débats (coord. Philippe Robert). Paris: L'Harmattan, 1992, p. 190.

44. Hitters, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993, t. II, p. 127-128.

45. Regras Mínimas da ONU, n. 8, b, 84.2 e 85.1; CADH, art. 5, 4; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16.12.1966, aprovado pelo Parlamento Federal pelo Dec. 226, de 12.12.1991, promulgado internamente pelo Dec. 592, de 06.07.1992, art. 10, 2.ª; Mapelli Caffarena, Borja, op. cit., p. 211.

46. Art. 300 do CPP; art. 84 da LEP (Lei 7.210/1984); art. 3.º da Lei 7.960/1989. Nesta última hipótese, em que a lei estabelece que "os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos", algum autor entende que a lei foi mais específica ao impor a separação de todos os demais presos provisórios, pois como o preso temporário é mero suspeito, que pode nem vir a ser indiciado, não pode ser colocado em contato nem com condenados, nem com presos preventivamente, em flagrante, por pronúncia etc. (Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 665-666).

47. Grassi, Aldo. Détention preventive et droits fondamentaux. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* cit., p. 159-160.

promíscua com réus já condenados e alguns com reiterada atuação nas esferas do vício e da criminalidade.[48]

Reiteradamente se sustenta que o princípio de presunção de inocência deve presidir o regime penitenciário. As leis penitenciárias determinam a separação entre os presos preventivos e os apenados. Não obstante as solenes declarações de princípios expressos nas legislações, a exclusão do tratamento penitenciário para os presos preventivos devido à presunção de inocência, que impede qualquer trabalho de ressocialização que possa implicar um pré-julgamento, e as mínimas diferenças existentes entre o regime dos apenados e presos preventivos fazem com que a prisão provisória seja, na prática, e em atenção à sua forma de cumprimento, uma verdadeira "pena antecipada", com o risco adicional da possibilidade de uma futura sentença absolutória e, inclusive, a ameaça de que chegue a ser mais grave que a própria pena privativa de liberdade, já que tem todos os inconvenientes desta e nenhuma de suas vantagens. Assim, o regime dos presos preventivos é muito similar e de maior gravidade que o dos apenados.[49] Em outras palavras, os presos preventivos se encontram em situação desfavorável em relação aos condenados, apesar de que, em virtude da presunção de inocência, deveriam, pelo contrário, beneficiar-se de um regime privilegiado.

O regime da prisão provisória fica submetido a uma visão ortodoxa que restringe o problema a uma questão exclusivamente jurídica e a direitos teóricos. Assim, enquanto o tratamento dos condenados beneficia-se pouco a pouco dos ensinamentos das ciências psicológicas e sociais, os presos preventivos ficam privados do benefício dos modernos métodos de tratamento, o que conduz a consequências mais graves, porque um considerável número de presos preventivos não poderá beneficiar-se desses métodos depois da condenação, uma vez que sua pena já foi executada preventivamente.[50] Contudo, as restrições aos direitos fundamentais na prisão preventiva, tendo em conta presunção

48. MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão preventiva*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p.71-72; TOURINHO FILHO, Fernando. Da prisão e da liberdade provisória. *RBCCrim* 7/73. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1994.

49. ASENCIO MELLADO, J. M.ª. *La prisión provisional*. Madrid: Civitas, 1987, p. 134-137 e 143-182. MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 12.; MUÑOZ CONDE, F; MORENO CATENA, Víctor. La prisión provisional... cit., p 369 e 398. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, op cit., p. 488; LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Prisión* preventiva y penas privativas de libertad cit., p. 284.

50. VERIN, Jacques. *La détention préventive (1ª parte)*... cit., p. 711.

de inocência, unicamente são admissíveis conforme a finalidade do encarceramento e as necessidades da organização do estabelecimento prisional.[51] Assim, a presunção de inocência não pode ser interpretada contra o preso preventivo ao ponto de retirar-lhe direitos ou benefícios penitenciários assegurados ao próprio condenado.

Não obstante, salvo se ocorrer uma mudança revolucionária que, por meio de radicais transformações da máquina estatal, transforme também o sistema penal, parece melhor, mais do que declarações de princípios, a introdução de pequenas e graduáveis decisões de melhorias que, além de revelar uma inversão de tendência em relação ao passado, introduzam no sistema penal benefícios penitenciários ao preso provisório. *Ad exemplum*, tirar do cárcere todos aqueles presos preventivos cujas condições de saúde são dramáticas e graves e aqueles com idade superior a setenta anos, reduziria a superpopulação carcerária e permitiria a adoção de estilos de vida diversos também para aqueles que ainda deverão permanecer internados; reduzir o número de detidos dependentes de drogas confiando-os efetivamente aos serviços de tratamento; adotar o sistema de monitoramento eletrônico à distância; adotar os regimes da prisão domiciliar em lugares controlados; somente assim, a prisão preventiva seria um fenômeno residual direcionado a sua futura abolição.[52]

2.4.1 Possibilidade de obtenção de benefícios penitenciários

O principal argumento utilizado para negar a identificação entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade derivaria da presunção de inocência que imporia diferente regime penitenciário, pois aquela não comporta as possibilidades dos benefícios penitenciários resultantes das modalidades de individualização da pena.[53]

Paradoxalmente, no entanto, a condição de preso preventivo situa-o em uma ordem de preferência inferior em relação ao apenado em matéria de benefícios penitenciários.[54]

51. Roxin, Claus, op. cit., p. 269-270.

52. Bruno, Francesco, op. cit., p. 54-55.

53. Giudicelli, André. L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1998, n. 1, p. 14-15.

54. Mapelli Caffarena, Borja, op. cit., p. 215.

Não obstante, em algumas legislações se faz extensivo aos presos provisórios diversos benefícios penitenciários previstos aos condenados, como por exemplo, as permissões de saída.[55] Assim, a impossibilidade do preso provisório (ao contrário do que acontece com os apenados) de obter os benefícios do sistema progressivo (v. g., regime aberto, liberdade condicional), mesmo que acumule, simultaneamente, a condição de apenado e preso preventivo, é mais uma prova da rigidez e do escasso interesse que o legislador conferiu ao princípio constitucional de proporcionalidade.[56]

Na verdade, o suposto contágio criminal que os presos condenados podem exercer sobre os presos preventivos é algo que a Criminologia moderna questionou em reiteradas ocasiões e que nunca foi demonstrado empiricamente; duvida-se se o perigo de contágio se deve às relações interpessoais em si ou ao ambiente adverso e às condições socioeconômicas. Questiona-se também o contágio (que pode ser positivo ou negativo, embora se trate de delinquentes) quando estamos tratando de sujeitos com um desenvolvimento pleno de sua personalidade. Todas estas dúvidas que surgem de investigações sobre tipos de personalidade resultam ainda mais reforçadas quando se trata de medir o eventual contágio entre grupos de pessoas diferenciadas por algo tão alheio à personalidade como é a condição processual.[57]

Mesmo admitindo-se como válidas as teorias da aprendizagem diferencial, não está claro em que direção fluiriam, se de presos provisórios a apenados ou ao inverso, já que, conforme refletem os dados estatísticos, as pessoas que sofrem prisão provisória apresentam uma carreira criminal mais definida e pertencem aos segmentos menos favorecidos da sociedade. Em consequência, analisada com rigor científico a tradicional separação apenados/presos preventivos, não só carece de fundamento, mas também dela se derivam efeitos que fazem mais gravosa a privação de liberdade deste último grupo.[58] Essa condição de recluso de

55. Neste sentido, Rodríguez Ramos, Luis. La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar e/o medida de seguridad?, p. 1056. Morillas Cueva, Lorenzo, op. cit., p. 114 e 118. Asencio Mellado, J. M.ª, op. cit., p. 181-182; Idem. Hacia la reforma de la prisión provisional. *Justicia*, 1988-I, p. 70. Landrove Díaz, Gerardo, op. cit., p. 981 e ss.

56. Mapelli Caffarena, Borja, op. cit., p. 208.

57. Idem, p. 213; Mapelli Caffarena, Borja; Terradillos, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 1990, p. 144-145.

58. Mapelli Caffarena, Borja, op. cit., p. 213.

segunda categoria do preso preventivo poderia levar ao questionamento de se, acudindo fraudulentamente a uma aparência de respeito aos seus direitos, essa situação não foi buscada de propósito para manter um regime penitenciário particularmente grave e desproporcional para os interesses da justiça.[59] O preso preventivo só pode ser custodiado, pelo que é preciso garantir-lhe uma organização e regime prisional próprio. Desta maneira, ao menos formalmente, aparecem dois sistemas penitenciários: um, ressocializador, para os apenados; o outro, custodial, para os presos preventivos. Entretanto, a mencionada separação conduz a um regime e organização penitenciária em piores condições para os presos preventivos e, sobretudo, com maiores riscos sob uma perspectiva ressocializadora. A negativa aos presos preventivos da atividade ressocializadora confunde as metas ressocializadoras com a presunção de inocência e suscita sérias dúvidas sobre sua constitucionalidade.[60]

Os presos preventivos necessitam que se coloquem ao seu dispor todos os esforços ressocializadores, sem que por isso se menospreze o princípio de presunção de inocência. A ressocialização é uma meta dirigida mais a moderar o dano que implica a perda de liberdade do que a eliminar tendências delitivas.[61]

Em relação ao tratamento penitenciário do preso preventivo, constitui um engano sustentar que o modelo de execução da prisão provisória deva seguir mantendo o princípio de separação, nos termos em que o fazem as normas internacionais e a maioria do direito comparado, redundando em prejuízo aos presos preventivos, que serão paradoxalmente submetidos a condições penitenciárias mais desfavoráveis em virtude do reconhecimento de direitos que deviam em princípio lhes favorecer.[62] Uma aproximação de presos preventivos e apenados, longe de gerar infundados perigos de contágio, favorece também que a prisão preventiva se entenda como um processo dinâmico e progressivo sob a supervisão da autoridade judicial correspondente. Em seu lugar, a

59. Idem, p. 201.

60. MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS, Juan, op. cit., p.145.

61. MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 216-217.

62. FERNANDO BARRIOS FLORES, Luis; LOPEZ, Angeles Lopez. *Asistencia psiquiatrica durante la prisión preventiva (El caso Ruiz de Santamaría)*, p. 4. MAPELLI CAFFARENA, Borja, op. cit., p. 200-201. MACIÁ GOMES, Ramón y ROIG ALTOZANO, Marina: El nuevo sistema de adopción de la medida cautelar de prisión provisional. *Actualidad Penal*, 1996, n. 5, p. 82.

classificação que se introduza deve estar presidida por critérios constatáveis derivados de estudos de personalidade das equipes técnicas, que informarão ao Juiz da evolução do preso preventivo, da qual é previsível que possam resultar grupos com reclusos de uma e outra condição processual, com o fim de que se lhe possa aplicar o sistema progressivo em todos seus estágios.[63]

Deste modo, é necessário implementar metas empiricamente efetivas dirigidas a harmonizar a organização da prisão para que o tempo de alojamento do preso provisório não implique um período desnecessariamente negativo em sua vida e, em segundo lugar, que comece a dispor de um plano de atuação para definir sua estadia.[64] No entanto, para pôr em prática tais metas é imprescindível, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, que o preso preventivo seja ouvido e consinta em participar ou não na proposta específica de intervenção individualizada (sem que isso possa impor-se coativamente). Esta deve ter algum sentido dentro do espaço de tempo que dura a prisão provisória, pois o tratamento ressocializador deve respeitar sempre os direitos constitucionais.[65]

Seria um argumento absurdo utilizar a presunção de inocência para afirmar que, se o preventivo acessar um tratamento ressocializador, isso se traduz em uma declaração de culpabilidade explícita ou implícita, já que a situação não se altera mesmo quando o recluso seja condenado, se em outro processo mantém sua condição de preso preventivo.[66] Com efeito, negar aos presos preventivos a possibilidade de acessar os benefícios penitenciários (do trabalho, as saídas ao exterior, as comunicações ou as relações íntimas etc.), sempre que não ponha em perigo o sentido da medida cautelar, configuraria ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade.[67] Portanto, cabe adotar aqui o princípio de que todo direito que tem o condenado o tem também – e com maior razão – o preso preventivo.[68]

63. Mapelli Caffarena, Borja, op. cit., p. 213-216.
64. Garrido Genovés, Vicente. El tratamiento penitenciario y la prisión preventiva. In: VV.AA. Prisíon provisional detención preventiva y derechos fundamentales cit., p.139.
65. Idem, p. 136-137.
66. Mapelli Caffarena, Borja, op. cit., p. 206.
67. Idem, p. 207.
68. Binder, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 203.

O parágrafo único do art. 2.º da Lei 7.210/1984 (LEP) dispõe que a lei de execução penal aplicar-se-á igualmente ao preso provisório. Além disso, uma interpretação sistemática revela que a reforma parcial da LEP, ocorrida no final de 2003, mitigou sensivelmente o tradicional regime jurídico de separação de presos provisórios e condenados, em diversos aspectos: (a) ao incluir o preso provisório como destinatário da classificação que será feita pela Comissão Técnica de Classificação e do programa individualizador da pena privativa de liberdade (art. 6.º, com a nova redação dada pela Lei 10.792, de 01.12.2003); (b) ao sujeitar o preso provisório – que pratique crime doloso (falta grave) e quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas ou, ainda, apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou, finalmente, quando recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando – ao regime disciplinar diferenciado,[69] consistente no recolhimento em cela individual (isolamento do preso provisório no máximo de 360 dias) com restrições ao direito de visitas semanais e saídas para banho de sol (art. 52, §§ 1.º e 2.º, da Lei 10.792/2003).

Portanto, o preso provisório, nos termos do disposto no art. 2.º, parágrafo único, da Lei 10.792/2003, tem direito a desfrutar dos mesmos benefícios penitenciários assegurados pela Lei de Execuções Penais aos presos condenados por sentença condenatória transitada em julgado. Com exceção da regra da separação dos presos definitivos, os presos provisórios, que ficam recolhidos em cadeias públicas (art. 102 da LEP), mesmo inexistindo sentença condenatória transitada em julgado, têm assegurados, igualmente, todos os direitos do preso definitivo, previstos no art. 41 da LEP, quando compatíveis com a natureza da prisão cautelar, tal como o direito à integridade física e moral, direito de voto, assistência material à alimentação, vestuário, auxílio médico, trabalho, cujo tempo pode inclusive ser computado para eventual futura remição de pena, direito à progressão de regime prisional, detração do tempo de prisão provisória na futura pena (art. 42 do CP), visita do cônjuge, contato com o mundo exterior por correspondência escrita, proteção contra qualquer

69. É cabível a transferência do preso preventivo para regime disciplinar diferenciado (RDD) em presídio de segurança máxima se ele está respondendo procedimento carcerário por exercer liderança negativa junto aos demais detentos (TJRS, HC 70028069656, 6.ª CC, j. 11.02.2009, rel. Des. Mário Rocha Lopes Filho).

forma de sensacionalismo, etc. Ademais, o art. 42 da LEP estabelece que se aplica ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o elenco de direitos enunciados no art. 41 da LEP. Os direitos fundamentais constitucionais, incluída a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, somente podem ser invocados para a proteção do acusado, não para suprimir-lhe benefícios penitenciários na etapa da execução penal assegurados, inclusive, aos réus condenados definitivamente.[70]

A jurisprudência ortodoxa, que negava o acesso a diversos benefícios penitenciários ao preso preventivo, tais como a progressão de regime prisional, saída temporária, livramento condicional, a prisão domiciliar, indulto, se pendente recurso da acusação para aumentar a pena, somente permitindo excepcionalmente a possibilidade de obter benefícios penitenciários no caso de recurso exclusivo da defesa, ou seja, com o trânsito em julgado da condenação para a acusação, não mais pode ser seguida. Nesse sentido, a jurisprudência recente do STF não mais exige o trânsito em julgado da condenação para a concessão de benefícios penitenciários, de maneira que passou a admitir a concessão de benefícios penitenciários, tais como progressão de regime prisional, trabalho externo, livramento condicional e indulto, mesmo quando pendente de julgamento a apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do réu. Porém, a progressão de regime prisional do preso preventivo somente é possível com o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena máxima atribuída em abstrato ao crime, isto é, o limite máximo que se poderia alcançar se eventualmente provido o recurso da acusação, fazendo incidir, na espécie, o verbete da Súmula n. 716 do STF, segundo o qual "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severa nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". A Lei de Execução Penal aplica-se igualmente ao preso provisório quando recolhido em estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária (art. 2.°, parágrafo único, da Lei 7.210/1984).[71] Ademais, o enunciado da Súmula 717 do STF, estabelece

70. Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 1007 e 1036.

71. STF, HC 93302/SP, 1.ª T., j. 25.03.2008, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 09.05.2008, p. 397; STF, HC 90983/SP, 1ª T., j. 05.06.2007, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 17.08.2007, p. 58; STF, HC 92872/MG, 1.ª T., j. 27.11.2007, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 15.02.2008, p. 613; HC 76524, rel. Min. Sepúlveda

que "não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

Apesar de que a exigência de cumprimento do percentual legal para o benefício penitenciário ao preso preventivo levando em conta a pena máxima atribuída em abstrato ao crime constitui um avanço, convém superar essa orientação e, com fundamento no princípio da presunção de inocência e da proporcionalidde, dar mais um passo no sentido de permitir a aplicação de benefícios da execução, não obstante apelação do Ministério Público, se o Tribunal antevê que, mesmo provido o recurso, o regime prisional não será agravado.[72] A jurisprudência do STF está evoluindo nesse sentido na medida em que (a) fez uma interpretação extensiva da Súmula 716 do STF para conceder liberdade condicional a mulheres presas preventivamente há mais de três anos, mesmo pendente de julgamento há mais de dois anos recurso de apelação do Ministério Público, visando ao aumento da pena. Como as acusadas cumpriram quase a totalidade da pena, não seria razoável nem justo, por ofensa ao "princípio da proporcionalidade", estabelecer como parâmetro para a progressão de regime estabelecer o patamar máximo da pena em abstrato;[73] (b) considerou que, mesmo em prisão processual, há possi-

Pertence, *DJ* 29.08.2003; HC 71907, rel. Min Francisco Rezek, *DJ* 07.03.1997; HC 76524/RJ, Pleno do STF, j. 01.04.1998, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 29.08.2003, p. 19; STF, HC 72565/AL, Pleno, j. 10.05.1995, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 30.08.1996, p. 30605; HC 68572, rel. Min. Néri da Silveira; STF, HC 87801/SP, 1.ª T., j. 02.05.2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 26.05.2006, p. 20; STF, HC 90813/SP, 1ª T., j. 24.04.2007, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* 25.05.2007, p. 77; HC 72565, j. 10.05.1995, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 20.08.1996.

72. Nesse sentido, decidiu o TRF-4.ª Reg., HC 4818/PR, 8.ª T., j. 26.11.2003, rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro, *DJ* 26.11.2003, p. 759, que, estabelecido na sentença o regime prisional semi-aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, revela-se ilógico e atentatório ao princípio da proporcionalidade manter o acusado na prisão sob condições mais severas. Nesse contexto, mostra-se cabível a aplicação dos benefícios da Lei de Execução Penal, não sendo óbice, na espécie, a existência de recurso por parte do Ministério Público, porquanto, mesmo que provido, verifica-se *prima facie* que o regime prisional não será alterado, em face das circunstâncias do caso concreto.

73. STF, HC 92417/RJ, 2.ª T., j. 11.12.2007, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 29.02.2008, p. 308.

bilidade de progressão de regime, antes do trânsito em julgado, desde que presentes os requisitos objetivos (cumprimento de 1/6 da pena imposta na sentença e incluído o tempo de prisão cautelar) e subjetivos, independentemente do trânsito em julgado do recurso da acusação. A Súmula 716 do STF é aplicável independentemente de haver ou não ainda recurso pendente por parte do Ministério Público. Se a pena for eventualmente aumentada, estar-se-á diante de uma nova condenação, aplicando-se o art. 118, inc. II, da LEP, isto é, na pior das hipóteses, ele regredirá para o regime mais severo.[74]

2.5 *O impacto da prisão provisória na futura condenação*

A decisão de ordenar a prisão provisória de um acusado antes do processo é muito delicada enquanto exige a manutenção de um justo equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos. Se por um lado, a decisão de liberação implica o risco de que o acusado frustre a instrução criminal ou cometa novos delitos, justificando-se, em certos casos, o uso da prisão provisória, por outro, sempre deve permanecer como uma medida realmente excepcional devido às gravíssimas consequências que sua aplicação prática produz para o acusado e para a sociedade como um todo. A prisão provisória constitui a intervenção mais grave contra o direito fundamental à liberdade pessoal, estigmatiza o preso preventivo e provoca sua separação do mundo exterior. Além disso, implica não só um atentado à presunção de inocência, pois o imputado sofre o equivalente a uma pena grave quando ainda não foi julgado, mas também produz efeitos concretos sobre a capacidade do acusado de participação na preparação de sua defesa, no julgamento da culpabilidade, e sobre o tipo de sentença prolatada pelo Tribunal, incrementando suas chances de condenação e de receber uma sentença mais severa.[75] Assim reco-

74. STF, HC 98145/RJ, Pleno, j. 15.04.2010, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ ac. Min. Dias Toffoli, *DJe* 25.06.2010, p. 419.

75. LABERGE, Danielle; LANDREVILLE, Pierre. Détention provisoire et remise en libertè avant jugement. L'etat des Recherces en Amérique du Nord. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, n. 2, abr.-jun., 1993, p.152 e ss.; FRANKOWSKI, Stanislaw; LUEPKE, Henry. *Pre-trial detention in the U.S. In. Preventive Detention. A Comparative and International Law Perspective* (coord. por S. Frankowski e D. Shelton). Dordrecht/Boston/London: Kluwer, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 53; STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. *Procédure Pénale*. 14. ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 695.

nheceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, declarando que "outra consequência grave de uma detenção preventiva prolongada é que pode afetar o direito à defesa que garante o art. 8.2.f da Convenção porque, em alguns casos, aumenta a dificuldade do acusado para organizar sua defesa. À medida que transcorre o tempo, aumentam os limites de riscos aceitáveis que se calculam na capacidade do acusado para apresentar provas e contra-argumentos. Também diminui a possibilidade de convocar testemunhas e se debilitam ditos contra-argumentos".[76]

Por outro lado, a prisão provisória produz o inconveniente de exercer uma influência sobre o juiz que julgará o mérito do processo, que pode ser tentado a impor uma pena de prisão que cubra ao menos a duração da prisão provisória, quando sem ela poderia contentar-se com uma sanção menos severa. A prisão provisória pode condicionar, portanto, a pena de prisão que será ulteriormente aplicada, bem como determinar a utilização, em menor medida, do *sursis* ou das medidas penais alternativas ao encarceramento quando esta duração tiver sido longa.[77]

Alguns estudos empíricos demonstram o impacto que pode ter a prisão provisória sobre os resultados dos processos penais na medida em que os acusados mantidos em prisão provisória geralmente foram objeto de decisões menos favoráveis do que os acusados em liberdade. Mediante a comparação principalmente das taxas de condenação e de encarceramento entre grupos de presos preventivos e os grupos que obtiveram uma fiança, os resultados obtidos pela maioria das investigações comprovaram a existência de uma relação significativa entre o fato de estar na prisão provisória e as taxas de encarceramento depois da condenação.

Chegou-se, de modo geral, à conclusão de que os acusados em liberdade se beneficiam em maior número de uma sentença de *sursis*, enquanto os acusados mantidos na prisão provisória com mais frequência são condenados ao cárcere. Ademais, os resultados obtidos

76. Informe 86/2009, de 06.08.2009, n. 125 e Informe 12/1996, de 01.03.1996, §§ 75, 76, 79, 80 e 81.

77. Stefani, Gaston; Levasseur, Georges; Bouloc, Bernard, op. cit., p. 695; Bouloc, Bernard. *Procédure pénale*. 21 ed., Paris: Dalloz, 2008, p. 670; Schneider, Peter, op. cit., p. 76; Rassat, Michèle Laure, op. cit., p. 614; Varinard, André. Le détenu proviso ire. *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, n. 4, dez. 2003, p. 661.

em outras investigações confirmam que os acusados submetidos à prisão provisória, tendo em conta a natureza da acusação e os antecedentes judiciais, expõem-se provavelmente a mais riscos de serem condenados à privação de liberdade. O grupo de acusados encarcerados (86,9%) sofreu sentenças mais severas.[78]

Em síntese, o conjunto das investigações empíricas sobre o impacto da prisão provisória conduz a que não se pode rechaçar a hipótese segundo a qual "a prisão preventiva influiria no julgamento em detrimento do acusado". Entretanto, é necessário sublinhar que essa influência está ponderada pela importância de outras variáveis, como a natureza da infração da qual deriva a condenação e os antecedentes penais. Isso é confirmado também por outra parte do estudo consistente em uma sondagem simulada: as pessoas que receberam informações sobre a situação jurídica do acusado antes do processo proferiram um veredicto de culpabilidade em proporção mais forte quando o *dossiê* informava que o acusado tinha estado em prisão provisória.

Com efeito, a questão do impacto da prisão provisória não pode passar em silêncio. Isso porque, de um lado, sustentar a "tese de uma relação causal", isto é, reconhecer que existe uma prática diferenciada da justiça em relação aos acusados encarcerados, expõe inevitavelmente questões de ordem constitucional e atrai a atenção sobre o processo decisório e a situação jurídica do imputado antes do processo. De outro lado, defender a "tese de uma relação artificial" significa que, antes do processo como tal, os juízes já chegam a um julgamento sobre a culpabilidade e condenação do acusado, o que põe seriamente em questão a equidade das decisões tomadas antes do processo.[79]

Por isso, diante do sentimento de insegurança crescente que incita os legisladores a recorrerem cada vez mais à utilização da prisão provisória, incrementando os problemas de gestão penitenciária, devido ao fenômeno da superpopulação carcerária, exige-se que os fundamentos do uso de tal medida devam ser objeto de maior atenção, não só para a modificação da praxe atual, mas, sobretudo, para a transformação de sua lógica inicial, com a incorporação de novas preocupações de avaliação e de prognóstico de comportamentos nos tribunais, de maneira que as decisões que implicam a perda da liberdade de cidadãos potencialmente

78. LABERGE, D.; LANDREVILLE, P., op. cit., p. 165-167.

79. Idem, ibidem.

inocentes cheguem aos julgadores com mais informações quanto aos critérios de decisão.[80]

De qualquer modo, em geral, a maioria das investigações criminológicas realizadas sobre o impacto da prisão provisória coincidem em assinalar os efeitos perversos da prisão provisória sobre o julgamento de mérito e sobre a duração da condenação. A prisão provisória aumenta sensivelmente para o acusado os riscos de ser condenado ou de receber uma condenação severa e incita com frequência a considerá-lo culpado.[81] Existe uma notória resistência dos tribunais a absolver aqueles que permaneceram em prisão preventiva, somente optando pela absolvição quando não havia para o tribunal qualquer possibilidade de condenação.[82] O sistema de justiça criminal está caracterizado por uma sucessão de filtros. Logo, não resulta surpreendente que cada fase seja decisiva na determinação da culpa de um detido e para a duração de sua condenação. Estas fases são governadas por mecanismos antecipados e predeterminados: o fato de que um suspeito tenha passado certa quantidade de tempo em prisão provisória predetermina simultaneamente a decisão sobre a culpabilidade e a duração da condenação.[83] Uma investigação sobre a prisão preventiva desenvolvida por Robert, em Genebra, no ano de 1972, demonstrou os efeitos prejudiciais da prisão provisória sobre a condenação; assim a pena não está apoiada na gravidade do delito, mas, pelo contrário, na duração da prisão provisória; em outras palavras, a prisão preventiva constitui uma espécie de prejulgamento, cujas consequências são refletidas simultaneamente no âmbito da culpabilidade e da pena.[84]

Por outro lado, uma vez que a legislação determina a detração da prisão preventiva na duração da pena, o juiz está mais tentado a cobrir toda a extensão da prisão provisória com uma condenação proporcionalmente mais longa para criar uma aparência de coerência no funcionamento da justiça. Assim, o juiz creditará a longa e possivelmente lenta investigação

80. Idem, p. 168.

81. VERIN, Jacques. La détention préventive (1ª parte)... cit., p. 710-711.

82. ZAFFARONI, E. Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 69.

83. von POLLERN, Béatrix-Dorothée; ROBERT, Christian-Nils. Pre-trial Detention in Switzerland. *Preventive Detention. A Comparative and International Law Perspective* (ed. Stanislaw Frankowski and Dinah Shelton). Dordrecht/Boston/London: Kluwer, Martinus Nijhoff Publishers, p. 162 e nota 47).

84. Idem, ibidem.

levada a cabo pela própria precedente instância judicial e dará a impressão de que o princípio de proporcionalidade foi respeitado. Desta maneira, a instituição disfarça a justificação perante o suspeito, que não compreenderia e nem aceitaria o seu encarceramento por vários meses antes da sentença quando sua condenação final seja inferior ao tempo já cumprido.[85] Isso foi reconhecido pelo Informe 86/2009, n. 76, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 06/08/2009, onde se destaca que "é necessário priorizar os processos judiciais nos quais os imputados se encontram privados de sua liberdade para assim reduzir, a sua mínima expressão, a necessidade de adotar medidas restritivas de direitos. Do contrário, se corre o risco de que o julgador tenha uma tendência a inclinar-se pela condenação e pela imposição de uma pena ao menos equivalente ao tempo de prisão preventiva, em um intento por legitimá-la".

2.6 *A restrição ao direito de voto dos presos preventivos*

O art. 15, III, da CF/1988 prevê a suspensão dos direitos políticos de sufrágio ativo e passivo (inelegibilidade neste último caso) dos condenados presos como consequência automática da sentença condenatória com trânsito em julgado (independentemente da natureza ou espécie de infração – crime doloso ou culposo, ou contravenção – qualquer que seja a espécie de pena aplicada), enquanto durarem os efeitos da sentença condenatória, é dizer, terá incidência a suspensão inclusive no período de suspensão condicional da pena (*sursis*), livramento condicional, prisão albergue ou domiciliar. A suspensão somente cessa com o cumprimento ou a extinção da pena pela ocorrência de prescrição da pretensão executória.[86] A Súmula 9 do TSE dispõe que "a suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em

85. Idem, p. 163 e nota 50.

86. Além dessa hipótese de suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, há também uma hipótese "de inelegibilidade legal" – prevista no § 9.°, art. 14, CF/1988, e art. 1.°, I, *e*, da LC 64/1990 – para qualquer cargo público, posterior ao término da suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de três anos, após o cumprimento da pena, aplicável àqueles que tenham sido condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pelo cometimento de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de drogas e crimes eleitorais (Moraes, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 580-583; Id. *Direito Constitucional*, 19 ed. Atlas, 2006, p. 208 e ss.

julgado cessa com o cumprimento ou extinção da pena, independendo de reabilitação ou prova de reparação dos danos".

Na verdade, as restrições legislativas ao direito de voto dos "condenados" é uma prática anacrônica e sem justificação, ao menos como regra geral. É mais uma relíquia de uma concepção arcaica da inaptidão moral dos criminosos. Atualmente, o direito de voto não tem nenhuma relação com a questão de saber se o eleitor é um bom ou mau cidadão. A virtude do coração e do espírito não está mais vinculada ao caráter sagrado do gesto de votar. Esta concepção elitista, arbitrária e discriminatória, invocada no passado para justificar a exclusão das mulheres, dos pobres ou dos negros, cedeu lugar a uma concepção igualitária do direito de voto. Ademais, segundo a concepção mais moderna do liberalismo, a finalidade do contrato social não é simplesmente de suprimir os impulsos individuais, mas, sobretudo, de promover a liberdade humana e a igualdade.[87]

A jurisprudência do TEDH declarou que qualquer limitação ao direito de voto tem de ser imposta visando um fim legítimo e proporcional. Toda quebra do princípio do sufrágio universal corre o risco de minar a validade democrática da legislatura eleita e de suas leis. A exclusão de qualquer grupo ou categorias da população tem, portanto, de ser reconciliável com os propósitos subjacentes do art. 3.º do Protocolo 1. Os prisioneiros condenados continuam desfrutando de todos os direitos fundamentais garantidos pela Convenção, exceto do direito à liberdade, quando a detenção tenha sido legitimamente imposta nos termos do art. 5.º do CEDH. Embora o art. 3.º do Protocolo 1 não exclua a imposição de restrições a direitos eleitorais sobre um indivíduo que tenha, por exemplo, abusado de uma posição pública ou cuja conduta ameace ou viole o direito ou os fundamentos democráticos, entretanto, uma automática e geral exclusão do direito de voto de prisioneiros condenados em quaisquer circunstâncias, independentemente da duração de sua condenação e da gravidade do crime e suas circunstâncias concretas, excede qualquer margem de apreciação aceitável e, portanto, viola o princípio da proporcionalidade, que exige um discernível, suficiente e direto vínculo entre a sanção e os fatos do caso concreto e a retirada do

87. LANDREVILLE, Pierre; LEMONDE, Lucie. Le Droit de vote des personnes incarcérées au Canadá. *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, n. 2, abr.-jun. 1994, p. 307-310; SANGUINÉ, Odone, op. cit., p. 74-75.

direito de voto.[88] Também a jurisprudência de outros Tribunais considera inconstitucional a exclusão do direito de voto aos presos condenados. A Corte de Apelação do Canadá considerou que não está justificado que o Estado exclua simbolicamente as pessoas presas para reforçar o conceito de cidadão responsável e, em consequência, para valorizar o direito de voto aos olhos da população. A exclusão simbólica é ilusória. A preservação do Estado e o valor do direito de voto não é seguramente posto em perigo pela outorga do direito de voto a uma fração ínfima de pessoas que cometeram um crime, e não basta para justificar a supressão de direitos constitucionais. Uma violação única e isolada não implica um repúdio integral do contrato social e o criminoso paga o preço que é a sentença imposta. É mais plausível que a verdadeira razão da exclusão seja satisfazer um estereótipo muito difundido segundo o qual o preso representa uma forma de vida inferior e nociva a qual todos os direitos devem ser retirados sem distinção. Quando muito, a exclusão deveria ficar reservada aos delitos mais graves, como a traição ou a insurreição e não pode ter um caráter absoluto.[89]

A Recomendação Rec (2006) 13, adotada em 27.09.2006, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, estabelece que "os detidos devem poder votar durante as eleições e referendos públicos que ocorrem durante o período de prisão provisória" (item 39).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) aprovou parecer, em 27.10.2005, elaborado por Carlos Lélio Lauria Ferreira, manifestando apoio à PEC em tramitação no Congresso Nacional, visando atribuir o direito de voto também aos condenados com sentença condenatória com trânsito em julgado, ficando suspenso apenas o direito político negativo, ou seja, o direito de ser votado, enquanto durarem os efeitos da sentença condenatória, colocando-os na mesma categoria de inelegíveis.[90]

88. STEDH, caso *Hirst v. United Kingdom* (n. 2), Grande Camara, de 06.10.2005, §§ 32-61.

89. V. casos *Belczowiski c. Canadá* (1992); *Sauvé* v. *Canadá* (n. 1), de 1992; *Sauvé* v. *the Attorney General of Canadá* (n. 2), de out. de 2002; *August and Another* v. *Electoral Commission and Others*, de 1999, da Corte Constitucional da África do Sul; LANDREVILLE, Pierre; LEMONDE, Lucie, op. cit., p. 307-310; SANGUINÉ, Odone, op. cit., p. 74-75.

90. FERREIRA, Carlos Lélio Lauria. O voto do preso. *RBCCrim* 61/275-315. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2006.

O Plenário do Senado Federal irá analisar, em primeiro turno, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 65/2003), de autoria do Senador Pedro Simon e relatoria do Senador Álvaro Dias, que dá nova redação ao art. 14 e revoga o inc. III do art. 15 da CF/1988, para permitir o voto facultativo dos presos, porém, mantendo sua inelegibilidade. Assim, os condenados aprisionados em regime fechado, semiaberto ou aberto terão os mesmos direitos que os analfabetos, maiores de 70 anos e maiores de 16 e menores de 18 anos, cuja participação nos pleitos é facultativa.[91]

Da mesma maneira, os presos provisórios (incluídos os adolescentes internados, maiores de 16 anos, em relação aos quais não há proibição de voto), conservam seus direitos políticos, porquanto não há qualquer restrição na Constituição Federal nem no Estatuto da Criança e do Adolescente.[92] Apesar de que os presos provisórios têm direito constitucional de votar e ser votado,[93] na prática esse direito constitucional ao sufrágio vem sendo obstaculizado pelo entendimento de Tribunais Regionais Eleitorais de alguns Estados em razão da não instalação de urnas no interior dos presídios.[94] Apesar do expressivo número de 209.126 presos provisórios (44,15%),[95] a Justiça Eleitoral sempre alegou

91. V. Galvêz, Gabriela. Senado analisa PEC que garante voto a condenados. Disponível em: www.conjur.com.br/2009. Acesso em: 25.05.2009.

92. Puggina, Rodrigo Tônniges. O direito de voto do preso. *Revista da Ajuris*, dez. 2006, n 104, vol. 33, p. 285; Boujikian Kenarik, Felippe. Direito de votar é garantido a presos provisórios. *Conjur*. Disponível em: www.conjur.com.br/2009-dez-02/direito-votar-garantido-preso-provisorio. Acesso em: 02.12.2009.

93. A legislação não estabelece limitação alguma ao exercício do mesmo por uma pessoa submetida a *prisão provisória*, com o que, em princípio, nada poderia impedir que, uma vez escolhida, exercesse as funções próprias do cargo. Qualquer outra interpretação suporia violar o direito fundamental previsto no art. 14, CF, o princípio constitucional da igualdade (que proíbe à lei impor requisitos de caráter discriminatório) e a presunção de inocência (Moreno Catena, Victor. Garantía de los derechos fundamentales...cit., p. 153-155). Em alguns países, onde não se exige a pessoalidade, sugere-se inclusive que o preso provisório vote por *procuração* ou por *correspondência* (Roxin, Claus, op. cit., p. 270; Dematteis, Jean, op. cit., p. 569-579).

94. Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal* cit., p. 1012.

95. Dados do Depen de dez. de 2009. Nas últimas eleições de 2008, somente onze Estados instalaram seções eleitorais em presídios, ainda assim de forma parcial. Anuncia-se que nas eleições deste ano haverá votação em

dificuldades operacionais para denegar-lhes o direito constitucional de voto, apresentando argumentos pragmáticos inconsistentes baseados na situação transitória do preso provisório, tais como: risco para a segurança por se tratar de presos perigosos; impossibilidade de saber com antecedência qual será a situação do preso no dia eleição, não terem se recadastrado em tempo hábil conforme o calendário eleitoral; ausência de endereço fixo!; inviabilidade ante o atual sistema eleitoral informatizado; não colocação de urnas para votação por parte da Justiça Eleitoral dentro dos presídios; impossibilidade de levá-los às suas respectivas seções eleitorais etc.[96] O descaso com os presos provisórios é tanto que não se lhe permite sequer justificar o voto e, ainda, ao sair da prisão, essa falta de justificativa junto à Justiça Eleitoral pelo não-exercício do direito de voto implica aos presos a obrigação de lá comparecer para regularizar a situação e pagar uma multa (!) e ainda ter o constrangimento de ter de provar ao funcionário do cartório eleitoral que estava preso provisoriamente durante o pleito eleitoral.[97]

Apesar de que o direito dos presos provisórios ao voto tem sido reconhecido por diversas Resoluções do Superior Tribunal Eleitoral,[98]

424 presídios e outras unidades de internação em todo o País, porém não nos quatros presídios de segurança máxima. Segundo dados do Depen, dos 203,8 mil presos provisórios, apenas 20.099 (o equivalente a 4,24% do total) poderão aexercer o direito ao voto (*Jornal O Sul*, de 30.08.2010, p. 4).

