

Editorial

Que Judiciário e qual Supremo?

Que o Poder Judiciário, o único da República a não ter os seus membros eleitos, seja, em essência, bastante conservador, não é segredo para ninguém. Há os que justificam tal postura como uma necessária cautela com vistas a previamente sentir os rumos tomados pela sociedade para então fazer incidir a espada da Justiça. Os de olhar um pouco mais crítico enxergam, no entanto, essa tal característica da magistratura como algo bastante funcional à perpetuação do sistema socioeconômico hegemônico, com suas contradições, disfuncionalidades e mazelas.

Aos que não se resignam com o papel tradicionalmente destinado àqueles a quem se atribui o poder de dizer o direito em uma sociedade de enormes desigualdades sociais e carências de toda a ordem e, portanto, ostentam a expectativa de que os membros de tal poder desempenhem, de fato, a essencial missão a eles destinada pela Constituição como últimos guardiões dos direitos e garantias individuais e sociais de todos os que estejam sob o solo brasileiro, resta a esperança de que assumam os juízes e as juízas seu verdadeiro papel em tempos de democracia, exercendo com absoluta independência (inclusive, e principalmente, interna) o seu mister.

Nesse contexto, no qual a legitimação dos membros do Poder Judiciário não advém do sufrágio que alicerça a determinação dos representantes dos demais poderes, mas sim justamente dessa independência como garantia precípua de todos os jurisdicionados, é importante destacar que o seu exercício passa muito ao largo de ser apolítico – atributo, de resto, impossível de se verificar em qualquer membro da *polis*, mas muitíssimo utilizado por aqueles que, no fundo, ostentam com sua indiferença a perpetuação de práticas autoritárias nada consentâneas com as promessas de cidadania e emancipação plasmadas na Constituição. O agir imparcial, característica que se espera do Estado-juiz, consiste, antes de tudo, em exercer a alteridade, solidarizar-se, sentir-se membro de determinada coletividade e estar sensível aos seus dramas, seus conflitos e a todos os legítimos interesses envolvidos.

É fulcral, portanto, que o juiz ou a juíza assumam sua consciência política e vivenciem as grandes questões éticas e sociais que afetam a vida cotidiana da sociedade de que fazem parte. O magistrado ensimesmado atende muito bem a dados interesses – mas não ao claro chamado que brota do exercício do poder-dever de fazerem vivos no dia a dia os preceitos atinentes ao Estado Democrático e Social de Direito a que nos propomos construir.

Mas como esperar tal assunção de responsabilidade democrática pela magistratura

em um contexto no qual não há sequer democracia interna no Poder Judiciário? E mais: como esperar que a sociedade possa estar preparada para cobrar de seus juízes e juízas o desempenho do papel a que se deveriam vocacionar, como defensores de direitos e garantias, se não há qualquer participação social na escolha daqueles que compõem justamente a cúpula de tal Poder?

Estamos na iminência da escolha de um novo membro para o Supremo Tribunal Federal e não temos sequer a oportunidade de conhecer quais seriam os “cotados” para a vaga. Mais do que ao histórico de cargos ou atividades profissionais exercidos e de titulações acadêmicas, não temos acesso às trajetórias de vida dos pretendentes. Não sabemos quais deles já exercem a judicatura e se já vêm cumprindo com o seu papel de garantidores de direitos; quais são sensíveis às lutas sociais dos marginalizados (e quais os enxergam sob a ótica de *inimigos*); o que pensam sobre o encarceramento em massa das populações excluídas da sociedade do espetáculo e do consumo; como encaram a indevida restrição ao conhecimento e apreciação do *habeas corpus* nos tribunais superiores, especialmente com vistas ao fato de que diversas das orientações garantistas provenientes de tais cortes são cotidianamente ignoradas e violadas por juízes e juízas de primeiro e segundo graus, de norte a sul do país (conforme indica recente estudo da Escola de Direito da FGV-RJ, realizado em parceria com o Ministério da Justiça e pelo Ipea e apresentado em detalhes no último Seminário Internacional do IBCCRIM). Enfim, são consagrados ministros e ministras de nossa Corte Suprema sem que a sociedade brasileira tenha a oportunidade de os conhecer previamente e expressar opiniões sobre eles.

É, portanto, com o escopo de exigirmos concretamente de toda a magistratura o desempenho de seu verdadeiro papel, que pugnamos por uma maior transparência e participação social no processo de composição da cúpula do Judiciário, oportunizando-se não apenas o conhecimento público daqueles que estariam sendo considerados para a vaga de ministro, mas principalmente que o meio jurídico, por meio de suas organizações, academia e entidades associativas, e toda a sociedade civil, possam debater amplamente os seus históricos, suas posições e seus compromissos com os valores republicanos e democráticos. Assim, a escolha pelo chefe do Poder Executivo, submetida ao crivo do Senado Federal, encontrará uma auspiciosa legitimação popular, indo-se ao encontro das recentes movimentações sociais no sentido de se buscar um maior protagonismo do cidadão na condução da vida do país.

| Editorial

Que Judiciário e qual Supremo?

O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares
Ana Fernanda Ayres Dellosso e
Pierpaolo Cruz Bottini _____ 2

Pirataria: novos desafios ao seu combate

Eduardo Reale Ferrari e
Julie Strebing _____ 4

Fim da ciência do Direito Penal?

José Carlos Porciúncula _____ 6

A constitucionalidade da decisão de impronúncia

Ronaldo Batista Pinto _____ 8

O (óbvio) direito personalíssimo à autodefesa

Clovis Alberto Volpe Filho e
Lucas Araújo _____ 9

Obtenção de financiamento mediante fraude (art. 19 da Lei 7.492/1986): uma análise da tipicidade à luz do princípio da ofensividade

Patrícia Alcalde Varisco e
Rafael Zottis Lucio _____ 11

Criminologia como ciência transdisciplinar no estudo de subculturas: uma perspectiva transhumanística para além da (inter)disciplinaridade

Marcos Araguaire de Abreu _____ 12

Prostituta, puta, profissional do sexo ou mulher prostituída... políticas públicas para quem?

Heloísa Barbosa Pinheiro Rodrigues _____ 15

E o exílio?

Flávia Schilling _____ 16

| PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto

Eduardo Saad-Diniz _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do
Estado do Rio de Janeiro _____ 1789
Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo _____ 1791

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1793
Superior Tribunal de Justiça _____ 1794
Tribunal Regional Federal _____ 1795
Tribunal de Justiça _____ 1796

Nota da Coordenação: no último dia 05 de setembro, realizou-se na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o lançamento do *Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o Uso da Prisão Provisória nas Américas*, cujos dados evidenciam o excesso com que o Poder Judiciário decreta prisões provisórias sem amparo legal, constitucional e convencional em países como o Brasil e em alguns outros da América Latina, resultando em violência a liberdades públicas e em explosão dos índices de encarceramento. O IBCCRIM esteve presente nesse evento, que contou com as participações do Prof. James Cavallaro, representando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do diretor do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, Dr. Renato de Vito, e do coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do Conselho Nacional de Justiça, Dr. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, além de representantes da organização Justiça Global, da Rede Justiça Criminal, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, do Instituto Sou da Paz, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e da OAB/SP.

O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares

Ana Fernanda Ayres Delloso e Pierpaolo Cruz Bottini

As medidas de buscas e apreensões sempre ensejaram diversas discussões quanto a seus limites constitucionais, como se tem observado nos Tribunais pátrios. Entre tantas que poderiam ser tratadas, merecem contínua atenção e crítica algumas práticas policiais de buscas *sem mandado judicial* que parecem ter se “normatizado”, especialmente em casos de suspeita de prática do delito tráfico de drogas.