96. Ver os diversos argumentos burocráticos inconsistentes que a administração invoca mencionados por PUGGINA, Rodrigo Tönniges. op. cit., p. 285 e ss.

97. Idem, p. 289; GOMES, Décio Alonso; ADRIANA FERNANDES, Márcia. Garantias constitucionais das pessoas privadas da liberdade: o humano atrás das grades. *Processo penal e democracia. Estudos em homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988* (coord. Geraldo Prado/Diogo Malan). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 135.

98. O direito dos presos provisórios ao voto está reconhecido pela Res. 21.804/2004 do TSE (segundo a qual a "possibilidade de presos provisórios virem a votar depende da instalação de seções especiais, bem como de os interessados terem efetuado pedido de transferência eleitoral"); Res. 20.997/2002 (o parágrafo único do art. 49 desta Resolução estabeleceu que "os juízes eleitorais deverão, se possível, instalar seções eleitorais especiais em estabelecimentos penitenciários a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto", e Resolução 20.471, de 14.09.1999, do TSE, que admitiu a "possibilidade de instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penitenciários a fim de que os presos

sempre ficou condicionado à possibilidade burocrática de levar urnas aos estabelecimentos prisionais. Também o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária pronunciou-se recentemente no sentido que "o preso provisório, não tendo ainda sido condenado, tem o direito de votar, não havendo qualquer razão para a supressão desse direito com justificativas de caráter meramente administrativo". Além disso, considerou que "o voto do preso provisório poderia ser viabilizado com mudança da legislação eleitoral, com a flexibilização do domicílio eleitoral".[99] Portanto, no estágio atual em que se consolidou o sistema de votação eletrônica, o direito de voto (sufrágio ativo e passivo) do preso provisório não pode ser limitado em nenhum caso, mas devem ser criados mecanismos que viabilizem esse direito constitucional ou, pelo menos, com a possibilidade de votar pessoalmente em urnas instaladas nos presídios. Como os presos provisórios são presumidos inocentes, seu *status custodiae* não pode representar uma causa de 'indignidade moral' e devem ser colocados em condição de exercitar o seu direito constitucional de voto, salvo os casos de incapacidade civil ou se sobrevier condenação criminal definitiva.[100]

Destarte, os presos provisórios tem o direito de registro da candidatura (sufrágio passivo) e participação nas eleições (sufrágio ativo) enquanto não houver trânsito em julgado da sentença condenatória, de maneira que a inelegibilidade só se configura com o trânsito em julgado. Todavia, a LC 64/1990, com a nova redação dada pela recente LC 135, de 04.06.2010, considera inelegíveis (impede o registro da candidatura), desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, não somente os que forem condenados, em decisão transitada em julgado, mas também "sem a necessidade do trânsito em julgado, quando proferida por órgão judicial colegiado", em relação aos "crimes" elencados no art. 1.°, I, *e*, da LC 64/1990.[101]

provisórios tenham assegurado o direito de voto". Disponível em: www.agencia.tse.gov.br. Acesso em: 13.10.2009).

99. V. parecer elaborado por Carlos Lélio Lauria Ferreira, aprovado pelo CNPCP, em 27.10.2005; FERREIRA, Carlos Lélio Lauria, op. cit., p. 275-315.

100. PISANI, Mario. *Libertà Personale e Processo*. Padova: Cedam, 1974, p. 23 e 67-72; GREVI, Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 285-286.

101. A nova lei estabelece uma lista de dez crimes que acarretam inelegibilidade: 1. crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema

3. A PRISÃO PREVENTIVA COMO UMA QUESTÃO DE CLASSE SOCIAL

Uma sociologia das praxes institucionais revela um estado de fato bastante distanciado de um quadro pintado assiduamente tanto pelos legisladores como pela doutrina jurídica. É certo que a prisão provisória não aparece hoje generalizada a todo conflito penal, mas sua prática não corresponde por isso à imagem de excepcionalidade e fugacidade estabelecida pelo Direito. Aparece, pelo contrário, como prática comum em um encadeamento punitivo que começa com a prisão em flagrante ou a prisão temporária. As razões que governam essa praxe se apresentam principalmente em dois casos: ou a infração exterioriza uma agressão física mais ou menos grave, e é então o elemento da *violência* que aparece determinante, ou o crime é banal, porém o imputado apresenta um status precário (falta de trabalho, de profissão, de família, de domicílio, nacionalidade estrangeira). Neste último caso, que constitui a situação mais frequente, o imputado é mais ou menos privado de garantias de representação. Recorda-se, a respeito, que o Direito do último século converteu a prisão preventiva em obrigatória para a população itinerante. A prática atual conserva algum traço disso.[102] Basta mencionar que a legislação processual penal considera cabível a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com detenção quando o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (art. 313, II, do CPP); admite a prisão temporária quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1.º, II, da Lei 7.960/1989); proíbe a concessão de fiança nas contravenções de vadiagem (ou se houver prova de que o acusado é vadio) e mendicância[103] (art. 323, inc. II e IV, do CPP).

financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

102. ROBERT, Philipe. Un 'mal nécessaire'? La détention provisoire en France. *Déviance et Société*, n. 1, vol. 10, 1986, p. 60.

103. A Lei 11.983, de 16.07.2009 revogou a contravenção de mendicância tipificada no art. 60 do Dec.-lei 3.688, de 03.10.1941.

A própria instituição da fiança como pressuposto da prisão provisória é emblemática da influência do econômico e do aspecto de classe na possibilidade de obtenção de liberdade, que não deveria depender de tais fatores. Por isso, há sérias dúvidas sobre a adequação constitucional da norma processual que exige a fiança como obrigatória para obter a liberdade em casos de delitos graves, dado o seu matiz discriminatório, porque condena o fraco economicamente a permanecer recluso. A fiança nunca foi um substitutivo da prisão provisória, mas sim um pressuposto a mais da liberdade pessoal.[104]

Estudos empíricos efetuados durante os dois últimos decênios na América do Norte, particularmente nos Estados Unidos e no Canadá sobre a prisão preventiva e os fatores de decisão na liberdade provisória sob fiança mostram conclusões interessantes sobre o *bail-risk*, isto é, o risco associado à colocação em liberdade sob fiança com o objetivo de garantir a presença do acusado ao Tribunal a fim de ser julgado. Uma das pesquisas realizadas concluiu que os fatores que servem para determinar a liberdade sob oferecimento de fiança pelos juízes são extremamente vagos. Além disso, o montante fixado para a caução não tem em conta a capacidade de pagamento dos imputados. Porém, se constatou uma praxe que tem o efeito de manter encarcerados os acusados mais desfavorecidos no plano econômico.

Outros trabalhos revelaram que, entre as muitas variáveis suscetíveis de ocasionar um impacto negativo na decisão judicial de reposição em liberdade ou de exclusão da fiança, apareceram como extremamente importantes os seguintes fatores de decisão: a natureza da acusação; a detenção anterior por delitos graves; a gravidade média das condenações anteriores; o número de acusações; as ordens da prisão; o fato de ter ou não telefone; o número de causas pendentes; os antecedentes judiciais do acusado; uma história de hospitalização psiquiátrica; o papel preponderante que os pareceres dos órgãos da persecução penal, dos agentes da execução penal e da defesa, têm sobre o juiz ou tribunal; a existência de contatos com a justiça no momento da prisão ou a omissão em comparecer ao processo; a atitude do acusado e sua aparência física no Tribunal.

Ademais, outros trabalhos concluíram que o fato de obter uma fiança não está associado aos indicadores habituais de estabilidade

104. Ramos Méndez, Francisco. *El Proceso Penal (Quinta lectura constitucional)*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 117.

social. É a gravidade do delito que parece a determinante mais marcante da decisão. Todavia, para fixar o montante da fiança as variáveis da estabilidade social têm um papel importante. Além disso, o tipo de infração tem influência distinta: por exemplo, é muito mais fácil obter fiança nos delitos relacionados com drogas ou posse de armas do que em relação aos delitos ligados à imigração.[105]

Três tipos de explicações, particularmente ligadas entre si, são suscetíveis de explicar a mencionada tomada de decisões para obter liberdade provisória ou fiança: (a) o quadro legal: a ambiguidade e o caráter vago dos critérios e objetivos assinalados na legislação permitem um amplo âmbito de interpretação aos magistrados; (b) as condições objetivas do processo decisório, embora seja uma das decisões judiciais mais complexas e difíceis, enquanto não se refere a um comportamento efetivo, mas sim à predição de um comportamento futuro, é tomada com uma grande rapidez e está apoiada em informações extremamente limitadas que, em geral, não podem ser constatadas; (c) o impacto destas características: a decisão entre decretar a liberdade ou a prisão provisória é particularmente sensível às pressões políticas, assim como às da opinião pública.

Ao que parece, os fatores demográficos e sociológicos projetam uma série de estereótipos que se introduzirão normativamente na regulação dos requisitos para decretar ou denegar a prisão provisória, como os antecedentes, a periculosidade, o status de desempregado etc., que vão influenciar a praxe das agências de controle social (Polícia, Promotores e Juízes), guiados pelas "teorias de todos os dias", de maneira que atuem seletivamente segundo a classe a que pertence o imputado ou seu papel social e, por sua vez, influenciando, juntamente com a opinião pública e os meios de comunicação, as decisões dos juízes e tribunais. Portanto, a prisão provisória envolve uma questão de classe social, porque o sistema jurídico a utiliza como um meio de gestão da indigência, recaindo com mais frequência sobre as pessoas de baixo status social.

O encarceramento atua, portanto, como um meio de "gestão da indigência", embora no plano econômico o recurso à prisão apareça como um custo excessivo e ineficaz. Diversos estudos demonstraram que os indigentes, isto é, as pessoas que se encontram em condições de sobrevivência extremamente precárias, têm mais riscos ou maior

105. Cf. LABERGE, Danielle; LANDREVILLE, Pierre, op. cit., p. 154 ss.

vulnerabilidade de serem presas preventivamente quando realizam um delito e entram em contato com o sistema penal.[106] Estudo recente do comitê da ONU para eliminação da discriminação racial expressou preocupação sobre o perfil das pessoas em prisão preventiva, uma vez que há um número exageradamente alto de estrangeiros e de pessoas que pertencem a certos grupos raciais ou étnicos, em particular pessoas sem a cidadania – entre eles imigrantes, refugiados, pessoas que buscam asilo e pessoas apátridas, ciganos, indígenas, pessoas discriminadas por sua ascendência, e outros grupos vulneráveis (mulheres pertencentes a grupos minoritários) que estão particularmente expostos à exclusão, marginalização e não integração na sociedade.[107]

Todavia, a prisão provisória não deve constituir uma sanção de simples carências sociais (pobreza, imigração, falta de domicílio, família ou de emprego), devendo o juiz recorrer a medidas alternativas suficientes para garantir o comparecimento ao processo.[108] A privação da liberdade no processo penal, diferentemente do que acontece com outros direitos, especialmente a intimidade, constitui um fenômeno que, normalmente, costuma ser aceito sem que se elevem vozes de peso contrárias a tal possibilidade, e isso normalmente porque costuma atingir os setores mais desprotegidos da sociedade.[109] Esse "uso ideológico" da prisão provisória torna-se bem visível quando se constata que são, predominantemente, os indivíduos oriundos de classes menos favorecidas, muitas vezes sem a dignidade do trabalho, sem instrução suficiente, e sem consciência dos próprios direitos, que estão encarcerados. A ausência de cidadania impede que esses acusados reúnam as condições necessárias para uma efetiva resistência dialético-processual. Assim, a debilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurado apenas formalmente no texto constitucional, tende

106. LABERGE, Danielle; MORIN, Daphné. L'incarcération comme mode de gestion de l'itinérance. *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1997, n. 1, p.44-50.

107. TOWNHEAD, Laurel. La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos. Quaker United Nations Office, fev. de 2007, p. 15-16.

108. CARDET, Christophe. *Le contrôle judiciaire socio-éducatif. Substitut à la détention provisoire entre surveillance et réinsertion*. Paris: L'Harmattan, 2000, p. 197.

109. ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 173.

à potencialização do autoritarismo que atravessa todo o complexo segurança-justiça.[110]

Daí a constatação universal de que há um preconceito contra os indigentes ou pobres, que, em grande maioria e em linhas gerais, salvos determinados delitos, são os que resultam encarcerados ou mantidos em prisão provisória, carecendo de recursos suficientes para pagar as fianças exigidas para a sua liberdade.[111] A atitude da sociedade é, não obstante, de indiferença; qualquer que seja o regime carcerário é considerado satisfatório, porque a maioria de cidadãos não sofreu por si mesmo as penosas experiências que conduziriam inevitavelmente a demandas de urgentes reformas. Os pobres não têm nem o poder nem a influência suficientes para fazer modificar este estado de coisas.[112]

Com efeito, a maior parte dos encarcerados submetidos à prisão, sejam condenados, sejam presos preventivos, são jovens das classes mais pobres (a classe operária), isto é, aqueles que os políticos e escritores do século XIX designavam a classe criminal e "as classes perigosas". Este grupo social jamais esteve organizado, tampouco podiam expressar-se facilmente: nunca tinham sido escutados por um grupo de deputados; jamais foram atendidos no Parlamento. Até então, contrastavam com a situação de outra categoria de desgraçados que frequentemente permaneciam na prisão antes do processo, *os devedores*. Mas tal estado de coisas gerou protestos e muitos sustentaram que o encarceramento por dívidas era inconstitucional.[113] Houve uma compaixão geral pelos devedores. Quase todos corriam o risco de endividar-se e o devedor foi eximido de recriminação. Nos romances da literatura do século XVIII e do século XIX, poderia encontrar-se o herói na prisão como devedor, com mais

110. MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão preventiva*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 36-37 e 45.

111. GARCÍA VALDÉS, Carlos, op. cit., p. 75; SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principes de criminologie*. Paris: Cujas, 1966, p. 385.

112. SUTHERLAND, E. H.; CRESSEY, D. R., op. cit., p. 385.

113. Em recente julgamento plenário, o STF, fundado no art. 7.°, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que dispõe que "ninguém deve ser detido por dívidas", estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no art. 5.°, LXVII, da CF/1988, aos casos de alienação fiduciária de bens e inclusive de depositário judicial infiel. Portanto, a prisão civil por dívidas ficou restringida apenas ao inadimplente voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (RE 349703, RE 466343 e HC 87585, j. 03.12.2008).

frequência que os traidores. O preso provisório esteve, em geral, invisível e sem ser ouvido. Por conseguinte, pôde ficar esquecido.[114]

Outro argumento que também confirma a tese de que a aplicação da prisão preventiva está estreitamente vinculada às distintas classes sociais consiste na constatação de que as reações psicológicas dependem principalmente da personalidade do sujeito, de sua posição a respeito ao delito, de suas possibilidades econômicas, de sua aptidão cultural e moral em relação à lei e às suas violações, de seu estilo e ambiente de vida, da presença ou não de problemas psiquiátricos relacionados ou não com o delito. Naturalmente, o tipo, a duração e a gravidade das diversas razões psicológicas depende em igual medida também das diversas ações que o sistema penitenciário aplica sobre o sujeito do momento de seu ingresso.[115] Basta recordar o diferente tratamento conferido pelo legislador aos crimes de rua (*street crimes*), é dizer, crimes patrimoniais de roubo, sequestro, etc., em relação aos crimes do colarinho branco (*white-collar crimes*), por exemplo, crimes de sonegação fiscal, corrupção, desvio de verbas, etc.

Desta maneira, parece haver uma correlação entre crise econômica e o recurso ao encarceramento, que faz supor que este se explica pelo crescimento de uma população com status precário e poucas garantias de representação,[116] ou seja, a clientela da prisão provisória é a população indigente das grandes cidades.[117] Por isso, a alta taxa de presos provisórios deriva do conjunto dos mesmos delitos. Os serviços de polícia exercem uma enorme pressão para evitar que sejam colocados, embora provisoriamente, em liberdade os encarcerados selecionados. Além disso, são as mesmas razões as que predominam nesta decisão policial e judicial: nacionalidade estrangeira, ausência de domicílio, de profissão, de emprego. Estas características e precariedade indicam a ausência de garantias de representação de uma população considerada como indigente.[118]

114. Emsley, Clive, op. cit., p. 196-197.

115. Bruno, Francesco, op. cit., p. 41.

116. Robert, Philippe. Après deux siècles où sommes-nous? *Entre l'ordre et la liberté*... cit., nota 9, p. 264.

117. Pires, Alvaro P. 'Commentaire'. *La Création de la Loi et ses Acteurs. L'exemple du droit pénal* (coord. por Ph. Robert), Oñati Proceedings, n. 3, 1991, p.53.

118. Robert, Philipe. Après deux siècles où en sommes-nous? cit., p. 60.

Portanto, é nas características de sua população-alvo onde convém procurar a compreensão das razões da prisão "provisória".[119] A decisão mesma de prender o suspeito obedece a predeterminações análogas às mencionadas.[120] A afirmação ganha sentido se recordarmos que a polícia foi instituída pela primeira vez para as classes perigosas.[121] Também o controle das drogas, nos países industrializados (Estados Unidos e Países Escandinavos, em especial a Noruega), leva-se a cabo como controle de classe, pelo aumento das medidas penais e coercitivas, produzindo o rápido crescimento da população carcerária nos EUA, sobre as classes (castas ou 'lixo social') potencialmente perigosas (traficantes ou usuários de drogas).[122]

A comprovação de que a prisão provisória envolve uma questão de classe social pode ser percebida nos recentes acontecimentos sucedidos na Europa. Com efeito, na medida em que apareceram como imputados destacados expoentes da sociedade, que em países como a Itália e Espanha se converteram em personagens do processo penal por ocasião de graves atos de corrupção, produziu-se uma significativa mudança no consenso de certos setores do Parlamento o que, na Itália, produziu-se no contexto do processo '*mani pulite*' e de outros do mesmo gênero, até então sempre resistentes à reforma do instituto, mas que em razão disso aprovaram reformas legislativas da prisão preventiva.[123] Se antes, os alvos da prisão provisória eram sujeitos, habitualmente, escolhidos pelo sistema criminal em grande parte entre as classes marginais e menos protegidas da população, na última década, no entanto, uma porcentagem não desdenhável de pessoas com forte integração social ingressou no sistema penitenciário, tal como sucedeu na Itália pela multiplicação de investigações judiciais contra a corrupção e contra outros delitos financeiros cometidos por políticos, banqueiros, industriais, administradores e numerosos personagens de destaque no cenário política e social.[124] Naqueles setores sociais

119. ROBERT, Ph. Un 'mal nécessaire'? ... cit., p. 61.

120. Idem, p. 60.

121. MATZA, David. *Come si diventa devianti*. Bolonha: Il Mulino, 1976, p. 300.

122. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 58-66.

123. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. El juez y la prisión provisional. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* cit., nota 3, p. 16.

124. BRUNO, Francesco, op. cit., p. 40-41.

que se sentiam muito felizes com a existência de juízes decididamente 'encarceradores', com os recentes acontecimentos produzidos na Espanha e que propiciaram o ingresso na prisão preventiva de certos personagens do mundo da economia e da política, despertou-se um certo receio pela injustiça do sistema sobre um risco que nunca sentiram como próprio. Só agora se descobriram os aspectos negativos da prisão provisória que tradicionalmente só se utilizava contra os mais desfavorecidos economicamente.[125] Também no Brasil nos últimos anos foram submetidos à prisão preventiva ilustres figuras da elite social, política e econômica, a maioria colocada posteriormente em liberdade provisória.

3.1 O impacto negativo discriminatório da prisão preventiva sobre as mulheres

O risco de fuga é talvez o critério que tenha maior impacto negativo discriminatório sobre as *mulheres* na medida em que os indicadores desse risco foram elaborados para acusados do sexo masculino. Embora os indicadores pareçam neutros em relação ao gênero, podem de fato ter um impacto negativo discriminatório: entre os indicadores comuns de estabilidade que desempenham uma maior probabilidade de comparecimento nos Tribunais estão o contar com um emprego fixo ou uma moradia estável. Devido ao fato de que as mulheres têm menos probabilidades de contar com um emprego estável ou uma casa própria ou alugada em seu nome, ao serem avaliadas com esses indicadores, pode aparecer como maior o risco de fuga. Para que as mulheres não sejam encarceradas somente com base em ditas suposições, devem ser considerados outros indicadores, por exemplo, o fato de que tenha prole que dependa dela se considerará como indicador de que têm laços com a comunidade ou certa estabilidade, então a responsabilidade materna de uma mulher poderia tomar-se como referência. Os laços familiares devem ser considerados como indicadores de estabilidade. É necessário levar em conta o impacto que a prisão preventiva terá sobre os filhos. Assim, conforme dispõe a Recomendação Rec (2006) 13, de 27.09.2006, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, no seu

125. Barona Vilar, Silvia. La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio). *Revista General de Derecho*, mar. 1996, p. 1828; Landrove Díaz, Gerardo. Prisión provisional y régimen penitenciario cit., p. 186.

item 10, "sempre que seja possível deverá evitar-se a prisão preventiva de suspeitos que tenham como responsabilidade primordial o cuidado de crianças". Ademais, a prisão preventiva não deverá ser utilizada como alternativa em lugar do tratamento psicológico ou de reabilitação de drogas que a mulher necessita.[126] No mesmo sentido, recente Resolução do Parlamento Europeu, de 13.03.2008, dispõe sobre a situação particular das mulheres na prisão e o impacto da detenção dos pais para a vida social e familiar [2007/2116(INI)], que, entre outras disposições importantes, "recomenda que só em ultimo caso se preveja a reclusão de mulheres grávidas e das mães que tenham a seu cargo filho(s) de pouca idade e que, nesse caso extremo, essas mulheres possam obter uma cela mais espaçosa, se possível individual, e sejam objeto de uma atenção particular, nomeadamente em matéria de alimentação e de higiene; considera, além disso, que as mulheres grávidas devem poder beneficiar de um acompanhamento antes e depois do parto, bem como de cursos de educação parental de qualidade equivalente aos que são assegurados fora do quadro penitenciário" (art. 14). Ademais, "salienta a necessidade, para o sistema judiciário, de velar pelo respeito dos direitos da criança quando se abordam as questões ligadas à prisão da mãe" (art. 16). Por fim, a Resolução "insiste, por outro lado, na necessidade de a administração judiciária se informar sobre a existência de filhos antes da decisão de prisão preventiva, ou quando da condenação, e de se assegurar que foram adoptadas medidas para preservar todos os seus direitos"(art.21).

Nesse diapasão, o art. 545, III, do PL 156/2009, em tramitação avançada no Senado Federal, dispõe que não cabe prisão preventiva se o agente é maior de setenta anos; gestante a partir do sétimo mês de gestação ou sendo esta de alto risco; mãe que convive com filho em idade igual ou inferior a três anos ou que necessite de cuidados especiais; acometido de doença gravíssima, de tal modo que o seu estado de saúde seja incompatível com a prisão preventiva ou exija tratamento permanente em local diverso. Porém, em tais casos, segundo ressalva o § 2.º deste artigo, a prisão preventiva poderá ser decretada, excepcionalmente, em face de exigências cautelares de extraordinária relevância, dada a insuficiência de outras medidas cautelares pessoais. Por fim,

126. Townhead, Laurel, op. cit., p. 19-22; TJRS, HC 70033295502, 3.ª CC, j. 10.12.2009, rel. Des. Odone Sanguiné; TJRS, HC 70036662286, 3.ª CC, j. 22.07.2010, rel. Des. Odone Sanguiné.

estabelece o § 1.º que não incidem as mencionadas vedações na hipótese de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais, sem prejuízo da verificação dos demais pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

4. A PROIBIÇÃO DE TORTURA E DE TRATAMENTOS DESUMANOS E DEGRADANTES

O direito à liberdade pessoal compreende a proteção à integridade física, psíquica e moral do preso preventivo, assegurada a nível internacional (art. 3.º do CEDH e art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos) e no plano interno (inc. XLIX do art. 5.º da CF e Lei 9.455/1997).

As regras penitenciárias europeias estabelecem que o sofrimento, inerente à privação da liberdade, não deve ser inutilmente agravado. O isolamento do preso preventivo é uma modalidade de privação de liberdade de caráter excepcional, que vem justificada por uma específica necessidade cautelar ligada às exigências do processo.[127] Embora hoje tenha desaparecido a tortura como instrumento legítimo para descobrir a verdade, a prisão preventiva não deve ser tortura moral que os juízes infligirão sem que contra suas decisões recaia outra sanção senão a da ética.[128] Com efeito, às vezes, a prisão provisória pode ser utilizada em condições e com finalidades que evocam, sem dúvida, "formas disfarçadas de pressão psíquica e mental" que não estão muito longe da tortura, tal como é definida na Convenção das Nações Unidas sobre a tortura de 1984, ou dos tratamentos desumanos ou degradantes proibidos em outros instrumentos internacionais. Como nem sempre há uma relação direta com as situações de fato e, na maioria dos casos, as suspeitas que apóiam a prisão não são verdadeiramente plausíveis, mas sim débeis indícios, suscitou-se a dúvida de ter sido utilizada a prisão exatamente nos termos vedados pela Convenção sobre a tortura, é dizer, "a fim de obter dela (a pessoa detida) ou de uma terceira pessoa declarações ou confissões". Portanto, como no processo penal 'a verdade não pode adotar-se a qualquer preço', não caberia decretar a prisão provisória com o único fim de arrancar uma confissão, uma

127. KOSTORIS, Roberto E. L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4. Milan: Giuffrè, out.-dez. 1990, p. 1403-1405.

128. MARTINS BATISTA, Weber. *Liberdade provisória*, p. 8.

prática inquisitiva que mereceria ser qualificada de 'tratamento desumano ou degradante.[129]

A proibição de tortura e de tratamento desumano ou degradante tem especial importância quando o preso preventivo está submetido ao regime da *incomunicabilidade* da prisão, caracterizada por seu isolamento em relação ao exterior.[130] A Comissão Europeia manifesta suas reticências em relação ao isolamento prolongado do preso preventivo em relação à comunidade carcerária, mas exclui que tal medida constitua, por si mesmo, um tratamento desumano, exceção feita à hipótese em que a incomunicabilidade se combine com restrições de tal natureza que produza uma verdadeira e própria destruição da personalidade. Assim, (a) não foi considerado tratamento desumano um isolamento prolongado durante vários meses com iluminação artificial perenemente acesa, mas com a possibilidade de receber visita, de acessar à biblioteca do estabelecimento e de escutar rádio; (b) pelo contrário, o TEDH considerou que um isolamento sensorial (visual e auditivo) 'completo' combinado com um sistema de isolamento social 'total' que pode destruir a personalidade, constitui uma forma de tratamento desumano que não se pode justificar por exigências de segurança nem qualquer outra razão.[131]

129. Sanguiné, Odone, op. cit., p. 390 e ss.; Zanghí, Claudio. Détention Provisoire et Droits de L'Homme, VV. AA. Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales cit., p. 258-260; Gimeno Sendra, Vicente. La necesaria reforma de la prisión provisional, p. 8.

130. V. Asencio Mellado, José M.ª: *La prisión provisional* cit., p. 189 e 194 ss. A antiga regra da incomunicabilidade do preso (art. 21 e parágrafo único do CPP), não foi recepcionada pela Constituição Federal (vide, por todos, Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 71; Nucci, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 170; Machado, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21-22). O STJ já decidiu que a incomunicabilidade não foi recepcionada pela CF (STJ, RHC 1124/RS, 6.ª T., j. 19.06.2001, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 24.09.2001, p. 244). A Súmula Vinculante n. 14 do STF, considera, no entanto, que constitui direito do defensor ter acesso aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

131. Stedh, caso *Ramirez Sanchez c. França*, de 04.07.2006, § 123, indicando precedentes; Kostoris, R. E., op. cit., p. 1424-1426; Stedh, Ocalan c. Turquia, 2005, cf. Arinas, René Santamaría. Prohibición de la tortura.

Embora entre tortura e tratamentos desumanos e degradantes somente exista uma diferença de grau, o tratamento degradante pressupõe uma diferente natureza. A expressão tratamentos desumanos e degradantes é manejada principalmente pelo TEDH quando as condições da detenção e a falta de adequada atenção médica têm claros ou acumulativos efeitos negativos sobre a saúde do preso. A manutenção em prisão de um réu que padece leucemia ou de um psicótico com tendências suicidas, se não conta com o apoio médico adequado, constitui por si mesmo um tratamento desumano ou degradante.[132] De igual modo, a aplicação da sanção máxima de isolamento em cela de um recluso por quarenta e cinco dias, tratando-se de um primeiro incidente, suscetível de quebrar sua resistência física e moral e resultando em suicídio.[133] A ausência de intenção de humilhar ou vexar a vítima não exclui completamente a existência de um tratamento desumano ou degradante. Assim, as condições da detenção constituem objetivamente, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, v. g., as revistas corporais pelas quais o preso deve desnudar-se, podem ser às vezes necessários para a segurança da instituição penitenciária ou a defesa da ordem e a prevenção de crimes, porem devem ser realizadas de modo adequado, pois, se não for assim, incorreria na falta manifesta de respeito pelo preso e lesão de sua dignidade humana constitutiva de tratamento degradante; também a acumulação de revistas corporais regulares, aplicadas semanalmente por um tempo prolongado, com outras medidas de segurança rigorosas aplicadas nas unidades de alta segurança de um complexo penitenciário. Da mesma forma, a aglomeração em condições sanitárias espantosas e a inexistência de camas e material de dormir representam um tratamento degradante. A superpopulação das celas e suas diversas repercussões físicas e psicológicas se consideram tratamento degradante ainda que não exista intenção de humilhar. Esta configuração objetiva aparece inclusive quando as condições julgadas somente são degradantes pelas

In: VV.AA. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentário sistemático* (coord. Iñaki Lasagabaster Herrarte). 2. ed. Madrid: Aranzadi, 2009, p. 55.

132. Idem, casos *Mousiel*, de 14.11.2002; *Riviere c. França*, de 11.07.2006; *Popov c. Rússia*, de 13.07.2006, cfe. ARINAS, René Santamaría. op. cit., p. 71; OSUNA, Ana Salado. *Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, p. 125.

133. STEDH Renolde c. França, de 16.10.2008, §§ 124, 129-130; OSUNA, Ana Salado, op. cit., p. 125.

limitações funcionais de uma pessoa incapacitada. Porém facilita que, às vezes, condições muito similares se reputem tratamento desumano.[134]

Apesar de que a prisão provisória, por si mesma, não constitui um ato de tortura, os atos de violência física e mental cometidos sobre um detido ou internado, se provocarem, em seu conjunto, dores e sofrimentos excessivos e que se revistam de um caráter particularmente grave e cruel, constituem atos de tortura no sentido do art. 3.° do Convênio.[135] As condições de detenção, em particular a superlotação carcerária e a insalubridade extrema (detido ocasionalmente com pessoas com sífilis e tuberculose, numa célula infestada de parasitas e constantemente iluminada), e os seus efeitos prejudiciais à saúde (gastroduodenite crônica, infeções fungicas nos pés e virilha e uma micose) e bem-estar do prisioneiro, causando-lhe grandes sofrimentos mentais (síndrome astênica de origem neurótica), atentando à sua dignidade e gerando sentimentos de humilhação e aviltamento, combinadas com a duração do periodo (04 anos e 10 meses) no qual esteve detido em tais condições, configuram um tratamento degradante.[136] Por exemplo, a prisão preventiva do imputado em um contêiner de metal utilizado como se fora uma cela no Centro de Detenção Provisória constitui um tipo de prisão desumana e degradante.[137] Também o uso ilícito de algemas, em desacordo com as restrições estabelecidas na Súmula Vinculante 11, ou no § 3.° no art. 474 do CPP, configura um tratamento desumano e degradante do preso provisório.

A jurisprudência da Corte Interamericana sobre o art. 5.2 do Pacto de San José – aplicando também a Convenção Interamericana contra

134. STEDH, casos *Peers c. Grécia*, de 19.04.2001; *Van der Ven e Lorsé* e outros c. *Holanda*, de 04.02.2003, §§ 62-63; *Salah c. Holanda*, de 06.07.2006, §§ 58-59; *Valasinas c. Lituânia*, de 24.07.2001; *Iwańczuk*, de 15.11.2001; *Frerot c. França*, de 12.07.2007; *Douguz*, de 06.03.2001; *Nevmerzhitsky c. Ucrânia*, de 05.04.2005; *Peers c. Grécia*, de 19.04.2001. *Kalachnikov c. Rússia*, de 15.07.2002; *Novoselov*, de 02.06.2005; *Poltoratskiy c. Ucrânia*, de 29.04.2005; *Kadikis c. Lituânia*, de 04.05.2006; *Mamedova c. Rússia*, de 01.06.2006; *Price*, de 10.07.2001; *Vincent c. Francia*, de 24.10.2006; *Ciorap c. Moldávia*, de 19.06.2007; ARINAS, René Santamaría, op. cit., p.72-74; OSUNA, Ana Salado, op. cit., p. 125.

135. STEDH. *Selmouni c. França*, § 105; *Kudla c. Polônia*, de 26.10.2000, §§ 92-94; *Kalachnikov c. Rússia*, de 15.07.2002, § 95).

136. Idem, *Kalachnikov c. Rússia*, de 15.07.2002, §§ 95-102.

137. STJ, HC 142513/ES, 6.ª T., j. 23.03.2010, rel. Min. Nilson Naves.

a tortura – considera as condições de detenção: habitabilidade, saúde, incomunicabilidade e classificação dos internos (falta de separação entre processados e condenados) como critérios para aferir a existência de um tratamento cruel, desumano e degradante, aplicáveis tanto a pessoas condenadas como aos presos preventivos. Assim, o isolamento prolongado do detido e a incomunicabilidade coativa configuram, por si mesmos, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, lesivos da integridade psíquica e moral da pessoa e do direito ao respeito da dignidade inerente ao ser humano. A incomunicabilidade somente pode utilizar-se de uma maneira excepcional, levando em conta os graves efeitos que gera, pois o isolamento do mundo exterior produz em qualquer pessoa sofrimentos morais e perturbações psíquicas, a coloca em uma situação de particular vulnerabilidade e acrescenta o risco de agressão e arbitrariedade nos cárceres. As condições insalubres, a impossibilidade de trocar de roupa durante longos períodos de tempo, as limitadas possibilidades de acesso à leitura e os regimes de visitas extremamente restringidos, o encarceramento em cela escura, conferem ao tratamento a característica de cruel, desumano e degradante.[138]

A garantia contra tratamento desumano ou degradante é aplicável à privação de liberdade de "enfermo mentais". O TEDH decidiu que a manutenção em detenção de um condenado sofrendo problemas psicóticos importantes, sem tratamento médico adequado, constitui uma experiência particularmente penosa, configurando um tratamento desumano e degradante, em razão da intensidade do sofrimento que excede o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção.[139] É necessário

138. Scidh, casos *Suárez Rosero*, de 12.11.1997, §§ 83-92; *Chaparro Alvarez y Lapo Íñiguez* vs. *Equador*, de 21.11.2007, § 171; Scidh, caso *De La Cruz Flores* vs. *Peru*, de 18.11.2004; caso *García Asto y Ramírez Roja*; Raxcacó Reyes; Fermín Ramírez; Briceño-Donn, Marcela. *Personas privadas de libertad: una aproximación de la corte interamericana de derechos humanos*, p. 189-197. A CIDH também decidiu que, tratando-se de uma "detenção ilegal", basta que tenha sido um breve tempo para que se configure dentro dos critérios do direito internacional dos direitos humanos uma violação a sua integridade psíquica e moral. Quando se apresentam tais circunstâncias, se permite inferir, ainda quando não houvesse outras evidências a respeito, que o tratamento que a vítima recebeu durante sua incomunicabilidade foi desumano, degradante e agressivo ao extremo (Idem, p. 169).

139. Stedh. *Riviere c. França*, 11.07.2006, cfe. Danet, Jean; SAAS, Claire. La fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale, p. 795.

levar em consideração notadamente três elementos a fim de examinar a compatibilidade do estado de saúde do detido com sua manutenção em detenção: (a) suas condições de detenção; (b) a qualidade dos cuidados que lhe são dispensados; (c) a oportunidade de manter a detenção. Há tratamento degradante, por exemplo, quando o enfermo mental se encontra, por cerca de três anos, em um estabelecimento onde ele não pode se deslocar por seus próprios meios ou em uma situação que lhe pode criar sentimentos constantes de angústia, de inferioridade e de humilhação suficientemente fortes para constituir um tratamento degradante, no sentido do art. 3.º da CEDH.[140]

140. Idem, Tekin Yıldız, §§ 70 et 71; *Farbtuhs c. Lettonie*, n. 4672/2002, § 51, 2 décembre 2004; *Vincent c. France*, 24.10.2006, § 103; *Hüseyin Yildirim c. Turquia*, 03.05.2007, §§ 73-75 e 82-83. A colocação de prisioneiros doentes mentais em confinamento solitário pode, em certas circunstâncias, caracterizar um tratamento desumano e degradante (Nowak, Manfred/Suntinger/Walter: The right of disabled persons not to be subjected to torture, inhuman and degrading treatment or punishment. VV. AA. Human Rihts and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments (Theresia Degener and Yolan Koster-Dreese, editores), Martinuns Nijhoff Publishers, Doordrecht/Boston/Lond, 1995, p. 129. A internação em outros centros públicos de enfermos mentais, menores, estrangeiros etc., conforme o tratamento que recebam, inclusive pelas condições materiais da detenção, pode constituir um tratamento desumano ou degradante. Osuna, Ana Salado, op. cit., p. 127.

51974

3
A publicidade opressiva dos julgamentos criminais

SIMONE SCHREIBER

Doutora em Direito Público pela UERJ. Professora Adjunta de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Juíza da 5.ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal; Processual

RESUMO: O presente artigo procura diagnosticar a colisão entre a liberdade de expressão e o julgamento justo, bem como pesquisar as possíveis soluções para a colisão, sob a perspectiva da Constituição Federal brasileira de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão – Julgamento justo – Colisão de direitos fundamentais – Ponderação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to diagnose the collision between freedom of speech and a fair trial, and study the possible solutions for that collision from the perspective of the 1988 Brazilian Federal Constitution.

KEYWORDS: Freedom of speech – Fair trial – Due process of law – Collision of fundamental rights – Balancing.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Reportagem imparcial *vs.* jornalismo militante: a necessária desmistificação do tratamento dado ao crime pela mídia e a suas repercussões – 3. O descompasso entre a verdade jornalística e a verdade processual e suas implicações para o julgamento criminal justo – 4. Como identificar a colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito a um julgamento criminal justo? – 5. Fixação de *standards* de ponderação para resolver a colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito a um julgamento criminal justo – 6. Propostas de solução para a colisão estudada na perspectiva do ordenamento constitucional brasileiro.

1. Introdução

A questão da cobertura jornalística dos julgamentos criminais é objeto de reflexão pela doutrina nacional há décadas,[1] muito embora isso não se reflita na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Muitos autores identificam o risco de que campanhas de mídia influenciem indevidamente o desfecho de processos criminais, contudo, a maioria não chega a se debruçar sobre soluções possíveis para o problema, que sejam compatíveis com o estatuto constitucional brasileiro, dada a proteção recebida pela liberdade de expressão.

A ocorrência de um crime é um acontecimento público, sua apuração e punição são de interesse da coletividade, e o Poder Judiciário, órgão que exerce função política estatal de extrema relevância, cujos membros não são escolhidos pelo voto popular, deve agir de forma transparente e estar sujeito ao escrutínio público. Tais premissas não impedem que se investigue a forma como o crime e o criminoso são tratados pelos meios de comunicação no Brasil e que se constate que o padrão jornalístico adotado nesse tema pode vir a infringir direitos fundamentais de pessoas acusadas da prática de ilícitos.