Como se sabe, o art. 5.º, XI, da Constituição da República, entre os direitos fundamentais, protege a casa, como asilo inviolável do indivíduo. O mesmo dispositivo estabelece exceções ao direito fundamental. Logo, por expressa previsão constitucional, as seguintes situações autorizam a violação do domicílio, sem o consentimento do morador: (i) flagrância delitiva; (ii) necessidade de prestar socorro; e (iii) autorização judicial.⁽¹⁾

No entanto, em muitos casos, policiais adentram residências particulares, sem que presentes quaisquer destas situações excepcionais, sob o pretexto de terem obtido o consentimento do morador. Ainda, há situações corriqueiras de buscas domiciliares, em que se aponta ser desnecessário o consentimento do morador e autorização judicial, especialmente em casos de tráfico de drogas, pois a situação de flagrância se protraí no tempo (a exemplo, v. acórdãos do TJSP: Ap 0017747-27.2011.8.26.0050, 15.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Nelson Fonseca Júnior, j. 07.08.2014; Ap 0018623-29.2011.8.26.0099, 10.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Rachid Vaz de Almeida, j. 14.07.2014; Ap 0000127-84.2012.8.26.0270, 3.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Cesar Mecchi Morales, j. 06.05.2014; HC 2025400-94.2014.8.26.0000, 12.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Paulo Rossi, j. 16.04.2014. V. acórdãos do STJ: AgRg no REsp 1398920/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 17.02.2014; RHC 39530/PR, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18.09.2013).

Dessa forma, sob a alegação de que o tráfico de drogas é crime permanente ou de que houve o consentimento da pessoa investigada, convalidam-se ações policiais e provas que merecem análise mais cautelosa, pois muitas vezes são ilegais em sua origem.

Frise-se a importância da discussão sobre a inviolabilidade do domicílio nessas duas situações, especialmente sob o prisma das provas ilícitas. Embora o Código de Processo Penal discipline o tema no título destinado às provas, a medida de busca e apreensão não configura propriamente meio de prova, mas meio de obtenção de prova.⁽²⁾ Mediante medidas de busca e apreensão se conservam elementos de provas, de tal forma que, se nulas as medidas, devem ser anuladas as provas obtidas

por meio delas (CPP, art. 157, § 1.º).

Ainda em considerações iniciais, de se ver que a busca e apreensão já inicia, em sua previsão constitucional, como medida excepcional, vale dizer, como exceção ao sistema de proteção dos direitos fundamentais, o que ganha denotada importância para interpretação e aplicação das regras processuais nos casos práticos.

Posto isso, importante analisar a situação do dito “consentimento” do morador, apto a excepcionar a regra da inviolabilidade do domicílio e autorizar a busca sem mandado judicial. Sabe-se que, nas buscas domiciliares, há um conflito de interesses em jogo – a busca da verdade, para realização da justiça criminal, e a preservação da intimidade e da inviolabilidade do domicílio. O consentimento do morador aparece como primeira forma de solução desse conflito. No entanto, é preciso cautela na sua análise, sempre diante das circunstâncias de obtenção da prova e da atuação da autoridade policial.

Como pontua a doutrina processual penal, durante o dia ou à noite, o morador pode permitir a entrada em sua casa e, nessa situação, dispensa-se mandado judicial para realização de busca domiciliar. O consentimento, porém, deve ser real e livre, despojado de vícios como o erro, violência ou intimidação.⁽³⁾

Evidentemente que, em cada caso concreto, o consentimento do morador deve ser analisado com cautela e nunca presumido, especialmente para que se evitem abusos da autoridade policial. Sobre o cenário de muitos casos brasileiros, Cleunice Pitombo destaca: “Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo”.⁽⁴⁾

O TJRS recentemente destacou a invalidade do consentimento de pessoa investigada por tráfico de drogas. Na ocasião, o Desembargador relator pontuou: “Não existe previsão legal para a busca domiciliar a partir da permissão informal do proprietário. Do consentimento a que se refere o art. 5.º, XI, da CF não se infere que poderão ser realizadas buscas sem determinação judicial, apenas sob a anuência do morador. Se assim fosse, veríamos-nos diante de um quadro temerário, no qual os mandados de busca e apreensão seriam dispensáveis, já que polícia sempre poderia conseguir, extrajudicialmente, o “consentimento” do proprietário. Afinal, é de se ter em conta que, nas circunstâncias descritas nos autos esse aval foi dado sob constrangimento” (Ap 70058172628, rel. Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, DJ 24.06.2014).

Dessarte, se há o consentimento do morador para buscas domiciliares, algumas questões devem ser bem refletidas: (i) forma do consentimento; (ii) pessoa que consente e seu grau de esclarecimento sobre as implicações da medida.

Sobre a forma do consentimento, deve ser expresso e jamais presumido, sendo que não há previsão legal de forma especial. Relevante destacar doutrina portuguesa que pontua a necessidade de documentação do consentimento, por qualquer forma, mesmo gravada: “*Relativamente à forma do consentimento, parece-nos resultar da lei que o mesmo não pode ser dado de forma tácita, nem por via de presunção. A exigência de consentimento expresso pode retirar-se da circunstância de a lei impor obrigatoriamente a documentação do mesmo. (...) Já no que respeita à forma de documentação do consentimento, o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2000 veio pronunciar-se no sentido de que a lei processual penal não exige forma especial (pode ser verbal), bastando que o mesmo seja prestado anteriormente à busca e fique, de qualquer forma, documentado. A documentação do consentimento verbal pode ser efectuada, por exemplo, através de gravação sonora*”.⁽⁵⁾

No tocante à pessoa que consente, deve ser aquele titular do direito à inviolabilidade do domicílio. A doutrina destaca que a permissão deve ser do próprio sujeito da medida de busca e apreensão ou de outra pessoa que possa, legitimamente, representá-lo. Ressalvas são feitas, ainda, às habitações coletivas, em que o consentimento por um dos moradores não autoriza a busca na casa ou aposento de terceiros.⁽⁶⁾

No entanto, maior relevo tem a questão do grau de esclarecimento do morador que consentiu na realização da busca e apreensão. Para que se solucione o conflito de interesses – busca da verdade para realização da justiça e inviolabilidade do domicílio – por via consensual, é necessário que aquele que consente tenha pleno conhecimento das circunstâncias e consequências da realização da busca domiciliar, bem como que isso seja documentado.

No ponto, não há previsão legal. Contudo, tratando-se de medida que pode implicar a produção de prova contra o próprio morador que consente com a busca, para que ele decida de forma justa e válida se franqueará a entrada em sua residência, necessário que no mínimo lhe sejam esclarecidos seus direitos e o alcance da inviolabilidade do domicílio, bem como as consequências da realização da busca domiciliar. A mesma lógica e o mesmo cuidado são observados nos procedimentos de interrogatórios, tanto judicial quanto policial, a fim de garantir o direito da pessoa de não produzir prova contra si (deriva das previsões constitucionais – art. 5.º, LVII e LXII – e consagrado do Pacto de São José de Costa Rica, art. 8.º).

Nesse aspecto, surpreendem a doutrina e a jurisprudência espanhola, já sensibilizadas com a questão, ao sustentarem que o consentimento deve ser prestado em circunstâncias que garantam uma decisão consciente e ponderada pelo morador. Defendem, em resumo: “a) que o consentimento deve produzir-se em condições de serenidade e liberdade ambiental necessárias para autorizar a invasão de um direito fundamental como a inviolabilidade de domicílio; b) que, atendendo ao caráter fundamental do direito tutelado, a diligência se inicie com a informação do visado sobre o alcance do direito à inviolabilidade do domicílio e de seus limites, e com uma pergunta clara e concisa sobre se o visado tolera ou não a intromissão; c) a presença de um ‘letrado’, para garantir a autenticidade da manifestação de vontade, evitando perguntas capciosas ou sugestivas, bem como qualquer forma de coação ou ameaça; d) que entre a solicitação do consentimento e a resposta, por parte do visado, medie um pedido de tempo suficiente para este medite com calma sobre o assunto e compreenda o significado e alcance da sua resposta”.⁽⁷⁾

Ao lado da questão do consentimento, importa tratar de outra situação em que muito se alega a desnecessidade de mandado judicial – a situação de flagrante delito em tráfico de drogas. Diversos julgados sustentam que, no delito de tráfico, por seu caráter permanente, há situação de flagrância que se protraí no tempo, o que autoriza ações policiais de busca e apreensão sem mandado judicial.