A análise estará centrada em dois problemas que decorrem desse "padrão". O primeiro refere-se à necessária desmistificação do papel que a imprensa se atribui ao reportar crimes e processos criminais. Essa desmistificação contribuirá para que sejam estabelecidos parâmetros de ponderação mais equilibrados, relativizando-se a posição preferencial frequentemente atribuída à liberdade de expressão nas situações de colisão com outros direitos fundamentais.

O segundo diz respeito ao descompasso entre o "tempo do jornal" e o "tempo da justiça" e, como decorrência, à insuperável diferença dos métodos de construção da verdade empregados por cada uma dessas

1. Márcio Thomaz Bastos registra as reflexões de Evaristo de Moraes, publicadas no *Boletim Criminal Brasileiro*, em 1901, a respeito da "perigosa influência da reportagem no desdobramento e no julgamento dos casos criminais (...) Repórteres e redatores de jornais, iludidos pelas primeiras aparências, no atabalhoamento da vida jornalística, cometem gravíssimas injustiças, lavram *a priori* sentenças de condenação ou de absolvição, pesam na opinião pública e têm grande responsabilidade pelos veredictos". Bastos, Márcio Thomaz. Júri e mídia. In: Tucci, Rogério Lauria (coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 114.

instituições, o que gera tensões importantes entre expectativas geradas pela imprensa e respostas que podem ser dadas pelo Judiciário quando apreciam casos criminais.

2. Reportagem imparcial *vs.* jornalismo militante: a necessária desmistificação do tratamento dado ao crime pela mídia e a suas repercussões

A jornalista Sylvia Moretzsohn, em acurado estudo sobre a lógica empresarial da fabricação da notícia e a construção da verdade jornalística, põe em discussão algumas premissas de matriz iluminista que supostamente nortearam a atuação da mídia e que, na verdade, cumprem a função (mistificadora) de conferir à imprensa um lugar de autoridade, pairando acima das contradições sociais e ao mesmo tempo livre das burocracias e controles que amarram as instituições estatais.[2]

Segundo a autora, a ideia de que, no Estado Democrático, a imprensa cumpre a função social de esclarecer os cidadãos, reportando-lhes a verdade de forma desinteressada e neutra, esconde o fato de que as empresas de comunicação agem, como não poderia deixar de ser, sob uma lógica empresarial; de que as eleições de pauta envolvem decisões políticas (e não técnicas); e de que a "verdade" reportada nada mais é do que uma versão dos fatos ocorridos, intermediada pela linha editorial do veículo e pela subjetividade dos jornalistas que redigem a matéria.

Outro ponto destacado é a imposição da velocidade como norte principal da atividade jornalística (o que em tempos de jornalismo on-line significa instantaneidade). A exigência de dar a notícia "em tempo real" é posta como um dado da realidade, e não como uma escolha norteada por estratégias de competição no mercado. O valor velocidade substitui o valor verdade. Fica inviabilizada qualquer análise mais cuidadosa dos fatos noticiados. O resultado é o recurso a estereótipos para explicação da realidade. A pressa exige ainda que o jornalista utilize um número limitado de fontes, pois a diversificação possibilita o acesso a informações eventualmente contraditórias, o que dificulta a generalização de dados e a redação da notícia no exíguo tempo disponível.

Esses problemas estruturais da atividade jornalística são observados na forma como a mídia reporta a ocorrência de crimes e como se posiciona frente à atuação da justiça criminal. Está-se diante de um terreno

2. Moretzsohn, Sylvia. *Jornalismo em tempo real*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

bastante propício para a repercussão da ideia da "responsabilidade social da imprensa", com a particularidade de que aqui não se trata apenas de cumprir sua missão tradicional de "esclarecer os cidadãos", constatando-se a tendência de a mídia substituir-se às instituições públicas responsáveis pela apuração e julgamento de crimes, ora para coadjuvar a polícia na atividade investigativa, ora para fazer a justiça funcionar como deveria.

Tal fenômeno é observado por Nilo Batista. Os novos padrões de vinculação entre as empresas de comunicação e o sistema penal transformam a mídia em *locus* de executivização das políticas repressivas, e esta deixa de exercer apenas sua tradicional função comunicativa.[3] A "executivização" se processa, por exemplo, na eleição de pautas que efetivamente "pautam" o aparelho repressivo estatal, como se deu no caso da veiculação de sucessivas reportagens no jornal *O Globo* sobre ilícitos cometidos pela Legião da Boa Vontade no mês de março de 2001, e que provocaram a atuação de agências governamentais como o Ministério Público e a Receita Federal contra aquela instituição. O tento foi comemorado pelo jornal com o seguinte editorial: "O trabalho jornalístico, enfim, abriu os olhos do Estado para as falcatruas debaixo do seu nariz".[4]

3. Os novos padrões exigem novas análises sobre a forma como a mídia reporta o sistema penal. Para o autor, a chave da explicação está no comprometimento das empresas de comunicação com o modelo neoliberal, devendo ser recusada (por ingênua, embora não necessariamente falsa) a explicação corrente de que o interesse da mídia por eventos criminosos e seus desdobramentos policiais e judiciais se deve ao gosto do público pela tragédia, pelo sangue, o que motivaria a mídia a divulgar "o que o povo quer ler", para, em última instância, aumentar as tiragens dos jornais, ou a audiência da mídia eletrônica, e atrair os anunciantes. Batista, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *RBCCrim* 42/242-263. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.

4. Idem, p. 255. Sylvia Moretzsohn, tratando do processo de fabricação de notícias (ao invés da mera seleção de notícias) pelas redações de jornal, cita o exemplo de um jornal nova-iorquino que divulgou sucessivas manchetes a respeito de crimes cometidos contra idosos naquela cidade. A "onda de crimes contra idosos" foi produzida pela mídia, já que não havia nenhum dado estatístico que sugerisse o aumento dessas ocorrências no período. O resultado do trabalho jornalístico foi uma coletiva convocada pelo prefeito para "declarar guerra" aos crimes contra idosos, seguida da adoção de novas medidas repressivas. A autora cita análise do acadêmico americano

Tais campanhas de mídia contra a impunidade, geralmente focadas em fatos específicos e tendo por alvos pessoas determinadas, ainda que sejam manifestação da liberdade de expressão (que inclui não só o conteúdo da mensagem, mas a livre escolha da forma de veiculação, e não protege apenas o discurso neutro e inerme, mas abarca também o discurso crítico, ácido, ofensivo), indiscutivelmente refletem engajamento em uma causa e propósito deliberado de influenciar a realidade (no caso, propósito de influenciar resultados de processos criminais).

Mark Fishman sobre o episódio: "(...) como uma onda de publicidade, [a onda de crimes contra idosos em Nova Iorque] concentrou a atenção do público num novo problema e ao mesmo tempo formulou o problema. A mídia foi ao mesmo tempo o meio pelo qual todo mundo em Nova Iorque 'soube' da onda de crimes e o meio pelo qual ela foi montada. Os órgãos noticiosos criaram a onda, não no sentido de que inventaram os crimes, mas no sentido de que deram forma e conteúdo determinados a todos os incidentes que reportaram. Do trabalho jornalístico surgiu um fenômeno transcendendo os acontecimentos particulares que eram suas partes constitutivas. Uma onda de crimes é uma 'coisa' na consciência pública que organiza a percepção do povo em relação a um aspecto de sua comunidade. Foi essa 'coisa' que a mídia criou". MORETZSOHN, Sylvia, op. cit., p. 73. No Brasil, o episódio de um trágico acidente automobilístico ocorrido na zona sul do Rio de Janeiro, em que morreram cinco jovens de classe média, gerou sucessivas manchetes do jornal *O Globo* (foram nada menos do que 20 ocorrências, sempre com chamadas de primeira página, entre os dias 03 e 14.09.2006) sobre o consumo de bebidas alcoólicas por jovens e o risco de dirigir embriagado. No curso dessa campanha de "alerta da população para o problema", o então Procurador-Geral de Justiça no Rio de Janeiro, Marfan Vieira, anunciou que estaria analisando uma forma de responsabilizar judicialmente o Google, administrador do *site* de relacionamentos Orkut, pelo conteúdo de comunidades que incentivam uso de bebidas alcoólicas por motoristas, além de investigar os integrantes dessas comunidades (mais de mil pessoas) que estariam incursos no tipo penal de apologia ou incitação ao crime ("MP quer responsabilizar Orkut por comunidades que incentivam motoristas ao consumo de álcool". *O Globo*, 12.09.2006). É um interessante exemplo do "novo credo criminológico da mídia" traduzido na frase "se a desgraça sobreveio, é certo que houve infração" (Nilo Batista). Diante da impossibilidade de responsabilização criminal pelas mortes dos jovens, mas sensível ao apelo midiático de que as autoridades deveriam tomar uma atitude a respeito, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro enquadra criminalmente integrantes de comunidades do Orkut tais como: "eu dirijo bêbado", "bêbado, eu dirijo melhor" ou "eu sei dirigir bêbado". Não deixa de ser irônico que se trate da criminalização de manifestações expressivas.

Esse discurso militante não é compatível com o discurso (legitimador) da imparcialidade da reportagem jornalística comprometida com a verdade. É preciso desmistificar a atuação da imprensa que se apresenta como mediadora desinteressada, que paira entre a sociedade e o Estado, comprometida exclusivamente com a democracia e a cidadania, conferindo visibilidade e, ao mesmo tempo, repercutindo demandas da população perante os órgãos governamentais (incluindo o Judiciário).

A desmistificação ora proposta não propugna modelos alternativos de controle social ou estatal dos meios de comunicação. Não se está rompendo com a premissa de que os canais de comunicação devam permanecer abertos e de que esse deva ser um espaço livre da ingerência estatal, muito embora seja fundamental a discussão sobre a ampliação de acesso aos meios de comunicação e a superação de um sistema excessivamente monopolizado.

O que se está defendendo é a compreensão das manifestações midiáticas como expressões que decorrem de decisões políticas (e não técnicas), sujeitas às leis de mercado, refletindo apenas versões (muitas vezes simplificadas e estereotipadas) de fatos, comprometidas com projetos políticos determinados, as quais, se por um lado, não podem ser genericamente cerceadas, por outro, podem eventualmente ser restringidas em caso de colisão com direitos fundamentais de igual hierarquia constitucional. A desmistificação ora propugnada visa pôr em discussão a premissa de que toda e qualquer medida restritiva ao discurso se consubstancia em atentado contra a sagrada atuação da imprensa como única instituição depositária dos valores democráticos no Estado brasileiro.

3. O DESCOMPASSO ENTRE A VERDADE JORNALÍSTICA E A VERDADE PROCESSUAL E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O JULGAMENTO CRIMINAL JUSTO

As empresas de comunicação e o Judiciário trabalham de maneiras bem diferentes, a começar pela forma de administrar o tempo. A mídia funciona premida pela pressa, o "ontem" já não é mais critério de noticiabilidade, pois o importante é repercutir os fatos no momento em que estão acontecendo. Qualquer amadurecimento do debate sobre temas tratados é inviável, não há na prática cotidiana das redações a possibilidade de confrontar fatos, argumentos e reflexões distintas sobre as questões noticiadas. O ritmo de trabalho favorece a sedimentação de estereótipos e o resultado da análise jornalística de fatos criminosos será

muito provavelmente distinto daquele que é (ou deveria ser) produto do processo judicial.

Não se discutirá aqui se o ritmo de trabalho imposto nas redações decorre de uma realidade inexorável, vinculada à utilidade pública dos jornais ou de escolhas determinadas pela lógica do mercado. O relevante é ressaltar a impossibilidade de o Judiciário atender a demandas por rápidas soluções (*rectius*: punições) para os casos criminais noticiados, o que é percebido como sinal de incapacidade de exercer seu múnus constitucional, em contraposição à eficiência da mídia no cumprimento de sua missão, atendendo, ela sim, às justas expectativas da população.

O decurso do tempo é fundamental para a construção da verdade processual. A sentença é resultado do diálogo, da confrontação das teses e provas trazidas pelas partes visando influenciar a formação da convicção do juiz. Este lida com os fatos trazidos à sua apreciação sob uma lógica bem distinta da que pauta a atividade jornalística. O necessário distanciamento da verdade apreendida fora do processo e o amadurecimento das questões sob julgamento são essenciais para que se chegue ao veredicto processualmente válido e justo. Assim, não necessariamente a demora na solução da lide é indicativa do mau funcionamento da Justiça, e não é correto afirmar que a verdade midiática é superior à verdade judiciária. Tratam-se apenas de formas diversas de lidar com o tempo e com a verdade.[5]

5. "A boa justiça é concebida em tempo lento, onde se pensa, medita-se até encontrar a melhor solução ou os melhores argumentos para a conclusão, porque o processo é a pesquisa da verdade. (...) O tempo para a conclusão de um processo de conhecimento depende da complexidade do problema deduzido, da argumentação das partes e do tipo de prova que a verdade exige. (...) Essa demora necessária à solução dos conflitos passou a ser o alvo preferencial das críticas em tempo de 'velocidade máxima'. (...) A pressa ou velocidade na justiça só produz o acordo, cada vez menos satisfatório, levando a pessoa ao ponto de desistir da justiça institucional. (...) A velocidade não é apenas um pseudovalor, utilizado para qualificar de antiquado e ruim tudo o que não estiver no seu compasso. A valorização que se lhe atribui produz na mesma escala a desvalorização do papel da justiça, onde os argumentos essenciais não são utilizados, bastando repetir à exaustão que ela é morosa para cair na rejeição popular e ficar pacífica a sua inutilidade. Assim, o enaltecimento da velocidade não é apenas mais uma campanha de venda de um produto, mas uma tarefa política, através da qual condenam-se instituições, modelos, pessoas e coisas, sem qualquer reflexão prévia, debate ou conscientização. A velocidade passou a ser não

Some-se a isso a imprestabilidade para o processo judicial das evidências produzidas pela mídia a respeito de crimes. Os jornalistas investigativos se valem de métodos que não podem ser utilizados pelos órgãos policiais, dada a impossibilidade de aproveitamento de provas produzidas sem respeito às normas processuais. A grande vedete da atividade de investigação conduzida pela imprensa é a câmera oculta, seguida do grampo telefônico não autorizado. Evidências colhidas por esses meios não podem ser admitidas no processo judicial, exceto se a diligência tem a anuência ou participação consciente da vítima, e desde que as circunstâncias evidenciem que ela estava em situação de legítima defesa.[6-7]

apenas a 'sentença' de sobrevivência da justiça, mas também o elemento principal para seu desmonte de esgotamento". MACCALÓZ, Salete. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 161-171.

6. Nesse sentido: RE 212.081/RO, 1.ª T., j. 05.12.1997, v.u., rel. Octávio Gallotti; HC 74678/SP, 1.ª T., j. 10.06.1997,v.u., rel. Moreira Alves.

7. Outra situação em que fatos veiculados pela mídia não podem ser inseridos validamente no processo ocorre quando afirmações contidas nos jornais a respeito da prática de crimes estejam arrimadas em depoimentos de fontes que não queiram se identificar. Eventuais testemunhas de crimes devem ser ouvidas pelo Juízo, de modo que seu depoimento possa ser submetido ao contraditório. Recentemente, a convocação de jornalistas da *Revista Veja* para prestar depoimento na Polícia Federal a respeito de fatos sob investigação noticiados naquele periódico gerou reações de diversos setores da imprensa, para os quais a polícia estaria tentando constranger os jornalistas a divulgar suas fontes e intimidá-los, em razão de críticas feitas no artigo à cúpula da Polícia Federal. O sigilo das fontes jornalísticas se insere no estatuto constitucional da liberdade de expressão e integra o rol de direitos fundamentais da Constituição (art. 5.°, XIV, CF/1988). Eventual quebra de sigilo poderia ser decretada se verificada colisão com outro direito fundamental (como é o direito de defesa). Contudo, se o valor contraposto é o interesse público na persecução criminal, eventual imposição ao jornalista que divulgue suas fontes só será possível partindo-se da premissa de que direitos fundamentais podem ser ponderados com interesses públicos constitucionais (*polices*). De todo o modo, a quebra do sigilo tem que estar arrimada em decisão judicial que realize a ponderação dos valores constitucionais colidentes e que justifique, aplicando a proporcionalidade, o porquê desse direito constitucional estar sendo restringido no caso concreto. A respeito do episódio envolvendo a intimação dos jornalistas da Revista Veja: PF intimidou jornalistas, diz Revista "Veja". *Folha de S. Paulo*, 01.11.2006; Entidades criticam abuso de poder da PF. *Folha de S. Paulo*, 02.11.2006.

Se a gravação não autorizada (de imagens, vozes, comunicações telefônicas) se consubstancia em prova ilícita, sua divulgação poderá influenciar indevidamente o juiz da causa ou fomentar pressão da opinião pública por condenações não suportadas pelo devido processo legal. O problema de que o juiz se deixe influenciar (consciente ou inconscientemente) pelas evidências não introduzidas validamente no processo, embora possa atingir juízes togados, é agravado em processos de júri, pelo simples fato de que os jurados não estão obrigados a motivar suas decisões. No Brasil, o corpo de jurados delibera respondendo a quesitos formulados pelo juiz em votação plebiscitária, o que não permite o controle do caminho intelectivo percorrido por cada julgador para chegar ao veredicto.

Só esse fator já inviabiliza eventual verificação sobre se os jurados decidiram com base estritamente na prova dos autos, sem que se faça necessário discorrer sobre outros motivos geralmente apontados de maior vulnerabilidade de juízes leigos frente à publicidade opressiva de julgamentos criminais, tais como, não possuírem preparo técnico, não compreenderem o alcance das normas constitucionais de garantia, não gozarem das prerrogativas que conferem independência funcional à magistratura togada etc.

Há ainda o risco de que os juízes sejam permeáveis ao clamor público (provocado e ao mesmo tempo repercutido pela imprensa) no sentido de que crimes que tenham merecido maior atenção da mídia sejam punidos rápida e exemplarmente, ainda que a condenação esteja pautada nas versões dos fatos inicialmente divulgadas (aquelas apuradas pela polícia ou pelos próprios jornalistas), e que sejam desprezadas as garantias do devido processo legal.[8]

8. "(...) consequência da fé na equação penal [se houve delito tem que haver pena, pois a pena é vista como rito sagrado na solução de conflitos] reside no incômodo gerado pelos procedimentos legais que intervêm para a atestação judicial de que o delito efetivamente ocorreu e de que o infrator deve ser responsabilizado penalmente por seu cometimento. Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como estorvo), da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imagine-se um flagrante gravado pela câmera!) e outras garantias do Estado Democrático de Direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (pena-notícia). Muitas vezes essas tensões são resolvidas por alguns

Constata-se assim a possibilidade de que as demandas fomentadas pela mídia e dirigidas ao Judiciário não sejam "justas", entendida a solução justa do processo como aquela a qual se chegou após o devido processo legal, respeitadas portanto as garantias constitucionais que abarcam o conceito de julgamento justo. E que a "verdade" sustentada pela imprensa, com base na qual o veredicto condenatório é propugnado, não coincida necessariamente com a verdade processual (novamente a verdade construída sob o devido processo legal).

4. Como identificar a colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito a um julgamento criminal justo?

Até aqui se procurou demonstrar que a forma como a imprensa lida com o fato criminal, sua atuação militante no "combate ao crime", e a ocorrência de campanhas de mídia pela condenação de réus em processos determinados, pode comprometer o julgamento justo. Contudo, a par de tal constatação, não se pode deixar de ressaltar que a liberdade de expressão é direito fundamental de especial relevância para o regime democrático, destacando-se o papel desempenhado pela imprensa de dar transparência à atuação dos agentes públicos, o princípio da publicidade que deve permear a atuação do Poder Judiciário e, finalmente, o fato incontestável de que a prática de um crime e sua apuração são assuntos concernentes ao interesse público.

Acrescente-se ainda que as manifestações midiáticas de conteúdo crítico, provocativo, ou até mesmo injusto, se inserem na proteção constitucional conferida à liberdade de expressão, e eventuais medidas restritivas somente se justificam quando evidenciada colisão com outros direitos fundamentais, dentre eles, o direito ao julgamento criminal justo.[9]

A necessária superação de alguns mitos que envolvem a atividade jornalística não dispensa o esforço de distinguir a cobertura lícita de um

operadores – advogados, promotores ou juízes mais fracos e sensíveis às tentações da boa imagem – mediante flexibilização e cortes nas garantias que distanciam o delito-notícia da pena-notícia." Batista, Nilo, op. cit., p. 245-246.

9. Os limites do presente trabalho não permitem a análise detalhada do estatuto constitucional da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988. Tal estudo foi realizado pela autora em Schreiber, Simone. *A publicidade opressiva dos julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

julgamento criminal da campanha midiática prejudicial à boa condução do julgamento. De fato, partir da premissa de que toda a cobertura jornalística de feitos criminais é espúria não contribuirá para a solução do problema, mesmo porque uma suposta proibição genérica da divulgação na imprensa de fatos e opiniões relacionados com todo e qualquer caso penal não seria, evidentemente, compatível com a Constituição Federal de 1988.

É imprescindível, portanto, identificar quando se está efetivamente diante de uma campanha de mídia instaurada contra determinado réu que possa influenciar o resultado do julgamento. Em outras palavras, que elementos devem estar presentes para que fique evidenciada a situação de *trial by media*, ou ainda, a colisão de direitos fundamentais em concreto?

Desde logo, cabe ressaltar que, como ocorre em todas as situações em que a liberdade de expressão conflita com outros direitos, a diferenciação entre o discurso lícito e ilícito não é simples, envolve algum grau de subjetividade e demanda a valoração do conteúdo da mensagem. Para reduzir as incertezas que advirão do exame *ad hoc* de possíveis situações de *trial by media*, é que se passa a apresentar elementos que devem estar presentes para caracterização da colisão estudada.

1. Não há como fugir da avaliação do conteúdo da expressão, para aferir se ela é prejudicial ao réu. A manifestação será predominantemente opinativa. Deve formular juízos de valor a respeito dos fatos, de um lado sustentando a culpa do acusado e defendendo sua rápida condenação e, de outro, criticando a forma permissiva e leniente como a Justiça conduz o caso. Ainda que se trate de notícia pretensamente informativa, a divulgação parcial de fatos e versões e a manipulação de dados também caracterizam a reportagem "prejudicial".[10]

A doutrina utiliza ainda a figura da usurpação da função judicial pela imprensa e da mudança indevida do *locus* do julgamento para caracterizar o *trial by media*. Ocorre assim a instauração de um processo paralelo (na Espanha, denominado *juicio paralelo*) conduzido sem respeito às garantias, pressionando-se a seguir o Judiciário para acatar o veredicto

10. A técnica de "manipular e confundir" é apontada por Alberto Zacharias Toron como característica primordial do "julgamento *by media*". Toron, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes do colarinho branco e o judiciário: os novos padrões. *RBCCrim* 36/264-265. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2001.

propugnado pela opinião pública, impossibilitando que o julgamento se dê em adequado ambiente de serenidade.[11-12]

11. "En ocasiones, los medios de comunicación de todo tipo realizan juicios paralelos antes y durante los procesos judiciales, cuando no llevan a efecto campañas sistemáticas a favor o en contra de las personas enjuiciadas, filtrando datos sumariales, recalando opiniones de terceros, haciendo editoriales, en donde se prejuzga la culpabilidad o inocencia de las personas sometidas a un proceso, en definitiva, valorando la regularidad legal y ética de su comportamiento. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso en el que los medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal e abogado defensor, determinado la inocencia o culpabilidad de los acusados. (...) Estos juicios paralelos se acompañan a veces de críticas específicas contra determinados miembros del Tribunal que van a juzgar el proceso, sobre los que se sospecha, que no vayan a ser proclives a las tesis defendidas desde ciertos medios de comunicación. (...) Se trata pues, de verdaderas campañas mediáticas tendentes, por motivos distintos, a presionar a los tribunales que tienen que juzgar determinados asuntos, lógicamente de trascendencia pública, para que asuman la línea de pensamiento mantenida desde tales medios". PECES, Angel Juanes. Los juicios paralelos: Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El derecho a un proceso justo. *Revista del Poder Judicial*, n. extraordinário 17. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p.141-142. A respeito, ver também: SANAHUJA, Lorenzo Gomis. Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantias. *Revista del Poder Judicial*, n. extraordinário 17. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 159-170. ORTEGA, Juan J. López. La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia. *Revista del Poder Judicial*, n. extraordinário 17. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 37-139.
12. "Hoje (...) assistimos ao deslocamento de alguns processos para a mídia: não apenas os processos deixam de ser realizados pelos tribunais, como também não têm um lugar próprio, seguindo os exemplos de alguns mercados financeiros, como o famoso *off shore*, os quais não dispõem de bolsa de valores propriamente dita. Cada órgão da imprensa, além de informar sobre o trabalho da justiça, adota o ponto de vista de uma das partes, pronto para mudar em caso de necessidade no decorrer do processo, revela aos leitores elementos de prova, antes mesmo que a justiça deles tenha conhecimento, analisa o trabalho de cada um e, finalmente, julga em lugar dos juízes." GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 79. V., na mesma linha, VIEIRA, Luís Guilherme. O fenômeno opressivo da mídia: uma abordagem acerca das provas ilícitas. *Casos penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 48; PUCCINELLI, Claudio R. *Influências de los médios de comunicación en los procesos judiciales*. Rosário: Juris, 2005, p. 305-306.

Pode-se ainda classificar como prejudicial a reportagem que veicula provas obtidas por meios ilícitos, tais como, conversas telefônicas interceptadas clandestinamente, confissões obtidas sem que o suspeito tivesse sido informado de seus direitos constitucionais, gravações que tenham infringido o sigilo profissional advogado-cliente. A mera possibilidade de que o juiz ou os jurados tenham tido contato com a prova ilícita já é suficiente para caracterizar a nocividade da expressão para a boa condução do julgamento. Um dos critérios utilizados pela Suprema Corte norte-americana para anular julgamentos criminais que ocorreram em ambiente em *trial by media* é a exposição dos jurados a provas não introduzidas validamente no processo.[13]

Para o autor norte-americano Stephen Krause, o prejuízo advém da intensidade da cobertura jornalística em casos que, por qualquer motivo, despertem maior interesse dos meios de comunicação.[14] De fato, a existência de uma campanha de mídia contra o acusado pressupõe sucessivas inserções, por diferentes veículos, estendendo-se por determinado período de tempo. Uma única inserção pode, contudo, dependendo do tamanho, conteúdo e destaque dado à reportagem, evidenciar o início de uma campanha midiática, e eventualmente justificar a adoção de medidas judiciais preventivas para evitá-la ou reduzir seu impacto no processo, como se sustentará no tópico seguinte.

Em síntese, o primeiro elemento que deve estar presente para a caracterização do *trial by media* é o caráter prejudicial das reportagens veiculadas a respeito do julgamento e a constância de inserções de notícias informativas e opinativas sobre determinado julgamento.

2. O risco potencial de que as reportagens prejudiciais venham a interferir no resultado do julgamento.

13. V. os precedentes da Suprema Corte norteamericana Marshall v. United States (360 U.S. 310 – 1959) e Rideau v. Louisiana (373 U.S. 723 – 1962). Disponíveis em: [www.findlaw.com]. Para um estudo detalhado da jurisprudência da Suprema Corte sobre o conflito *fair trial* v. *free press*, v. SCHREIBER, Simone, op. cit., 2008.

14. KRAUSE, Sthepen J. Punishing the press: using contempt of court to secure the right to a fair trial. *Boston University Law Review*, n. 76, rev. 537. Boston: 1996, p. 562. O critério da intensidade da campanha, ao lado do caráter prejudicial das reportagens veiculadas, foi considerado pela Suprema Corte norte-americana para verificação do *trial by media* em *Irvin* v. *Dowd* (366 U.S. 717 – 1961) e *Sheppard* v. *Maxwell* (384 U.S. 333 – 1966).

A questão sobre a necessidade de demonstração de que as notícias veiculadas sobre determinado julgamento tenham efetivamente influenciado a convicção dos juízes enseja controvérsias. A Suprema Corte norte-americana considerou, nos primeiros casos em que os réus buscavam a anulação de veredictos condenatórios, em face da ocorrência de publicidade opressiva no curso do julgamento, que era necessária a demonstração do prejuízo efetivo, significando que os réus tinham o ônus de provar que os jurados, ao contrário do que se supunha, tinha decidido a causa, influenciados por fatos estranhos ao processo. Em outras palavras, haveria uma presunção de imparcialidade, somente ilidida por prova em contrário.[15]

Não obstante, a demonstração da quebra efetiva da imparcialidade é praticamente impossível, ainda mais se tratando de jurados, que não motivam suas decisões. E a própria Suprema Corte acabou modificando esse *standard* quando enfrentou casos em que a campanha de mídia foi tão intensa, que o prejuízo para o réu poderia ser presumido. O ambiente estabelecido pela publicidade que cercou o julgamento era de tal modo adverso, que não teria sido possível um julgamento justo.[16]

A mesma linha, da mera potencialidade do prejuízo, foi adotada pela Corte Europeia dos Direitos Humanos no caso Worm v. Áustria (*Application* n. 22.714/93, j. 29.08.1997).[17] E é esse de fato o critério

15. V., por exemplo: *Reynolds* v. *United States* (98 U.S. 145 – 1878); *Spies* v. *Illinois* (123 U.S. 131 – 1887); *Hopt* v. *Utah* (120 U.S. 430 – 1887); *Holt* v. *United States* (218 U.S. 245 – 1910); *Stroud* v. *United States* (251 U.S. 15 – 1919); e *Stroble* v. *Califórnia* (343 U.S. 181 – 1952).

16. V. *Mattox* v. *United States* (146 U.S. 140 – 1892), caso *Marshall* v. *United States* (360 U.S. 310 – 1959), *Irvin* v. *Dowd, Warden* (366 U.S. 717 – 1961) e *Sheppard* v. *Maxwell* (384 U.S. 333 – 1966).

17. O caso foi levado à Corte Europeia de Direitos Humanos pelo jornalista Alfred Worm, condenado em seu país com base no Austrian Media Act, sob acusação de ter exercido influência proibida sobre procedimentos criminais. O jornalista havia veiculado uma série de reportagens a respeito do julgamento de Hannes Androsch, ex-Ministro das Finanças da Áustria, acusado de sonegação fiscal, julgamento que resultou na condenação de Androsch. As reportagens foram consideradas prejudiciais e a Corte de Apelação de Viena condenou o jornalista ao pagamento de multa que, se não quitada, seria convertida em 20 dias de prisão. Worm recorreu à Corte Europeia, invocando violação ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Examinando o caso, a Corte Europeia ponderou o interesse público em reportar livremente os procedimentos judiciais, especialmente

mais adequado para caracterizar o *trial by media*. Isso porque a justiça da decisão é aferida pelo respeito ao "procedimento devido". Assim, é necessário garantir um ambiente adequado ao julgamento, em que os juízes togados ou leigos não estejam submetidos a pressões indevidas e possam formar suas convicções com base nas provas e alegações produzidas no processo. Medir o nível de permeabilidade de juízes e jurados às manifestações midiáticas é extremamente difícil e certamente desnecessário. O que importa é a justiça do procedimento, condição *sine qua* não há sentença justa.[18] Não é necessário provar a intenção deliberada do jornalista de interferir no julgamento, bastando identificar o risco de que isso ocorra.

3. O último elemento que deve estar presente para caracterizar o *trial by media* é a atualidade do julgamento.

se o réu é uma pessoa pública, sujeita a maior exposição e escrutínio público, com o direito a um julgamento justo, ressaltando que mesmo as pessoas públicas são titulares das garantias do fair trial, instituídas pelo art. 6.º da Convenção. A Corte Europeia considerou que a decisão do judiciário austríaco tinha fundamentos razoáveis, pois interpretou de forma razoável a lei nacional que, por sua vez, era compatível com a Convenção (já que visava proteger a autoridade e imparcialidade do Judiciário e tal objetivo é legítimo perante o art. 10.2 da Convenção). Ressaltando o caráter panfletário do artigo jornalístico e o evidente engajamento de Worm na "Causa Androsch", a Corte considerou justificada a restrição à liberdade de expressão, pois não se tratava apenas de um texto informativo, que estivesse levando os procedimentos judiciais ao conhecimento do público. É de se destacar que a Corte Europeia não considerou necessária a demonstração de que o artigo jornalístico teria efetivamente influenciado o resultado do julgamento, tendo considerado suficiente a potencialidade do dano decorrente do caráter prejudicial das reportagens produzidas por Worm. A íntegra do julgamento pode ser obtida no site da Corte Europeia de Direitos Humanos: www.echr.coe.int.

18. Stephen Krause cita estudos empíricos que pretendem demonstrar que os jurados são influenciados pela mídia, ressaltando os resultados opostos a que se pode chegar. E conclui: "the problem is qualitative, rather than quantitative: even if the conflict between free press and fair trial occurs only in small numbers of cases, how we choose to deal with those exceptional cases is what truly defines the fairness of our judicial system". KRAUSE, Sthepen J., op. cit. , p. 561. Para uma análise de pesquisas de campo a respeito da permeabilidade dos jurados à cobertura jornalística do julgamneto, v. BRUSCHKE, Jon; LOGES, William. *Free Press vs. Fair trials*. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2004.

A Suprema Corte norte-americana e a Corte Europeia de Direitos Humanos recorrem a alguns critérios temporais para verificação da influência de reportagens jornalísticas no resultado de julgamentos. No caso *Sunday Times*,[19] a circunstância do processo estar paralisado (*dormant*), em fase de costura de acordos que seriam submetidos à apreciação do juiz, foi um dos motivos pelos quais a Corte Europeia anulou as medidas restritivas impostas pela Grã-Bretanha à empresa de comunicação. O *Contempt of Court Act* inglês de 1981, que incorporou os *standards* firmados pela Corte Europeia nesse julgamento, prevê que só é possível enquadrar jornalistas que veiculem indevidamente matérias prejudiciais sobre julgamentos em *contempt* se os procedimentos estiverem ativos, período que no sistema inglês vai desde a decretação da prisão ou a intimação para comparecer na audiência em que é formulada a acusação oral, até o julgamento definitivo da demanda.

O fator temporal é invocado na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, embora sempre "a favor" da liberdade de expressão. Alguns julgados sobre o direito de crítica à forma como os juízes conduziam os julgamentos afastaram punições por *contempt* pelo fato de que as decisões atacadas já tinham sido proferidas, assim, não havia como inferir pressão indevida sobre os juízes, ainda que os casos estivessem

19. O caso *Sunday Times* referiu-se à imposição de uma ordem de censura pela Justiça inglesa ao jornal *Sunday Times*, proibindo-o de veicular matéria jornalística sobre o "caso talidomida". Em 1961, centenas de crianças inglesas nasceram com deformidades, e tal fato decorreu do uso pelas mães, durante a gestação, de determinado medicamento produzido pelo laboratório Distillers, que continha uma substância nociva denominada talidomida. O caso teve grande repercussão perante a opinião pública. As famílias das vítimas ajuizaram ações cíveis contra o Distillers, postulando o pagamento de indenizações. O laboratório tinha interesse em encerrar as demandas por acordos homologados pelo Judiciário. A negligência do laboratório na comercialização do medicamento nocivo, a demora na solução do caso e os baixos valores negociados para as indenizações foram objeto de reportagens veiculadas pelo Jornal *Sunday Times*. O laboratório obteve do Judiciário inglês uma ordem de proibição dirigida ao *Sunday Times*, vedando a veiculação de reportagem sobre o caso. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a proibição violava o art. 10 da Convenção, e um dos motivos invocados foi o fato de o julgamento estar sobrestado para a costura de acordos. Para uma análise do caso *Sunday Times*, do caso Worm, e de outros da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a punição a jornalistas pela veiculação de reportagens sobre julgamentos, v. SCHREIBER, Simone, op.cit.

pendentes de julgamento.[20] A importância da contemporaneidade da notícia fez com que a Corte invalidasse ordem de proibição temporária no caso *Nebraska Press Association* v. *Stuart*, que vigoraria apenas até que o júri fosse selecionado e sequestrado, e assim protegido contra a publicidade prejudicial.[21]

O critério da atualidade da causa deve ser adotado no Brasil, sendo razoável sustentar que o período de potencial colisão entre a liberdade de expressão e o direito ao julgamento justo vai da instauração do inquérito até o julgamento definitivo da causa. Indiscutivelmente, um período bastante longo, considerando a morosidade dos procedimentos que marca o sistema judicial brasileiro. Contudo, o elemento temporal é apenas um, que se agrega aos dois primeiros, para a caracterização do *trial by media*. Não se está defendendo a proibição de veiculação de qualquer reportagem sobre julgamentos criminais enquanto estiverem em curso, mas apenas campanhas de mídia, integradas por sucessivas reportagens prejudiciais que apresentem potencialidade de influenciar indevidamente no resultado de determinado julgamento. O fator tempo

20. Nesse sentindo: *Pennekamp* v. *Florida* (328 US 331 – 1946).

21. O caso *Nebraska Press Association* v. *Stuart* (427 U.S. 539 – 1976) é o *leading case* a respeito da possibilidade de um juiz proibir a veiculação de informações pertinentes a um julgamento em curso visando preservar o direito do réu a um julgamento justo. Para evitar que campanha de mídia deflagrada contra o réu influenciasse o ânimo dos jurados, o juiz, acolhendo pedido do promotor e da defesa, proibiu todos os veículos de comunicação da localidade de publicar eventual confissão feita pelo acusado a policiais bem como fatos considerados "fortemente implicativos". A proibição vigoraria até que os jurados fossem selecionados e sequestrados. A Suprema Corte norte-americana entendeu ser possível, em tese, a adoção de restrições prévias à liberdade de expressão para proteger o direito ao *fair trial*. Contudo, ressalvou a importância da contemporaneidade da cobertura jornalística, que fora sacrificada pela ordem de proibição temporária imposta pelo Juiz. A Corte formulou um teste de três etapas para aferir a constitucionalidade da restrição, denominado de *Nebraska test*: (a) é preciso determinar a natureza e extensão da cobertura jornalística dada ao fato e que antecede o julgamento; (b) verificar se outras medidas poderiam mitigar os efeitos da irrestrita publicidade que cerca o julgamento; e (c) como efetivamente a ordem restritiva pode operar para prevenir o perigo de que o réu seja privado de um julgamento justo. A ordem restritiva ademais deve ser vazada em termos precisos. Aplicando o teste ao caso concreto, a Suprema Corte norte-americana considerou inconstitucional a medida censória imposta pelo juiz no caso.

integra ademais a noção de "campanha de mídia", pois as reportagens prejudiciais devem se suceder por determinado lapso temporal, podendo ter início na fase investigatória e prosseguir na pendência do julgamento.

Quanto ao direito de crítica às decisões judiciais, evidentemente protegido pela liberdade de expressão no sistema brasileiro, é importante verificar se a crítica está inserida num ambiente de *trial by media*, ou não, para justificar eventuais restrições. As proibições temporárias podem ser instrumento útil para neutralizar a campanha midiática prejudicial, embora tenham indiscutível efeito censório. Tais questões serão examinadas no contexto de soluções possíveis dentro do ordenamento constitucional brasileiro, no próximo item.