Nesses casos, lamentavelmente, observa-se a admissão judicial irrestrita de narrativas policiais da existência de mera suspeita de tráfico de drogas, que acaba culminando em medidas invasivas, sem que se proceda à competente análise judicial.

De fato, em muitas ocasiões, os relatos policiais costumam apresentar os seguintes elementos: (i) a partir de informações anônimas ou de usuários, policiais decidem adentrar determinada residência, sem autorização judicial, por haver notícia de ser local conhecido como ponto de tráfico de drogas; (ii) apreendem quantidade de substâncias entorpecentes e, algumas vezes, outros petrechos supostamente utilizados para comercialização dessas substâncias.

Nesse quadro, em primeiro lugar, importa notar que a permanência ou instantaneidade do delito são características irrelevantes para convalidar a invasão do domicílio. No plano teórico, quer o crime instantâneo, como um homicídio, quer o crime permanente, diante de situação de flagrância, autorizam a invasão domiciliar.

O ponto relevante para determinar a possibilidade ou não da entrada no domicílio está nos elementos do caso do concreto que permitiram à autoridade policial concluir pela situação de flagrância e relativizar o direito fundamental (CF, art. 5.º, XI). A exemplo, no homicídio pode haver gritos, enquanto no caso de tráfico de drogas, haverá muito provavelmente silêncio.

A esse respeito, interessante frase de recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “*Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita da prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio*” (TJRS, Ap 0105880-83.2014.8.21.7000, rel. Des. Jayme Weingartner Neto, 3.ª Câmara Criminal, DJ 08.08.2014). No mesmo sentido, há julgados do TJRS que anularam buscas domiciliares, por não haver situação de flagrância apta a excepcionar a regra do art. 5.º, XI, da CF (Ap 03377639820138217000, rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, j. 07.08.2014; Ap 70051270478, rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, DJ 24.01.2013; Ap 70051282796, rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, DJ 24.01.2013).

Conclui-se que a autorização para a violação do domicílio, nos casos de flagrante delito, depende de um estado de flagrância claro, constatado antes da invasão do domicílio e passível de demonstração posterior. As suspeitas, fundadas em relatos declarados ou ocultos, devem ser submetidas a prévia autorização judicial, mediante representação.

Frise-se que, mesmo nos casos em que há autorização judicial, é ilegal a busca domiciliar excessiva, como o STF já assinalou (HC 95.009/SP, rel. Min. Eros Grau, DJe 19.12.2008).

Portanto, diante do que se expôs, parece-nos que é necessária uma análise mais acurada das situações que dispensam autorização judicial para invasão domiciliar, em exceção à proteção constitucional (CR, art. 5.º, XI). Ainda que haja crime permanente, a invasão domiciliar, sem mandado judicial, diante de suspeitas de tráfico de drogas requer motivação idônea e segura quanto à necessidade, adequação e indispensabilidade da medida.

Além disso, no ponto do consentimento, necessária observância de cuidados, a fim de assegurar que este seja consciente e válido. Frise-se que o consentimento não se presume e requer prova, cujo ônus é do Estado (TRF 2.ª Região, RSE 200551015058355, DJ 22.10.2008). Mais do que isso, parece-nos essencial que sejam esclarecidos, ao sujeito da medida e de forma documentada, os seus direitos, o alcance da inviolabilidade do domicílio e as consequências de sua decisão por franquear a entrada de policiais para a busca domiciliar. Trata-se de medidas mínimas para coibir abusos da autoridade policial e fazer valer um Estado Democrático de Direito.

Notas:

- (1) Fernando da Costa Tourinho Filho ainda aponta situações, além das previstas constitucionalmente, que permitiriam a violação ao domicílio – causas excludentes de ilicitude, em relação ao crime do art. 150 do CP (invasão de domicílio), como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Estas hipóteses não serão abordadas no presente artigo (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 407).
- (2) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 340.
- (3) PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 133-134.
- (4) *Idem, ibidem*, p. 133.
- (5) PINTO, Ana Luísa. Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005.

- (6) PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. *Op. cit.*, p. 134.
- (7) PINTO, Ana Luísa. Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias. *Op. cit.*

Ana Fernanda Ayres Delloso
Pós-graduada em Direito Penal Econômico
pela Fundação Getúlio Vargas.
Advogada.

Pierpaolo Cruz Bottini
Professor doutor de Direito Penal da USP.
Advogado.

Pirataria: novos desafios ao seu combate

Eduardo Reale Ferrari e Julie Strebinger

Nos quatro continentes, estima-se que compras e vendas envolvendo produtos falsificados movimentam, anualmente, 250 (duzentos e cinquenta) bilhões de dólares. Todavia, o custo total da pirataria atinge um patamar muito mais alarmante: 600 (seiscentos) bilhões de dólares, considerando todos os seus impactos negativos (o que engloba, inclusive, as perdas econômicas em virtude da ausência de arrecadação de impostos por parte dos governos, o desemprego gerado pela pirataria, os danos causados à saúde pelos produtos maléficos falsificados).

Ante a fulgurante ascensão da pirataria, os Estados redobram esforços para combatê-la, por meio, entre outros, da cooperação internacional e de mecanismos visando impedir a entrada de mercadorias contrafeitas nos territórios. A título exemplificativo, no ano de 2013, o Departamento de Segurança americano apreendeu bens cujo valor totalizava quase 2 (dois) bilhões de dólares. Já na União Europeia, as estatísticas da fiscalização aduaneira certificam a apreensão de quase 900 (novecentos) milhões de euros em produtos violando direitos da propriedade intelectual ao longo de 2012.

O cenário brasileiro não foge dos padrões internacionais, senão por se revelar mais assustador. O Brasil é um nicho acolhedor para o comércio da contrafação, em virtude da cultura infundida da pirataria, amplamente aceita e disseminada, bem como da carência de robustez do sistema legal para lutar contra tais práticas ilícitas. Cada vez mais, o brasileiro gasta mais com pirataria, alimentando assim os fluxos econômicos e de mercadorias relacionados ao mercado negro, sem que o Estado seja capaz de responder à altura, instaurando políticas para desestimular ou remediar tais condutas.

No entanto, o governo persevera no combate à pirataria. Como medidas recentes ao combate à contrafação, podemos apontar o acordo internacional firmado no final do ano passado, entre o Brasil e a França, que estabeleceu um plano de ação conjunta com duração de dois anos contra a pirataria que focará, também, na troca de informações com o fim de dificultar o comércio de bens falsificados por intermédio da internet, assim como o lançamento do III Plano Nacional de Combate à pirataria (2013-2016), arquitetado com vistas a educar e conscientizar os consumidores, bem como consolidar o ambiente econômico, imprimindo segurança aos negócios realizados, inclusive, por meio de plataformas digitais, e, por fim, fiscalizar e reprimir os delitos contra a propriedade intelectual.

Com o desenvolvimento da tecnologia, surgiu o fenômeno da pirataria eletrônica, que proporcionou, por um lado, maior versatilidade aos que atuam nesse segmento, uma vez que abriu um novo canal para a prática de ilícitos, e, por outro, menor grau de visibilidade e risco,

pois o ambiente digital constitui um véu atrás do qual se camuflam os contrafatos.

A plataforma da internet é uma mola propulsora para expandir de forma exponencial o tráfico ilícito de bens, pois permite que negócios envolvendo a compra e venda de produtos contrafeitos sejam realizados a uma velocidade inédita, além de se consagrar como um espaço novo e fecundo para a atuação dos contrafatores, que, escondendo-se sob o seu escudo, alcançam um número infinito de consumidores, sem deixar rastros quanto às suas verdadeiras identidades, dificultando, em muito, o trabalho das autoridades.

O arcabouço jurídico pátrio é rico no que tange à propriedade imaterial e abarca diversos diplomas que regem os crimes relacionados à pirataria. Merecem destaque a Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), o Código Penal (tipifica os Crimes contra a Propriedade Intelectual), bem como a Lei 9.609/98 (Lei do *Software*), que, conjuntamente, delineiam os reflexos penais atribuídos à contrafação.

Verifica-se que as penas previstas são baixas: as penas mínimas cominadas ao delito de pirataria variam de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa – por exemplo, quando se trata de venda ou importação de produto com marca ilicitamente reproduzida –, enquanto as penas máximas estão compreendidas no intervalo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa – como no caso de venda de CDs ou DVDs. Paralelamente, via de regra, a ação penal é privada ou pública condicionada à representação, dependendo, portanto, de impulso do titular do direito violado para se iniciar.

Soma-se a isso o procedimento penal especial para os crimes contra a propriedade imaterial, que se configura bastante formalista. Exige-se, nos crimes que deixarem vestígios, o exame pericial dos bens falsificados que constituem o corpo de delito para instrução da queixa ou denúncia, bem como a prova do direito de ação quando ela for privada. Quanto à apreensão dos bens, esta dependerá dos peritos, que verificarão a existência de fundamento para tanto, quando da diligência de busca e apreensão. Ademais, a destruição dos bens ilicitamente produzidos somente poderá ser determinada, a critério do juiz, na prolação da sentença, restando assim nítido que o processo deve alcançar um estágio avançado para que seja definitivamente retirado de circulação o produto objeto de contrafação.

A cumulação desses fatores enseja dificuldades em termos de atribuição de sanção aos implicados nesse mercado negro, quedando-se o Estado paralisado em face da perpetração desses delitos. Trata-se, na prática, de verdadeiro entrave à incriminação da pirataria, responsável pela sua banalização e desmoralização da guerra travada para exterminá-la.

A lume da jurisprudência, interessante notar que o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, em questões atinentes a produtos contrafeitos importados, geralmente contempla a possibilidade de concurso do delito de violação a direitos imateriais com o crime de contrabando.

Insculpido no art. 334-A do Código Penal, o tipo do contrabando sofreu recentes alterações a partir da entrada em vigor da Lei 13.008/14, que engendrou uma sensível majoração da pena máxima em abstrato, estipulada doravante em 5 (cinco) anos. Ademais, vale ressaltar que o antigo inciso usado para a fundamentação das decisões no sentido de cumulação de delitos foi revogado. Porém, tendo em vista que os magistrados embasavam-se na divergência de bens jurídicos tutelados pelas normas, entendemos que não há razão para mudanças no entendimento jurisprudencial.

A despeito de estar sedimentado pelos Tribunais Superiores o entendimento da não aplicação do princípio da insignificância, tanto para o crime de contrabando, quanto para os crimes de pirataria, em virtude da ausência de adequação social devido às suas profusas repercussões deletérias, é cristalino que são escassos os pontos de intersecção entre o mundo jurídico e a realidade fática.

A tolerância social em face da pirataria é colossal: produtos objetos de contrafação encontram-se espalhados em todas as cidades do país, das grandes metrópoles às microscópicas cidades do interior, e são frutos de consumo de todas as camadas sociais, sendo certo que grande parcela da população brasileira já adquiriu mercadoria pirateada, muitas vezes desconhecendo ou olvidando-se das suas origens, bem como das consequências nefastas por ela acarretadas.

Também, impende frisar que não há legislação específica a ser aplicada à ciberpirataria. Considerando a evolução vertiginosa desse fenômeno e as adversidades enfrentadas pelas autoridades para combatê-lo, faz-se imperiosa a modernização dos dispositivos legais, em vistas a adequar o Direito Penal à nova realidade virtual.

De mais a mais, percebe-se que a legislação atual é deficiente em outro aspecto: o consumidor conhecedor da origem ilícita do produto, que adquire produtos falsificados, não é sancionado na esfera penal. Apesar de eventualmente poder incorrer no crime de receptação, a jurisprudência bem ilustra a constante impunidade à qual faz jus o adquirente de má-fé. Ora, por óbvio, a repressão da pirataria passa também pela coibição da demanda, sendo deveras crucial a efetiva responsabilização criminal de toda a cadeia da contrafação.

Combinando grandes margens de lucro com penas reduzidíssimas, a pirataria se apresenta como um mercado extremamente atrativo para grandes organizações criminosas. É fato notório que o comércio de produtos falsificados fomenta o crime organizado e anda de mãos dadas com delitos de natureza mais grave, tais como corrupção, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas.

Há de se questionar o papel desenvolvido pelos pequenos negociantes que, visando prover a sua subsistência, comercializam objetos frutos da contrafação. Inegavelmente, nos tempos de hoje, em que a economia atravessa períodos de crise e o desemprego abala as estruturas já frágeis das classes menos favorecidas, a pirataria se apresenta para muitas

pessoas como uma oportunidade para fugir da miséria. Ocorre que os ganhos auferidos constituem o mínimo necessário para assegurar suas existências, enquanto os esquemas criminosos são os verdadeiros beneficiários da contrafação.

Sob esta ótica, os pequenos comerciantes não passam de coadjuvantes, meras correntes isoladas de uma gigantesca engrenagem criminosa. Contudo, frequentemente, a sanção penal recai sobre eles, elo mais fraco da corrente, e não sobre os criminosos que integram o esquema bilionário de contrafação. Ante tais assertivas, em que medida tais punições remediarão ao problema da contrafação, considerando o caráter substituível dessas “ferramentas humanas”?

Sustentamos a tese de que seria apreciável uma alteração legislativa, implementada a partir de uma construção similar ao disposto na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), no sentido de contemplar uma causa de diminuição, que reduziria significativamente a pena atribuída ao sujeito que não participar de rede criminosa.

A Lei de Drogas aborda, ao lado da figura do tráfico simples (art. 33, *caput*), a do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.^o), cujo tratamento penal é mais brando do que o dispensado àquele, pois estipula uma diminuição, condicionada à discricionariedade do juiz, de 1/6 a 2/3 (um sexto a dois terços), quando o agente for primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. De acordo com julgados dos Tribunais Superiores, a aplicação da figura privilegiada também depende da quantidade e natureza das drogas.

Assim sendo, em perfeita sintonia com o princípio da proporcionalidade, a modulação das penas demonstra a vontade da lei em punir de modo menos severo o traficante que não está inserido em esquemas ilícitos, bem assim não trafica quantidades excepcionais de entorpecentes. Na mesma senda, concluindo o raciocínio, seria louvável um ajuste legal que abrangesse a concessão de benefícios ao comerciante, em pequena escala, de produtos pirateados, que não está envolvido com o crime organizado.

Paralelamente, almejando conferir maior proteção aos direitos de propriedade imaterial e de conceder palpável eficiência aos dispositivos legais concebidos para sancionar a pirataria perpetrada pelas grandes organizações criminosas, defendemos o recrudescimento das penas, além da conversão da ação penal privada ou pública condicionada à representação em ação penal pública incondicionada. As reverberações de tais alterações seriam de todo positivas, porquanto visariam o combate à proliferação da pirataria, incutindo temor (função preventiva), pela reforma das normas tentando alcançar uma das principais fontes de renda do crime organizado.