Para resumir: a situação de colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento justo e imparcial ocorre quando estão presentes três elementos: (a) manifestações expressivas sucessivas prejudiciais ao réu, tal como explicitado acima; (b) potencialidade de que tais manifestações interfiram na imparcialidade dos juízes e influenciem indevidamente o resultado do julgamento; (c) atualidade do julgamento, ou seja, a publicidade deve ocorrer na pendência das investigações ou do processo criminal propriamente dito, até sentença definitiva.[22]

22. Um caso paradigmático em que o julgamento pelo júri se deu em incontestável ambiente de *trial by media* foi o referente ao homicídio de Isabella Oliveira Nardoni, atribuído a seu pai e a sua madrasta, Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá. A intensidade e o caráter prejudicial da cobertura jornalística pelos diversos veículos de comunicação acabaram fomentando uma comoção nacional pela rápida resolução do caso e punição dos acusados. Tal clamor público existia antes mesmo da instauração da ação penal. Os efeitos foram sentidos na decretação da prisão cautelar de ambos os acusados, sem que os mesmos tenham adotado comportamentos que justificassem a adoção de tal medida. Os fundamentos expendidos pelo juiz para decretar a prisão expressamente invocam a necessidade de atender à expectativa popular pela punição dos réus, dada a gravidade do crime cometido. Tais fundamentos foram acolhidos pelo TJSP e pelo STJ (HC 106742/SP). A necessidade de preservar a credibilidade das instituições em razão da repercussão que o crime provocou no meio social foi também invocada para a manutenção da prisão cautelar pelo juiz presidente do Tribunal de Júri, quando proferiu a sentença condenatória. Além da manutenção da prisão cautelar dos réus, outras particularidades do julgamento evidenciam a influência efetivamente sofrida pelo Judiciário em decorrência da campanha deflagrada na mídia para a punição dos réus. Com

5. Fixação de *standards* de ponderação para resolver a colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito a um julgamento criminal justo

Verificada a colisão entre esses dois direitos fundamentais, de igual estatura constitucional, é útil fixar alguns parâmetros que nortearão a ponderação em concreto. Antes, contudo, deve-se advertir que o estudo da colisão, concebida de forma hipotética, embora vá permitir a fixação de *standards* que auxiliarão o trabalho do aplicador da lei, não tem a pretensão de estatuir respostas prontas para todos os casos, pois nem sempre se podem antecipar todas as variantes envolvidas. Ainda assim, o esforço teórico de produzir *standards* se justifica, pois facilita a atividade do juiz que vier a se deparar com a situação concreta de colisão e contribui para reduzir o subjetivismo que geralmente norteia a solução *ad hoc* de conflitos de direitos fundamentais.

A aplicação dos parâmetros gerais de ponderação sugeridos por Ana Paula de Barcellos permite o estabelecimento de critérios iniciais. São eles: (a) regras têm preferências sobre princípios; (b) a norma que de forma direta promova ou proteja direitos fundamentais dos indivíduos (ou a dignidade humana) tem preferência sobre as que estejam apenas indiretamente relacionadas com esses direitos.[23]

a ressalva de que a presente análise se faz exclusivamente através da leitura da sentença proferida no primeiro júri realizado (disponível na Internet), em cotejo com o relato feito na imprensa de como se deu o evento que culminou com a morte de Isabella, fato que chama a atenção é o reconhecimento da qualificadora de que o homicídio teria sido praticado para ocultar a prática de outro crime contra a vítima, quando em circunstâncias normais se teria reconhecido que as lesões causadas à vítima desde o início do evento nada mais seriam do que progressão da mesma prática delituosa. Em outras palavras, se o crime foi qualificado pelo emprego de meio cruel (no caso, asfixia mecânica e sofrimento intenso, segundo consta da sentença), o fato de o corpo da vítima ter sido lançado pela janela não poderia ser interpretado como um recurso utilizado para ocultar outro crime, já que a esganadura integrou as ações violentas que levaram à morte da vítima. Ademais, o elevado patamar em que as penas foram aplicadas – no caso do acusado Alexandre Nardoni a pena definitiva fixada para um único crime de homicídio foi superior à máxima cominada, inclusive – também revela o excepcional rigor com que a justiça penal tratou o caso, ao que tudo indica em parâmetros bastante distintos do que ocorre em situações análogas.

23. Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

1. A colisão estudada envolve duas normas-princípio. Não obstante isso, cada um dos princípios se relaciona com enunciados constitucionais que veiculam regras, as quais contribuem para fixar sua eficácia normativa ou seu âmbito de proteção.

A liberdade de expressão é consagrada por norma-princípio, mas seu estatuto constitucional inclui regras, tais como, as regras da preservação do sigilo da fonte, da vedação do anonimato e da proscrição da censura. O direito ao julgamento justo é extraído do sobreprincípio do devido processo legal, o qual é densificado por subprincípios, como o da presunção de inocência, e regras, como é a vedação da prova ilícita. Aplicando-se o parâmetro da precedência das regras ao presente estudo, pode-se estatuir que, se alguma regra relacionada com os princípios da liberdade de expressão ou do julgamento justo estiver envolvida na colisão, a balança penderá a favor do princípio amparado pela regra. Exemplificando, se o conflito envolver veiculação na mídia de provas ilícitas, tal elemento jogará a favor do *fair trial* justificando no caso a imposição de restrição à liberdade de expressão. Ao passo que, se estiver em jogo a regra da preservação do sigilo da fonte, eventual colisão pode ser resolvida a favor da liberdade de expressão.

Já quando não estiver em jogo qualquer regra específica, não se estabelece preferência inicial dentre os direitos colidentes (ao menos em face do parâmetro geral ora examinado). Registre-se que a norma que veda a censura se aplica como regra apenas para proibir a instituição de sistemas de sujeição prévia de manifestações expressivas a controles estatais (geralmente ligados à Administração). Medidas restritivas prévias, impostas por juiz para resolver colisão da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, não são vedadas pela regra da proscrição da censura.

2. A aplicação do segundo parâmetro geral proposto por Ana Paula de Barcellos determina que a preferência *prima facie* recaia sobre o direito do acusado ao julgamento justo. É que, ainda que a liberdade de expressão tenha natureza de direito fundamental e esteja relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana (não apenas no seu aspecto de autorrealização individual, mas também como elemento do regime democrático, o qual contribui decisivamente para a realização do princípio), consideradas as circunstâncias fáticas que envolvem a colisão, não resta dúvida de que a garantia de ser julgado sob o devido processo legal realiza mais diretamente a dignidade da pessoa humana do que a liberdade de expressão. Ou, dito de outra forma, não restringir

a campanha de mídia contra o réu reduzindo suas chances de ter um julgamento justo viola mais o princípio da dignidade da pessoa humana do que restringir tópica e fundamentadamente a manifestação expressiva potencialmente prejudicial.

O mesmo raciocínio foi adotado pelo STF no caso *Ellwanger* (HC 82424, j. 17.09.2003) e norteia a doutrina que propugna a restrição das manifestações de ódio e intolerância (*hate speech*). O direito contraposto realiza mais diretamente a dignidade da pessoa humana do que a liberdade de expressão concebida como direito absoluto ou preferencial, nesse caso. Isso não significa que a liberdade de expressão não realize também a dignidade da pessoa humana, e que a imposição de restrições desproporcionais às mensagens que expressem pensamentos minoritários, repudiados pela maioria, não viole em ultima instância a dignidade humana de seus emissores.

Rejeita-se assim a premissa da preferência *prima facie* da liberdade de expressão invocada pela doutrina quando estão na balança os direitos de honra, imagem e privacidade de pessoas públicas, e quando os fatos e opiniões retratados sejam classificados como de interesse público. Se é certo afirmar que pessoas que exerçam cargos públicos, ou que se dediquem a atividades que acarretem exposição pública (como artistas, esportistas etc.), renunciam em certo grau a esses direitos de personalidade, o mesmo não se pode dizer do direito ao julgamento justo.

O crime é um acontecimento público e a coletividade tem legítimo interesse de se manter informada e de receber e expressar opiniões sobre o fato e suas repercussões jurídicas. Pode-se dizer que o crime imputado a um agente público relacionado com o exercício de sua função pública despertará maior interesse da coletividade. Contudo, isso não reduz a esfera de proteção conferida a tal acusado de ser julgado sob as garantias do devido processo legal. O interesse do público na condução do processo pode ser atendido por cobertura jornalística que não se consubstancie em *trial by media*. O próprio fato de se tratar de um agente público pode ensejar disputas políticas em torno do caso e propiciar campanhas promovidas por eventuais opositores contra o acusado, competindo ao judiciário tomar as medidas necessárias para garantir que o julgamento se faça em ambiente adequado, sereno, por um juiz imparcial.

Não obstante o que se acabou de sustentar, nada obsta que o juiz leve em consideração o fato de se tratar de crime imputado a agente público, no exercício de suas funções, ao buscar a forma mais adequada

de resolver a colisão. Pode adotar, dentre as medidas disponíveis, aquela que não sacrifique o direito do público em geral de ser informado do andamento do processo judicial. Assim, para harmonizar os valores constitucionais em jogo, a imposição de sanção apenas contra determinados veículos que estejam promovendo a campanha de mídia contra o réu prefere a adoção de medidas de maior alcance como, por exemplo, a decretação de segredo de justiça que impeça qualquer pessoa de saber como está sendo conduzido o processo.

3. Além dos *standards* firmados a partir dos parâmetros gerais propostos por Ana Paula de Barcellos, há um terceiro que deve ser considerado no tratamento da colisão dos direitos em estudo, que pode ser assim explicitado: os jurados são mais permeáveis do que os juízes togados ao *trial by media*, pelas seguintes razões: (a) a exposição dos jurados à publicidade que cerca o julgamento é agravada pelo contato superficial dos mesmos com a prova dos autos; (b) o fato de não motivarem suas decisões torna impossível aferir se foram pautadas nas provas dos autos e debates travados no julgamento; (c) os jurados não gozam das prerrogativas dos juízes togados, que assegurariam, em tese, atuação independente e imparcial em um ambiente adverso. Essa circunstância é relevante: 1. para aferir o risco potencial de que a publicidade que cerca o julgamento influencie indevidamente seu resultado (ou seja, na própria identificação da situação de colisão, como visto supra); 2. para justificar a adoção de medidas específicas que preservem os jurados dos efeitos do *trial by media*, considerando as particularidades do procedimento do Tribunal de Júri no Brasil.

Estabelecidos alguns parâmetros para orientar a ponderação em concreto, o tópico seguinte enumera as medidas passíveis de serem aplicadas no enfrentamento do conflito estudado, inclusive verificando-se a viabilidade constitucional do uso de soluções adotadas no direito comparado, discutindo-se ainda quais delas dependeriam de mediação legislativa.

6. Propostas de solução para a colisão estudada na perspectiva do ordenamento constitucional brasileiro

A colisão da liberdade de expressão e informação *versus* direito a um julgamento criminal justo deve ser resolvida utilizando-se a técnica de ponderação e aplicando-se o postulado da proporcionalidade.

Isso significa que o juiz deve buscar, no cardápio de soluções possíveis para o conflito, 1. Medidas que sejam aptas a promover o fim

desejado (ou que contribuam para promovê-lo), qual seja, assegurar ao réu que seja julgado sob as garantias do devido processo legal (idoneidade ou adequação); 2. Dentre elas, as que imponham a menor restrição possível ao direito contraposto, no caso, a liberdade de expressão (indispensabilidade ou necessidade); 3. Deve avaliar ademais se o grau de restrição imposto à liberdade de expressão deve ser justificado em vista da relevância da realização do fim que se busca alcançar, devendo ser ainda avaliado o grau de satisfação em concreto do fim desejado (proporcionalidade em sentido estrito).

A apresentação das soluções possíveis à colisão estudada será feita em ordem crescente de restringibilidade da liberdade de expressão (portanto, ordenando-se das medidas menos restritivas para as mais restritivas). Em regra, as medidas menos constritivas são também as menos idôneas, como será demonstrado, o que facilita a atividade de ponderação. O juiz terá diante de si uma escala em que deverá optar pela medida que se mostre suficiente para a promoção do fim, preferindo sempre a que restrinja em menor grau a liberdade de expressão. Há evidente subjetividade na eleição de quais são, dentre as disponíveis, as medidas menos ou mais idôneas e restritivas, impondo-se que as escolhas sejam justificadas.

As soluções propugnadas no direito norte-americano que não interferem absolutamente na liberdade de expressão serão examinadas em primeiro lugar, dado que algumas delas – notadamente o desaforamento e a incomunicabilidade – estão previstas no direito pátrio. Opta-se assim por dispor as soluções possíveis à colisão estudada em dois grupos.

1. Medidas que não implicam em restrições diretas na liberdade de expressão e que podem ser utilizadas para reduzir ou evitar o impacto do *trial by media* sobre o ânimo dos jurados, podendo ser eventualmente adaptadas para processos afetos a juízes togados. São elas: 1.1 Questionário e instrução dos jurados; 1.2 Desaforamento; 1.3 Postergação do julgamento; 1.4 Sequestro de jurados; 1.5 Vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo.

2. Medidas que impõem restrições à liberdade de expressão, graduadas da menor para maior restrição, quais sejam: 2.1 Ampliação do direito de resposta; 2.2 Restrição da publicidade do julgamento; 2.3 Imposição de punições posteriores à publicação; 2.4 Ordem judicial de proibição de divulgação de provas ilícitas; 2.5 Ordem judicial de proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento.

1.1 – *Questionário e instrução dos jurados*: A Suprema Corte norte-americana aposta na adoção de medidas de preventivas pelo juiz presidente do tribunal do júri para neutralizar o impacto da publicidade prejudicial que ocorra antes e durante o julgamento na formação do convencimento dos jurados. Dentre elas, o *voir dire* (audiência prévia em que o juiz e, eventualmente as partes, fazem perguntas aos jurados para aferir seu perfil ideológico, preconceitos etc.) deve ser conduzido pelo juiz de modo a identificar e excluir candidatos que já tenham opiniões formadas sobre a culpa ou inocência do réu em razão da cobertura jornalística do fato criminoso.

Selecionado o corpo de jurados, o juiz deve instruí-los adequadamente, advertindo-os para que não leiam jornais, vejam televisão, conversem com terceiros, de modo a não ficarem expostos à publicidade que cerca o julgamento, esclarecendo ainda que seu veredicto deve estar pautado apenas nas provas admitidas no processo.

A seleção de jurados no Brasil é feita por sorteio de nomes em uma lista previamente organizada. Cada parte pode recusar até três jurados imotivadamente. É possível alteração legislativa instituindo audiência prévia de inquirição dos jurados, franqueando-se perguntas às partes, para que possam colher informações sobre os candidatos de modo a guiar suas escolhas quando das recusas. A medida seria bem-vinda, por tornar mais transparente e menos aleatório o processo de seleção de jurados. Contudo, é bastante questionável sua aptidão para solucionar o problema do *trial by media*.

Em primeiro lugar, é praticamente impossível que pessoas minimamente esclarecidas, e aptas a examinar e julgar processos criminais de alguma complexidade, não tenham contato com a cobertura jornalística de casos de repercussão. Sequer é desejável que o júri seja composto por pessoas que não tenham o hábito de ler jornais.[24] A partir daí, não se pode confiar totalmente nas respostas dadas pelos jurados ao juiz sobre se firmaram pontos de vista sobre o caso e se estão impedidos de

24. Criticando a eficiência do *voir dire* como método para solucionar a colisão *free press* v. *fair trial*, Stephen Krause observa que os juízes americanos – ao buscarem jurados que não tenham tido contato algum com a cobertura jornalística do caso – muitas vezes têm selecionado pessoas que não têm capacidade intelectual mínima para lidar e compreender questões complexas que na maioria das vezes envolvem os processos criminais. KRAUSE, Sthepen J. , op.cit., p. 567-568.

chegar ao veredicto com base unicamente na prova dos autos. Muitas vezes os preconceitos podem estar de tal modo introjetados, que sequer são admitidos por quem os têm. Ademais, como sustentado acima, se a campanha midiática é muito intensa, o risco de que prejudique o julgamento deve ser presumido, não o ilidindo o fato de os jurados afirmarem que não estão se sentindo pressionados ou influenciados e que são aptos a superar preconceitos para decidir estritamente com base na provas e alegações produzidas no processo.

De todo modo, o questionário e a instrução específica sobre a necessidade de não se deixar influenciar pela mídia são medidas compatíveis com o ordenamento brasileiro, podem minimizar os riscos, não implicam em qualquer restrição à liberdade de expressão (a segunda sequer exige mudança legislativa, em vista do art. 466 do CPP), podendo inclusive ser adotadas ordinariamente no procedimento de Júri.

1.2 – *Desaforamento*: É a possibilidade de mudança do local do julgamento nos processo de competência do Tribunal de Júri, prevista no art. 427 do CPP, dentre outros motivos, para assegurar a imparcialidade dos jurados. O instituto do desaforamento já estava previsto anteriormente à reforma do Código de Processo Penal (art. 424) e não sofreu alteração substancial. O estudo da jurisprudência do STF e do STJ demonstra, contudo, que a medida não tem sido autorizada para deslocar o júri em casos de alegado clamor público contra o réu na comarca ou de repercussão negativa do crime na imprensa local.[25]

Ainda assim, casos de campanha midiática localizada, protagonizada por jornais locais, podem ser resolvidos pela medida já prevista na legislação brasileira. O desaforamento deve ser justificado por situação efetiva de *trial by media*, pois apesar de não importar em restrição à liberdade de expressão, excepciona o princípio do juiz natural, suprimindo a competência da comarca do local em que se consumou a infração, o que interfere inclusive na justificativa teórica da instituição do júri. Contudo, nos casos de repercussão nacional o desaforamento é medida inidônea para solucionar o problema ora enfrentado.

1.3 – *Postergação do julgamento*: A suspensão do processo até que cesse publicidade opressiva, adiando-se o julgamento, não está prevista

25. Sobre a forma como os Tribunais Superiores vêm aplicando a medida de desaforamento, v. os HCs 69512/RJ e 70228/MS, do STF, e HCs 51860/MG e 2165/SP, do STJ.

na lei brasileira, mas pode ser aplicada pelo juiz como resultado da ponderação em concreto. Inclusive a medida pode ser adotada nos processos de competência dos juízes togados. Ela não impõe qualquer restrição à liberdade de expressão, mas interfere em outros valores constitucionais, que devem ser cotejados pelo juiz na ponderação: o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5.°, LXXVIII, da CF/1988) e o interesse público na apuração e repressão de fatos criminosos com a celeridade possível.

Some-se a isso o risco de inidoneidade da medida para realizar o fim propugnado, pois nada obstaria que a imprensa retomasse a cobertura prejudicial quando cessasse a suspensão e o julgamento fosse, enfim, agendado. Outra questão a ser considerada é a impossibilidade, ao menos em sede de ponderação judicial, de suspender-se o prazo prescricional enquanto o julgamento está paralisado ou de se ampliar o prazo de prisão cautelar, embora seja possível aprovação de lei nesse sentido.[26]

Contudo, pode-se discutir a justiça de impor ao réu esse tipo de ônus (suspensão da prescrição e dilação indevida do processo, ainda mais se estão vigendo medidas restritivas, como prisão cautelar ou sequestro de bens). Dizer que o réu renuncia a esses direitos quando postula o adiamento não resolve o problema, já que não seria legítimo obrigá-lo a sujeitar-se, em troca, a um julgamento vulnerado pela campanha de mídia deflagrada contra ele.

1.4 – *Sequestro de jurados*: A incomunicabilidade dos jurados está prevista no art. 466, §§ 1.° e 2.°, do CPP. Tal regra é geralmente interpretada de forma restritiva, como vedação de que os jurados conversem entre si sobre o objeto do julgamento, de modo que cada um não seja indevidamente influenciado pelos demais. Contudo, o fim visado pela norma, de assegurar que cada jurado decida guiado apenas por sua consciência, se realiza mais amplamente vedando-se não só a conversa entre os membros do conselho de sentença, mas também se impedindo contato com o mundo exterior no curso do julgamento, o que inclui proibição de leitura de jornais, de acesso à programação de rádio e televisão, Internet, de conversas telefônicas etc.

É evidente que essa proibição aumenta o sacrifício exigido daqueles que vão atuar no Tribunal de Júri, principalmente nos casos mais

26. A ideia é defendida por Geraldo Prado. Opinião pública e processo penal. *Boletim Legislativo Adcoas*, n. 30, ano 28. Rio de Janeiro, out. 1994, p. 852.

complexos, em que o julgamento pode se estender por vários dias. Mas a medida contribuiria para reduzir o impacto de eventuais campanhas midiáticas sobre o ânimo dos jurados, ao menos no curso do julgamento. Por outro lado, a concepção ampliada de incomunicabilidade (semelhante ao "sequestro" de jurados do direito norte-americano), ora defendida, não é idônea para impedir efeitos prejudiciais da publicidade negativa que tenha ocorrido entre a data do crime e a formação do conselho de sentença, quando têm início a participação dos jurados no processo e o julgamento propriamente dito.

O sequestro de jurados se insere assim no rol de medidas que não restringem a liberdade de expressão e que contribuem apenas parcialmente para a promoção do fim visado. Não demanda, ademais, mudança legislativa, pois está abarcado no conceito de "incomunicabilidade" já previsto na lei brasileira pertinente ao procedimento de júri.

1.5 – *Vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo*: O descompasso entre a verdade midiática e a verdade processual, analisado no item 3 supra, traz duas ordens de questões. A primeira refere-se à possibilidade de proibir a veiculação na mídia de provas produzidas pelo jornalismo investigativo. Tal medida restringe a liberdade de expressão e por isso será analisada no segundo grupo de soluções para a colisão estudada. A segunda é atinente à admissibilidade de inclusão no processo de provas produzidas pela mídia.

A princípio, tais provas podem ser classificadas como documentos. No processo de júri, as partes podem produzir provas documentais no plenário de julgamento, desde que tal intenção seja informada à parte contrária com pelo menos três dias úteis de antecedência (art. 479, e parágrafo único, do CPP).

Contudo, para que o juiz decida se determinado material jornalístico sobre o caso pode ser admitido como prova documental no processo, é preciso perquirir seu conteúdo. Se a prova for ilícita (por exemplo, a degravação de uma conversa telefônica interceptada ilicitamente), é evidente que sua juntada ao processo ou mesmo leitura no plenário deve ser indeferida, bastando para isso aplicar-se a regra constitucional da vedação da prova ilícita.

O mesmo ocorre se tratar-se de entrevista concedida pelo réu à imprensa, em que tenha admitido a autoria do crime ou outros fatos que o incriminem (e, por mais forte razão, no caso de gravação clandestina de confissão). Em razão do privilégio contra a autoincriminação, confis-

sões obtidas em interrogatórios informais, sem que o imputado esteja ciente de seu direito de permanecer calado e de se fazer acompanhar de advogado, não são admitidas. Por outro lado, se os direitos do réu forem observados, nada obsta que se dê valor probatório à confissão. Conclui-se que o ambiente de informalidade de uma entrevista jornalística não atende aos requisitos constitucionais, motivo pelo qual eventual confissão não pode ser inserida validamente no processo.

Assim, a primeira regra a ser observada é que o juiz presidente do Tribunal do Júri indefira a introdução de provas ilícitas. Além disso, nada obsta (antes recomenda) que o juiz indefira a apresentação de matéria jornalística que possa ser classificada como prejudicial ao réu (tal como definida no item 4 supra). Já agora não se está tratando de prova materialmente ilícita, mas sim de material jornalístico que veicule a "verdade midiática", a qual é essencialmente diversa da verdade construída sob o devido processo legal.

Dir-se-á que a apresentação desses documentos respeita a norma procedimental do art. 479 do CPP, que seu conteúdo será objeto de debate no plenário e que, por isso, indeferir sua leitura perante o Tribunal de Júri implicaria em cerceamento indevido do direito de prova. Não obstante, já se registrou aqui que o padrão jornalístico da cobertura de fatos criminais é simplificador, parcial, apresenta meras versões do fato como verdades inquestionáveis, não propicia o debate sobre as questões envolvidas, veicula opiniões de forma subliminar em matérias pretensamente informativas etc. Por outro lado, a instrução levada a efeito no plenário do Júri é concentrada e não proporciona aos jurados tempo para amadurecer as questões sobre as quais deve deliberar. Não se justifica assim que provas já submetidas ao debate das partes na fase inicial do procedimento de Júri e que serão repetidas em plenário tenham sua importância e visibilidade diminuída por um programa televisivo veiculado no plenário (como o Linha Direta, por exemplo) que, numa linguagem de fácil assimilação, reconstrua "os fatos a partir de um prisma acusatório".[27]

27. Toron, Alberto Zacharias , op. cit., p. 270. O autor propugna que programas como o Linha Direta tenham sua veiculação proibida antes do julgamento, principalmente nos casos de competência do Júri. Aqui se está defendendo apenas que o juiz não admita sua transmissão no julgamento, o que traz efeitos mais nocivos do que a mera veiculação na TV, pois ao introduzir o "Linha Direta" no processo, o juiz está avalizando as reconstituições do

De nada adianta sequestrar jurados para que não tenham contato com a publicidade opressiva que cerca o julgamento, e ainda instruí-los a respeito da necessidade de não julgarem com base em campanhas de mídia, se o material produzido pela imprensa é admitido no processo, prejudicando o sereno exame das provas que tenham sido produzidas sob o contraditório (pense-se no depoimento de uma testemunha editado pela televisão, em contraposição ao depoimento colhido sob as garantias do devido processo legal) e, pior do que isso, induzindo os jurados a acreditar que seu veredicto pode ser baseado no material jornalístico, já que inserido no processo.

Em resumo, ainda no campo das medidas que podem ser tomadas para reduzir ou neutralizar o impacto da cobertura jornalística prejudicial sobre os jurados, propugna-se que os juízes que presidem os Tribunais de Júri não admitam a introdução de documentos atinentes a reportagens produzidas sobre o caso e que possam ser classificadas como prejudiciais. Ademais, tudo que se disse sobre a não admissibilidade de prova ilícita ou prejudicial produzida pela mídia aplica-se aos processos de competência de juízes togados. O pleito de exclusão da prova deve ser dirigido de início ao juiz da causa. Nada obsta, contudo, em caso de não acolhimento por esse juiz, que a questão seja levada aos tribunais por meio de *habeas corpus*, ação constitucional adequada para se discutir todos os aspectos possíveis do direito ao julgamento justo criminal.

2.1 – *Ampliação do direito de resposta*: Passa-se à exposição das soluções possíveis para o conflito *free press* v. *fair trial* que implicam em restrições à liberdade de expressão, graduando-se da medida menos para a mais invasiva.

O direito de resposta é assegurado na Constituição Federal de 1988. No regime da antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) o direito de resposta podia ser utilizado para reparar violações a honra e imagem das pessoas retratadas, sempre que ficasse demonstrado que os fatos ou opiniões fossem ofensivos ou inverídicos. Contudo, mesmo antes do julgamento da ADPF 130, a doutrina já vinha defendendo a possibilidade de ampliar a disciplina do direito de resposta, a fim de tornar mais plural e democrático o acesso aos meios de comunicação. Seria possível flexibilizar a autonomia editorial dos veículos para viabilizar

crime produzidas pela televisão, sem respeito às formalidades processuais e muitas vezes inserindo dados fantasiosos como se fossem verdadeiros para reforçar a certeza de culpa do investigado ou réu.

a divulgação de versões de fatos e de opiniões divergentes das já publicadas, contribuindo-se assim para o acréscimo da qualidade do debate público.

Tal debate foi travado pelo STF no julgamento da ADPF 130, encerrado pelo Plenário em 30.04.2009. O objeto da referida ação era a declaração de inconstitucionalidade da Lei 5.250/1967, tendo a maioria dos Ministros votado pela não recepção integral da Lei, frente à Constituição Federal de 1988. Diante da preocupação do Min. Gilmar Mendes de que fosse preservada a disciplina legislativa do direito de resposta, a maioria da Corte entendeu que o exercício do direito de resposta, assegurado no art. 5.º, V, da CF/1988, não demanda intermediação legislativa. A norma já contém todos os elementos necessários à sua aplicação, sendo autoaplicável.

É importante ressaltar que o próprio Min. Gilmar Mendes reconheceu que o tratamento dado pela Lei 5.250/1967 ao direito de resposta era excessivamente restritivo, merecendo interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, para abarcar não apenas a possibilidade de refutação a expressões inexatas e inverídicas, mas também ofensivas. Os Ministros Carlos Ayres, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Peluso, expressamente, defenderam a possibilidade de o Judiciário garantir o exercício do direito de resposta sem necessidade de regramento legislativo.[28]

Vê-se, assim, que o recente julgamento da ADPF 130 dá respaldo à ideia aqui defendida de que é possível fazer uso do direito de resposta para resolver a colisão ora estudada. O juiz que conduz o processo criminal, provocado pela parte, pode determinar às empresas jornalísticas que abram espaço para novas abordagens, esclarecimentos e refutações a respeito das notícias veiculadas, sempre que fique demonstrado o caráter prejudicial da cobertura jornalística de determinado fato criminal. Trata-se de levar o contraditório do processo para a imprensa.

28. Na dicção do Min. Carlos Ayres Brito, trata-se de "direito que se manifesta como ação de replicar, ora para o efeito de simples retificação da matéria publicada, ora para o fim de centrado contradiscurso por parte daquele que se vê ofendido em sua subjetividade", p. 56. Já o Min. Lewandowski sustentou: "não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia a dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos", p. 103. O inteiro teor do julgamento da ADPF 130 está disponível no *site* www.stf.jus.br.

Ainda que seja desejável uma nova disciplina legislativa do direito de resposta, prevendo de forma expressa sua aplicação a casos de *trial by media*, tal medida pode ser adotada como resultado de ponderação judicial, desde que adequadamente justificada, atendendo-se o postulado da proporcionalidade. Ela é idônea para reequilibrar o tom do discurso prejudicial ao réu, eventualmente adotado no acompanhamento midiático de um caso criminal, podendo se mostrar eficaz para neutralizar a campanha de mídia que ponha em cheque o julgamento justo.

No que se refere à necessidade, o juiz deve demonstrar que, diante das circunstâncias do caso, medidas não intrusivas à liberdade de expressão não seriam aptas a atingir o fim desejado. A restrição imposta é reduzida, pois não cerceia o acesso à informação e não tem caráter censório. Apenas impõe à empresa jornalística que disponibilize espaço para publicação de falas que contrariem sua linha editorial. Deve ser observado ainda o requisito constitucional da "resposta proporcional ao agravo" (art. 5.º, V, da CF/1988). Seu texto deve ser pertinente ao caso, referir-se a aspectos da notícia danosa, e ocupar o mesmo espaço que aquela no jornal.

Finalmente, a restrição à liberdade de expressão é pequena, se comparada à relevância da realização do direito contraposto, qual seja, assegurar ao réu o julgamento justo. Ademais, é possível um prognóstico otimista, de que o uso do direito de resposta para casos de *trial by media* será recebido sem maiores traumas pela imprensa, dada a longevidade do instituto. Trata-se de medida de relativização da autonomia editorial das empresas de comunicação há muito incorporada à tradição jurídica brasileira.

Não obstante, é importante consignar que a utilização do direito de resposta para resolver a colisão *free press* v. *fair trial* pode ser adequada e profícua, mas eventualmente não suficiente, se a campanha de mídia contra determinado acusado for tão intensa que produza o efeito de irremediavelmente desacreditá-lo ou silenciá-lo. Esse "efeito silenciador do discurso"[29] é percebido quando eventualmente a imprensa abre espaço ao retratado para defender-se das acusações formuladas, mas o ambiente estabelecido é tão adverso em razão do tratamento dispensado aos fatos

29. Fiss, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

pela mídia em geral, que sua fala não é ouvida ou é imediatamente desqualificada.[30]

2.2 – *Restrição da publicidade do julgamento*: O princípio constitucional da publicidade dos processos judiciais está relacionado com o devido processo legal. Tanto no seu aspecto mais restrito (de dar a conhecer às partes o conteúdo do processo e de assegurar sua presença nas audiências), quanto no mais amplo (de permitir igual acesso ao público em geral), o princípio se consubstancia em garantia do julgamento justo. Além disso, a publicidade da atuação dos órgãos estatais é elemento da democracia. E, ainda que haja processos cujo objeto esteja afeto à vida privada dos indivíduos, os feitos criminais são por natureza de interesse da coletividade.

Contudo, a restrição à publicidade é possível para realizar outros valores constitucionais. Os arts 5.°, LX, e 93, IX, da CF/1988 autorizam que a restrição se faça por lei, sempre que o exigir a defesa da intimidade e o interesse social. Essa disciplina legislativa já existe e dá certa margem de discricionariedade ao juiz para decretar o sigilo em processos judiciais. Sem dúvida a matéria esta afeta ao poder de polícia exercido pelo juiz na condução do processo, o que não impede a impugnação pelas partes interessadas ou mesmo por empresas de comunicação de eventual decisão que restrinja a publicidade de determinado processo, ao argumento de que as razões invocadas não têm arrimo constitucional.

É perfeitamente possível que o juiz lance mão da restrição da publicidade para resolver a colisão entre a liberdade de expressão e o julgamento criminal justo e imparcial. A medida é invasiva, pois impedir acesso às fontes de informação indiscutivelmente cerceia a atividade dos profissionais da mídia (sem contar que tal medida atinge toda a coletividade, igualmente titular do direito de publicidade).

Sua idoneidade é ademais inferior do que a da ampliação do direito de resposta. Isso porque o sigilo da fonte reduz sua eficácia, pois eventuais vazamentos de informações não podem ser apurados pelo juiz e

30. Exemplo do fenômeno da exclusão dos réus do debate midiático sobre o processo, desqualificando-os como sujeitos aptos a dialogar, está no caso do assassinato do casal Richthofen. Entrevistas concedidas pelos réus Suzane Richthofen, Daniel e Cristian Cravinhos provocaram apenas o agravamento do ambiente de *trial by media* e tiveram inclusive graves efeitos processuais imediatos, quais sejam, as imediatas prisões de todos os acusados, que até então aguardavam o julgamento em liberdade.

eventualmente punidos. Além disso, canais oficiosos de informações não contribuem para ampliar a qualidade do debate sobre o caso (que seria propiciada pelo uso do direito de resposta). A falta de transparência na condução dos processos judiciais provoca ademais desconfiança da população a respeito do funcionamento da Justiça, circunstância que não pode ser menosprezada.

Assim, aplicando-se a proporcionalidade, não há dúvida de que a primeira solução propugnada dentre as que impõem restrição à liberdade de expressão é menos invasiva e mais idônea do que a adoção de decretação de sigilo no processo. Cabe a ressalva de que o princípio da publicidade não assegura a transmissão televisiva de audiências judiciais ou julgamentos de júri, dados os efeitos prejudiciais decorrentes. O conhecimento do público pode ser garantido por meios menos intrusivos e impactantes, considerada a necessidade de conduzir o processo em ambiente de serenidade e circunspecção.

2.3 – *Imposição de punições posteriores à publicação*: A doutrina classifica as restrições à liberdade de expressão em prévias e posteriores à emissão do discurso. Há certo consenso de que as medidas prévias, que impedem a veiculação da manifestação expressiva, violam mais gravemente as liberdades comunicativas, embora tal premissa não esteja isenta de questionamentos. No campo das punições posteriores, pode-se distinguir: (a) a reparação civil por danos provocados pelo discurso; e (b) a criminalização de condutas expressivas. Ambas encontram guarida na Constituição de 1988.

(a) O recurso à via indenizatória pode ser adequado para casos em que são atingidos direitos de personalidade, mas certamente não o é para resolver o conflito ora estudado. Uma vez proferido o veredicto condenatório em ambiente de *trial by media*, já não é possível demonstrar que a sentença foi motivada por razões estranhas ao processo e que a imparcialidade do juiz estava irremediavelmente comprometida.

Como já se sustentou, o dano se consubstancia na mácula ao procedimento, extraindo-se daí a injustiça do resultado. E mesmo que seja indenizável a perturbação do procedimento judicial de *per si*, não há dúvida de que a imposição de condenação criminal injusta deve ser a todo custo evitada. Ainda que os direitos de privacidade, honra e imagem sejam relevantes, sua violação e posterior reparação não põem em cheque o sistema tão gravemente quanto eventual falha do Estado em garantir que a condenação criminal seja precedida do julgamento

justo. Como ressaltado por Stephen Krause em passagem citada acima, o que está em jogo é a justiça (*fairness*) do funcionamento do Judiciário criminal.

(b) A criminalização de condutas expressivas não é novidade no direito brasileiro e se coaduna com a Constituição. Basta lembrar o recente caso *Ellwanger*, em que o STF avalizou previsão legislativa que tipifica o ato de escrever e publicar obras racistas. Isso sem considerar a ampla jurisprudência consolidada a respeito dos crimes contra a honra, praticados através da imprensa ou não.

Tal solução foge ao poder judicial de harmonizar os bens em conflito, pois exige a aprovação de lei que tipifique o crime de "publicação opressiva".[31] Seria possível adotar alguns parâmetros do *Contempt of Court Act* inglês já referido, buscando-se definir o que é a reportagem prejudicial (tendente a causar risco substancial ao julgamento), além da necessidade de fixar critérios temporais, se será exigida a intenção deliberada de influenciar o julgamento para caracterização do crime, se apenas uma inserção é suficiente ou não etc. As escolhas estão afetas ao legislador infraconstitucional.

Desnecessário ressaltar que leis incriminadoras devem ser precisas nas definições das condutas típicas, para nortear com segurança seus destinatários sobre as condutas proibidas. Ademais, lei limitadora de direito fundamental, como é a liberdade de expressão, está sujeita ao crivo de constitucionalidade, tanto no que se refere à adequação do texto, quanto a eventuais aplicações que ampliem indevidamente o alcance das restrições instituídas.[32]

31. Alberto Zacharias Toron registra que o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal apresentado por grupo de trabalho presidido pelo então Ministro da Justiça Paulo Brossard continha o crime de "publicidade opressiva", nos seguintes termos: "Art. 352. Fazer em jornal, rádio, televisão, ou qualquer outro meio de comunicação, antes da intercorrência da decisão definitiva em processo judicial, comentários, com o fim de constranger ou exercer pressão relativamente a declaração de testemunhas ou a decisão judicial. Pena: detenção de três meses a um ano". Apesar de considerar que o tipo mereceria reparos, o autor considera positiva a criminalização da conduta para resolver o problema do *trial by media*. TORON, Alberto Zacharias, op. cit. , p. 270-271.

32. Ver não só o caso *Ellwanger*, mas também o HC 83996/RJ, em que o STF trancou ação penal em que se imputava a prática de ato obsceno ao diretor teatral Gerald Thomas.

Bem construído o tipo, a lei incriminadora produz o efeito positivo de desestimular as campanhas midiáticas que possam privar o réu do direito de ser julgado sob as garantias do devido processo legal. Ademais, a garantia da tipicidade – que inexiste no campo das indenizações civis – e inclusive a cominação prévia de penas (pecuniárias ou de outras espécies) – acaba conferindo maior previsibilidade, no que tange às consequências financeiras suportadas pelas empresas, em caso de descumprimento do preceito.[33]

Finalmente, ainda na seara da produção legislativa, é possível a conjugação da criminalização com a imposição judicial de proibição de veiculação de reportagens sobre o caso, adotando-se solução semelhante a da lei que tipifica o racismo, que prevê, ao lado da pena de reclusão de dois a cinco anos, a possibilidade de apreender cautelarmente o material e, ainda, determinar a cessação de transmissões de rádio e TV, através das quais o agente esteja praticando o crime em questão (art. 20, § 1.º, da Lei 7.716/1989).

As ordens judiciais de proibição são compatíveis com o estatuto constitucional da liberdade de expressão no Brasil?

Inicialmente, considerando o amplo regime de proteção à liberdade de expressão consagrado na Constituição Federal de 1988, é preciso enfrentar o debate sobre a constitucionalidade de ordens judiciais de proibição no sistema brasileiro.

Uma análise superficial da ementa do acórdão, proferido pelo STF no julgamento da ADPF 130, poderia levar à falsa conclusão de que nossa Suprema Corte manifestou-se de forma conclusiva a respeito da impossibilidade de imposições de restrições prévias à liberdade de expressão para evitar lesão a direitos fundamentais contrapostos. De fato, tal impossibilidade reflete inequívoca tomada de posição do Ministro relator da ADPF 130, Carlos Ayres Brito, para quem a proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 à liberdade de expressão é quase absoluta. Em suas palavras:

33. Sem dúvida a aplicação das leis penais – apesar de serem consideradas mais gravosas que as civis – impõe a observância de garantias. Assim, o problema da falta de controle do sistema de responsabilidade posterior, pautado em indenizações civis que podem chegar a valores estratosféricos, inviabilizando o próprio funcionamento da empresa jornalística, não se põe da mesma forma quanto às punições penais das manifestações expressivas.