Eduardo Reale Ferrari

Doutor e Mestre em Direito Penal e Processo Penal.
Advogado.

Julie Strebing

Bacharelada em Direito.



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes
1.^a Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa
2.^o Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna
1.^a Secretária: Heloisa Estellita
2.^o Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade
1.^o Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob
2.^o Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Rudge Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

Fim da ciência do Direito Penal?

José Carlos Porciúncula

Tenho visto, com espanto e lamento, respeitabilíssimos juristas declararem, aos quatro ventos, que a Ciência do Direito Penal teria chegado ao fim; que tudo aquilo que poderia ser dito já o foi; que deveríamos deixar de lado as grandes questões teóricas (afinal de contas, dizem, elas já foram resolvidas!), para, partindo das bases hoje assentadas, dedicarmo-nos a problemas práticos.

Desconfio, seriamente, que esse discurso tenha um caráter estratégico... de qualquer sorte, ainda que outro possa ser o seu *Leitmotiv*, a História da Ciência mostra-nos que todos aqueles que ousaram anunciar o fim de uma determinada área do saber estavam absolutamente equivocados em suas previsões. Foi assim na Matemática, na Física e, inclusive, no próprio Direito Penal.

Na Matemática, **Kurt Gödel**, possivelmente o maior lógico desde **Aristóteles**, provou, com a publicação em 1931 do seu trabalho *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme*, que há um número infinito de proposições aritméticas verdadeiras, que não podem ser formalmente deduzidas de um número finito de axiomas, por meio de um conjunto de regras de inferência. Com seu teorema da incompletude, **Gödel** acabou por destruir o ilusório projeto de **David Hilbert** de uma axiomatização integral desse campo.⁽¹⁾ A moderna teoria da informação algorítmica, fundada pelo cientista da computação norte-americano **Gregory Chaitin**, também demonstrou a complexidade infinita da Matemática. A teoria da informação algorítmica parte da ideia, já presente em 1686 nos *Discours de métaphysique* de **Leibniz**, de que uma teoria deve ser mais simples do que os dados que pretende explicar, pois, do contrário, não explicaria nada.⁽²⁾ Apoiando-se nessa máxima, a teoria da informação algorítmica revela que certos fatos matemáticos, apesar de verdadeiros, não podem ser provados por nenhuma teoria, por serem logicamente irredutíveis. É o que ocorre com o número Ω (ômega), que não pode ter seus primeiros N dígitos calculados por um programa de computador mais curto que N bits. E mais: Ω (ômega) contém um número infinito de bits irredutíveis. A semelhança com o teorema da incompletude de **Gödel** é clara: existe um número infinito de bits de Ω (ômega), que não podem ser calculados por um programa finito de computador.⁽³⁾

No campo da Física teórica, o projeto de elaborar uma *synthèse de l'univers* já não passa de um antigo sonho laplaciano.⁽⁴⁾ De fato, as recentes tentativas de unificar a relatividade geral e a física quântica ainda não conduziram (e provavelmente não conduzirão) a uma *Grand Unified Theory*. Tradicionais defensores de uma *Theory of Everything* já não mais acreditam na sua viabilidade. Esse é justamente o caso do proeminente físico britânico **Stephen Hawking**, que agora sustenta, com fundamento no teorema da incompletude de **Gödel**, a impossibilidade de se alcançar uma *Ultimate Theory*. Ouçamos as palavras do professor emérito da Universidade de Cambridge: “Até agora, a maioria das pessoas tem implicitamente assumido que há uma teoria definitiva, que eventualmente vamos descobrir. De fato, eu mesmo sugeri que poderíamos encontrá-la muito em breve. No entanto, a Teoria-M me fez perguntar se isso é verdade. Talvez não seja possível formular uma teoria do universo em um número finito de proposições. Essa é uma autêntica reminiscência do teorema de Gödel. Tal teorema estabelece que qualquer sistema finito de axiomas não é suficiente para provar todos os resultados na Matemática (...). Algumas pessoas ficarão muito desapontadas se não houver uma teoria definitiva, que possa ser formulada com um número finito de princípios. Eu pertencia a esse grupo, mas mudei de ideia. Sinto-me agora feliz em saber que a nossa busca pelo conhecimento nunca chegará ao fim e que sempre teremos

o desafio de novas descobertas. Sem ele, estagnaríamos. O teorema de Gödel garante que sempre haverá trabalho para os matemáticos. Acho que a Teoria-M vai fazer o mesmo pelos físicos. Tenho certeza de que Dirac aprovaria tudo isso”.⁽⁵⁾ Outra não é a opinião do renomado físico e matemático **Freeman Dyson**, para quem o teorema da incompletude de **Gödel** implica a impossibilidade de uma *Theory of Everything*.⁽⁶⁾

No âmbito da Ciência do Direito Penal, o “mito do fim” (chamemo-lo assim) não é um signo próprio dos nossos tempos. Não! Pronunciamentos no sentido de que “já não há mais trabalho a se fazer” são mais antigos do que poderíamos supor. Conta-se que **Francesco Carrara**, *il sommo maestro di Pisa*, ao finalizar, em 1870, o último volume do seu monumental *Programma del Corso di Diritto Criminale*, teria reunido os seus discípulos e os teria exortado a se dedicarem, a partir de então, a questões práticas ou até mesmo ao Direito Processual Penal, por acreditar no caráter exaustivo (e definitivo!) de sua obra.⁽⁷⁾⁻⁽⁸⁾ Pobre **Carrara**! Não poderia imaginar os rumos que a sua Ciência tomaria...

Na atualidade, assistimos ao projeto de **Joachim Hruschka** de construção de uma teoria coordenada, articulada e *omni* abarcante do Direito Penal.⁽⁹⁾ Para isso, segundo **Hruschka**, teríamos que edificar um sistema *more geometrico*, resultado da união e ordenação de todos os grupos de casos imagináveis. Além disso, diz o professor emérito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, seria necessário delimitar o âmbito dentro do qual as propostas de solução de casos poderiam ser qualificadas como racionais, tendo aqui um papel decisivo as leis da lógica e a teoria da argumentação. Desse modo, sustenta **Hruschka**, poderíamos reduzir ao máximo insatisfatórias decisões valorativas *ad hoc*. Em suma: deveríamos axiomatizar toda a dogmática jurídico-penal, expressando-a num sistema fechado e livre de contradições.

Em seus escritos, **Hruschka** submete a teoria do erro, do concurso aparente de normas e do estado de necessidade, somente para citar alguns exemplos, ao método lógico-analítico, buscando demonstrar como seria possível desenvolver o trabalho sistemático no âmbito do Direito Penal. Utilizando tal método, procede à distinção entre regras de comportamento e regras de imputação, diferencia dois níveis de imputação (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) e separa a imputação ordinária da extraordinária.⁽¹⁰⁾

Creio que, assim como ocorreu na Matemática e na Física, o projeto de axiomatizar o Direito Penal, tornando-o um sistema fechado e completo, está destinado ao fracasso. Infelizmente, não posso entrar em maiores detalhes.⁽¹¹⁾

Com esse breve *excursus*, pretendi mostrar que a noção de esgotamento de determinada área do saber não passa de um mito (*rectius*: de uma impossibilidade lógica!). Em minha opinião, as grandes questões do Direito Penal ainda estão aí... à espera de respostas cada vez melhores. E sempre estarão! Qualquer um que se dedique, com absoluta honestidade intelectual, a elas, perceberá que, mesmo ao final de uma longa jornada, seus esforços terão se assemelhado a um trabalho de Sísifo. *Dogmatica se ipsam alet!*

Expressa bem essa situação o testemunho de **Gimbernat Ordeig** a respeito do estado da arte de uma das *vexate quaestiones* da dogmática jurídico-penal, qual seja, os delitos comissivos por omissão. Diz o professor emérito da Universidade Complutense de Madrid: “Apesar da discussão já durar mais de 100 anos (...) ainda não conhecemos quase nada acerca do conteúdo e alcance deste instituto jurídico. Entretanto, dispomos de uma biblioteca quase interminável (...). A despeito disso, os resultados desse trabalho excepcionalmente

intenso da ciência jurídico-penal não poderiam ser mais pobres (...). Pode-se afirmar que a única coisa certa a respeito dos delitos de omissão é que não há nada certo”.⁽¹²⁾

As grandes questões da dogmática jurídico-penal ainda se encontram vivas... e assim permanecerão, por muitos e muitos anos! Ao compreendermos a perenidade de tais questões deveríamos optar, em nossa abordagem metodológica, por um processo de diálogo contínuo com os nossos interlocutores. Com isso, evitaríamos, ao máximo, respostas definitivas, preferindo o questionamento, a indagação. E nisso haveria um grande mérito!⁽¹³⁾

Certa feita, **Wittgenstein** observou que “Na Filosofia, é sempre bom fazer uma pergunta no lugar de apresentar uma resposta. Pois uma resposta a uma pergunta filosófica pode ser incorreta; ao passo que retrucar uma pergunta por meio de outra pergunta não o é”.⁽¹⁴⁾ Não vejo por que isso seria falso na esfera da dogmática jurídico-penal, notadamente quando ela se volta para os seus problemas fundamentais.

Só me resta invocar as sábias palavras do meu admirado mestre espanhol **Jesús-María Silva Sánchez**, para animar as novas gerações a que continuem repensando as bases elementares da Ciência do Direito Penal e para insistir, veementemente, em que ainda há, sim, muito trabalho a ser feito: “É certo que, justamente agora, alguém poderia cair na tentação de pensar que, para a dogmática, ‘qualquer tempo passado foi melhor’. Com efeito, os grandes mestres alemães já se aposentaram ou estão a ponto de fazê-lo, bem como boa parte de seus sucessores – de qualquer sorte, alguns dos mais influentes e brilhantes parecem estar mais dispostos a adorar o bezerro de ouro de Bruxelas (ou quicá de Washington) do que seguir o caminho de seus predecessores. O tempo, o mores! Mas, por outro lado, justamente agora é necessário fazer frente ao desfalecimento. Em meu caso pessoal, a isso contribui a convicção, que tenho tratado de reiterar publicamente nos últimos anos, de que é muito o que se pode fazer e de que a comunidade ibero-americana de penalistas conta com tudo a seu favor para fazê-lo. Basta que os jovens não ouçam os cantos da sereia que, sem dúvida, ser-lhes-ão apresentados e assumam com vigor o desafio que lhes é proposto”.⁽¹⁵⁾

Notas:

- (1) Sobre o tema cfr. Nagel/Newman, *Gödel's Proof*, New York/London, 2001, *passim*; GOLDSTEIN, *Incompleteness: the proof and paradox of Kurt Gödel*. New York, 2005, *passim*.
- (2) LEIBNIZ, *Discours de métaphysique*. Paris, 1907, VI. Tal ideia é magistralmente ilustrada por Jorge Luis Borges em seu conto *Del rigor en la ciencia en El hacedor*, Barcelona, 2013, p. 137: “(...) En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Siguientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y de los Inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas”.
- (3) Cfr. CHAITIN, *Thinking about Gödel and Turing. Essays on Complexity* (1970-2007). Singapore, 2007, *passim*.
- (4) Cfr. LAPLACE, *Essai Philosophique sur les Probabilités*. 5. ed. Bruxelles, 1829, p. 3.
- (5) Hawking, texto da conferencia *Gödel and the end of physics*, pronunciada pelo autor no dia 20 de julho de 2002 no *Centre for Mathematical Sciences*, Cambridge, por ocasião do *Dirac Centennial Celebration*. Hawking faz referência no texto à Teoria-M, elaborada, na década de 1990, pelo físico norte-americano Edward Witten, com o objetivo de mostrar que as cinco versões da “teoria das supercordas” (*Superstrings Theory*) eram, na realidade, cinco modos distintos de descrever uma única teoria. A “teoria das supercordas” causou, no início dos anos 1980, uma grande

expectativa na comunidade científica, por sua promessa de unificação das forças fundamentais da natureza, mas logo depois mostrou-se problemática em razão das (já referidas) cinco versões nas quais se fracionava, o que implicava na existência de cinco universos com propriedades distintas. O leitor interessado no tema pode consultar o instrutivo livro de GREENE, *The Elegant Universe: Superstrings, Hidden Dimensions, and the Quest for the Ultimate Theory*. New York, 1999.

- (6) DYSON, *The World on a String em The Scientist as Rebel*. New York, 2006, p. 223 e ss.
- (7) Já no prefácio ao *Programma del corso di diritto criminale* – Parte generale, 8. ed., Firenze, 1897, v. 1, p. 8 e ss., lê-se: “Il programma del Diritto criminale doveva, nel mio concetto, riassumere nella più semplice formula la verità regolatrice di tutta la scienza: e contenere in sé il germe della soluzione di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare (...) Trattavasi di trovare la formula esprimente questo principio; ed a quella connettere, e da quella dedurre i singoli precetti che dovevano servire di costante guida in questa importante matéria. Una formula doveva in sé contenere il germe di tutte le verità nelle quali la scienza del Diritto criminale sarebbe venuta a compendiarsi nei suoi singoli svolgimenti ed applicazioni. Io credetti di aver trovato questa formula sacramentale: e parvemi da quella tutte, ad una ad una, emanassero le grandi verità che il Diritto penale dei popoli culti ha ormai riconosciuto e proclamato nelle cattedre, nelle academie, e nel foro”. Sobre a importância histórica do *Programma* consulte-se, entre outros, GALLO. Il pensiero di Francesco Carrara nella cultura del suo tempo, *RIDPP*, 1988, p. 765; PADOVANI. Il legislatore alla scuola della ragione: una introduzione allo studio del “Programma” di Francesco Carrara, *RIDPP*, 1985, p. 706 e ss.; o mesmo, Francesco Carrara e la teoria del reato, *RIDPP*, 1988, p. 867; COTTA. Il pensiero di Francesco Carrara nell’incontro di filosofia e scienze, *RIDPP*, 1989, p. 882; PETTOELLO MANTOVANI. L’eredità ideologica di Francesco Carrara, *RIDPP*, 1989, p. 894.
- (8) A (curiosa) noção de que o Direito Processual Penal encontra-se num estágio muito menos avançado que o Direito Penal parece se manter até hoje. Nesse sentido, afirma WOLTER. Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem em *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin/New York, 2001, p. 1.141: “Das Strafprozessrechtssystem befindet sich anders als das über viele Jahrzehnte hinweg ausgefeilte Strafrechtssystem in einem Ur- und Rohzustand”. Na mesma linha, BOTTKE. Fairness in Strafverfahren gegen Bekannt em *Festschrift für Claus Roxin*, p. 1.243.
- (9) HRUSCHKA. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? en *JZ*, 1985, p. 1 e ss.
- (10) HRUSCHKA. *Strukturen der Zurechnung*, Berlin/New York, 1976, *passim*; o mesmo, *Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf* en *ZStW* 96, 1984, p. 661 e ss.; o mesmo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. ed., Berlin/New York, 1988, *passim*; o mesmo, *Zurechnung seit Pufendorf*. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts, in: Kaufmann/Renzikowski (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M., 2004, p. 17 e ss.
- (11) Para uma detalhada crítica a esse projeto cfr. PORCIÚNCULA. La “exteriorización de lo interno”: sobre la relación entre lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal (Tese de Doutorado). Barcelona, 2013, p. 217 e ss.
- (12) GIMBERNAT ORDEIG. Das unechte Unterlassungsdelikt em *ZStW* 111, 1999, p. 307 e ss.
- (13) Como diz PUTNAM, *Science and Philosophy, Philosophy in an Age of Science*. London, 2012, p. 50: “‘Progress’ in philosophy need not consist in ‘settling’ issues once and for all. Indeed, it does not consist of that in any serious area of human endeavor or inquiry that I know of”.
- (14) WITTGENSTEIN. *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Frankfurt a. M., 1984, p. 147.
- (15) SILVA SÁNCHEZ. *Medio siglo de dogmática penal alemana (un punto de vista iberoamericano)*. Bogotá, 2013, p. 10.