"A Constituição (art. 220 e 5.º) primeiramente assegura o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana" (p. 45).

Carlos Ayres chega a sustentar que o exercício da liberdade de expressão "paralisa" a inviolabilidade de direitos subjetivos fundamentais contrapostos. Defende ademais que somente são compatíveis com a Constituição Federal de 1988 eventuais restrições à liberdade de expressão expressamente previstas no texto.[34]

Contudo, tal posição não é compartilhada pelos demais Ministros. A maioria fez ressalvas à fundamentação expendida no voto do relator para afirmar que o sistema constitucional brasileiro não se coaduna com a existência de direitos absolutos que prevaleçam sobre os demais em qualquer hipótese. Nesse sentido, pode-se destacar, de forma exemplificativa apenas, os seguintes trechos dos votos dos Ministros Cezar Peluso e Ellen Gracie:

"(...) além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia

34. As posições do Min. Carlos Ayres Brito se apoiam numa certa glamourização do papel da imprensa, a qual é retratada como "instância por excelência do pensamento crítico ou emancipatório" a "pedagogicamente introjetar no público em geral todo apreço pelo valor da verdade como categoria objetivamente demonstrável, o que termina por forçar a imprensa mesma a informar em plenitude e com o máximo de fidedignidade", p. 30. A crença de que a imprensa está sempre comprometida com o valor verdade e de que não deve se sujeitar a qualquer controle foi objeto de debate no julgamento, destacando-se o voto do Min. Carlos Direito, que ressaltou o risco de haver instâncias de poder incontrastável em um Estado democrático: "(...) quanto mais forte a instituição, mais frágil se torna. Por que? Porque estimula a arrogância e enaltece o arbítrio e a sensação de permanente acerto. Isso me leva à compreensão de que só existe garantia de preservação institucional quando um sistema de freios e contrapesos é posto num mesmo patamar de proteção de tal modo que sejamos capazes de identificar limites. Limites são sempre esteio da convivência social, como apanágio mesmo da tolerância e da capacidade humana de superar o absoluto que não é compatível com a natureza mesma das sociedades democráticas. Nenhuma instituição pode arrogar-se em deter o absoluto, a vedação inconsequente de encontrar o seu espaço de agir desrespeitando o espaço de agir de outras instituições", p. 92.

conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unímoda. Quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, evidentemente, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais que constam do *caput* do art. 220, do § 1.º, e das outras normas a que se remete, como estabelece que se trata de uma plenitude atuante nos limites conceitual-constitucionais. Noutras palavras, a liberdade de imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segundo as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana" (p. 123).

"(...) não enxergo, com a devida vênia, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais. Entendo, com todo o respeito e admiração à visão exposta pelo eminente ministro relator, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, um 'estado de momentânea paralisia' para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A ideia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Exa., representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício" (p. 127-128).

A questão sobre a possibilidade de ordem judicial inibitória de veiculação de determinada matéria jornalística foi debatida de forma mais específica no STF na MC em Rcl 9428, julgada pelo Plenário em 09.12.2009. O episódio envolveu a proibição judicial da divulgação de dados de caráter privado de Fernando Sarney, extraídos de processo judicial que corria em segredo de justiça, pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, tendo a empresa jornalística apresentado reclamação ao STF afirmando que a ordem inibitória do TJDF atentava contra o acórdão proferido na ADPF 130. A Suprema Corte decidiu, por maioria, não conhecer da Reclamação.

O voto condutor do Min. Cezar Peluso afirmou que a impossibilidade de medidas judiciais inibitórias no sistema constitucional brasileiro não foi consenso no julgamento da ADPF 130, mas apenas refletiu a opinião pessoal do Min. Carlos Ayres. Sustentou, ainda, que o fato de a Lei 5.250/1967 não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 não obstaria que um juiz, ao apreciar um caso concreto de ponderação de direitos, proibisse a veiculação de determinada matéria jornalística. A hipótese sob exame envolvia a divulgação de conversas telefônicas interceptadas com autorização judicial. Assim, o que estava em jogo era o sigilo imposto pela Lei 9.296/1996 e a efetividade da decisão judicial que impôs segredo de justiça na tramitação do processo. Em nenhum momento o juiz teria aplicado a Lei 5.250/1967, contrariando assim decisão do STF ou usurpando sua competência. Ressalvando que a via eleita pela empresa jornalística não seria adequada para avaliar a correição da decisão liminar atacada, o Min. Peluso votou pela extinção da Reclamação sem exame do mérito.

O Min. Carlos Ayres divergiu do relator, tendo sido acompanhado por Cármen Lúcia e Celso de Mello, sustentando que o acolhimento da ADPF 130 tinha o efeito pretendido pelo Estado de São Paulo, de impedir a chamada censura judicial, ou seja, diante da não recepção da Lei 5.250/1967 pela Constituição Federal de 1988, já não subsistiria nenhum diploma legal que amparasse ordens inibitórias como a que foi expedida pela Justiça do Distrito Federal. A maioria, contudo, acompanhou o voto do Min. Peluso, tendo sido arquivada a Reclamação. Importante destacar o voto do Min. Gilmar Mendes, segundo o qual a proibição em tese de deferimento de medidas liminares inibitórias contraria a tutela judicial efetiva, assegurada no art. 5.º, XXXV, da CF/1988.

Vê-se assim que, considerando as mais recentes manifestações do Plenário do STF, não prevalece até aqui o entendimento de total incompatibilidade entre eventuais ordens judiciais de proibição de veiculação de matérias jornalísticas e a Constituição Federal de 1988. Há espaço, portanto, para discutir-se a adequação de tal medida para solucionar a colisão *free press* v. *fair trial* no direito brasileiro.

2.4 – *Ordem judicial de proibição de divulgação de provas ilícitas*: A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo é regra constitucional, não suscetível portanto de ponderação com o interesse público na persecução penal. A discussão que se propõe é se tal regra constitucional impede a veiculação na mídia do conteúdo das provas ilícitas. A resposta pode partir da classificação entre as provas materialmente ilícitas (que

atinjam direitos fundamentais, como a interceptação telefônica ilícita, a violação de correspondência particular, a extração de depoimento mediante tortura) e as que sejam formalmente ilícitas (por não terem sido produzidas com respeito às garantias do devido processo legal).

Aqui o problema se refere apenas à primeira categoria. Por exemplo, uma testemunha do fato criminoso que dê uma entrevista sob a garantia de não ter seu nome revelado não pode ter seu depoimento inserido no processo (violação do contraditório na produção da prova), mas tal prova não é materialmente ilícita.

Pode-se argumentar que o art. 5.°, LVI, da CF/1988, proíbe que tais provas sejam introduzidas no processo, não se referindo, portanto, à sua veiculação nos meios de comunicação. Contudo, não resta dúvida de que a divulgação de provas ilícitas pode ser judicialmente obstada. Além de estar em jogo o direito ao julgamento criminal justo, pois os juízes togados e leigos terão acesso ao conteúdo da prova ilícita e isso pode influenciar sua convicção, também restariam violados os direitos fundamentais atingidos pelo material ilícito (notadamente a privacidade, no caso de gravações de conversas privadas, não autorizadas pelo interlocutor).

Esse debate foi travado no STF na MC em Pet 2702/RJ, precedente que envolveu a divulgação pelos jornais da transcrição de fitas contendo conversas telefônicas do então Governador Anthony Garotinho. O TJRJ proibiu a veiculação do conteúdo das fitas pelos jornais. E o STF manteve a decisão, por não considerá-la flagrantemente inconstitucional. A alegação da empresa de comunicação no sentido de que a vedação de prova ilícita não obsta sua divulgação na imprensa não sensibilizou o STF. Apenas o Min. Marco Aurélio votou no sentido de que sua veiculação não poderia ser proibida por ordem judicial. Os demais, acompanhando o Min. Sepúlveda Pertence, entenderam que o direito de privacidade do Governador deveria ser protegido (mesmo se tratando de pessoa pública, que as conversas se referissem ao exercício da função pública, e que os fatos tenham ocorrido durante campanha eleitoral para a Presidência da República, na qual Garotinho era um dos candidatos).

Note-se que o caso não envolvia processo criminal instaurado contra o Governador, pertinente ao material produzido pela imprensa. Assim, não foi discutido o risco de a divulgação influenciar indevidamente juiz criminal que estivesse apurando os fatos relacionados à conversa interceptada. Eventual colisão entre a liberdade de expressão e o direito ao

julgamento justo que envolva a produção e veiculação pela mídia de provas materialmente ilícitas deve ser resolvida aplicando-se o primeiro parâmetro geral de ponderação sugerido por Ana Paula de Barcellos, de que as regras têm preferência sobre os princípios.

Nesse caso, a proibição judicial de veiculação da matéria jornalística é idônea para a realização do fim propugnado, sendo que nenhuma outra medida até aqui sugerida seria apta para impedir o acesso do juiz ou dos jurados à reportagem nociva, ficando assim atendido o requisito da inexistência de meio menos intrusivo. Finalmente, o fim visado de proporcionar ao réu o julgamento justo, pautado em provas lícitas produzidas no processo, justifica a adoção de medidas proibitivas que atingissem exclusivamente as manifestações expressivas que veiculassem o material ilícito.

2.6 – *Ordem judicial de proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento*: A última solução sugerida para resolver o conflito *free press* v. *fair trial* é o deferimento de medida liminar pelo juiz criminal (ou pelo tribunal, em sede de *habeas corpus*), determinando que certo veículo, eventualmente engajado em campanha de mídia contra o réu na pendência do julgamento, se abstenha de publicar notícias a respeito do fato até que o processo esteja terminado.

Na linha dos debates travados no STF acima destacados, é possível defender a compatibilidade de tal com a Constituição Federal de 1988, uma vez que a proscrição da censura pelo art. 220, § 2.°, da CF/1988 não impede ordens judiciais que proíbam previamente a veiculação de determinada expressão reputada lesiva a outros direitos fundamentais, de modo a protegê-los cautelarmente, antes que se consuma a violação. Entendimento diverso levaria à supressão do direito constitucional à tutela judicial efetiva, consagrado no art. 5.°, XXXV, da CF/1988. A adoção exclusiva do sistema de responsabilização posterior não é apta ademais a proteger de forma eficaz direito lesado que, por sua natureza, não seja passível de restauração pela via indenizatória. Nessas situações seria inconcebível que o Judiciário não pudesse lançar mão de formas preventivas e imediatas de tutela.

Por outro lado, as ordens judiciais de proibição produzem efeitos materialmente idênticos às tradicionais medidas administrativas de censura prévia, pois vedam que determinada mensagem seja veiculada no mercado de ideias. Natural, portanto, que sejam objeto de desconfiança e carreguem, para muitos, a pecha de inconstitucionais. A aferição da vali-

dade de medidas judiciais que interceptem manifestações expressivas, impedindo sua publicação, deve ser feita partindo-se da premissa de que os dispositivos constitucionais que proíbem a censura veiculam duas normas: a "regra" de proibição da censura, concebida como sujeição do discurso a sistemas administrativos de controle prévio, na sua acepção mais restrita, portanto; e o "princípio" da proibição da censura, entendido aqui como comando de otimização norteador da atividade judicial de resolução de colisões da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais.[35]

Tal medida, portanto, deve ser aplicada pelo juiz como *ultima ratio*. Assim, é preciso que as soluções alternativas propugnadas acima (reconhecidamente menos invasivas) sejam motivadamente descartadas para que se sustente a decisão proibitiva. Observe-se ainda que, para a

35. Utiliza-se aqui a categorização proposta por Jónatas Machado. O autor português inicialmente registra a existência de um conceito extrajurídico da censura, ao lado do jurídico. A dimensão não jurídica "tem por objectivo estabelecer uma ligação automática e instantânea entre a verificação das violações à liberdade de expressão em sentido amplo e a activação de um sistema de alarme político e emocional, de forte ressonância social". Em sua dimensão jurídica, o autor vislumbra duas possibilidades de conceitualização do princípio da proibição da censura: (a). um conceito restritivo, "utilizado para designar as violações da liberdade de expressão ocorridas através da sujeição dos conteúdos expressivos a um controlo prévio por parte de uma autoridade pública, geralmente de natureza político-administrativa"; (b) um conceito amplo e material de censura, que abarca "todas as violações à liberdade de expressão que não tenham por fundamento uma ponderação e harmonização de bens realizada de maneira constitucionalmente saudável, à margem de critérios políticos e orientada pela igual liberdade dos cidadãos", sejam elas restrições prévias ou posteriores. Isso porque, "mais importante do que distinguir conceitualmente entre censura, restrição ou violação das liberdades comunicativas, é identificar, de forma constitucionalmente correcta, os valores com base nos quais é legítimo, ou não, proceder à restrição e quais os limites formais e materiais que a Constituição impõe a essas mesmas restrições" (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 490-491). Registre-se apenas que o conceito amplo de censura explicitado pelo autor se refere a qualquer restrição à liberdade de expressão, seja prévia ou posterior, imposta por ato administrativo, lei ou decisão judicial, provisória ou definitiva. No presente texto, a análise está centrada nas balizas constitucionais das restrições prévias ou posteriores impostas pelo juiz com o fim de proteger outros direitos fundamentais potencialmente colidentes.

realização dos fins visados, é suficiente que a proibição perdure apenas até o fim do julgamento (ou ainda até a seleção e sequestro de jurados), afetando apenas a possibilidade de divulgação contemporânea de fatos e opiniões. De todo modo, fica sacrificada a atualidade da cobertura jornalística, de inegável interesse da coletividade.

No caso *Nebraska* v. *Stuart*, referido acima, a Suprema Corte norte-americana não afirmou peremptoriamente a inadmissibilidade de ordens de *prior restraint* quando o direito contraposto à liberdade de expressão fosse o *fair trial*, muito embora seja forçoso reconhecer que, se a Corte não considerou justificada a *injuction* nas circunstâncias que envolveram o *Nebraska*, dificilmente o faria em outros casos de publicidade opressiva de julgamentos criminais.[36]

De todo o modo, o *standard* cunhado pela Corte, para aferir a constitucionalidade de medidas de restrição prévia para essa colisão específica, pode servir de parâmetro no presente estudo, pois de certa forma incorpora as exigências do postulado da proporcionalidade. O *Nebraska test* possui três etapas, conforme já explicitado acima: (a) é preciso determinar a natureza e extensão da cobertura jornalística dada ao fato e que antecede o julgamento (portanto aferir se há uma campanha de mídia contra o réu tendente a prejudicar a imparcialidade do julgamento); (b) verificar se outras medidas poderiam mitigar os efeitos da irrestrita publicidade que cerca o julgamento (se há medidas idôneas para alcançar o fim menos restritivas do que a *prior restraint*; (c) como efetivamente a ordem restritiva pode operar para prevenir o perigo de que o réu seja privado de um julgamento justo (ou seja, se a medida é idônea).

A Suprema Corte estatuiu ainda que a ordem restritiva deve ser vazada em termos precisos. A vagueza do texto (*vagueness*) invalida leis ou ordens judiciais que restrinjam direitos fundamentais, pois pode gerar insegurança e perplexidade nos destinatários da norma ou da decisão, com o risco de tolher condutas legítimas.[37]

36. Isso porque o ambiente de *trial by media* estava evidenciado, a decisão judicial de *prior restraint* era bastante restrita, alcançando apenas publicações sobre a existência de confissões feitas pelo acusado a policiais e a terceiros (excluídas confissões feitas a jornalistas) e de fatos que implicassem fortemente o acusado, e vigoraria apenas até que os jurados fossem selecionados e sequestrados.

37. Ao lado do conceito de *vagueness*, os atos restritivos à liberdade de expressão podem ser invalidados por *overbreadth*, quando abrangem indevidamente

Também no ordenamento brasileiro a decisão que impuser a proibição deve: (a) demonstrar a ocorrência de campanha de mídia propugnando a condenação do réu que ponha em risco o julgamento criminal justo e imparcial; (b) discorrer sobre a estrita necessidade e idoneidade da medida, esclarecendo o porquê de providências alternativas não serem suficientes para alcançar o fim almejado; (c) estabelecer em termos claros e precisos quais são as condutas expressivas vedadas, bem como quais os destinatários da ordem proibitiva.[38-39]

expressões legítimas além das que justificariam em tese sua edição. Em recente exemplo ocorrido no Brasil, decisão do TJSP que bloqueou o acesso do público ao *site* de vídeos *youtube* atingiu de forma indevida não apenas o vídeo que alegadamente violava direito de personalidade da apresentadora de televisão Daniela Cicarelli (que fora clandestinamente filmada em uma praia da Espanha mantendo relações sexuais com seu namorado), mas todo o conteúdo do *site*, num exemplo de decisão viciada por *overbreadth*. A restrição imposta à liberdade de expressão não respeitou a exigência da necessidade, no que tange às manifestações expressivas lícitas atingidas, portanto não passaria no teste da proporcionalidade.

38. Pode-se discutir se a medida deve ser endereçada a todos os veículos ou apenas àqueles que estiverem engajados na campanha midiática. Se o conteúdo da proibição estiver bem delimitado, de modo a alcançar apenas as inserções prejudiciais ao réu, é interessante que a medida atinja todas as empresas de comunicação (como ocorreu no caso Nebraska). Isso porque uma ordem direcionada para algumas delas pode ser invalidada por quebra à isonomia. Como observa Jónatas Machado (op. cit., p. 489), o princípio da igualdade atua para impedir a censura, pois o governo não pode controlar seletivamente o conteúdo de algumas manifestações, tolerando outras. Assim, uma decisão proibitiva que alcance todos os veículos, embora aparentemente mais gravosa, será ao menos isonômica e possivelmente mais idônea para debelar a situação de trial by media que a justificou. Isso porque o impacto da ordem sobre a imprensa em geral poderia causar reações negativas de hostilidade ao réu, gerando a necessidade de várias intervenções localizadas, o que aumentaria o conflito e reduziria a eficiência da medida.

39. Os *standards* ora sugeridos também não diferem essencialmente dos estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em *Sunday Times* v. *United Kingdom*. Nesse julgamento, o Tribunal Europeu não negou peremptoriamente a possibilidade da adoção de medidas de *prior restraint*, justificada sob o art. 10.2 da Convenção. No caso, o a ordem de *contempt* aplicada pela justiça inglesa foi invalidada: (a) por ter sido considerada excessivamente ampla; (b) por não ter ficado evidenciada sua idoneidade, bem como pela violação da isonomia (pois fora dirigida apenas a um veículo, num ambiente

Não se faz necessária previsão legislativa para que os juízes possam impor medidas proibitivas nessa matéria, a fim de harmonizar os direitos constitucionais colidentes. O não acolhimento da decisão judicial restritiva pode ensejar a aplicação de multa cominatória (previamente fixada pelo juiz), podendo configurar ainda crime de desobediência.

Em breve síntese, há um cardápio de medidas que podem ser adotadas pelo juiz para solucionar a colisão dos direitos fundamentais analisada nesse trabalho. Todas elas compatíveis com o ordenamento constitucional brasileiro, o qual não confere à liberdade de expressão proteção absoluta ou preferencial em abstrato, e que, por outro lado, assegura, sob a Constituição Federal de 1988, como nunca antes na história do país, proteção ampla às garantias do devido processo legal. Assim, até mesmo as medidas judiciais preventivas são admissíveis, desde que adequadamente justificadas, sob o postulado da proporcionalidade.

O importante é que a doutrina e jurisprudência nacionais passem a reconhecer o *trial by media* como uma típica situação de colisão de direitos fundamentais. Estabelecida essa premissa teórica, abre-se o caminho para que sejam discutidas as soluções adequadas para a realização dos direitos constitucionais colidentes. O presente trabalho pretendeu apenas contribuir para essa relevante discussão.

de amplo debate público sobre o caso); (c) pelo fato de o artigo jornalístico vedado estar redigido em termos moderados; (d) pelo fato de a causa objeto da notícia estar em fase de costura de acordo entre as partes, ainda que sob supervisão judicial, não se encontrando ainda sob julgamento *stricto sensu*.

51975

1
O protagonismo das vítimas de violência doméstica e familiar

MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES

Coordenadora do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM e dos Projetos Maria, Maria e Promotoras Legais Populares – União de Mulheres de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo comenta sobre o tratamento dado à vítima no processo penal nos casos de violência doméstica contra as mulheres, considerando a implementação da Lei 11.340/2006, conhecida como a *Lei Maria da Penha*. Propõe que as vítimas sejam protagonistas da denúncia, com garantia de exercer o direito de falarem e serem ouvidas, devidamente orientadas para que se consiga a interrupção da violência.

PALAVRAS-CHAVE: Vítima – Violência doméstica – Gênero – Direitos humanos das mulheres – Medidas protetivas.

ABSTRACT: The article addresses the treatment given to victims of domestic violence in the criminal proceeding, taking into account the implementation of Law 11.340/2006 also known as *Maria da Penha* law, which proposes that victims themselves press charges against the abuser, are given the right to talk, to be heard and also be properly advised so that violence can be interrupted.

KEYWORDS: Victim – Domestic violence – Gender – Women's human rights – Protective measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Violência contra as mulheres e direitos humanos – 3. Violência e discriminação mantêm as desigualdades entre os sexos – 4. A vítima de violência doméstica e familiar – 5. As consequências da falta de credibilidade na palavra da vítima – 6. Conceito e a dificuldade de seu reconhecimento – 7. A Lei *Maria da Penha* e o protagonismo das vítimas – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

A voz libertária é caracterizada pela oposição, pela resistência. Exige novos paradigmas que nós aprendemos ao conversar, ao ouvir, ao escutar de uma nova maneira as vítimas de violências

(*Violence, Silence and Anger. Women's Writing as Transgreession.* The University Press of Virginia, 1995).

1. Introdução

Quando empregamos o termo violência, referimo-nos a práticas de determinados grupos ou segmentos que forçam outros à submissão com o fim de explorar, oprimir, dominar e controlar a ponto de impedir o exercício da manifestação da vontade e da autonomia por parte dos que estão ou são dominados. Tais práticas tolhem a capacidade de grupos/segmentos serem sujeitos de direitos, manifestarem e realizarem desejos, construírem perspectivas. Obstaculizam e criam fortes empecilhos para que diversos segmentos se tornem protagonistas de sua própria trajetória, com condições de exercer cidadania plena e digna. Ressalta-se ainda que ações violentas dessa envergadura são estrategicamente preestabelecidas, implementadas por meio de uma conjunção e articulação de fatores estruturais de uma determinada sociedade. Há várias formas de violência e neste texto destacamos a violência de gênero e a necessidade de se ouvir a vítima para interromper, reduzir e erradicar as relações violentas entre homens e mulheres. Gênero aqui significa a construção social dos sexos, que tem se dado, ao longo da história, de maneira desigual, o que resulta em injustiça, opressão e discriminação/violência. Reafirmamos que a violência é construída: aprende-se a ser agressor e a ser vítima. A atenção às vítimas faz parte de políticas públicas de empoderamento das mulheres e de acesso à justiça.

2. Violência contra as mulheres e direitos humanos

Violência é tema, portanto, atual, presente em agendas sociais, políticas e nos estudos acadêmicos. São ceifadas milhares de vidas humanas a cada ano no mundo (1.600.000 pessoas são mortas de forma violenta),[1] outras milhares, mutiladas e se tornam inválidas, outras têm suas vidas prejudicadas pois, cada pessoa que morre ou é atingida pela violência

1. Relatório mundial de saúde. Organização Mundial de Saúde. 2006. Citado em *Violência doméstica*, de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti. Salvador, 2008.

deixa outras marcadas física ou psicologicamente, com vários problemas emocionais e afetivos, sexuais, mentais, econômicos e sociais.

Só quando são reconhecidos os direitos humanos, como limitador do poder do estado e como garantia de direitos individuais e coletivos, o que ocorre a partir do século XIX, é que se cria a possibilidade de pautar a violência e seu enfrentamento na agenda política. Ao ser reconhecido o problema social, coloca-se como necessidade premente a sua erradicação ou redução como desafio a ser enfrentado politicamente em tôdas as suas formas, seja a violência social, urbana, rural, política, étnico-racial, de gênero, religiosa e tantas outras nos mais distintos contextos sócio-culturais. No caso da população feminina, somente quando são reconhecidos os direitos humanos das mulheres, na última década do século XX (1993, Viena),[2] é que, de um modo geral se tomam iniciativas públicas de enfrentamento da violência de gênero, especialmente da violência doméstica e familiar.

A violência contra as mulheres gera outras violências. A primeira violência, que o ser humano conhece e com a qual terá que lidar, é a violência contra as mulheres, sejam as mães, companheiras ou esposas, tias, avós, irmãs ou primas. Muitas vezes, as crianças já sentem esta violência antes mesmo de nascer quando suas mães ainda estão grávidas. A reprodução da violência é de tal forma reiterada que é tratada como um fenômeno natural. É um problema que ocorre em todas as partes do mundo devido à discriminação e violência contra as mulheres, sem fronteiras sociais, de classes, raça/etnia. Segundo a definição da Organização das Nações Unidas (ONU) ocorre "a violência contra uma mulher apenas porque ela é mulher" atingindo as mulheres "desproporcionalmente".[3] As cifras que revelam a realidade feminina são alarmantes. 70% dos mais pobres do mundo são mulheres. Há aproximadamente, 120 milhões de mulheres que sofreram mutilação do clitóris; o que as impede de usufruírem o direito ao prazer sexual; recebem salários menores do

2. A Conferência Mundial de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), realizada em Viena, Áustria, em junho de 1993, aprovou a Declaração que traz em seu art. 18 que "os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais" (PANDJIARJIAN, Valéria. In: MORAES, Maria Lygia Quartim de; NAVES, Rubens. *Advocacia* pro bono. *Em defesa da mulher vítima de violência.* São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 77).

3. United Nations, 2006, p. 11. Observatório da Lei Maria da Penha. Cadernos do Observe, n. 1, Salvador, ago. 2010.

que os homens quando exercem função igual, estão sub-representadas na política. Se são negras ou de etnias não brancas são ainda mais discriminadas, são tratadas, com mais intensidade, como objeto sexual e recebem salários ainda menores do que as brancas além de trabalharem em condições de maior precariedade. O Relatório da Saúde da Mulher, com dados coletados no período de 2003 a 2006, publicado em 2007 pelo Ministério da Saúde, aponta as três primeiras causas de morte de mulheres em idade fértil, compreendida entre 15 a 45 anos de idade: (1) Acidente Vascular Cerebral (AVC); (2) Aids ; (3) Homicídio.[4] Diz o documento:

"As estatísticas sobre mortalidade são bastante utilizadas para a análise das condições de saúde das populações. É importante considerar o fato de que determinados problemas afetam de maneira distinta homens e mulheres. Isso se apresenta de maneira marcante no *caso da violência*. Enquanto a mortalidade por violência afeta os homens em grandes proporções, *a morbidade, especialmente provocada pela violência doméstica e sexual, atinge prioritariamente a população feminina*. Também no caso dos problemas de saúde associados ao exercício da sexualidade, as mulheres estão particularmente afetadas e, pela particularidade biológica, têm como complicação a transmissão vertical de doenças como a sífilis e o vírus HIV, a mortalidade materna e os problemas de morbidade ainda pouco estudados. (...) as mudanças de hábito, aliadas ao estresse gerado pelo estilo de vida do mundo moderno contribuem para que as doenças crônico-degenerativas estejam entre as principais causas de morte na população feminina. Tipo de alimentação, sedentarismo, tabagismo, sobrecarga de responsabilidades (como o aumento considerável do número de mulheres chefes de família), competitividade e assédio moral e sexual no mundo do trabalho são fatores com relevância destacada na mudança do perfil epidemiológico da saúde das mulheres" (grifo nosso).

A sociedade brasileira se forjou às custas da exploração de mulheres e homens, que geraram mais valia nos setores da economia, seja na atividade laboral diretamente vinculada à produção ou nas atividades de infraestrutura, como o trabalho doméstico e os cuidados com crianças, doentes e pessoas velhas. No entanto, as mulheres foram sempre mais injustiçadas, desvalorizadas e relegadas ao esquecimento

4. Relatório de gestão 2003 à 2006: Política :Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher. Ministério da Saúde, 2007, p. 9, 10 e 20.

pela história oficial. São características marcantes de nossa sociedade a conduta baseada no preconceito, na discriminação, na violência e na invisibilidade das mulheres. Por pertencerem ao sexo feminino, ou seja, pelo simples fato de serem *mulheres*, são alvo de desvalorização o que gera a violência contra a mulher e sua banalização. Os movimentos de mulheres e feministas criaram a expressão *violência contra a mulher ou violência contra as mulheres* buscando o reconhecimento, a identificação e o enfrentamento de um conjunto de práticas violentas contra as mulheres para subjugá-las ao poder masculino e impedindo – as de exercer dignamente a cidadania.

A violência contra as mulheres se constrói, ao longo da história, com base na ideia ou na ideologia de que as diferenças biológicas são as responsáveis pelas desigualdades sociais e de injustiça. Mas na realidade, as diferenças biológicas existem e, ao serem respeitadas, fazem com que cada pessoa, seja individualmente original e única. Em hipótese alguma podem ser usadas para justificar as desigualdades econômicas e sociais. Estas são criadas por meio de processos históricos, encabeçados por interesses de grupos que transformam as relações sociais conforme suas ambições políticas e econômicas, em prejuízo da maioria, colocando as pessoas na condição de "massa", homogeneizada, sem rosto, sem voz e sem vontade. Para justificar as arbitrariedades cometidas em nome do poder, naturaliza-se a violência latente ou explícita nestas relações.

3. Violência e discriminação mantêm as desigualdades entre os sexos

A violência sobrepõe todas as formas de opressão a que estão submetidas as mulheres. Encontra-se na esfera privada e pública e expressa o limite extremo da dominação masculina. O funcionamento da sociedade permite a tolerância aos atos violentos contra as mulheres, pois, a existência deles não é ignorada no contexto sócio – político em que vivemos. A exploração da força de trabalho de reprodução e produção das mulheres sustenta a hierarquia social masculina. A manutenção das mulheres num patamar de inferioridade permite o controle do sistema econômico e político de exploração e opressão, pois tolhe seu potencial de resistência, de ação e de decisão.

A violência reforça e reitera a discriminação contra as mulheres e as colocam em condição de subalternidade em diversas áreas da vida, levando a receberem menores salários do que os homens e terem muito menos oportunidades de terem acesso a espaços de poder e decisão.

Dados dos estudos sobre "Demografia e Gênero"[5] mostram que 46,7% das mulheres, em 2007, participavam do mercado de trabalho, o que, certamente, deve ter aumentado a renda familiar, mas mesmo assim, os homens ainda não compartilham das atividades domésticas. 89,7% das mulheres que trabalham fora, também fazem o trabalho doméstico. Outra questão apresentada é que apesar das transformações na estrutura familiar, esta ainda se mantém discriminando as mulheres, sobrecarregando e isolando-as, o que fez com que os analistas concluíssem que a família é "a esfera social mais refratária e resistente em direção à igualdade entre mulheres e homens". Isto resulta numa parcela significativa impedida de ter uma efetiva participação social e política que são as mulheres.

4. A VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A violência doméstica e familiar contra a mulher ocorre em relações íntimas de afeto onde a vítima ou a ofendida conhece o agressor, muitas convivem com ele e mantém com ele relações de amor, de amizade.

No âmbito das relações individuais, ainda que seja um problema social, as práticas violentas se tornaram ainda mais invisíveis devido à separação simbólica dos espaços público e privado como também ao fato de que suas principais vítimas são segmentos desvalorizados socialmente, como as mulheres, crianças, pessoas idosas e deficientes. Aceita–se o fato, generalizando as causas como se fossem unicamente advindas de patologias, desvios de conduta ou ainda devido ao uso de drogas. Dessa forma diluem-se as responsabilidades e mais nebulosas ainda se tornam as estratégias para enfrentar o problema, imobiliza-se a sociedade e a afasta de ações de identificação e erradicação da violência. Quando falamos de vítimas, não estamos retirando a condição de "sujeito" das pessoas que encontram-se com os seus direitos violados. Mas sim, ressaltamos a sua condição de pessoa titular e sujeito de direitos que, ao ser *vítima de violência*, sofre violações dos seus direitos fundamentais. As pessoas vítimas trazem danos físicos, psíquicos e sociais. A violência contra as mulheres torna-se ainda mais complexa e contraditória quando os agressores são homens com os quais as mulheres se relacionam afetiva e sexualmente. Os autores, nestes casos, conhecem bem as vítimas e seus pontos mais vulneráveis. Dominam a situação e sabem como e onde ameaçá-las, como espancá-las, humilhá-las e cometer outras práticas de

5. Estudos "Demografia e Gênero", primeiras análises do PNAD 2007 feitas pelo Ipea.

agressão e de lesão. É importante também destacar que a violência é fruto de um processo de aprendizagem: tanto se aprende a ser agressor (a) como a ser agredida (o). Autor e vítima convivem, em muitas situações, por longos anos, sob o mesmo teto. Ao empregar a expressão *vítimas*, não o fazemos de maneira tranquila. É uma questão polêmica.

A expressão *vítima* incomoda, de uma certa forma, os movimentos feministas, na medida que, a vítima pode ser estigmatizada, tratada como uma pessoa incapaz de exercer com autonomia e discernimento ações e atitudes. A estigmatização da vítima pode impedí-la de tomar decisões com independência e lucidez. O feminismo aposta na afirmação e capacidade das mulheres, tanto no âmbito pessoal como no coletivo, para exercer plenamente seus direitos assim como o direito a obter justiça e o direito de participar, opinar e construir espaços de diálogos. O Direito não pode ser utilizado para manter a assimetria das relações sociais entre mulheres e homens. Reivindicamos do Direito a proteção das mulheres como pessoa humana de forma a assegurar seu acesso à justiça com dignidade.

5. As consequências da falta de credibilidade na palavra da vítima

No caso das mulheres *vítimas de situações de violência* ainda há mais um risco iminente de ela ser transformada em ré. É comum dizer que "a mulher gosta de apanhar", de que "ele não sabe porque bateu mas ela sabe porque apanhou", se ela " foi atrás dele, então estava procurando". A culpada pode ser uma mulher, uma *maria chuteira*, uma garota de programa, uma adúltera, uma mãe que quer ter sua criança reconhecida pelo pai, uma filha, uma irmã, uma esposa, *amante*, ex-*amante*, namorada ou noiva. Vítima ou ré? Talvez seja a primeira questão que as autoridades enfrentam diante de uma mulher visivelmente afetada pela violência e que faz a denúncia. A palavra dessa mulher que denuncia a violência sofrida não tem credibilidade. Ainda nos dias de hoje prevalece o preconceito contra as mulheres o que promove o *prejulgamento* arbitrário ao colocar em dúvida a palavra e o caráter das vítimas para justificar a violência e a impunidade dos agressores e assassinos de mulheres. É extremamente grave que o Estado brasileiro continue negando justiça efetiva às mulheres, ao indeferir ou deixar de cumprir as medidas de proteção de urgência para garantir sua segurança pessoal, a reabilitação e a restituição de direitos.

A impunidade, o medo da desestruturação familiar mas principalmente a falta de providências concretas por parte do aparato estatal

leva as mulheres a se silenciar diante da violência. A pouca ou nenhuma importância que as vítimas recebem por parte dos agentes estatais quando denunciam as ameaças dos seus agressores, impõe-lhes o medo de sofrer mais ainda a retaliação e vingança dos seus agressores. O que causa ainda mais danos pois a denúncia é um passo necessário para interromper e erradicar a violência.

6. Conceito e a dificuldade de seu reconhecimento

No entanto, na situação de violência de gênero,[6] as mulheres têm sido o alvo principal, o que as coloca na condição de vítimas. As mulheres estão submetidas, ao longo da história, à discriminação e ao preconceito. Somente há aproximadamente quatro décadas, graças a atuação de feministas, que o fenômeno da violência contra as mulheres tornou-se visível. Dados demonstram que as mulheres são frequentemente mais vítimas da violência doméstica e familiar do que os homens. Para torná-las protagonistas de suas próprias histórias e vidas há de se garantir espaço em que possam se empoderar de modo a criar condições menos desiguais para decidir, para escolher e enfrentar os conflitos, com independência, com determinação.

Deve-se entender vítimas como: "as pessoas que individualmente ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso penal do poder."[7]

O Estado brasileiro tem tido um olhar distante para as vítimas, em particular as vítimas da violência de gênero. A violência contra as mulheres tem sido banalizada e apresentada como "natural", o que reforça a sua manutenção e imobiliza a sociedade. A experiência de fazer a denúncia por parte das mulheres deve ser acompanhada no terreno da justiça de novas estratégias de acolhimento e orientação das vítimas.

6. Nota da autora: Gênero aqui deve ser entendido como a construção sociocultural dos sexos que tem produzido as desigualdades históricas entre mulheres e homens.

7. Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delito e de Abuso de Poder, editada pela ONU e ratificada pelo Brasil em 1986. In: Cavalcanti, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Podivm, 2008, p. 62.

Trabalhamos com a perspectiva de que é possível mudar o quadro de violência contra as mulheres embora a realidade, muitas vezes, insiste em nos mostrar o contrário. As medidas especiais devem ser adotadas, políticas estratégicas, ainda que temporariamente, de modo a ampliar as possibilidades de protagonizar as vítimas para que possam enfrentar e superar as violações dos seus direitos com instrumentos legais, legítimos e adequados.

7. A Lei *Maria da Penha* e o protagonismo das vítimas

A Lei 11.340/2006, conhecida como a Lei *Maria da Penha*, convoca o Estado e a sociedade a terem uma nova postura para com as vítimas da violência doméstica e familiar e para isso determina que o judiciário possa conceder medidas protetivas que vão assegurar as mulheres condições de igualdade para romper com as situações de conflito e tensão, sem deixar de ter atendidas suas necessidades básicas e seus interesses. Ao propiciar o protagonismo para as vítimas, criam-se condições para o empoderamento e a busca de soluções razoáveis para os conflitos, considerando que seus efeitos se estendem para além das vítimas. É preciso levar em conta a cumplicidade do silêncio que impede que as vítimas vão em busca de justiça. O silêncio é provocado pela vergonha, pelo medo, a insegurança, mas também, pela dificuldade concreta de ser ouvida e acolhida pelas instituições competentes. Ao não receber um acolhimento adequado ou terem que enfrentar a omissão, a cumplicidade ou até mesmo a censura e a rejeição da sociedade e dos próprios agentes estatais, as vítimas se culpabilizam pela situação de violência em que estão vivendo. Há um reforço dos estereótipos, confirmando sua incapacidade por não romper com a dinâmica violenta de suas relações e a responsabilidade pelos sofrimentos vividos. A banalização da violência de gênero e o culpabilizar as próprias mulheres da violência que sofrem são os mecanismos mais eficientes para a continuidade e perpetuação das relações violentas. Os resultados são assustadores: uma mulher é assassinada a cada duas horas no Brasil, deixando o país em 12.° no ranking mundial de homicídios de mulheres. A maioria das vítimas é morta por parentes, maridos, namorados, ex-companheiros ou homens que foram rejeitados por elas. Segundo o *Mapa da Violência 2010*, elaborado pelo Instituto Sangari, 40% dessas mulheres têm entre 18 e 30 anos de idade.[8]

8. Publicado no Jornal *Estado de São Paulo*, de 04.06.2010, sob o título: "Dez mulheres são mortas por dia no País."

É absurda a inversão do princípio de justiça. É inadmissível considerar que as mulheres são culpadas até prova em contrário. Ao aplicar a Lei 9.099/1995 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, como lamentavelmente ocorre ainda em São Paulo,[9] apesar de expressamente proibido seu uso conforme o art. 41 da Lei 11.340/2006, desconsidera-se a vítima e as consequências da violação de seus direitos humanos e de seus dependentes. O atendimento da violência doméstica e familiar contra as mulheres impõe uma postura de acolhimento e atenção especial às vítimas por parte da justiça, o que pode facilitar bastante o alcance de uma resolução mais adequada ao conflito. Sem perder de vista a complexidade da questão, os atores do sistema de justiça devem oferecer informações, orientação e condições de segurança para as vítimas e seus dependentes, uma vez que o juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher atua de forma interdisciplinar , articulado com a rede social de apoio do entorno.