José Carlos Porciúncula

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Barcelona (Espanha), com período Doutoral na Universidade de Bonn (Alemanha).
Ganhador do Prêmio Extraordinário de Doutorado 2012-2013, concedido pela Comissão de Doutorado da Universidade de Barcelona.
Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais do Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília/DF.

A constitucionalidade da decisão de impronúncia

Ronaldo Batista Pinto

São respeitáveis as críticas formuladas à sentença de impronúncia no ponto em que, nos termos do parágrafo único do art. 414 do CPP, prevê a reabertura do processo, a partir do surgimento de novas provas. Haveria, aqui, afronta ao princípio que veda o *ne bis in idem*, vale dizer, o mesmo que proíbe alguém de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

É o entendimento de **Vicente Greco Filho**, a se conferir: *“No caso de impronúncia, enquanto não extinta a punibilidade, poderá, em qualquer tempo, ser instaurado processo contra o réu, se houver prova nova; no caso de absolvição sumária, ocorre a coisa julgada material, que é absoluta e soberana em favor do réu. Tal distinção, porém, é inadmissível em face do princípio constitucional do ne bis in idem, ou seja, ninguém poderá ser processado penalmente duas vezes pelo mesmo fato. Considerando que, na impronúncia, a cognição do juiz é também plena e profunda, na medida em que deve examinar as provas dos autos e não se convencer da existência do crime e indício de que seja o réu o seu autor, não tem sentido que se continue a aceitar que o réu não tenha sido processado, quer no sentido teórico, quer no sentido prático, de todos os ônus que tal situação acarreta para o acusado, inclusive no plano moral. Não é argumento jurídico dizer-se que o ‘homicídio é o crime rei’. Qualquer crime pode ser atribuído à competência do júri e não ser por isso que o seu julgamento por falta de prova do fato ou autoria resulte na possibilidade de novo processo, havendo novas provas”*.⁽¹⁾

Demais disso – outra crítica – é no sentido de que a possibilidade de revisão da sentença de impronúncia, com a consequente reabertura do processo a partir do surgimento de novas provas, prestar-se-ia como verdadeira *espada de Dâmoqueles* a pender sobre a cabeça do réu que, a qualquer momento, poderia ver reaberto o processo, em franca violação, inclusive, ao princípio da presunção de inocência.⁽²⁾

Ousamos discordar desses respeitáveis entendimentos. De anotar, desde logo, que em favor da lei há uma presunção que milita, invariavelmente, no sentido de sua constitucionalidade. É o que consiste no chamado *princípio da constitucionalidade das leis*, pelo qual o ato normativo somente perde sua eficácia e validade mediante uma declaração judicial que declare sua desconformidade com a Constituição. Na lição de clássica de **Luís Roberto Barroso**, *“o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável”*.⁽³⁾

Por conta desse princípio, portanto, somente se for patente a inconstitucionalidade ela deve ser declarada, em situações nas quais o intérprete não possa interpretá-la em consonância com a Carta, sob pena de indevida ingerência no Poder Legislativo. Como observa **João Pedro Gebran Neto** *“o intérprete deve tentar extrair validade das leis e dos atos normativos do Poder Público sempre que possível, só declarando sua inconstitucionalidade quando esta for flagrante e incontestável. A declaração de inconstitucionalidade sempre é medida excepcionalmente adotada, porque implica restrição ao exercício de atividade legítima de outro Poder”*.⁽⁴⁾

Imaginar-se, dessarte, que a possibilidade de reabertura do processo, prevista no parágrafo único do art. 414 do CPP, violaria o princípio do *ne bis in idem*, seria ignorar os direitos individuais da vítima e o direito à segurança da qual é titular a sociedade, ambos com assento constitucional e tão caros quanto o direito do réu em não se ver processado duas vezes pelo mesmo fato. Essa formulação nos parece bastante razoável, capaz de preservar a presunção da constitucionalidade do dispositivo, pois sopesa ambos os direitos, de modo a prevalecer a possibilidade de reabertura do processo, sobretudo quando se cuida de crime gravíssimo, por atentar contra o bem jurídico mais valioso – vida – a reclamar forte atuação estatal, em seu combate.

Mesmo a afirmação no sentido de que o réu seria processado duas vezes, pelo mesmo fato, merece uma reflexão mais aprofundada e guarda pertinência com a própria natureza jurídica da decisão de impronúncia. Com efeito, embora impugnável por meio de apelação, segundo a redação atual do art. 416 do CPP, continuamos a entender que a natureza jurídica dessa decisão é interlocutória mista, de conteúdo terminativo, pois encerra uma primeira fase do processo, sem ingressar no mérito. Ora, se não há investigação sobre o mérito, tarefa que cabe ao Júri, nada impede a rediscussão da causa, sobretudo quando o legislador teve o cuidado de exigir a oferta de outra denúncia ou queixa, a partir do surgimento de novas provas, preservando, assim, o contraditório e a ampla defesa do acusado. O que os críticos não explicam é a forma de solucionar a hipótese na qual, inicialmente impronunciado o réu, porque não localizado o corpo da vítima, este venha posteriormente a surgir. Sobretudo quando nosso Direito não admite a chamada revisão criminal *pro societate*. Ficaria o Estado impedido de agir, em tão clamorosa situação? Haverá quem afirme que, em outras situações, cuidando-se de crimes que não são sejam da competência do Tribunal do Júri, pode ocorrer o mesmo, isto é, uma vez absolvido o réu, com o trânsito em julgado da sentença, nada mais pode ser feito. É verdade, mas nenhum caso – insistimos – dirá respeito a crime de tamanha gravidade com aqueles que são levados ao Júri, a exigir, em seu trato, especial cuidado do legislador.

A propósito, não temos dúvida em afirmar que, na prática, eventual remoção do mundo jurídico desse dispositivo, porque inconstitucional, implicaria inegável prejuízo aos réus. Isso porque ninguém ignora o caráter de excepcionalidade da sentença de absolvição sumária, por subtrair do Júri (seu juiz natural, segundo a Constituição), o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. É dizer: situações nas quais o réu seria impronunciado, a partir da extinção dessa espécie de decisão, invariavelmente redundariam na pronúncia, levando o agente a Júri, sujeitando-o a uma condenação despida de provas, passível de ocorrência ante a inexistência de motivação das decisões do Conselho de Sentença e de definitividade, face ao princípio constitucional que garante a soberania do *decisum*.

Também não comungamos da tese pela qual a decisão de impronúncia acarretaria uma situação de incerteza para o réu, dada a possibilidade de reabertura do processo que, de resto, afrontaria o princípio da presunção de inocência. A um, porque a possibilidade de reabertura do processo sofre uma limitação temporal, na medida em que perdura enquanto não verificada a prescrição. Passado esse lapso, não é mais possível falar-se em novo processo. A dois, em virtude de

que não será toda e qualquer prova que autorizará outra denúncia ou queixa, mas somente aquela prova nova, formal ou substancialmente nova. E, a três, em razão de que o réu não sofre qualquer condenação, podendo, ainda, ser absolvido pelo Júri, caso a nova acusação redundar em pronúncia.