Uma das vítimas atendida pelo Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em São Paulo, perguntada sobre o resultado da audiência respondeu:[10]

"Eu esperava uma solução pro meu problema, e agora eles (Judiciário) deram. O (agressor) vai ter que sair da minha casa, era isso que eu queria e é isso que vai ter que acontecer, né? Eles falaram que ele vai ter que sair da minha casa e não vai poder se aproximar de mim. Ele me agride muito, eu não mereço isso, nunca apanhei do meu pai, onde tem violência não tem amor, né?"

Quando se garante um espaço adequado para as vítimas, estas podem expressar com mais precisão suas necessidades e, chegam a apontar sugestões para resolução dos conflitos.

8. Conclusão

A Lei 11.340/2006 trouxe à luz um novo olhar para as vítimas, propiciando atendimento de acordo com as necessidades concretas e pode obter resultados mais satisfatórios construídos a partir das expectativas de quem busca justiça e tem o direito de viver sem violência.

9. Alvarez, Marcos César e outros. Serie Pensando o Direito/A vítima no processo penal. IBCCrim, jun. 2010.

10. Idem, p. 34.

Se o sistema de justiça não olhar devidamente as vítimas da violência doméstica e familiar, o estado mantém-se cúmplice e ratifica as práticas violentas dos agressores. Tem causado estranheza ao sistema de justiça ser obrigado a desenvolver proteção e amparo às vítimas. Constata-se que quando o crime é de violência doméstica, a vítima passa a ser suspeita. Dessa forma, coloca-se a vítima sob uma antipatia geral o que indispõe os agentes do Estado a atenderem adequadamente às mulheres em situação de violência. Há interpretações de cunho moralista e preconceituoso, como a decisão judicial que indeferiu medida protetiva a estudante Elisa Samudio[11] ameaçada pelo ex-goleiro do Flamengo, Bruno por entender que a Lei *Maria da Penha* deve proteger a família e não relações de caráter eventual e sexual. Há ainda operadores da justiça que entendem que o direito penal está voltado para atender *a mulher honesta* embora desde 2005, com a alteração do Código Penal brasileiro esta expressão tem sido retirada.[12] Agindo assim estes operadores se impacientam com as vítimas por não conseguirem entender ou ouvir suas reclamações, o que, de acordo com o parecer deles, perturba o "bom funcionamento do serviço". Durante minha apresentação no 16.º Seminário Internacional do IBCCrim",[13] houve, pelo menos, um funcionário da justiça que perguntou em tom queixoso sobre como levar as mulheres a sério se elas desistem de continuar o processo. Parece que só haveria seriedade das mulheres se fosse alcançada uma condenação dos homens. Seria assim mais importante condenar o autor do que impedir a prática da violência? A atuação de uma parte significativa de funcionários do aparato policial e judiciário, incluindo os auxiliares da justiça, chega a revitimizar as vítimas e pode levá-las a desistir de denunciar, entendendo que não vale a pena.

11. Caso amplamente comentado pela mídia. Elisa Samudio, desaparecida desde junho de 2010, após ter se encontrado com o então goleiro do Flamengo, Bruno, para obter o reconhecimento de paternidade de seu filho de quatro meses.
12. Somente em 2005 (Lei 11.106/2005) houve alteração no Código Penal brasileiro para tirar a expressão *mulher honesta* que foi largamente usada para marginalizar e manter preconceitos contra as mulheres, pois neste contexto, a palavra honestidade era usada para indicar compostura e pudor e não probidade como sempre foi empregado para qualificar e empoderar os homens (TELES, 2006).
13. 16.º Seminário Internacional do IBCCrim realizado nos dias 24 a 27.08.2010.

Os recentes dispositivos legais criam mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres numa perspectiva holística de proteção dos direitos humanos das vítimas. Assim considerando, ao ouvir de maneira sistemática as vítimas, suas expectativas e anseios, aprendem-se e renovam-se ações que culminem com novos paradigmas e soluções plausíveis garantidoras da vida sem violência para as mulheres.

A justiça não pode se contentar em simplesmente acomodar as contradições sociais, deve acenar com caminhos de esperança e dignidade.

9. Bibliografia

Cavalcanti, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica – Análise artigo por artigo da Lei "Maria da Penha", n. 11.340/06*. 2. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Podivm, 2008.

Laurenzo, Patrícia; Maqueda, Maria Luisa e Rubio, Ana. *Gênero Violência y Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

Pandjiarjian, Valéria. In: Moraes, Maria Lygia Quartim de; Naves, Rubens. *Advocacia pro bono. Em defesa da mulher vítima de violência*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 77.

Saffioti, Heleieth I.B.; Almeida, Suely de Souza. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

Teles, Maria Amélia de Almeida. *Os curso de direito e a perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Safe, 2006.

_____; Melo, Monica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

51976

IV SISTEMA PRISIONAL

1

A disciplina do PCC: a importância do (auto)controle na sociabilidade prisional

CAMILA CALDEIRA NUNES DIAS

Mestre e doutoranda em Sociologia pela USP. Colaboradora do Observatório de Segurança Pública da Unesp e do Centro de Estudos em Segurança Pública e Direitos Humanos da UFPR.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O objetivo do texto é discutir a nova ordem social constituída nas prisões de São Paulo a partir da expansão do Primeiro Comando da Capital (PCC). Nesta nova ordem social, regida por um conjunto de normas denominado *Disciplina do PCC*, a sociabilidade é caracterizada pela necessidade de um rígido controle dos impulsos e por uma orientação estritamente racional da conduta. O exercício do poder, vinculado à organização e, por isso, impessoal, está atrelado a esta capacidade de autocontrole, que se desdobra em legitimidade para controlar os outros.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão – PCC – Disciplina – Controle – Poder.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to discuss the new social order established in prisons of the city of São Paulo due to the expansion of the First Command of the Capital (the PCC). Under this new social order, which is governed by a set of norms called *the PCC rules*, sociability is characterized by the need of a strict control of impulses and by a strictly rational guidance of one's behavior. The exercise of power, which is linked to the organization and therefore impersonal, is connected to the ability of self-control, which is unfolded in legitimacy to control others.

KEYWORDS: Prison – The First Command of the Capital (the PCC) – Rules – Control – Power.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As etapas do processo de formação de uma nova ordem social: 2.1 1993 a 2001– do anonimato ao conhecimento público – 2.2 2001 a 2006 – expansão e consolidação do Comando – 3. Consolidação da *disciplina do Comando* e a emergência de uma nova forma de sociabilidade no espaço prisional: 3.1 A Disciplina do Comando – 4. A necessidade do autocontrole para o exercício do controle social: racionalidade e impessoalidade na nova ordem prisional – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Nas duas últimas décadas assistimos a um agravamento das condições físicas das prisões que decorre, em grande medida, do aumento vertiginoso da população carcerária sem a correspondente melhora na infraestrutura das unidades prisionais, sendo que o número de funcionários também está muito longe de acompanhar o ritmo frenético de crescimento dos presos. Na esteira deste processo de agravamento das condições materiais e morais das prisões, vimos a emergência – em São Paulo, onde estes processos ocorreram de forma mais contundente – de uma organização de presos, o Primeiro Comando da Capital (PCC) que, ao longo deste período, alcançou uma capacidade de articulação inédita.

Estendendo seu domínio por quase todo sistema carcerário, o PCC passou a controlar as atividades ilícitas realizadas dentro e fora da prisão. Além de prover alguns bens e serviços para alguns presos e suas famílias, o PCC se impôs como instância reguladora e mediadora das relações sociais na prisão, exercendo o papel de árbitro e determinando as decisões nas mais diversas formas de conflitos entre a população carcerária e entre esta e o corpo funcional, participando direta ou indiretamente da gestão das unidades prisionais pela interferência nos mais diferentes processos sociais aí ocorridos.

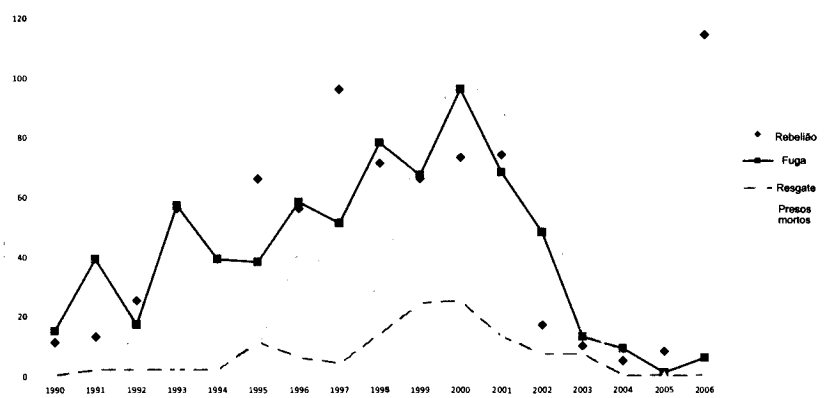
A consequência direta dos processos sociais citados acima foi a emergência de uma nova forma de sociabilidade no interior das prisões, regulada por um minucioso código de conduta que alcança as mais íntimas atividades, ações e escolhas da população carcerária. Tal código de conduta, conhecido como a *disciplina do Comando*, foi formulado pelo referido grupo e seus integrantes – denominados *irmãos* – são responsáveis pela observância e zelo pelo seu cumprimento, assim como pelo julgamento e punição aos transgressores. A sociabilidade que emerge a partir da expansão do PCC no sistema carcerário é pautada por valores e princípios até então inexistentes e está fundada no controle externo do

comportamento por uma imposição do autocontrole e na submissão dos indivíduos a uma entidade coletiva, o *Partido*.[1]

2. As etapas do processo de formação de uma nova ordem social

Podemos dividir o processo de expansão do PCC, de acordo com a sua forma de organização e de atuação, em três momentos: o primeiro momento vai desde sua criação até o seu aparecimento público, através da megarrebelião de 2001, e é marcado por grande instabilidade no sistema prisional, com grande número de rebeliões, fugas, resgates e assassinatos de presos, conforme podemos visualizar no gráfico abaixo; o segundo período compreende o reconhecimento das autoridades de que o PCC se constitui como um dos grandes desafios para o governo do Estado, bem como pelo seu rápido processo de expansão, marcado por momentos de estabilidade e instabilidade nas prisões, dependentes de uma série de fatores os quais mencionaremos adiante; por fim, o último momento, o qual será o foco deste texto, caracteriza-se pela consolidação do domínio do PCC e de sua disciplina, e a consequente emergência de uma nova forma de sociabilidade na prisão.

Gráfico 1: Ocorrência no sistema prisional paulista (1990-2006)



Fonte: Banco de Dados da Imprensa do NEV, pesquisa em acervos dos jornais *Folha de S. Paulo* e *Estado de S. Paulo*.

1. *Partido*, *Comando* ou *Família* são formas pelas quais o PCC é designado pela população carcerária.

Através do gráfico acima[2] podemos perceber claramente o aumento significativo de todas as ocorrências nele registradas entre os anos de 1990 a 2001, com aumento expressivo de presos mortos a partir de 1998, mesmo ano em que as rebeliões atingem o pico. Percebemos que o período de maior instabilidade se deu entre os anos 1997 e 2001, queda expressiva das ocorrências a partir de 2002 com um novo aumento das rebeliões e assassinatos em 2005. No caso das fugas e dos resgates, o aumento não foi tão significativo em função da construção de novas e mais seguras unidades prisionais e a simultânea desativação das carceragens em delegacias de polícia, locais onde ocorriam a maioria destes eventos. Importante lembrar que a instabilidade que pode ser percebida no gráfico a partir de 2005, culminou com o evento denominado "ataques do PCC" em maio de 2006, repetidos em menor intensidade em julho e agosto do mesmo ano. Depois destes episódios não se registraram maiores incidentes no que tange às forças de segurança do Estado, tanto dentro como fora das prisões. Na perspectiva adotada neste texto, a consolidação do PCC, a inexistência de rivais que ameacem o seu domínio, a ausência de graves conflitos internos e certa acomodação com o Poder Público, são fatores que possibilitam este atual contexto social, caracterizado pela estabilidade e uma relativa – e tensa – "paz" no sistema prisional paulista. Seguimos agora com uma breve análise acerca das etapas que precederam – e constituíram – a sociabilidade prisional regulada pela *disciplina do PCC*.

2.1 1993 a 2001-- do anonimato ao conhecimento público

Criado em 1993 no Anexo da Casa da custódia de Taubaté, conhecido como *piranhão*,[3] o processo de expansão do PCC para outras unidades prisionais se inicia em 1994, mas sua influência começa a

2. A coleta de material e inserção no Banco de Dados ainda está sendo realizada, motivo pelo qual o gráfico só cobre os eventos até o ano de 2006. Entendemos que o fato de estar inacabado não altera o objetivo daquilo a que o mesmo se destina, isto é, ilustrar a instabilidade no sistema carcerário paulista durante os anos 90, a queda destes eventos a partir de 2001 e seu aumento em 2005 e 2006.
3. Esta unidade era destinada aos presos considerados mais perigosos. Nela vigorava um regime disciplinar rigoroso, com isolamento do preso, tempo reduzido de banho de sol e foi marcada por denúncias de maus-tratos, abusos de autoridade e violação de direitos dos presos, que seriam submetidos a constantes sessões de espancamentos e torturas.

ser percebida a partir de 1995. O aumento vertiginoso das rebeliões – que se repetia ano após ano, culminando com a megarrebelião de 2001 – com a exponencial ampliação do tempo de duração das mesmas e reivindicações que iam além das queixas pontuais, adquirindo caráter estrutural,[4] sinalizava que alterações profundas estavam em curso. Além das rebeliões, o aumento das ações de resgate de presos – que demandam ação em grupo com planejamento, organização e a posse de armas pesadas –, do número de assassinatos no interior das prisões e de fugas espetaculares, evidenciavam não só a capacidade de planejamento da facção, mas também seu potencial corruptor, possibilitado pelos lucros auferidos do tráfico de drogas e de outros crimes empreendidos por membros da organização, como sequestros e roubo a bancos. O crescimento significativo destes eventos indicava que o sistema carcerário estava passando por um processo de reconfiguração das relações de poder.

Apesar dessas evidências de que algo novo estava acontecendo, o Estado não admitia a existência da organização de presos que começara aparecer timidamente no noticiário jornalístico a partir de 1997, mas que só teve sua existência reconhecida oficialmente pelo governo após a megarrebelião de fevereiro de 2001 – ou seja, quando já era suficientemente estruturada para organizar uma rebelião simultânea em 29 unidades prisionais. Durante este evento, o PCC mostrou publicamente sua face através de diversas faixas estendidas nas unidades rebeladas que mostravam seu nome, seus símbolos e o seu lema, "paz, justiça e liberdade", que foram veiculadas repetidas vezes em diferentes meios de comunicação do Brasil e do exterior. Conseguiu alcançar aquilo que pretendia: mostrar à sociedade a sua existência e a sua capacidade de articulação, promovendo uma desmoralização sem precedentes do governo estadual, que não teve outra saída senão reconhecer a sua existência e anunciar rapidamente supostas medidas de enfrentamento daquilo que se tornara seu calcanhar de Aquiles.

2.2 2001 a 2006 – expansão e consolidação do Comando

A primeira megarrebelião ocorrida em 2001, que expôs publicamente a existência do PCC, teve dois efeitos imediatos: de um lado, desencadeou a resposta repressiva do Estado com a criação do Regime

4. Entre as reivindicações de caráter estrutural destacamos a desativação do já citado Anexo da Casa de Custódia de Taubaté.

Disciplinar Diferenciado (RDD);[5] por outro lado, a megarrebelião conferiu prestígio e respeito aos membros do PCC, fortalecendo e impulsionando a sua disseminação de forma mais rápida nas prisões paulistas. Relatos de vários presos dão conta de que após a megarrebelião de 2001 os batismos – espécie de ritual de entrada de novos membros na organização – eram realizados até mesmo coletivamente, tal era a demanda dos presos em ingressar na facção. O ingresso de uma enorme quantidade de novos membros conferiu ao PCC o fortalecimento necessário para a sua expansão para novas unidades prisionais e, principalmente, para a consolidação do seu domínio onde já estava presente.

Ao ter sua existência reconhecida pelo Estado, o PCC, através de múltiplas e complexas relações com a administração prisional, estabeleceu alguns períodos de *paz* nas unidades prisionais, em que se dizia que estavam com a *bandeira branca hasteada*, estando proibidos pela facção acertos de contas que resultassem em mortes ou agressão física,[6] assim como eventos disruptivos, como rebeliões e motins. Assim, neste período ocorreu uma oscilação entre momentos de "guerra", com um aumento significativo dos assassinatos e das rebeliões em que a violência física posta em prática pela facção adquiria um caráter eminentemente expressivo – com a decapitação das vítimas, por exemplo – e outros momentos de "paz", com a redução dos referidos eventos.

O PCC construiu os pilares de sustentação de seu poder a partir de um repertório simbólico remetido à ideia de luta entre oprimidos (presos) e opressores (Estado e sociedade) e do enredamento da população carcerária numa narrativa social marcada pela injustiça, pela violência e pela miséria, cuja possibilidade de superação é dada justamente pela união de todos em torno da organização. A violência foi, inegavelmente, um importante instrumento de imposição do domínio do PCC no sistema prisional, mas ela não pode ser desmembrada de sua

5. O RDD é um regime de cumprimento da pena de prisão muito mais rigoroso, no qual o preso permanece em cela individual, na qual não pode haver televisão ou rádio, tem apenas 1 hora de banho de sol, não tem visita íntima, o encontro com advogado deve ser agendado previamente dentre outras restrições. Para uma discussão da influência deste regime na dinâmica prisional, ver Dias (2009a).

6. Durante trabalho de campo para a pesquisa de mestrado, na segunda metade de 2003 e primeiro semestre de 2004, pude presenciar este período de "paz" nas unidades controladas pela facção. Para mais detalhes deste período, ver Dias (2008), especialmente o capítulo 15.

contrapartida simbólica, que reforçava o poder da facção e, ao mesmo tempo, legitimava as execuções realizadas em nome de um ideal de união e da formação de uma irmandade.[7]

A consolidação do poder do PCC foi publicamente demonstrada na segunda crise mais aguda que atingiu não só o sistema carcerário, mas a segurança pública paulista, ocorrida em maio de 2006, quando 74 unidades prisionais se rebelaram simultaneamente, além de centenas de ataques às forças de segurança ocorridas fora das cadeias. Neste momento, o PCC demonstrava a ampla hegemonia que havia alcançado dentro e fora das prisões.[8] A sociabilidade que emergia a partir desta hegemonia, era apoiada em bases distintas das que vigoravam então e era orientada por princípios e valores que consolidavam uma nova ordem social na prisão.

3. Consolidação da *disciplina do Comando* e a emergência de uma nova forma de sociabilidade no espaço prisional

A existência de regras e normas de conduta no ambiente prisional pode ser verificada em qualquer tempo e em qualquer lugar, como mostra a literatura sobre o tema – para o caso do Brasil, ver, por exemplo, Ramalho ([1979] 2002) e Coelho ([1987] 2005) e na literatura estrangeira, dois clássicos norte-americanos sobre as prisões abordam este assunto, Sykes (1974) e Clemmer ([1940] 1958). O longo confinamento, a convivência forçada, o reduzido espaço destinado à vivência social, bem como as experiências mais particulares – se é que elas são possíveis – tornam imprescindível a criação de normas que visem regular o comportamento do preso de forma que a vida se torne minimamente suportável dentro da prisão.

Tais regras se referiam, principalmente, à higiene, ao trato com as visitas e aos poucos bens de que dispõem os presos. A submissão a este código de conduta estava diretamente atrelada ao exercício do poder neste local, o que por sua vez se relacionava diretamente às qualidades pessoais que conferiam prestígio a certos presos, como seu porte físico, crimes pelos quais eram acusados ou condenados, força física e experiências – de violência – diversas que lhes permitiam construir um "nome"

7. Não por acaso os integrantes da facção são chamados *irmãos*.

8. Sobre a crise de maio de 2006, ver Adorno e Salla (2007) e Caros Amigos (2006).

na cadeia, sendo respeitados e, especialmente, temidos, pelos demais. Assim, apesar da existência do referido código de conduta, alguns presos não precisavam segui-lo à risca uma vez que inexistia qualquer autoridade acima deles que pudesse cobrá-lo por eventuais transgressões às regras de comportamento. A sociabilidade prisional, a par das normas que regulavam o comportamento da população carcerária, estava pautada por relações de poder de cunho eminentemente pessoal e sustentada pelo uso ou ameaça da violência física.

A administração prisional no Brasil sempre foi ineficiente para regular e mediar os conflitos interpessoais envolvendo a população carcerária. A crônica falta de infraestrutura e de pessoal, além da corrupção e da falta de preparo e de estímulo aos funcionários, são fatores que contribuíram para que a vida social dos presos fosse praticamente autorregulada. Em suma, a administração prisional nunca se erigiu como um poder central capaz de regular e mediar relações sociais entre os presos, sendo incapaz de garantir proteção aos mais fracos contra os mais fortes. Neste sistema social, prevalecia a lei daqueles que conseguiam se impor a partir do uso da força física, configurando-se um ambiente de insegurança e medo, onde a sobrevivência dos indivíduos dependia apenas de si próprios, da sua capacidade de se defender, seja através da formação de grupos ou da própria força.

Se a administração prisional não se constituía como poder central forte, capaz de dissuadir os indivíduos da possibilidade de emprego da força física, tampouco entre a população carcerária havia quem pudesse exercer esse papel. A atuação das lideranças dependia do envolvimento de indivíduos ou grupos aliados ou inimigos, a favor ou contra quem os mesmos dispunham de seus recursos pessoais. A posição de líder, dependente diretamente de atributos pessoais, estava sempre sendo posta à prova com a chegada de novos presos, eventualmente portadores de tais atributos. Era, portanto, uma posição instável e que, para ser mantida, demandava uma constante demonstração de que seu portador era merecedor da mesma, com brigas e assassinatos rotineiros, numa incessante luta pelo poder.

Nesse contexto social, grupos se articulavam/desarticulavam segundo arranjos complexos de lealdade e de submissão pelo medo, sendo que traições – e o temor das mesmas – eram parte deste cotidiano no qual o poder mudava de mãos muito rapidamente e no qual a insegurança e a desconfiança eram elementos sempre presentes nas relações sociais. O poder estava atrelado à capacidade de utilização da força física,

sendo que esta se constituía em recurso disperso no sistema prisional, estando à disposição de quem quisesse e tivesse condições de utilizá-la para exercer seu domínio sobre os demais.

Enfim, em que pese a existência de regras e normas de conduta no ambiente prisional, é fato que as mesmas eram subordinadas ao exercício do poder de cunho eminentemente pessoal e, por isso mesmo, instável, precário e inconstante. O papel regulador deste código de conduta estava sujeito a esta mesma instabilidade e precariedade que caracterizava o exercício da liderança. Prevalecia o poder pessoal do líder e de seus aliados que poderiam – se o desejassem – transgredir os códigos normativos que bem entendessem – até que outro indivíduo ou grupo pudesse assumir a posição por ele ocupada.

Com a consolidação do domínio do PCC sobre grande parte da população carcerária paulista e a consequente imposição de sua *disciplina*, as bases em que se assenta o exercício do poder no sistema prisional, bem como a sociabilidade daí resultante transformaram-se substancialmente, produzindo uma ordem social com características bem diversas das que mencionamos acima. Antes, porém, de discutirmos estes últimos aspectos, trataremos mais especificamente da *Disciplina do Comando*, elemento propulsor destas amplas transformações no contexto social da prisão.

3.1 A Disciplina do Comando

A expressão *Disciplina do Comando* se refere ao conjunto de regras e normas de conduta impostas pelo PCC aos seus integrantes – os irmãos – e a todos aqueles que se encontram nos espaços controlados pelo grupo. Tal código de conduta abrange as mais variadas esferas da vida social dos indivíduos, incluindo sua relação com a família, com os companheiros, com o Estado – especialmente com a polícia ou com a administração prisional –, sua atuação no *mundo do crime*[9] e, por fim, seu comportamento cotidiano. Embora esta disciplina seja válida dentro e fora do espaço prisional, na prisão ela adquire um aspecto mais rigoroso pela própria característica "fechada" desta instituição (GOFFMAN, 2001) – muito embora, hoje já não a reconheçamos mais tão fechada como na descrição do autor citado, haja vista a capacidade de contato e articu-

9. Sobre a regulação das relações sociais exercida pelo PCC fora das cadeias e a expressão *mundo do crime*, ver Feltran (2008).

lação com a sociedade externa, já demonstrada diversas vezes pelo PCC, tendo o celular como seu grande aliado.

A *disciplina do Comando* tem um alcance maior do que ser um conjunto de prescrições comportamentais. Ela define um modo de ser, pauta a construção de uma identidade específica, a do *ser ladrão*,[10] além de erigir formas consideradas corretas de aproximação/distanciamento entre estes que se veem como pertencentes ao *mundo do crime* e os que não pertencem, os *trabalhadores*, mas que compartilham o mesmo espaço de convivência. Conforme Biondi (2006, p. 341) afirma, as organizações, como o PCC, são "fundantes de padrões sociais, de modalidades de organização social capaz de apaziguar conflitos em um ambiente de convivência forçada, como a prisão (...)". Ela constituiu uma ordem social particular nas prisões, na qual a sociabilidade é orientada por valores e princípios singulares.

Enumeramos abaixo as principais regras que compõem a *Disciplina do Comando*:

a) Regras gerais para integrantes ou não do PCC:[11]

1 – não matar ou agredir fisicamente sem autorização da cúpula da facção (neste último caso, a prescrição tem uma relevância maior na prisão);

2 – não delatar;

3 – não vender *crack* na prisão;

4 – não contrair dívidas que não possa saldar, especialmente para o consumo de drogas;

5 – não usar o nome do Comando para fins pessoais;

6 – não usar palavras de baixo calão, ao se dirigir a um companheiro[12] na prisão (*irmão* ou não);

10. Não nos aprofundaremos nesta questão. Sobre o "ser ladrão", ver a discussão de Marques (2010) sobre o *proceder*.

11. A numeração das regras não segue quaisquer critérios de importância ou origem das mesmas. O seu único objetivo é facilitar as menções às mesmas no prosseguimento do texto.

12. "Companheiro" designa os indivíduos que não pertencem à organização – ou seja, não são irmãos – mas seguem a sua disciplina. Pode se referir à população carcerária das unidades controladas pela facção ou moradores dos bairros sob seu controle, que fazem parte do *mundo do crime*. Ao que me consta, a designação não é utilizada para se referir aos demais moradores destas localidades.

7 – não se relacionar com a mulher ou ex-mulher de outro companheiro, especialmente se ele estiver preso;

8 – não roubar qualquer objeto pertencente a companheiros ou irmãos (seja na comunidade ou na prisão);

9 – manter o mínimo de contato com agentes pertencentes às forças de segurança do Estado.

b) Regras específicas para integrantes do PCC:

10 – não desviar dinheiro do caixa da organização;

11 – não usar *crack*;

12 – não usar qualquer droga ou bebida em excesso;

13 – não utilizar a condição de integrante do Comando em benefício próprio ou para humilhar outras pessoas;

14 – não contrair quaisquer dívidas de drogas;

15 – não levantar a voz ou proferir palavra de baixo calão para outros irmãos ou companheiros;

16 – conscientizar a população carcerária da importância de seguir a disciplina do Comando;

17 – nunca tomar decisões isoladas;

18 – não manter relação sexual ou afetiva com homossexuais (aos homossexuais, inclusive, é vetada a filiação à organização);

19 – resolver os conflitos existentes na sua área de atuação, através do diálogo;

20 – agir para que a população mantenha um comportamento de acordo com a disciplina de modo a evitar as transgressões e, consequentemente, evitando também punições;

21 – "cobrar" aqueles que não seguem a disciplina do Comando, promovendo as punições adequadas às transgressões;[13]

13. A "cobrança" pode ser efetivada de várias maneiras a depender da infração cometida, conforme veremos a seguir. No entanto, ela tem que ser efetuada pelo irmão, pois, do contrário, ele é quem será cobrado, sendo passível de perder posição de liderança ou até mesmo ser excluído da organização, a depender do caso. Em todos os casos, sempre quem leva a questão aos níveis superiores da organização – que decidirá a punição ao irmão que não agiu conforme a Disciplina – é outro irmão, muitas vezes, ocupante de uma posição inferior na hierarquia do Comando. Por este motivo, é muito comum ouvir dos presos, especialmente os irmãos, que eles devem

22 – intermediar conflitos entre a população carcerária e a administração prisional;

23 – seguir exemplarmente a disciplina do Comando;

24 – colocar o Comando acima de tudo;

25 – estar a serviço do Comando permanentemente.

Algumas das normas enumeradas acima sempre se constituíram como formas básicas de regulação das relações no interior prisão, especialmente aquelas referentes à delação, à relação com a mulher dos presos e com agentes de segurança (regras 2, 7 e 9). A fim de apreender as mudanças promovidas na sociabilidade prisional a partir da expansão do PCC, discutiremos algumas das regras peculiares a esta nova ordem social.

Muitas destas regras têm um caráter eminentemente negativo/proibitivo. Não podemos ter a falsa impressão, contudo, de que a *Disciplina* se resuma a um código somente restritivo, isto é, voltado a definir comportamentos que não são desejáveis. A *Disciplina do Comando* visa regular o comportamento das pessoas em seus mais ínfimos gestos, palavras e atitudes, na conformação de uma identidade pautada por valores próprios ao *mundo do crime* e que é definida por vários presos entrevistados como sendo *o lado certo da vida errada*.

Por trás deste caráter negativo/repressivo das normas citadas acima, estão as bases da nova ordem social que se estabeleceu nas unidades prisionais. Nesta ordem social o poder está assentado em bases muito diferenciadas do contexto anterior à consolidação desta disciplina e algumas regras estão ligadas a esta mudança. É o caso das regras de número 13, 15 e 23.

Como afirma Biondi (2009, p. 74), o irmão deve ser humilde, passível de travar relações de igualdade com os demais e tem o dever de garantir a igualdade entre a população de uma unidade prisional (ou de uma comunidade urbana). A autora aponta muito bem o paradoxo da igualdade como um dos princípios reguladores da disciplina do Comando. A prática da igualdade, sendo um dos requisitos necessários para tornar-se irmão, só pode ser percebida através de um processo de diferenciação destes indivíduos, que se sobressaem dos demais numa

se manter vigilantes pois há sempre alguém querendo dar uma rasteira para ocupar o seu lugar. Assim, se um irmão não cobrar alguém que transgrida a disciplina do Comando, o cobrado será ele próprio.

demonstração de tal capacidade e habilidade.[14] Isto é, somente alguns indivíduos são capazes de promover relações de igualdade entre uma determinada população e isto lhes possibilita ocupar uma posição de destaque em relação a estes. Este "ideal" de humildade/promoção da igualdade pode ser exemplificado pela representação de Marcola, considerado um dos principais líderes do PCC, como alguém que "dá a roupa que tem no corpo se alguém que estiver perto dele precisar".[15]

Ao observarmos as regras voltadas exclusivamente aos irmãos, percebemos que algumas delas se constituem como formas mais rigorosas de suas congêneres destinadas a população em geral, o que indica uma restrição maior do comportamento destes. Por outro lado, a variedade de regras de cunho positivo que são voltadas a eles fornecem o molde de uma nova forma de conduta na qual o exercício do poder se dá a partir de novos elementos de diferenciação daqueles que são investidos das posições dominantes.

Ou seja, não se trata mais da afirmação explícita e peremptória de uma posição social dominante a partir de recursos como a ameaça ou o uso da violência física direta, ou da demonstração cotidiana desta posição de poder a partir de um sistema claro de privilégios que permitiam a tais indivíduos se esquivarem do cumprimento das regras de conduta vigente nas unidades prisionais. No atual sistema social, os detentores das posições de comando só o são porque estão comprometidos – num nível muito maior que os demais – com o código de conduta por eles mesmos imposto à população carcerária, sendo que só poderão permanecer nesta posição enquanto tiverem condição de demonstrar que têm capacidade de seguir *exemplarmente* tais normas.

As regras 3, 11, 12, 14 e 15 são denotativas de outra característica essencial nesta ordem social: o elevado controle da agressividade e dos impulsos, requerido, sobretudo, mas não só, daqueles que têm a função de zelar pela manutenção da mesma. A proibição da venda de *crack* na prisão – produto cuja venda rende lucros exorbitantes para seus comerciantes – indica a preocupação com a manutenção de um estrito controle social neste local, uma vez que a esta droga estão associados diversos efeitos desestabilizadores e seus usuários – chamados pejorativamente

14. Na concepção da autora, o processo de constituição do irmão recupera a igualdade, na medida em que o mesmo não pode afirmar esta distinção. Esta não é, contudo, a concepção adotada neste texto.

15. Frase proferida por um preso durante entrevista.

de *noias* – são encarados como sujeitos completamente descontrolados. O *crack*, embora seja uma das principais mercadorias comercializadas pela organização fora das prisões, é visto como nocivo à estabilidade e a ordem prisional e, por isso, proibido. Os irmãos, contudo, não apenas são impedidos de consumir esta droga dentro ou fora da prisão como também sofrem restrições quanto ao uso de outras drogas ilícitas e bebidas alcoólicas – permitidos até o limite da manutenção do controle sobre suas emoções e sentimentos e de sua capacidade de discernimento. O uso excessivo de drogas ou bebidas alcoólicas representa a perda da consciência e da razão, impossibilitando o exercício de seu papel de regulador e mediador das relações sociais estabelecidas nos locais de domínio do PCC.

A regra 18, referida à restrição a relações com os homossexuais está ligada ao mesmo princípio mencionado acima. Nesta ordem social instituída pelo PCC, o comportamento homossexual, bem como os próprios homossexuais, aparecem como índices que remetem a outro sistema de dominação, no qual a violência física e sexual era um de seus elementos característicos e a definição da masculinidade se dava através da representação do papel ativo na relação sexual, independentemente do sexo de seu parceiro. Para marcar a ruptura e expressar as transformações no sistema de poder, o PCC proibiu a prática de relações sexuais entre homens e passou a classificar como "bichas" os presos sexualmente ativos. A necessidade de marcar uma ruptura com o período anterior, regido por outro código de conduta e de valores, é muito clara na fala de alguns presos quando afirmam, em entrevista, que "já era o tempo em que o preso era a mulher do preso". Esta frase expressa a ruptura com um período em que não havia outra forma de satisfazer os desejos sexuais, senão a partir da relação com outro preso – o que se caracteriza, no presente, como degradação moral. Sendo assim, tendo conquistado o direito à visita íntima e, ainda, tendo reconfigurado completamente as relações de poder na prisão, a partir da expropriação da violência física – incluindo a sexual – das mãos dos indivíduos, torna-se desnecessária a manutenção de relações sexuais com outros homens. Assim, nesta nova ordem social a permanência destas relações é considerada anômala e os presos nela envolvidos são considerados "sem vergonhas", incapazes de manter uma relação com uma mulher e de controlar seus impulsos sexuais.[16]

16. Para uma discussão sobre a mudança no papel dos homossexuais na prisão a partir da dominação do PCC, ver Dias e Silva (2009).

Algumas das regras que fazem parte da disciplina têm o objetivo explícito de controlar o exercício da violência física, sobretudo dentro da prisão. De forma direta (regras 1, 6, 15, 20) ou indireta (4, 7, 8) o Comando procura conter o uso da força, resguardando esta possibilidade para casos em que a ordem social ou a sua "autoridade" está seriamente ameaçada. Na resolução dos conflitos interpessoais que ocorrem rotineiramente na prisão – entre presos e entre estes e funcionários – privilegia-se o diálogo, os acordos (conforme regras 19 e 22) e as formas não violentas de punições (ver regras 20 e 21).[17]

De qualquer forma, a decisão de punir e de como punir está nas mãos dos integrantes do PCC, e são tomadas através de um processo denominado por eles de "debate", sobre o qual falaremos adiante. Importa aqui ressaltar que a violência física como forma de punição – agressão ou o assassinato –constitui-se como *ultima ratio* e que tais punições só podem ser efetivadas com estrita autorização das lideranças mais importantes da organização.

O processo de expansão do PCC teve como uma consequência direta a expropriação dos indivíduos da prerrogativa de utilização da força física. O Comando se constitui como mediador e regulador das relações sociais estabelecidas na prisão e é considerado uma instância *legítima*[18] de resolução de conflitos.[19] O sinal mais claro deste processo de monopolização da violência física empreendido pelo PCC é a proibição do porte de facas ou qualquer material cortante pelos presos,[20] exceção

17. Não abordaremos essa questão em detalhes aqui, mas vale mencionar que o PCC instituiu diversas formas de punições aos transgressores da disciplina que não envolvem violência física, tais como: exclusão ou suspensão da organização, humilhação pública, interdição para compra de drogas.
18. Não discutiremos neste momento a complexa questão da legitimidade. Referimos-nos simplesmente ao reconhecimento desta legitimidade pela maioria daqueles submetidos a esta dominação.
19. Sobre essa questão, ver Dias (2009b).
20. Essa proibição não foi relacionada nas regras expostas acima por não se tratar propriamente de um componente da disciplina do Comando, e sim um desdobramento lógico desta. Ou seja, uma vez que a disciplina proíbe os indivíduos de matarem sem autorização do Comando (regra 1), não faz sentido os mesmos portarem tais objetos – o que poderia indicar a intenção de desrespeitar tal regra. O porte destes objetos é restrito àqueles que detêm a prerrogativa de executar as punições devidas aos transgressores da disciplina, ou seja, que detêm o monopólio da violência.

feita a este restrito grupo que ocupa as posições de poder, chamados de *disciplina* ou *piloto*.[21]

Conforme afirma Biondi (2006) algumas destas regras são temporárias, dependentes do contexto social e político, interno e externo à organização, podendo ser alteradas a qualquer momento, a depender de mudanças internas à organização e na relação com o Estado. A regra 1, mencionada acima, é um exemplo paradigmático deste caráter contextual e temporário de algumas normas que compõem a Disciplina do PCC. Neste caso, essa norma está ligada diretamente a uma situação de conquista da hegemonia – política e econômica – do Comando, a uma estabilidade na sua organização interna e a uma acomodação na relação com o Estado. A ausência de inimigos ou adversários internos ou externos, aliada a uma – precária – acomodação com o Estado tornam desnecessário o uso da violência física direta e permitem ao PCC implantar e manter uma sociabilidade prisional pautada por formas diferenciadas de exercício do poder. Isso significa, porém, que deslocamentos ou ruptura no equilíbrio alcançado por conta desta hegemonia pode abrir as portas para o retorno da violência física no seio dos territórios dominados pelo PCC.

A regra 17 remete ao já mencionado processo coletivo de tomada de decisões instituído pelo Comando, chamado por seus participantes de *debate* e pela imprensa e pela polícia de *tribunal do crime*. Trata-se de instâncias de resolução de conflitos com a participação de todos os atores envolvidos nos litígios: supostas vítimas, acusados, testemunhas e os "juízes". O papel de juiz é exercido pelo "disciplina" ou "piloto" do local onde ocorreu o conflito – uma unidade prisional, por exemplo – e integrantes pertencentes à diversas posições na estrutura do PCC. A função do debate é impedir que um irmão, o responsável por determinado território, tome decisões isoladas e, portanto, injustas do ponto de vista da disciplina do Comando. Neste sentido, a prerrogativa de julgar e decidir no caso de questões mais importantes é retirada dos irmãos

21. Os dois termos designam os irmãos responsáveis pela observância da disciplina do Comando em determinado local, como uma prisão ou em um de seus pavilhões. O termo *piloto* era usado com mais frequência no período em que a hierarquia do PCC era de tipo piramidal, sendo que em cada unidade prisional existia apenas um responsável, que recebia essa denominação. Atualmente, a "gestão" dos territórios controlados pelo PCC se dá muito mais a partir de um coletivo de irmãos, cerca de quatro ou cinco, que são chamados de *disciplina*.

e transferida ao Comando enquanto entidade coletiva. Com o aparecimento destes tribunais, embora a estrutura da organização continue verticalizada, há uma participação maior das instâncias intermediárias de poder na discussão dos procedimentos corretivos adotados, sendo que a "sentença" passa a ser uma decisão coletiva – ainda que as opiniões possam ter pesos distintos, de acordo com a posição ocupada na hierarquia do grupo.

A resolução de problemas simples e corriqueiros, que não demandam agressão física ou a morte, é facultada aos irmãos responsáveis pela imposição da disciplina em âmbito local, sempre a partir da discussão e do diálogo, ouvindo todos os envolvidos e todos os interessados no assunto. Quando se trata de um problema mais grave – agressão física, morte, desvio de dinheiro, suspeita de traição – a decisão não poderá, em hipótese alguma, ser tomada neste âmbito. As decisões de excluir do Comando ou de executar alguém, por exemplo, deverão, necessariamente, chegar às instâncias superiores da organização. Ainda que possamos desconfiar dos princípios igualitários subjacentes a este processo – que demandaria pesos iguais na manifestação e opinião de todos os envolvidos –, é certo que o PCC dilui significativamente o poder decisório, conferindo ao menos uma aparência mais democrática às suas ações e, ao mesmo tempo, mantém como prerrogativa das lideranças as decisões mais importantes.

O processo coletivo de tomada de decisões está atrelado a outra importante característica do poder do PCC: a sua impessoalidade (regras 5, 24 e 25). O exercício do poder do PCC não está ligado mais à existência de um "chefe", a quem os irmãos devem obediência cega e absoluta. A figura de um "chefe" a partir do qual todas as decisões são emanadas é diluída na composição do "tribunal", mencionado antes, que atua e julga em nome do *Comando* e de nenhum irmão em particular. Ainda que obviamente existam lideranças importantes e respeitadas na organização elas são compreendidas como parte da engrenagem e, ao invés de privilégios, elas têm mais responsabilidade quanto mais alta sua posição hierárquica.

O Comando é visto como acima de todos os indivíduos e a quem todos devem se submeter, inclusive as lideranças, motivo pelo qual não se admite decisões isoladas nem dos líderes mais expressivos. Claro que o peso das palavras e opiniões é tanto maior quanto mais alta é a posição ocupada na estrutura da organização e que o discurso de democracia e igualdade acaba por transmutar processos decisórios que são impostos

de cima para baixo, fazendo-os parecer que foram resultados de decisões coletivas. No entanto, se há esse peso diferenciado das lideranças, isto é feito de tal forma que essa desigualdade não seja percebida enquanto tal pela maioria dos irmãos e companheiros.

A concepção segundo a qual o chefe não deve se submeter a ninguém é transformada na ideia de que o Comando está acima de todos e a ele todos devem se submeter. Segundo Biondi (2009), o PCC adquiriu uma transcendência que o coloca acima dos indivíduos que o compõem. Ligada a esta concepção, a *disposição para matar*, cuja centralidade Zaluar (2004) aponta para o caso do Rio de Janeiro, não é vista como uma característica central para um integrante do PCC, mas é um elemento que a qualquer momento pode ser requisitado pelo Comando. Uma vez que a facção está acima de tudo e de todos, cabe ao irmão obedecer as suas ordens, ainda que seja para executar algum amigo próximo ou um familiar. Não como uma característica que o indivíduo deva demonstrar possuir corriqueiramente, mas como algo que pode vir a ser requerido estrategicamente, a disposição para matar está atrelada diretamente aos interesses da organização, e neste sentido, ela deverá ser utilizada contra quem quer que seja que ameace o poder "institucional", acima de quaisquer relações pessoais e afetivas.[22]

Os elementos elencados anteriormente são constitutivos de uma nova ordem social que emergiu no sistema prisional paulista, a partir da consolidação do domínio do PCC, na qual a sociabilidade está orientada por processos decisórios e punitivos que são, até certo ponto, legitimados por aqueles que a eles estão submetidos e por princípios e valores que definem novos critérios para o exercício do poder. A fonte da qual emana o poder que perpassa as relações sociais travadas na prisão não provém de qualquer indivíduo em particular e sim do Comando, em nome do qual agem seus integrantes enquanto funcionários de uma organização e a ele submetidos, assim como toda a população carcerária das unidades onde essa nova ordem social foi imposta.

22. Um entrevistado que estava jurado de morte pelo PCC relatou que o seu irmão de sangue era companheiro da facção, devendo lealdade ao Partido e, por este motivo, tem a obrigação de executá-lo, caso o encontre. Desta forma, meu entrevistado afirmava que jamais poderia retornar a sua casa após o cumprimento da pena. Disse ainda que, caso seu irmão não o matasse, ele seria executado pelo Partido, acusado de traição.

4. A NECESSIDADE DO AUTOCONTROLE PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL: RACIONALIDADE E IMPESSOALIDADE NA NOVA ORDEM PRISIONAL

Das transformações que decorreram do processo de expansão do PCC, a expropriação dos indivíduos da possibilidade de usar a força física na resolução dos próprios conflitos é, certamente, um dos elementos de maior impacto neste sistema no qual a violência física sempre se constituiu como balizador das relações sociais e de poder entre os indivíduos, sem que houvesse qualquer mediador ou qualquer autoridade acima dos atores em conflito. Ainda que outros elementos de *status* fossem importantes, como a trajetória no crime e o tempo de cadeia, a capacidade de usar a violência física era, sem dúvida, o elemento central na construção das hierarquias sociais.

O PCC passou, pouco a pouco, a expropriar os indivíduos desta prerrogativa. Num primeiro momento coube às lideranças locais da própria organização a responsabilidade e o poder decisório sobre os mais variados conflitos ocorridos dentro e fora da prisão. Anos depois, porém, essas decisões – especialmente as que envolvem agressão física ou morte – foram retiradas do âmbito local e passaram a ser tomadas pela organização como um todo, com participação de integrantes dos seus vários escalões. A resolução de conflitos tornou-se, digamos assim, uma questão "institucional", na medida em que as decisões e soluções não estavam mais atreladas diretamente a nenhum indivíduo em particular, e sim à organização. O processo de expropriação dos indivíduos chegara, de fato, ao seu termo, com a centralização pela organização, não apenas dos instrumentos para o exercício da violência, como também da autoridade para julgar, decidir e condenar, sem que seja possível identificar elementos de cunho pessoal neste processo.

Ao expropriar os indivíduos da prerrogativa de uso da força e acumular para si mesmo os meios e a autoridade – legítima ou ilegítima, por ora não importa – para fazê-lo, o PCC acabou por impor à população carcerária um controle externo sobre seu comportamento que gerou a necessidade da autovigilância contínua por parte destes indivíduos. A necessidade de conter a própria agressividade e recorrer à autoridade central para solucionar seus próprios problemas e conflitos – sob pena de severas punições para os infratores desta regra – impôs a esta população a necessidade de um rigoroso controle dos seus impulsos.

O poder escorregava das mãos de alguns indivíduos e se concentrava cada vez mais nas mãos da organização sendo que as lideranças

locais e integrantes do grupo eram investidos de poder, não como indivíduos e sim, enquanto representantes do PCC naquele local. O poder é agora impessoal, tanto que rotineiramente as lideranças são deslocadas – em decorrência de transferências de unidades prisionais, obtenção de regime semiaberto ou liberdade – e o poder "institucional" do PCC permanece intacto.

Nesta nova ordem social, o uso da força física passou a valer muito pouco – traz mais problemas do que soluções. Isto porque, por mais forte fisicamente que seja o sujeito, é praticamente impossível voltar-se contra os ditames da organização, uma vez que se trata de um poder acima de todos. A valorização pessoal está relacionada à posse de bens e de relações e, claro, à vinculação ao PCC. Para tanto é imperativo que o preso demonstre uma capacidade intelectual que o diferencia da maioria da população prisional e seja capaz de exercer um rigoroso autocontrole, inibindo impulsos e desejos que não se coadunam com a disciplina do Comando. Essa capacidade intelectual está estreitamente vinculada à racionalidade, ao planejamento, à frieza e, portanto, a este controle dos impulsos e desejos que passam a ser vistos como prejudiciais ao indivíduo e sobretudo, à organização.[23]

A democratização do sistema prisional – entendida como a produção da igualdade entre todos os presos – e a eliminação da coerção física de um preso sobre o outro são anunciadas pelos integrantes do PCC como conquistas do grupo e que produziram uma nova ordem, na qual a população carcerária se respeita e "pode tirar sua cadeia em paz". Em que pese as mudanças de fato impostas pela organização e a visível redução da violência física no sistema carcerário, estamos diante de um poder extremamente racional e que incide diretamente sobre os presos na forma de um controle que é definidor de um modo de ser e que pauta a sociabilidade deste espaço.

Essa nova ordem social imposta pelo PCC, pautada por uma disciplina que exige dos indivíduos um grande controle do comportamento,

23. Um exemplo da valorização da capacidade intelectual entendida nesses termos é o conselho que os integrantes do PCC dão aos presos para que estes não discutam com o guarda, por mais certo que eles se sintam, sob pena de, qualquer que seja o caso, eles sempre serão considerados "errados" e sofrerão, inevitavelmente, represálias, indo para a cela de castigo. Na concepção dos irmãos, tratam-se de "presos burros" aqueles que a todo momento perdem a cabeça e arrumam problemas com a administração da unidade.

aparece muito mais como um modelo político de gestão dos corpos e dos desejos (WELZER-LANG, 2004, p. 120) do que como uma tentativa de democratizar as relações sociais estabelecidas na prisão. O PCC não eliminou as diferenças e a hierarquia social. O que o Comando fez foi redefinir os elementos definidores de *status* e a forma de exercer o poder, que passa a estar diretamente vinculada à organização.

Conforme afirmamos antes, o seguimento à risca da disciplina do Comando tem um efeito distintivo que expressa a diferença daqueles que podem fazer parte do grupo e, portanto, adquirem legitimidade para exercer o papel de autoridade que é requerido dos mesmos. O cálculo, a frieza e o controle das emoções são constitutivos da nova forma de sociabilidade vigente no sistema prisional, na conformação de uma ordem social em que a racionalidade é erigida como princípio norteador básico destas relações, onde o imediatismo é substituído pelo planejamento em longo prazo para o alcance de determinados objetivos e metas.

A capacidade de se autocontrolar se desdobra em legitimidade para o exercício do controle social externo da população carcerária, com a imposição da disciplina do Comando. A disciplina, mais do que um conjunto de normas, fornece o molde para a constituição de uma forma de "ser ladrão", ou seja, fazer parte do "mundo do crime", o que acaba por produzir uma sociabilidade prisional em que os desejos e impulsos devem ser sistematicamente reprimidos em nome da submissão a um poder, do qual alguns indivíduos estão investidos, mas que tem uma origem eminentemente impessoal, o Comando.

5. BIBLIOGRAFIA

ADORNO, S.; SALLA, F. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, vol. 21, n. 61, set.-out. 2007, p. 7-29.

BIONDI, K. *Junto e misturado: imanência e transcendência no PCC*. Dissertação de mestrado, São Carlos, UFSCar, 2009.

_____. Tecendo as tramas do significado: as facções prisionais enquanto organizações fundantes de padrões sociais. In: GROSSI, M. P.; HEILBORN, M. L.; MACHADO, L. Z. (orgs.). *Antropologia e direitos humanos 4*. Florianópolis: ABA/Nova letra Gráfica & Editora, 2006. p. 303-50.

CAROS AMIGOS. *PCC*. n. 28, São Paulo: Casa Amarela, maio 2006.

CLEMMER, D. *The prison community*. New York: Rinehart & Company, Inc., 1958 [1940].

COELHO, E. C. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005 [1987].

DIAS, C. C. N. Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 3, edição 5, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ago.-set. 2009a, p. 128-44.

_____. Ocupando as brechas do direito formal: o PCC como instância alternativa de resolução de conflitos. *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 2, Rio de Janeiro: Garamond Universitária. abr.-jun. 2009b, p. 83-105.

_____. *A igreja como refúgio e a Bíblia como esconderijo: religião e violência na prisão*. São Paulo: Humanitas, 2008.

_____; SILVA, V. C. da. Segregação, contaminação e utilização do corpo como espaço: a posição dos homossexuais na nova configuração do poder nas prisões paulistas. *Anais do 33.º Encontro Anual ANPOCS*. Caxambú, 2009. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,59/Itemid,85].

FELTRAN, G. de S. O legítimo em disputa: as fronteiras do 'mundo do crime' nas periferias de São Paulo. *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 1, Rio de Janeiro: Garamond Universitária, jul.-set. 2008, p. 93-148.

GOFFMAN, E. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MARQUES, A. *Crime, proceder, convívio-seguro. Um experimento antropológico a partir da relação entre ladrões*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2010.

RAMALHO, J. R. *O mundo do crime: a ordem pelo avesso*. São Paulo: IBCCrim, 2002.

SYKES, G. M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press, 1974.

WELZER-LANG, D. Os homens e o masculino numa perspectiva de relações sociais de sexo. In: SCHPUN, M. (org.). *Masculinidades*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ZALUAR, A. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

51977

V SEÇÃO ESPECIAL – DIREITOS HUMANOS

1
O caminho para a moratória universal da pena de morte

LUIS ARROYO ZAPATERO

Presidente da Société Internationale de Défense Sociale.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O debate sobre a abolição da pena de morte iniciou concomitantemente à elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual se absteve de afirmar que a abolição estava interligada ao direito à vida. Tampouco, isso foi mencionado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966. No entanto, esta questão passou a fazer parte da agenda de debates das Nações Unidas, vindo a alcançar uma maioria favorável à abolição na Assembleia Geral somente a partir de 2007, com a aprovação da Resolução Universal pela moratória e o estrito respeito às salvaguardas. A abolição é peça fundamental no marco das grandes ideias das Nações Unidas, e o autor propõe a incorporação deste debate e objetivo, aos debates e objetivos da Declaração do Milênio.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de morte – Direitos humanos – Direito à vida – Abolição – Moratória – Declaração do Milênio.

ABSTRACT: The debate for death penalty abolition started at the same time that the drafting of the Universal Declaration of Human Rights took place in 1948, refraining itself from stating that abolition was interwoven with the right to life. Neither was it mentioned on the International Covenant on Civil and Political rights adopted in 1966. Nonetheless, the issue has been acquainted in all political debates scheduled in the General Assembly onwards till recently in 2007 with the approval of the Resolution of a universal moratorium and the urge of strictly abiding by the so called safeguards. Abolition is cornerstone to the great ideas of the United Nations, and the author intents to propose the incorporation of this debate and objective, to the more general scope of objectives and debates within the Millennium Declaration.

KEYWORDS: Death penalty – Human rights – Right to life – Abolition – Moratorium – The Millennium Declaration.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da Declaração Universal do Direitos Humanos até a resolução pela moratória de 2007 – 3. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO[1]

A pena de morte acompanha a humanidade como sua lúgubre sombra. Assim começava Marino Barbero seu livro sobre, e contra, a pena de morte, publicado em Buenos Aires em 1985, e cujos primeiros esboços já haviam sido proferidos em 1968, no auge da ditadura franquista e logo após a execução da sentença de morte de um dirigente comunista, com a qual o Ditador havia firmado sua autoridade ante o mundo e ante o próprio Papa. O livro teria começado com outro espírito se meu Mestre tivesse ciência da resolução das Nações Unidas a favor da moratória, obtida com maioria suficiente pela primeira vez no ano de 2007. Seguramente teria preferido começar seu texto com a conhecida assertiva de que a história da pena de morte é a história de sua abolição.

Na verdade, a abolição progressiva da pena de morte é um fenômeno surgido após a segunda guerra mundial e que se intensificou nos primeiros anos deste novo milênio.

A seguir, pretendo abordar a questão da reflexão e da ação contra a pena de morte no marco das grandes ideias das Nações Unidas, partindo de suas origens, mas, especialmente, partindo da adoção da Declaração do Milênio do ano 2000 e da formulação dos objetivos que levam este mesmo nome.

2. DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITOS HUMANOS ATÉ A RESOLUÇÃO PELA MORATÓRIA DE 2007

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 1948, pelas Nações Unidas, faz parte de uma obra de progresso e de uma ideia de governo do mundo que emana da Carta de São Francisco. Paz, ordem internacional, soberania dos povos e Direitos Humanos são valores fundamentais do cenário político internacional, que esboçam a grande reação contra as causas e condições da Segunda Guerra Mundial. A pretensão de que essa nova ordem mundial fosse mais duradoura que a estabelecida em Versalhes em 1919 se confirmou nitidamente, pois está claro que, desde então, apesar de não ter conseguido impedir a conhe-

1. Tradução ao português realizada por Daniel Scheunemann de Souza.

cida "guerra fria" que começou justo após a aprovação da Declaração Universal de 1948, as Nações Unidas evitaram mais de duas guerras mundiais. Precisamente, é na tensão gerada por essa guerra "fria" que se encontram as limitações da Declaração: no conteúdo e alcance de alguns dos direitos formulados – como os que afetam o direito à vida – e, sobretudo, na não adoção de um mecanismo judicial de controle da aplicação dos Direitos Humanos pelos países respectivos, ao estilo do que conhecemos como Comissões e Tribunais regionais de Direitos Humanos. Estes não foram criados neste momento, e, quando da sua criação, enfrentaram diversas limitações, como a inclusão de Protocolos anexos, a aprovação do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

É fato notório que o tema da abolição da pena de morte ficou de fora da agenda das Nações Unidas em suas primeiras décadas. A Declaração Universal de Direitos Humanos proclamou o direito à vida, em seu art. 3.º, e, surpreendentemente, para não entorpecer o caminho dos países tendentes à abolição, omitiu-se toda e qualquer referência à exclusão da pena de morte. A proposta da União Soviética para incorporar ao texto a plena abolição da pena capital em tempos de paz não prosperou.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos que pretendia servir de mecanismo para o cumprimento dos Direitos Humanos nos países signatários retomou o assunto, proclamando que "ninguém pode ser arbitrariamente privado do direito à vida", mas reconhecendo a pena de morte como exceção ao mesmo. Apesar disso, termina enunciando alguma limitação à pena capital, dando lugar a um debate posterior bastante produtivo.

Mesmo antes da adoção do Pacto, no ano de 1957, assentou-se, por meio da Terceira Comissão, a realização de um estudo sobre todos os aspectos relativos à pena capital no mundo, encomendado a Marc Ancel, Presidente da *Societe International de Defénse Sociale* e da seção penal do Instituto Francês de Direito Comparado, quem acompanhou anos mais tarde outro estudo encomendado a Norval Morris, em 1967, seguido pelos trabalhos de Roger Hood e Wiliam Schabas, que acaba de apresentar seu último trabalho neste ano. Com isto, em 1971, o Secretário-geral apresentou um informe global, seguido de uma resolução que aludia ao contínuo processo de redução de delitos, aos quais se aplicava a pena capital e à conveniência de sua abolição. Esta resolução abria caminho a uma corrente de encomendas de informes por parte do Secretário-geral e às pertinentes resoluções que seguem até a atualidade. Estas, já no ano de 1973, permitiram incluir, no informe do Secretário-geral, a adoção

de uma postura bastante firme, como a que segue: "As Nações Unidas se movem desde a posição de um observador neutro, preocupado, mas não comprometido com a questão da pena capital, para uma posição favorável à abolição da pena de morte".

Desde então, a questão da pena de morte e de sua abolição foi estudada e debatida, tanto da perspectiva dos estandartes de Direito Penal, que eram próprios de La "Branch" de Defesa Social, hoje denominada *Comisión sobre Prevención del Crimen y Jusiticia Penal*, como dos estandartes dos Direitos Humanos, próprios da Comissão dos Direitos Humanos, hoje denominada Conselho. Os momentos relevantes deste debate datam de 1975 (no cerne do Conselho Econômico e Social), 1977 (no fórum da Assembleia Geral) e 1980 (no *Crime Prevention Congress* e Assembleia Geral). Cabe destacar que o Congresso sobre a Prevenção do Crime, celebrado em Caracas,, não só se ocupou da pena de morte de uma maneira mais intensa, se comparado com qualquer outro tema, mas também deu lugar ao surgimento dos mais efusivos partidários da manutenção da pena capital.

Diante disso, o debate no Congresso de Caracas de 1980 possibilitou que na subsequente reunião da Assembleia Geral das Nações Unidas se elaborasse as normas de "salvaguarda do uso da pena capital", dirigidas aos países que ainda mantinham esse tipo de pena. Como é sabido, as "salvaguardas" das Nações Unidas terminaram por excluir toda a legitimidade da pena de morte para os delitos que não eram considerados "os mais graves" e para os cometidos por menores de 18 anos ou por mulheres grávidas, apregoando sempre a não retroatividade, um processo justo, o direito à apelação, assim como a não execução antes que se esgotassem todos os recursos internos para o indulto, e, por último, a determinação de que, se fosse o caso, a pena se executasse da maneira que causasse o menor sofrimento possível. O texto definitivo é de 1989 (ESC. Res. 1989/1964).

Ao mesmo tempo e com íntima relação com o anteriormente descrito, se levou a cabo o debate e a elaboração do que se consumou em 1989 como o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, destinado a abolir a pena de morte. Como destacou Wiliam Schabas, a votação foi um reflexo do otimismo produzido pela dissolução dos blocos militares, o que levou também, neste mesmo ano, à aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, cuja massiva ratificação, com a notável exceção dos EUA e Somália, universalizou a proibição da aplicação da pena de morte aos menores de 18 anos.

Neste mesmo ano ocorreu a primeira intervenção em grande escala de uma ONG de direitos humanos – a Anistia Internacional – com a publicação do seu exitoso estudo intitulado *When the State Kills*. No teatro da política internacional dos Direitos Humanos, no qual os protagonistas eram até então os governos e as ONGs fundamentalmente acadêmicas vinculadas à *Crime Comission* das Nações Unidas, começam a surgir organizações solidárias e de Direitos Humanos, movimentos cuja força e influência não deixarão de crescer.

A agenda abolicionista seguiu avançando, mas também avançou a auto-organização dos países retencionistas. Assim, à sólida presença anti-abolicionista dos Estados Unidos e da China somou-se um grupo formado por alguns países islâmicos, que demandavam a manutenção da pena capital como exigência direta de leis e de princípios religiosos.

Em 1944, o governo italiano posicionou-se ante a Assembleia Geral em prol de uma moratória universal, sendo logo acompanhado por uma organização não governamental de caráter transnacional: *Hands off cain*. Destacaram-se nos debates três representantes do retencionismo: Paquistão, primeiro a recusar-se a tratar do assunto; Sudão, que descreveu a pena de morte como "conteúdo do direito divino", conforme algumas religiões, em particular, o Islam, e Singapura, que liderou o debate e defendeu a soberania dos Estados para determinar as penas apropriadas para a luta contra os delitos graves, em suas respectivas sociedades, afirmando também que era evidente que jamais haveria um consenso universal, considerando a pena capital contrária ao Direito Internacional.

Concomitantemente a essa discussão que ocorria na Assembleia Geral, produziu-se um grande debate no Conselho de Segurança sobre a exclusão da pena capital do catálogo de penas do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, debate este que não chegou a ocorrer quando da aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia em 1993. Ao final todos os estatutos dos Tribunais *ad hoc*, e também o da Corte Penal Internacional terminaram por excluir a pena capital, mesmo sendo estas jurisdições pensadas especificamente para os delitos mais graves.

Em 1996, foram renovados os esforços abolicionistas com a adoção de resoluções favoráveis na Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal, e, no seguinte ano, na Comissão de Direitos Humanos, a qual afirmou que "estava convencida de que a abolição da pena de morte

contribui para a realização da dignidade humana e para o desenvolvimento progressivo dos direitos humanos", levando a própria Comissão a instar uma moratória geral na Resolução de 1998. Como resposta, se formou uma "frente de resistência", formada por 51 países, que expressava a mesma posição adotada por Singapura, ou seja, a de ausência de um consenso internacional sobre a abolição, devido a diferenças existentes entre as religiões e entre os sistemas judiciais. O confronto teve lugar na Assembleia Geral de 1999, com a apresentação por parte da União Européia de uma proposta de resolução para a aplicação das salvaguardas, com a qual se instava a ratificação do Segundo Protocolo Facultativo de Abolição da Pena de Morte, a restrição progressiva da pena de morte e o estabelecimento de uma moratória, objetivando sua completa abolição. Entretanto, a proposta da União Européia terminou derrotada pela "frente de resistência", encabeçada desta vez pelo Egito e por Singapura, os quais reiteraram a falta de um consenso universal, e, também, ressaltaram que o tema da pena capital é matéria de Justiça Penal e não de Direitos Humanos.

Mas após a derrota tudo se subverte. Primeiramente, as novas ONGs especializadas aglutinam a velhos e novos atores na *World Coalition* e no *Ensemble*, que organizam, desde 2001, um congresso mundial, a cada quatro anos, caracterizado como um movimento verdadeiramente internacional de atores sociais, cuja última manifestação deu-se em Genebra, em abril de 2010, inaugurado pelo Presidente semestral da União Européia José Luiz Rodriguez Zapatero. No intervalo, ocorrido entre os Congressos de 2001, de Estrasburgo; de 2004, de Montreal; e de 2007, de Paris e Genebra, desenvolveu-se uma intensa atividade de ONGs regionais e locais, que recebem apoio de diversas fontes, mas, especialmente, da União Européia, que, desde 1994, dedica uma seção de seu programa de patrocínio dos Direitos Humanos à luta pela abolição.

Cabe destacar no plano europeu a denominada "Iniciativa Européia para a Democracia e os Direitos Humanos", instrumento pluridisciplinar e bom exemplo de atividade intensa, com reuniões e declarações relacionadas com o amplo diálogo China – União Européia, com a situação da região dos Grandes Lagos da África, ou com países árabes, cujas reuniões levaram às Declarações de Alexandria (2008), Argélia (2009) e Madrid (2009), nas quais a partir da sociedade civil desses países se insta aos governos a cumprirem a Res. 62/149 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Na esfera institucional internacional também surgiram novos atores. Cabe ressaltar, em especial, as ações do "Relator especial para as execuções extrajudiciais", que também abordou, em parte, as questões da pena de morte, desde sua criação em 1982, e as ações do "Alto Comissariado para os Direitos Humanos" que, desde a época em que atuava Mary Robinson, se opõe à pena capital, censura as execuções e requer a moratória e a abolição.

O novo cenário possibilitou a iniciativa de 85 países que, em dezembro de 2006, realizam nas Nações Unidas uma declaração que proclama a "crença de que a abolição da pena de morte contribui para majorar dignidade humana e o desenvolvimento dos Direitos Humanos". O fim último é a abolição e a restrição nos países que ainda a mantenham, objetivando uma moratória universal.

Esta proposta obtém êxito, pela primeira vez, na Assembleia Geral, que aprova a Resolução pela moratória, em 18.12.2007, por 104 votos, com 54 votos contra e 29 abstenções. Em 20.11.2008, houve nova ratificação, com 105 votos a favor, 48 contra e 31 abstenções. O último relatório do Secretário-geral foi apresentado em Viena neste último mês de maio, pelo qual é responsável William Schabas, e sobre o qual nos contará posteriormente.

Havendo chegado a este ponto, resulta evidente que a Resolução sobre a moratória não representa o "fim da história" da abolição, pois existem 48 países contrários e 31 que se abstiveram, e a maioria deles ainda executa a pena de morte. Para os que consideram que a abolição é uma questão de dignidade humana e de Direitos Humanos, o caminho correto segue sendo a continuação dos debates, ano após ano, com a finalidade de reduzir o grupo de países que se abstêm, e, sobretudo, o grupo que com grande resistência segue aplicando a pena capital. Entretanto, também será necessário abordar o problema da pena capital sob outros enfoques, e isso é o que, precisamente, o Presidente espanhol Rodriguez Zapatero nos propôs neste último dezembro, em Madrid, na inauguração do Congresso que originou a Rede Acadêmica contra a pena de morte, e que podem ser encontrados em nossa *web*: [www.academics-forabolition.net].

Permito-me, aqui, desenvolver este assunto, que se trata de atentar à evolução do denominado "poder das ideias na história intelectual das Nações Unidas".

Não necessito recorrer a Winston Churchill para enfrentar àqueles que apreçam pouco, ou nada, às Nações Unidas, e que a desqualificam

como *Talking Shop*, alegando que seus trabalhos normalmente resultam em discussões infrutíferas. Churchill, por outro lado, disse que falar por falar é melhor que matar por matar. Mais que isto, invitou a reparar no papel fundamental que a ONU tem desempenhado no desenvolvimento de ideias e conceitos, que no princípio foram considerados parciais ou próprios de regimes econômicos ou políticos determinados, mas que, hoje, precisamente, em decorrência da atuação das Nações Unidas, se converteram em parte de nossa concepção moderna de ser humano da Comunidade Universal (S. Tharror). Entre estes se destaca a ideia de autodeterminação dos povos, que, apesar de impulsionada pela Sociedade das Nações, a partir do tratado de Versalhes, não se impôs mais além do que se denominaria mundo civilizado, pelo menos não até que as Nações Unidas promovessem o grande processo de descolonização na segunda metade do século XX.

Até poucos anos atrás, os Direitos Humanos apareciam, ou se faziam aparecer, como um patrimônio intelectual e político privilegiado dos países avançados e do espaço capitalista, criação definitiva do imperialismo cultural. Hoje, entretanto, cabe destacar que, mesmo quando os Direitos Humanos são violados em diversas partes do mundo, é devido às ideias e procedimentos de controle das Nações Unidas que se converteram na mais eficaz defesa de milhões de seres humanos frente aos abusos de poder.

A ideia de paz e de exclusão das guerras, por meio da negociação, das missões de paz e da intervenção legitimada pelas Nações Unidas, não conseguiu evitar uma série de conflitos em diversas regiões, entretanto, conseguiu impedir que ocorressem guerras gerais e permanentes, como foi o caso das duas Guerras Mundiais ocorridas nos cinquenta anos anteriores à criação das Nações Unidas.

A ideia de fim da impunidade e de castigo aos maiores abusos de poder estribados em crimes massivos terminou consagrada com a criação dos Tribunais Internacionais *ad hoc* e do Tribunal Penal Internacional, e também pela força do princípio de Justiça Universal, que após seu "congelamento" pós-Nuremberg – efeito da Guerra Fria – passou a vigorar de uma forma efetiva, devido, especialmente, à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, entre outras. As Nações Unidas também foram autoras de ideias inovadoras sobre economia e desenvolvimento, até que converteram esta dualidade no programa de "Desenvolvimento Humano", que hoje está focado, principalmente, no objetivo de reduzir a pobreza. Esta mesma

ideia de desenvolvimento humano também engloba, hoje, aos Direitos Humanos e a resolução de conflitos. Em realidade, o que hoje se está considerando é a possibilidade de superação da excisão dos Direitos Fundamentais nos dois Pactos, o de Direitos Políticos, de um lado, e o de Direitos Sociais, de outro (DELMAS MARTY), objetivando um amplo conceito de segurança humana.

Com tudo isto, me permito chamar a atenção para o bloco de ideias pragmáticas conhecidas como Objetivos do Milênio, empreendidas pela Assembleia Geral e pelo Secretário-geral Kofi Annan, no ano de 2000, com a denominada Declaração do Milênio. Este não pode ser classificado como um documento retórico ou meramente programático e, apesar do atraso em sua implementação, devido principalmente à crise de segurança produzida pelo 11 de setembro e pela hecatombe econômica de 2007, acredito que este bloco de ideias da Declaração do Milênio se converterá na agenda cotidiana da vida internacional das organizações internacionais, regionais e bilaterais. O poder das ideias transformará o mundo, por volta do ano de 2015 e, em todo caso, transformará a consciência dos habitantes deste mundo sobre o que podemos exigir de nossos governos e, também, de nós mesmos (KENNEDY). Igualmente, nesta era de globalização do transporte, da informação e da capacidade de organização, a sociedade civil de nossos países dispõe de informação e de capacidade para a criação, mais do que nunca, de oportunidades para fazer frente às "forças do mal" que todos, em nossos países e regimes, temos de enfrentar.

A Declaração do Milênio se estrutura em oito grandes apartados: de valores e princípios; de paz, segurança e desarmamento; de desenvolvimento e erradicação da pobreza; de proteção ao meio ambiente; de Direitos Humanos, democracia e boa governança; de proteção dos grupos vulneráveis; de resposta às necessidades especiais da África e de fortalecimento às Nações Unidas.

A partir de uma leitura atenta e do acompanhamento do transcorrido nesse decênio, me uno àqueles que entendem que a Declaração do Milênio e os objetivos que dela emanam podem formar o terceiro grande documento das Nações Unidas depois da Carta de São Francisco e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (MANCISIDOR, p. 32).

Os objetivos do Milênio se instauram de maneira simples e apta a medir quantitativamente o ponto de partida e o programa de execução. Expressam-se assim: erradicar a pobreza extrema e a fome; alcançar

o ensino primário universal; promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; reduzir a mortalidade infantil; melhorar a saúde materna; combater o HIV/Sida, malária e outras doenças; garantir a sustentabilidade ambiental; criar uma parceria mundial para o desenvolvimento; progressar no âmbito dos Direitos Humanos e aprimorar o governo das Nações Unidas.

A sensatez da formulação destes objetivos é manifesta. O espírito humano se rebela, frente a uma realidade, com tanta violência econômica, atingindo os seres humanos, que, aos milhões, as estruturas políticas e econômicas têm submetido à fome, fato injustificável devido à riqueza produzida no mundo atual; à mortalidade por enfermidades, problema que o desenvolvimento humano e os sistemas de saúde já solucionaram plenamente em boa parte do planeta, e que deve ter um caráter universal.

Também se rebela o espírito humano contra a brutal, ou em alguns casos, refinada discriminação de seres humanos, em razão da sua cor de pele ou, o que é mais surpreendente, de mulheres, seja qual for sua cor. A discriminação masculina das mulheres é, juntamente com a fome e as enfermidades, gratuita e evitável. Estas são as pragas mais relevantes da humanidade neste princípio de milênio. Não se trata, como bem explica a Declaração, de um tempo de Direitos Sociais frente a um tempo passado de Direitos Políticos, mas sim, da superação dessa excisão que não pôde ser resolvida quando dos pactos de 1966, e que tardaram três décadas para entrar em vigor.

O que o presidente Rodriguez Zapatero veio explicar e propor a nós, acadêmicos reunidos no passado mês de dezembro 2009, em Madrid, consiste no fato de que o que nos ocupamos e preocupamos com a abolição da pena de morte, por razões tradicionais, devemos nos esforçar para situar nossos objetivos no marco do novo discurso e na discussão dos objetivos do milênio. A luta contra a fome não é uma alternativa à luta pelo direito à vida ou pela dignidade humana, mas, pelo contrário, a luta contra a fome é a ambição de garantir a base material, o pressuposto dos direitos e da dignidade dos seres humanos. É desde este ponto de vista que devemos reconstruir o conteúdo dos direitos humanos no mundo contemporâneo e, também, o conteúdo do direito à vida, fundamentando neste último a renúncia e a exclusão à pena capital.

Para reconstruir e complementar o fundamento abolicionista, não é necessário alterar a Declaração do Milênio. Esta, em todo seu conteúdo,

é uma declaração contra a violência; contra a violência intrínseca a toda morte, contra a violência da discriminação da mulher, que, como bem sabemos, termina facilmente em violência criminal *tout court* sobre a mulher em uma relação conjugal; e contra a violência da morte por doenças (como a malária) de milhões de pessoas em virtude da cobiça das empresas farmacêuticas e dos países que podem controlá-las.

Além disso, encontram-se, no apartado II da Declaração, duas grandes demandas contra a violência. Por um lado, a exigência de velar pela paz, de prevenir os conflitos e de intervir na defesa legítima, evitando o "deixar morrer" ou o "permitir matar", conceitos estes que no plano moral não nos podem passar indiferentes. Por outro lado, está a demanda de ação contra a violência, identificada especialmente com o terrorismo internacional, com a delinquência transnacional, com as armas de destruição massiva, com as minas terrestres, com as bombas-clúster, com o tráfico ilegal de armas pequenas, etc.

Nesse contexto antiviolência, não resta dúvida que é necessário complementar boa parte do argumento dos partidários de abolir a pena de morte, pois, para a maioria das pessoas, este constitui a emoção do rechaço à pena de morte, simbolizada em seu significado de "matar a sangue frio". Somente o coração do carrasco não sofre empatia ao contemplar a execução capital. É esta sensação de rechaço à violência da pena de morte – mesmo que esta seja considerada legal em determinado país ou legítima para alguma religião – que deve ser proposta como objetivo de consenso, em todos os países do mundo, para a construção de valores e princípios de renovação da ordem mundial. É esta a proposta que eu submeto à vossa consideração, para que, em conjunto e a partir da rede acadêmica, se concentrem os esforços de construção de uma ordem de valores como a que anseia a Declaração do Milênio e que se faz acompanhar do progresso dos Direitos Humanos e da maior lição que o Estado pode dar aos violentos: a renúncia à pena capital pelo repúdio ao ato de matar a sangue frio.

3. Bibliografia

Barbero Santos, Marino. *Pena de Muerte (El ocaso de un mito)*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1985, Criminología contemporánea.

Cohen-Jonathan, Gerard; Schabas, William. La peine capitale et le droit international des droits de l'homme. (Paris II). Paris: Panthéon Assas, 2003. *International Academics Network for the Abolition of Capital Punishment (REPECAP)*. Disponível em: [www.academicsforabolition.net].

EMMERIJ, L.; JOLLY R.; WEISS G., Thomas. The Power of UN Ideas: lessons from the first 60 years. A summary of the books and findings from the United Nations Intellectual History Project New York, may 2005. Disponível em: [www.unhistory.org/PowerofUNTOC.pdf].

HODGKINSON, P.; RUTHERFORD, A. Capital Punishment, global issues and prospects. Waterside Press. Criminal Policy, 1996.

HOOD, Roger. *The death penalty: a world-wide perspective*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SCHABAS, William. *The abolition of the death penalty in International Law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press , 2002.

SCHABAS, W., BIGLINO, P.; ARROYO ZAPATERO, L. (eds.). *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2010.

UN DOC. E/2010/10. Informe del Secretario General. La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte. Consejo Económico y Social. Nueva York, 18.12.2009.

YORKE, Jon. *Against the death penalty. International Initiatives and Implications*. Ashgate, 2008.

51978

2

O Islamismo e a pena de morte: a particular ótica de um muçulmano, brasileiro e pesquisador de Direito Penal sobre as normas corânicas

MOHAMAD ALE HASAN MAHMOUD

Doutor e mestre em Direito Penal pela USP. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público/DF. Assessor de Ministro do STJ.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo refere-se à pena de morte na doutrina islâmica. É apresentado um estudo que conclui ser possível defender o fim da punição capital por meio de uma exegese histórica e sistemática dos princípios do Alcorão.

PALAVRAS-CHAVE: Islamismo – Fim da pena de morte – Princípios do Alcorão – Exegese histórica e sistemática.

ABSTRACT: This article was developed in reference to capital punishment in the islamic doctrine. It comprises a study which concludes that it is possible to defend the end of death penalty by means of a historical and systemic exegesis of the koran's principles.

KEYWORDS: Islam – End of capital punishment – Principles of the koran – Historical and systemic exegesis.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Islamismo e Alcorão: algumas palavras – 3. A pena de morte e o Islamismo – 4. Interpretação sistemática – 5. O contexto histórico da revelação – 6. O Islamismo e realidade – 7. Conclusões – 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Muito me honrou o convite, formulado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, para enfrentar o tema da pena de morte sob a angulação islâmica.

Apesar de difícil, a empreitada mostrou-se extremamente fascinante, por envolver questões de variadas ordens: cultural, acadêmica, espiritual e existencial.

A oportunidade, inclusive, conduziu-me a refletir, com mais vagar, sobre vários outros cânones corânicos. Como o proselitismo nunca me inspirou, sempre tive presente que a espiritualidade diz com uma relação pessoal, um canal único que se estabelece entre criatura e Criador, espontaneamente. Desta forma, penso, nenhuma intervenção terrena pode levar alguém a, verdadeiramente, crer, a não ser que se experiencie tal liame. Tendo muitos amigos ateus, por mais que tenha gasto tempo e saliva, percebi que não seria o meu discurso inflamado, e logicamente estruturado, que os demoveria do ceticismo. Assim, se questionado acerca do meu credo, exponho minhas convicções, sem qualquer vã pretensão de convencer. Acredito que a evangelização/islamização pode ocorrer, sim, mas, pelo exemplo de vida, por meio de comportamentos que inspirem: os atos, mais do que as palavras, têm força catalisadora.

Partindo desta premissa, e, não dispondo de muçulmanos no meu círculo profissional e acadêmico, não tive muita oportunidade – até agora – de aproximar a fé do meu objeto de estudo. Veja que interessante: de quatrocentos e cinquenta ingressos na Faculdade de Direito da USP, em 1994, havia dois descendentes de palestinos – número significativo, tendo em vista se tratar de minoria tão assolada. O prezado Atalá, apesar da comum origem étnica, ostenta a fé católica. No culto ecumênico de nossa formatura, sob certa ótica, o Sheik dirigiu o seu discurso, portanto, a um público bem restrito.

A sensação de ser forasteiro sempre me acompanhou. Daí a minha enfática identificação com um ilustre palestino que, após, caminhar por outras paragens, aportou nos Estados Unidos e se tornou professor da Universidade de Columbia. Refiro-me a Edward Said, que se notabilizou pela obra *Orientalismo*. Em suas *memórias*, tal autor destaca a sensação dolorosa de se sentir deslocado etnicamente em um ambiente.[1]

A minha religião, o meu nome e a minha origem muitas vezes são considerados, mesmo que veladamente, como pitorescos ou mesmo

1. Destaca Said: "Até hoje ainda me sinto longe de casa, por mais risível que isso possa soar, e embora eu não tenha, acho, nenhuma ilusão quanto à vida 'melhor' que eu poderia ter levado se tivesse ficado no mundo árabe, ou morado e estudado na Europa, ainda existe alguma dose de remorso". *Fora do lugar*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 328.

olhados com reserva. A primeira impressão decorre da dificuldade mesmo na pronúncia dos meus nomes, nos quais há fonemas um tanto guturais, cuja adequada pronúncia leva, não raras vezes, à surpresa ou ao, desagradável, escárnio.[2] Com o tempo, isso passou a não incomodar tanto. Já o segundo aspecto é mais delicado e, aí, sinto-me em alguma medida, fazendo parte de uma minoria. A ideia de que todo "turco"[3] é sovina/aproveitador e de que todo palestino é terrorista, por mais que nefasta, ainda subjaz no inconfessável do subconsciente dos brasileiros. Devem ser lembrados, neste passo, os seguintes comandos que já disciplinaram o nosso território:

a) Ordenações Filipinas: Livro V:

"Título XCIV:

Os mouros e Judeos, que em "nossos Reinos andarem com nossa licença, assi livres, como captivos, trarão sinal, per que sejão conhecidos, convém saber, os Judeos carapuça ou chapeu amarello e os Mouros huma lua de panno vermelho de quatro dedos, cosida no hombro direito, na capa e no pelote.

E o que o não trouxer, ou o trouxer coberto, seja preso, e pague pola primeira vez mil réis da Cadêa. E pola segunda, dous mil réis para o Meirinho que o prender. E pola terceira, seja confiscado, ora seja captivo, ora livre".

b) Código Criminal do Império, de 1830:

"Parte IV, Dos Crimes Policiaes – Offensa da religião, da moral e bons costumes

Art. 276. Celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra Religião que não seja a do Estado.

Penas – de serem dispersos pelo Juiz de Paz os que estiverem reunidos para o culto, da demolição da fórma exterior; e da multa de dous a doze mil réis, que pagará cada um."[4]

2. Para fazer o contraponto com o desabafo, lembro-me da carinhosa forma como o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho me identifica: "o baiano da Maria Thereza (Ministra do STJ, com quem trabalho)".
3. Aqui a referência é empregada, popularmente, para todo e qualquer árabe.
4. Ao comentar o Código Penal de 1890, João Vieira de Araújo assinalou: "No regimen monarchico, antes de 1890, a cousa era differente com a existência da religião de Estado e as instituições do Padroado, o *regalismo*

Diante de tais aspectos, a minha religiosidade tem assumido contornos, em alguma medida, aproximados ao remoto culto doméstico, registrado por Fustel de Coulanges.[5]

Apesar de tal viés mais reservado de espiritualidade, tenho mantido viva a fé nos cânones islâmicos, até mesmo como uma forma de preservar os laços histórico-familiares. Lembre-se, a propósito, o que destacou Isrhad Manji: "Você deve estar se perguntando por que, depois de minha expulsão da madressa (escola religiosa), não larguei essa história de religião para lá e não fui comemorar minha identidade de cidadã da América do Norte 'emancipada'? O imperativo da identidade não deixou de fazer a sua parte. Você sabe onde estou querendo chegar. A maioria de nós, muçulmanos, não é muçulmano porque pensamos a respeito, e sim porque nascemos assim. É 'assim que somos'".[6]

O presente estudo se concentrará nas regras constantes do Alcorão, o Livro Sagrado do Islamismo. Todas as demais fontes do direito islâmico, como a Sunnah (tradições do Profeta), a Shariah (leis humanas), a Fiqh (jurisprudência), etc., em verdade, por não possuírem a mesma origem divina, devem guardar sintonia com aqueles cânones fundamentais.

Sirvo-me, nesta empreitada, da Ijtihad, que é um método hermenêutico muçulmano, muito empregado no Califado de Córdoba, séculos atrás, empolgado por grandes pensadores islâmicos, como Ibn Sina (Avicena) e Ibn Rushd (Averroes).[7] Cuida-se de técnica destinada à compreensão crítica do Livro Sagrado, até mesmo porque em vários trechos somos exor-

de um lado e de outro lado uma Igreja privilegiada. (...) Hoje em dia em semelhante assumpto, como neste capitulo do codigo vigente, não se trata absolutamente de delictos contra a religião, punidos outr'ora até com os mais atrozes supplicios autorisados pelo proprio direito da igreja e de que era um ultimo resíduo as citadas disposições do codigo anterior." *O Código Penal interpretado*. Edição fac-similar. Coleção História do direito brasileiro. Brasília: Senado Federal/STJ, 2004. vol. 1, p. 106.

5. *A cidade antiga*. Trad. Sousa Costa. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1950. vol. 1, p. 42.
6. *Minha briga com o Islã*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Francis, 2004, p. 26.
7. MUQTEDAR, Khan. *Two theories of Ijithad*. Disponível em: www.ijtihad.org. Acesso em: 02.05.2010. O professor associado do Departamento Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Delaware invoca os exemplos de China e Índia que se modernizaram sem perder a identidade. Mas, como se verá, no correr do opúsculo que ora se apresenta, a proposta

tados a razoar, meditar,[8] enfim, a empregar nossa racionalidade em prol da justiça, da misericórdia, em suma, em favor da salvação.

2. Islamismo e Alcorão: algumas palavras

O Islamismo é a mais nova das três grandes religiões monoteístas. Spinoza já dizia que o Cristianismo foi uma resposta ao quadro de enrijecimento da interpretação dos princípios judaicos. Em igual medida, vem o Islamismo promover uma correção de curso diante da má compreensão do Novo Testamento. Não discrepa, em larga medida, do Velho e do Novo Testamentos. São consagrados os dois grandes Livros Sagrados, evidenciando seu colorido sincrético. Confira-se, a propósito, o próprio texto corânico:

"E, com efeito, concedemos a Moisés o Livro e fizemos seguir, depois dele, os Mensageiros. E concedemos a Jesus, Filho de Maria, as evidências e amparamo-lo com o Espírito Sagrado. E será que cada vez que um Mensageiro vos chegava, com aquilo pelo que vossas almas não se apaixonavam, vós vos ensoberbecíeis? Então, a um grupo desmentíeis, e a um grupo matáveis."[9]

O Alcorão encerra 114 Suras (capítulos), divididos em versículos, os quais foram anunciados pelo Anjo Gabriel ao Profeta Mohamad (570-632, d.C.), ao longo dos últimos vinte e três anos de sua vida. É significativo o fato de que Mohamad, ou Maomé, como entre nós é conhecido, fosse analfabeto. Ele transmitiu, oralmente, a seus seguidores uma obra monumental, com uma beleza incrível. Austregésilo de Athayde, quando presidente da Academia Brasileira de Letras, ao prefaciar a tradução do Alcorão para o Português, empreendida por Mansour Challita, destacou:

"O Alcorão (A leitura) forma entre os grandes livros da humanidade, sob alguns aspectos de ordem literária, um dos mais extraordinários produtos do espírito humano. Contudo, as opiniões divergem em seu julgamento.

Besworth Smith, cuja autoridade é no assunto indiscutível, assim definiu o Alcorão: "É um livro que é um poema, um código de lei, um

exegética implica um resgate de mensagem já anunciada que se quer resgatar.

8. Dentre outras passagens: 2.ª Sura, versículos 44, 219 e 221; 3.ª Sura, versículo 65 e 24.ª Sura, versículo 61.

9. 2.ª Sura, versículo 87.

livro de oração, uma bíblia, que é reverenciado hoje por um sexto da raça humana como um milagre de pureza de estilo, de sabedoria e de verdade. Não se poderia dizer melhor dos dois Testamentos, o antigo e o novo.

(...)

Não o faria, se não estivesse convencido de oferecer à literatura brasileira uma contribuição meritória, dado que o Alcorão (tal como a Bíblia para o hebreu, a Odisséia para o grego, a Eneida para o latim, a Divina Comédia para o italiano ou a tradução da Bíblia feita por Lutero para o alemão) conferiu ao árabe a disciplina, a força de expressão semântica, a elasticidade e também a concisão que tanto o valorizam na poesia, na exposição mística e ética, na filosofia e nas ciências. No Alcorão, o árabe consolidou-se como meio de comunicação literária e espiritual (...)."[10]

Vem a lume a religião, no seio da Península Arábica assolada pelo paganismo e pela incorreta cognição do Velho e do Novo Testamentos. O Alcorão, a princípio, *desce* para o povo árabe, ao qual recaiu a incumbência de difundir a anunciação para toda a humanidade.

O Alcorão colige uma série de princípios que orientam o ser humano para a salvação. Para tanto, deve ele agir bem na vida terrena. Desta forma, diferentemente do Cristianismo, não se alcança o paraíso tão apenas tendo em conta a fé, mas é decisivo para a doutrina corânica que os ideais se materializem em boas obras, marcadas pela honestidade, pela justiça e pela caridade. E, mesmo no paraíso, há um escalonamento à luz dos méritos de cada pessoa.[11]

É interessante notar como o Islamismo tem sido alvo de críticas, muitas vezes lançadas por emissores que não dispõem sequer de conhecimentos elementares do Texto Sagrado. Ao contrário da imagem negativa tradicionalmente veiculada pelos meios de comunicação, o Islamismo, quando avançou pela Europa, preservou direitos, culturas e religiões. Tenha-se presente a seguinte lição do mestre em História pela USP, Heródoto Barbeiro:

"Os muçulmanos respeitaram as liberdades religiosas dos cristãos e dos judeus. (...) As comunidades cristãs continuavam a eleger seus bispos e magistrados. Os judeus eram os agentes do próspero comércio internacional. (...)

10. Prefácio à obra de Mansour Challita. *O Alcorão ao alcance de todos*. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran, sem data, p.15-16.

11. Alcorão, 56.ª Sura.

A tolerância islâmica salvou o patrimônio do pensamento antigo."[12]

Pertence, ainda, ao plano da crítica desavisada a assertiva de que a mulher teria uma condição de inferioridade. Diz-se que o Alcorão é escrito para os homens e fala das mulheres. Invoca-se, por exemplo, a imagem do paraíso, ornamentado por formosas virgens, para justificar tal concepção. Mas, passa-se ao largo de que no próprio Livro, dirigindo-se a elas, fala-se no jardim do éden como um lugar de maravilhas, em que são encontrados *rapazes belos como pérolas*.[13] É de se ter presente que a redação corânica é rica em alegorias, que bem servem para ilustrar e gravar na memória os caminhos para a redenção.

Neste passo, penso ser importante abrir um parêntese para fazer um contraponto. O Islamismo, privilegiando a condição feminina, foi a primeira das grandes religiões a assegurar às mulheres direitos sucessórios.[14] Por outro lado, não se costuma colocar em destaque como a Igreja, de forma expressa, demonizou-as, sob o epíteto de bruxas, lançando mão de sofismas, como a origem da palavra *feminino* derivar de *federe* mais *minus*: menos digna de fé; ou que elas não teriam retidão, porquanto criadas da costela, que é curva.[15] Não destoando, veja-se que Rousseau, um dos grandes ícones iluministas, responsável por pilares da edificação da concepção liberal do pensamento ocidental, entendia que a mulher não seria apta a ocupar cargos públicos, dada a sua natural vocação sentimental e as suas variações biológicas.[16]

Na visão deste autor, é possível colher uma manifestação recente a revelar laivos atávicos de tal machismo em nossa sociedade. Refere-se ao debate acerca da natureza da ação penal no crime do art. 129, § 9.°, do

12. *História geral*. São Paulo: Método, 1976, p. 101.

13. 52.ª Sura, versículo 24.

14. Nota n. 1 ao 5.° versículo da 4.ª Sura do Alcorão, Português. Nobre Alcorão. Trad. Helmi Nasr. Al Madinah Al Munauarah: Complexo do Rei Fahd, 2004 (1425 da Hégira), p. 125.

15. ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1, p. 511.

16. Para a análise pormenorizada do tema, conferir: MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O feminismo como contributo para o terror penal. *Mulher e direito penal*. Org. Miguel Reale Júnior e Janaína Conceição Paschoal. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 299.

CP.[17] No âmbito do STJ, muito se discutiu sobre o tema, tendo prevalecido, num primeiro momento, o entendimento de que, para melhor cuidar da vulnerabilidade da mulher, nos moldes do art. 41 da Lei Maria da Penha, deveria a ação penal ser de iniciativa pública incondicionada.[18] Houve todo um movimento social, ONGs e Ministério Público se puseram a campo, objetivando convencer a Corte a restabelecer a realidade anterior a 1995.[19] Contudo, ao contrário do que ocorreu quando a Bancada da Bala, numa grande jogada de marketing eleitoral, triunfou no referendo sobre o desarmamento, descurou-se do bordão: "estão tentando tirar um direito seu". Veja-se que as próprias instituições de defesa dos direitos da mulher, de forma panfletária e ativista, buscaram (e conseguiram, numa primeira etapa) justamente alijar a mulher de uma parcela de sua autodeterminação. Contudo, tal entendimento, felizmente, foi alterado.[20]

É sintomático como o Ocidente maximiza defeitos alheios, eclipsando, convenientemente, os próprios. Tal cenário é propício ao desenvolvimento de visões distorcidas, com bem destacado pelo professor emérito de Antropologia Social da Universidade de Cambridge, Jack Goody.[21] Fecho o parêntese.

17. Conferir: MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Lei Maria da Penha: relativização da autonomia da vontade da mulher. Correio Braziliense – Caderno Direito e Justiça, Brasília, p. 1, 17.11.2008. Em apertadíssima síntese, buscou-se estabelecer se mulher poderia, ou não, uma vez registrada a violência doméstica por ela sofrida, voltar atrás, por exemplo, diante da reconciliação com o seu marido ou companheiro.
18. STJ, HC 96.992/DF, 6.ª T., j. 12.08.2008, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), *DJe* 23.03.2009.
19. Com a edição da Lei 9.099/1995, a ação penal nos crimes de lesão corporal simples – vasta parcela das ocorrências de *desinteligência familiar* – passou a depender de representação. Tratou-se de sábia providência político-criminal tendente a contemplar as reiteradas reconciliações que, invariavelmente, conduziam ao malogro dos processos penais.
20. STJ, HC 113.608/MG, rel. Min. OG Fernandes, Rel. p/ Acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP), 6.ª T. j. 05.03.2009, *DJe* 03.08.2009. E, uniformizando a visão das duas Turmas Criminais da mais alta Corte infraconstitucional do País, confira-se: REsp 1.097.042-DF, 3.ª Seção, j. 24.02.2010, rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, Informativo de Jurisprudência 424, 22-26.02.2010.
21. *O roubo da história: como os europeus se apropriaram das ideias e invenções do oriente*. Luiz Sérgio Duarte da Silva. São Paulo: Contexto, 2008. Na

Pois bem. Tendo em conta que o Alcorão constitui-se em obra completa e autoexplicativa,[22] é imperioso ter em conta alguns cuidados exegéticos, dos quais são destacados os seguintes:

"Esse é o livro. Nele, não há dúvida alguma. É orientação para os piedosos.[23]

(...) Credes, então, numa parte do Livro e renegais a outra parte? E a recompensa de quem de vós faz isso não é senão a ignomínia na vida terrena, e, no Dia da Ressurreição, serão levados ao mais veemente castigo. (...).[24]

(...) E não te apresses para a recitação do Alcorão, antes que seja encerrada a sua revelação a ti. E dize: "Senhor meu, acrescenta-me ciência".[25]

apresentação desta obra, salienta-se como esta postura eurocêntrica compromete a compreensão de fenômenos como a ascensão da China. O trabalho evidencia como o Ocidente, por várias vezes, faz, ilegitimamente, seus, valores e instituições que preexistiam em outras regiões, como democracia, humanismo e racionalidade. A desfaçatez discursiva é escancarada no seguinte trecho: "A Convenção de Genebra estabeleceu normas estritas sobre o tratamento a combatentes e civis capturados em guerra. Recentemente, os Estados Unidos e suas forças aliadas que invadiram o Afeganistão e o Iraque e transportaram certo número de prisioneiros para uma base extraterritorial na Baía de Guantânamo, Cuba. Esses prisioneiros são mantidos lá em condições assustadoras. A justificativa para lhes negar direitos internacionais ou mesmo direitos baseados na lei americana é a de que esses capturados de várias nacionalidades não podem ser considerados prisioneiros de guerra e que a base cubana não é território americano. (...) A segunda ocorrência tem a ver com o recente bombardeio em Tikrit (e outras cidades), em resposta à morte de soldados americanos nas redondezas, alguns meses depois do presidente Bush ter anunciado o fim das hostilidades. Tal punição coletiva foi exatamente alvo de protestos dos Aliados durante a Segunda Guerra Mundial, quando as forças alemãs adotaram ações coletivas contra vilas e comunidades após sofrerem ataques". Op. cit, p. 280-281.

22. Acerca da questão da completude do ordenamento jurídico e os critérios de integração, conferir: Ferraz Junior, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 214-219.
23. 2.ª Sura, versículo 2.º.
24. Idem, versículo 85.
25. 20.ª Sura, versículo 114.

E fizemos descer Alcorão, fragmentamo-lo, a fim de o leres ao homem, paulatinamente. E fizemo-lo descer, com gradual descida."[26]

Assim, firmado tal alicerce, é possível prosseguir na enriquecedora jornada de tratar dos preceitos islâmicos acerca do candente tema da pena de morte.

3. A PENA DE MORTE E O ISLAMISMO

A princípio, a concepção corânica da pena de morte lastreia-se no talião, o qual, em meados do século VII, representava uma contenção ao poder punitivo, que, mesmo um milênio depois, viu-se desenfreado e desumano.[27]

Eis alguns dos principais dispositivos do Livro Sagrado a respeito da sanção capital:

"Ó vós que credes! É-vos prescrito o talião para o homicídio; (...) e aquele, a quem se isenta de algo do sangue de seu irmão, deverá seguir, convenientemente, o acordo e ressarcí-lo, com benevolência. Isso é alívio e misericórdia de vosso Senhor. E quem comete agressão, depois disso, terá doloroso castigo.[28]

26. 17.ª Sura, versículo 106.

27. Lembre-se do *Malleus Maleficarum*, de 1497. A melhor doutrina registra que: "É explicável que praticamente se tenha passado por alto sobre a obra realmente fundacional do discurso de legitimação do poder punitivo moderno, porque nenhum grupo profissional quer reconhecer os aspectos obscuros de sua atividade nem a respectiva origem genocida". ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1, p. 511. Não se descure também das leis monárquicas, como a *Constitutio Bambergensis* (1507) *Constitutio Criminalis Carolina* e a *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768). Segundo o positivista Enrico Ferri: "A contribuição específica que na evolução da justiça penal trouxe toda esta legislação monárquica está na afirmação, seja também por delegação divina, da autoridade do Estado, levando-a por isso aos excessos tirânicos e negando toda a garantia jurídica aos interesses e direitos individuais, especialmente para os cidadãos submetidos a processo". *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luiz de Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 31.

28. 2.ª Sura, versículo 178. Em Seminário promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em parceria com a Escola Superior da Magistratura do Amazonas, em Manaus, nos dias 23 e 24 de abril de 2010, a Profa. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara teceu algumas considerações acerca dos

E quem mata um crente, intencionalmente, sua recompensa será a Geena; nela será eterno, e Allah irar-se-á contra ele, e amaldiçoa-lo-á e preparar-lhe-á formidável castigo.[29]

Por causa disso, prescrevemos aos filhos de Israel que quem mata uma pessoa, sem que esta haja matado outra ou semeado corrupção na terra, será como se matasse todos os homens. E quem lhe dá a vida será como se desse a vida a todos os homens. E, com efeito, Nossos Mensageiros chegaram-lhes com as evidências; em seguida, por certo, muitos deles, depois disso, continuaram entregues a excessos, na terra.[30]

E nela (Tora) prescrevemo-lhes que se pague a vida pela vida e olho pelo olho e o nariz pelo nariz e a orelha pela orelha e o dente pelo dente, e, também, para as feridas, o talião. Então, a quem, por caridade, o dispensa, isso lhe servirá de expiação. E quem não julga conforme o que Allah fez descer, esses são injustos."[31]

A partir de tais cânones, é possível alcançar a conclusão de que a pena de morte seria aplicável de acordo com a doutrina islâmica.

Todavia, este remate *tout court* revela um simplismo inaceitável, na justa medida em que as Suras foram reveladas ao longo de mais de duas décadas, sendo necessária, portanto, uma compreensão holística atentando-se aos princípios que se seguem.

acordos alcançados com fulcro no comando em foco. A culta professora, com amparo em escólio doutrinário, apontou como negativo o aspecto da quantificação pecuniária da vida. *Concessa venia*, no direito pátrio, violações a bens jurídicos extremamente caros, como a integridade física e a liberdade, podem ser alvo de composição civil no seio dos juizados especiais criminais, também com a extinção da punibilidade, nos moldes do art. 74 da Lei 9.099/1995. Lembre-se, também, que a teor do art. 89 do mesmo diploma legal, tem-se a extinção da punibilidade, mediante, dentre outras condições, a reparação do dano, no crime de homicídio culposo (art. 121, § 3.º, do CP). E, acredito, não se deve olvidar que, de forma cotidiana, o Judiciário é chamado a "colocar preço" na vida, quando aprecia demandas indenizatórias relacionadas a vidas que são ceifadas, por exemplo, em acidentes de trabalho ou de trânsito. Mas, de qualquer forma, trata-se, penso, o presente versículo, de excelente válvula de escape para contornar a aplicação da pena capital.

29. 4.ª Sura, versículo 93.

30. 5.ª Sura, versículo 32.

31. 5.ª Sura, versículo 45.

4. Interpretação sistemática

Duas componentes devem ser acrescentadas à ideia força do talião.

Por um lado, em consonância com as seguintes Suras, nota-se que a verdadeira justiça será operada por Deus, nas mãos de quem, e somente nelas, repousa o poder de dar – e de retirar – a vida. Ainda, neste passo, é importante ter presente que, além da justiça, Deus impôs a si mesmo a misericórdia:[32]

"Dize: 'Ó Allah, Soberano da Soberania! Tu concedes a soberania a quem queres e tiras a soberania a quem queres. E dás o poder a quem queres e envileces a quem queres. O bem está em Tua mão. Por certo, Tu, sobre todas as cousas, és Onipotente'.[33]

Ele privilegia, com Sua misericórdia, a quem quer. E Allah é Possuidor do magnífico favor.[34]

E de Allah é o que há nos céus e o que há na terra, Ele perdoa a quem quer e castiga a quem quer. E Allah é Perdoador, Misericordiador.[35]

(...) e contêm o rancor, e indultam as outras pessoas – e Allah ama os benfeitores.[36]

E não é admissível que uma pessoa morra senão com a permissão de Allah. É prescrição fixa. (...).[37]

E quem se volta arrependido, depois de sua injustiça, e se emenda, por certo, Allah Se voltará para ele, remindo-o. Por certo, Allah é Perdoador, Misericordiador.[38]

Dize: "De quem é o que há nos céus e na terra?" Dize: "De Allah". Ele prescreveu a Si mesmo a misericórdia. (...).[39]

32. Além de misericordioso (cheio do sentimento de misericórdia), Deus também é misericordiador (aquele que dá concreção à misericórdia). Tal cuidado semântico é bem explicado por Helmi Nasr, Prof. de Estudos Árabes e Islâmicos na Universidade de São Paulo, na nota 4, do Alcorão, Português. *Nobre Alcorão*. Trad. Helmi Nasr. Al Madinah Al Munauarah: Complexo do Rei Fahd, 2004 (1425 da Hégira), p. 1.
33. 3.ª Sura, versículo 26.
34. Idem, versículo 74.
35. Idem, versículo 129.
36. Idem, versículo. 134.
37. Idem, versículo 145.
38. 5.ª Sura, versículo 39.
39. 6.ª Sura, versículo 12.

Ó filhos de Adão! Com efeito, criamos, para vós, vestimenta, para acobertar vossas partes pudendas, e adereços. Mas a vestimenta da piedade, esta é a melhor. Esse é um dos sinais de Allah, para meditarem.[40]

E os que pacientam, em busca do agrado de seu Senhor, e cumprem a oração e despendem, secreta e manifestamente, daquilo que lhes damos por sustento, e revidam o mal, com o bem, esses terão o final feliz da Derradeira Morada.[41]

E, por certo, damos a vida e damos a morte; e Nós somos O Herdeiro.[42]

Revida o mal com o que é melhor. Nós somos bem Sabedor do que alegam.[43]

Dize: "Ó Meus servos, que vos excedestes em vosso próprio prejuízo, não vos desespereis da misericórdia de Allah. Por certo, Allah perdoa todos os delitos. Por certo, Ele é O Perdoador, O Misericordiador."[44]

E Ele é Quem aceita o arrependimento de Seus servos, e indulta as más obras, e sabe o que fazeis.[45]

E não podeis escapar do castigo de Allah na terra. E não tendes, além de Allah, nem protetor nem socorredor."[46]

Note-se que, neste último versículo, há clara referência ao divino exercício do acerto de contas no plano terreno. Assim, congregando as duas ideias, de que somente Deus pode dar ou tirar a vida, e, de que Ele mesmo se impôs a piedade, é difícil conceber a aplicação da pena de morte por homens. Esta insustentabilidade ganha mais força com a segunda parcela da interpretação sistemática.

Pois então, é curial não se olvidar, também, que o Alcorão sublinha a falibilidade humana, como se depreende dos seguintes trechos do Livro:

40. 7.ª Sura, versículo 26.
41. 13.ª Sura, versículo 22.
42. 15.ª Sura, versículo 23.
43. 23.ª Sura, versículo 96.
44. 39.ª Sura, versículo 53.
45. 42.ª Sura, versículo 25.
46. Idem, versículo 31.

"Ó vós que credes! Se contrairdes, uns dos outros, dívida por termo designado, escrevei-a. E que um escrivão vo-lo escreva, entre vós, com justiça (...).[47]

E não devoreis, ilicitamente, vossas riquezas, entre vós, e não as entregueis, em suborno, aos juízes, para devorardes, pecaminosamente, parte das riquezas das pessoas, enquanto sabeis.[48]

Ó vós que credes! Se vos chega um perverso com um informe, certificai-vos disso para não lesar por ignorância, certas pessoas: então, tornar-vos-íes arrependidos do que havíes feito."[49]

Assim, é apontado, dentre outros aspectos, o caráter daninho da corrupção dos juízes. Ora, se a estes é incumbida a função de aplicar as penas, sendo eles suscetíveis de cair nas teias da peita, tem-se um nefasto quadro de impossibilidade de correção de iníquas condenações por meio da revisão criminal, que, *in casu*, tem sua utilidade, em larga medida, obviada.

Desta forma, por meio de trabalho exegético que harmoniza estes dois pilares (a justiça e a misericórdia divinas, numa banda, e a falibilidade humana, na outra), pode-se, penso, extrair a conclusão de que não é tão clara a imposição aos governantes da aplicação da pena capital.

Mas, não é só. Há outro fator, de colorido histórico, que mais robustece a posição ora defendida, conforme as ideias apresentadas abaixo.

5. O CONTEXTO HISTÓRICO DA REVELAÇÃO

É bem marcante a diferença havida entre os dois períodos de revelação das Suras. Num primeiro momento, as mensagens são apresentadas em Meca, e, posteriormente, com a Hégira, fuga do Profeta para Medina, é nesta localidade que são anunciadas as demais.

Amparado na compreensão de Abdullahi An-na'im, tem-se que os comandos deduzidos em Meca revelariam a expressão definitiva do Islamismo, sendo as normas surgidas no conflitivo tempo em que Mohamad permaneceu em Medina regras que deveriam, paulatinamente, ceder diante evolução da humanidade.[50] Assim, propugna-se, a misericórdia e

47. 2.ª Sura, versículo 282.

48. Idem, versículo 188.

49. 49.ª Sura, versículo 6.

50. *Human rights in cross-cultural perspectives. A quest for consensus.* Philadelphia: University of Pensilvania Press. *Toward an islamic reformation.*

a justiça divina devem sobrepairar sobre a falível justiça humana, conduzindo-se à necessidade de se contornar o emprego da pena capital.

Portanto, com o nível de desenvolvimento dos povos e, especialmente, da nação islâmica, é de se retomar a revelação efetuada em Meca, não havendo qualquer justificativa para derivações arbitrárias, como se verá no tópico seguinte.

6. O Islamismo e realidade

Antonio Gramsci, reportando-se a Rosa Luxemburgo, destaca a impossibilidade de se afirmar que, de fato, experienciou-se o Comunismo. Logo, confundir os chamados Estados comunistas com o modelo teórico comunista revelaria manifesta impropriedade. Em igual medida, não é correto julgar-se o Islamismo tomando por base alguns Estados teocráticos, ditos islâmicos.

Lembre-se, por exemplo, o que se positivou na Constituição da *República Islâmica do Irã*, de 1980. Em seu art. 22, estatuiu-se que a dignidade humana é inviolável, salvo nos casos previstos em lei.[51]

Ora, quando um Estado, tido por Islâmico, afasta-se do texto corânico, tem-se patente antinomia.

O Livro Sagrado tem uma narrativa muito bonita, que bem ilustra a dignidade da pessoa humana, a qual não poderia sujeitar-se às suscetibilidades da lei ordinária, mas deveria ser intangível, de modo abso-

Syracuse: Syracuse University Press. *Apud*: Santos, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997, p. 27. Registra Boaventura de Sousa Santos: "Segundo os ensinamentos de Maomé, An-na'im demonstra que uma análise atenta do conteúdo do Corão e do Suna revela dois níveis ou fases da mensagem do Islão: uma, do período de Meca Antiga, e outra, do período subsequente, de Medina. A mensagem primitiva de Meca é a mensagem eterna e fundamental do Islão, que sublinha a dignidade inerente a todos os seres humanos, independentemente de sexo, religião ou raça. Esta mensagem, considerada demasiado avançada para as condições históricas do século VIII (a fase de Medina), foi suspensa e a sua aplicação adiada até que no futuro as circunstâncias a tornassem possível. O tempo e o contexto, diz An-na'im, estão agora maduros para tal". Idem, ibidem.

51. Conferir, a propósito, Sarlet, Ingo Wolfgang, As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan/jun 2007, p. 383-384.

luto, à semelhança do que ocorre, entre nós, com o art. 1.º, III, que se desdobra, generosamente, nos diversos incisos do art. 5.º da Lei Maior. Deus, ao criar o homem do barro, determina a todos os seus anjos que se prosternem diante de sua obra. Todos o fazem, menos Iblis (satanás). Segundo a tradição islâmica, os anjos são criados do fogo. Lúcifer, então, embasa sua negativa afirmando ser inadmissível que ele, nobremente criado do *fogo*, caia de joelhos diante de algo oriundo da poeira. Como castigo, diante da recalcitrância, o diabo é amaldiçoado, sendo expulso para as profundezas do inferno.[52] Tal não destoa da tradição confucionista, na qual o sábio Meng Zi asseverava que "cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus, e que é indisponível para o ser humano e os governantes".[53]

Vê-se, assim, como o Texto Sagrado é intransigente com a relevância do ser humano e, pode-se daí deduzir, com a vida que empolga a mais cara criação divina. Casa-se, então, com a concepção de imanência da dignidade em relação à existência humana.[54] A História evidencia como o motor das transformações tem sido a busca do homem pelo seu desenvolvimento e autodeterminação. Por mais que os diversos e sucessivos reinos e impérios tenham se notabilizado, em algum período, pela injustiça e submissão de adversários, as bandeiras sempre tremulavam estandartes do desenvolvimento do espírito (*Geist*) da humanidade. Tal

52. 38.ª Sura:
(...)
71. Quando teu Senhor disse aos anjos: "Por certo, vou criar de barro um homem.
72. "E quando houver formado e, nele, houver soprado algo de Meu Espírito, então, caí, prosternados, diante dele."
73. Exceto Iblis [Satanás]. Ele se ensoberbeceu e foi dos infiéis.
75. Allah disse: "Ó Iblis! O que te impediu de prosternar-te daquele que criei com as Próprias Mãos? Ensoberbeceste, ou é de alta grei?
76. Iblis disse: "Sou melhor que ele. Criaste-me de fogo e criaste-o de barro".
77. Allah disse: "Então, sai dele, pois és, por certo, maldito;
78. E, por certo, Minha maldição, será sobre ti, até o Dia do Juízo".

53. HÖFFE, Otfried, *Medizin ohne Ethik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, p. 60, apud SARLET, Ingo Wolfgang, As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan.-jun. 2007, p. 366.

54. SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 380-381.

linearidade do tempo, que, aliás, justificou discursos etnocêntricos, é encontrada nas formulações de Hegel e Marx.[55] Jack Goody, por seu turno, criticando a forma preconceituosa como o Ocidente enxerga o tempo circular, próprio do Oriente, assevera: "Se pegarmos um parâmetro ambiental, por exemplo, nossa sociedade é uma catástrofe. Se falarmos de progresso espiritual (o principal tipo de progresso em algumas sociedades, mesmo se questionável na nossa), poderíamos dizer que estamos regredindo. Há pouca evidência de progresso de valores num plano mundial, a despeito de suposições contrárias que dominam o Ocidente".[56]

7. Conclusões

Após a detida análise do texto corânico, à luz de todos os princípios hermenêuticos, inclusive aqueles positivados no próprio Livro Sagrado, é possível concluir o seguinte:

1. São dois os períodos, sucessivos (o primeiro em Meca e o segundo em Medina), pelos quais foram anunciados, ao longo de vinte e três anos, os versículos do Alcorão, apresentados, paulatinamente, ao Profeta Mohamad. Tais corpos normativos devem ser compreendidos historicamente.

2. Amparando-se na lição de An-Na'im, tem-se que o tempo presente melhor se coaduna com a revelação ocorrida em Meca, fase definitiva. Desta forma, diante da justiça suprema, que repousa nas mãos de Deus,

55. Como lembram: Zaffaroni, Raúl Eugenio, Batista, Nilo, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro: "O avanço triádico (dialético) do *Geist* da humanidade da história vai deixando à beira do caminho todas as civilizações que a industrial despreza: os árabes, por serem fanáticos, decadentes e sem limites; os judeus, porquanto sua religião os impede de alcançar a liberdade por submergi-los no *serviço rigoroso*; os latinos, por não terem sabido atingir o espírito de liberdade germânico etc. Outros nem sequer são colhidos pela história, como os negros que, segundo Hegel, mal superam os animais e carecem de moral; alguns asiáticos, por serem apenas um pouco mais avançados que os negros (...) Para Marx (...) O componente romântico da ditadura como passagem prévia para o comunismo – que foi seu desencontro mais notório com Bakunin – torna-se perigoso, pois é facilmente manipulável. Seu pensamento não se afasta do etnocentrismo hegeliano, a ponto de considerar o colonialismo um fenômeno positivo que incorpora à história os países colonizados". Op. cit., p. 554-555 e 564.

56. Op. cit., p. 35.

e, na misericórdia que até mesmo ao Criador foi imposta, tendo ainda em conta a falibilidade humana – defende-se a proscrição da pena capital no contexto do Islamismo.

3. A realidade concreta de ordenamentos jurídicos em que a dignidade da pessoa humana é relativizada, como se percebe no art. 22 da Constituição iraniana de 1980, revela, no meu sentir, flagrante descompasso com o texto corânico: 38.ª Sura, versículos 71 a 78.

8. Bibliografia

Alcorão Português. *Nobre Alcorão*. Trad. Helmi Nasr. Al Madinah Al Munauarah: Complexo do Rei Fahd, 2004 (1425 da Hégira).

Araujo, João Vieira. *O Código Penal interpretado*. Edição fac-similar. Coleção História do direito brasileiro. Brasília: Senado Federal: STJ, 2004. vol. 1.

Barbeiro, Heródoto. *História geral*. São Paulo: Editora Método, 1976.

Challita, Mansour. *O Alcorão ao alcance de todos*. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran, sem data.

Coulange, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Sousa Costa. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1950. vol. 1.

Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Fragoso, Heleno Claudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Goody, Jack. *O roubo da história: como os europeus se apropriaram das ideias e invenções do oriente*. Luiz Sérgio Duarte da Silva. São Paulo: Contexto, 2008.

Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Gomes, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais (Comentários à Lei 9.099/1995)*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Mahmoud, Mohamad Ale Hasan. Lei Maria da Penha: relativização da autonomia da vontade da mulher. Correio Braziliense – Caderno Direito e Justiça, Brasília, p. 1, 17.11.2008.

_____. O feminismo como contributo para o terror penal. In: Reale Júnior, Miguel; Paschoal, Janaína Conceição (orgs.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Manji, Isrhad. *Minha briga com o Islã*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Francis, 2004.

Muqtedar, Khan. *Two theories of Ijithad*. Disponível em: [www.ijtihad.org]. Acesso em: 02.05.2010.

Reale, Miguel. Absurdos da pena de morte. *Folha de S. Paulo*, Tendências e Debates, 6/6/1991, p. A-3.

Said, Edward. *Fora do lugar*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997, p. 11-32.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan-jun. 2007, p. 361-388.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.