A propósito, a se privilegiar esse entendimento, tem-se uma situação muito mais grave ao réu no art. 366 do CPP, quando o réu, citado por edital, não comparece e tampouco constitui defensor. Aqui ocorre a interrupção do lapso prescricional, com a suspensão do processo (perdurando, assim, a situação de incerteza), mas com um fator agravante, que consiste exatamente na possibilidade da decretação de sua prisão preventiva. Apesar disso, ao que se saiba, ninguém jamais sustentou a inconstitucionalidade desse dispositivo, saudado, ao revés, como salutar ao réu, por impedir sua condenação mesmo ignorando a existência do processo-crime. São as razões pelas quais não vislumbramos inconstitucionalidade na decisão de impronúncia.

Notas:

- (1) TUCCI, Rogério Lauria (coord.). *Tribunal do Júri*: estudo sobre a mais democrática instituição brasileira. São Paulo: RT, 2000, p. 122.
- (2) Nesse sentido: RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 182.
- (3) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.
- (4) GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: RT, 2002, p. 108.

Ronaldo Batista Pinto

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp).

O (óbvio) direito personalíssimo à autodefesa

Clovis Alberto Volpe Filho e Lucas Araújo

– *Caro Defensor, o réu preso, embora requisitado, não foi conduzido para esta audiência. Assim, pergunto se o senhor se opõe a realização da oitiva das testemunhas sem a presença do acusado?*

– *Nobre Magistrado, não posso abrir mão de um direito que não me pertence. O direito do réu de estar nesta audiência é personalíssimo, pois se desdobra do direito à autodefesa, e esta, como é cediço, pertence ao réu, exclusivamente. Exerço a defesa técnica, mas a autodefesa, pelo próprio sentido semântico, é exercida pelo acusado, e, por isso, é irrenunciável por terceiros.*

A percepção do cotidiano forense da área criminal revela que várias audiências de instrução (em regra, oitiva de vítimas e testemunhas) ocorrem sem a presença do réu, em razão de este estar preso. É também perceptível que nesses casos o juiz que conduz o processo, visando à celeridade processual e à organização da pauta, inquiri o defensor (constituído ou dativo) se este anui com a realização do ato, mesmo estando ausente o principal interessado.

Sob o ponto de vista jurídico, não é menos certo afirmar que ao realizar o ato em juízo sem a presença do acusado encarcerado, o causídico nada mais faz do que renunciar ao direito de autodefesa garantido ao seu constituinte. Diante deste prisma, surge a seguinte indagação: O advogado, mesmo munido com poderes ditos especiais, pode renunciar o direito à autodefesa do réu preso? A resposta é simples e direta, não!

O direito de defesa do réu, calcado na Constituição Federal de 1988 – tendo como expoente direto o art. 5.º, LV – não se limita na atuação do advogado. O reflexo constitucional no processo penal demonstra que a “defesa técnica não se torna a única a poder desenvolver-se”, pois ao “seu lado existe a autodefesa, a qual consiste na participação direta do réu em quase todos os atos do processo”.⁽¹⁾ Não se pode privilegiar uma em detrimento de outra, visto que “entre a autodefesa e a defesa técnica não há uma relação de recíproca exclusão, mas de íntima cooperação, não se podendo admitir o exercício de uma desligado da outra”.⁽²⁾

Na autodefesa existem “atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal. Através destas atuações, o sujeito atua pessoalmente, defendendo-se a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado”.⁽³⁾

Além de estar presente em audiência de instrução e julgamento, o réu preso possui o direito de ser ouvido, bem como acompanhar as colheitas das provas testemunhais na presença de seu advogado, esclarecendo fatos e questões controversas que possam eventualmente surgir neste momento processual. Tal direito é totalmente indisponível por terceiros, mesmo em se tratando de advogado munido com poderes especiais, ou, até mesmo, o Magistrado que presida o processo e que deveria zelar pela efetiva aplicação dos direitos do acusado.

O direito personalíssimo à autodefesa pertence ao acusado, preso ou não, se desdobrando no direito de audiência e no direito a presença, sendo que o “primeiro traduz-se na possibilidade do acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas”.⁽⁴⁾

Não importa se a audiência está sendo realizada para a oitiva de uma única testemunha, ao réu deve ser garantido o exercício do seu direito à autodefesa, não sendo bastante a presença de um advogado, pois conforme sublinhado, este último exercerá a indispensável defesa técnica, motivo pelo qual o réu deverá estar presente. Sendo um direito exclusivo do acusado, somente este tem capacidade de disposição. Da mesma forma que o acusado não pode renunciar a defesa técnica, o defensor constituído, mesmo com poderes específicos, não poderá dispor da autodefesa.

Caso a autodefesa não fosse um direito personalíssimo ela não existiria, pois haveria um conflito de sentidos insuperável. Com efeito, admitir que o defensor possa renunciar a autodefesa, é o mesmo que abrangê-la na defesa técnica, implicando, logicamente, na identidade de institutos. Em outras palavras, é justamente por ser personalíssima

que a autodefesa se mantém autônoma e hígida, e não um mero instrumento da defesa técnica.

Se não houvesse tamanha importância da atuação do acusado por meio do direito de autodefesa, certamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil é signatário desde o ano de 1992, em seu art. 8.º, d, não teria contemplado que o acusado possui o direito “*de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*”.

O sustentáculo conferido pelas convenções internacionais ao direito à autodefesa, deixa ainda mais nítida a preocupação da comunidade internacional no que tange às inteirezas das garantias processuais mínimas, as quais são resguardadas ao sujeito meramente acusado de prática delituosa, mas, que, acima de tudo, possui o direito maior de comparecer e estar presente nos atos básicos de instrução processual, independentemente de se encontrarem, ou não, sob a tutela Estatal.

Não raro, muitos críticos poderão apontar como sendo extremamente prejudicial ao Estado a locomoção do acusado preso até as comarcas onde serão tomadas as oitivas daquelas testemunhas que, por exemplo, serão ouvidas por carta precatória, principalmente em se tratando de comarcas situadas no interior dos Estados da Federação.

Entretanto, à luz de uma ordem constitucional democrática, a qual visa garantir ao acusado o mais amplo exercício do seu direito de defesa, privá-lo do direito de presença sob o argumento de que os gastos estatais serão demasiadamente altos ou que a sociedade estaria exposta a grandes riscos pelo receio de evasão do preso, seria o mesmo que admitir que as garantias constitucionais à ampla defesa e até mesmo à presunção de inocência existem apenas na esfera da formalidade, sem a sua efetiva aplicação substancial.

Como bem assinalado pelo Min. **Celso de Mello**, “*o acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou a inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não tem – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição*”.⁽⁵⁾

Ora, por se tratar a autodefesa de uma garantia constitucional do processo penal, não pode haver a realização de audiência sem a presença do acusado preso. Caso por algum motivo se torne impossível a presença do réu encarcerado, deverá o Magistrado, por analogia, valer-se da regra insculpida no art. 457, § 2.º, do CPP. Segundo a exegese do mencionado dispositivo, “*Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor*”. Na pior das hipóteses, para que se permita a realização de audiência sem a presença do réu preso, seria imprescindível a realização de um pedido de dispensa, o qual seria subscrito de próprio punho por ele juntamente com seu advogado, pois conforme explicado acima, o direito à autodefesa somente pode ser renunciado pelo réu, jamais por terceiros, ainda que com poderes especiais.

Neste contexto, chega-se à conclusão de que a autodefesa é uma garantia constitucional personalíssima do acusado, sendo desfeito tanto ao advogado com poderes especiais, quanto ao juiz que preside o processo, dispensar a presença do réu preso, mesmo que este se encontre encarcerado em local distante do juízo em que se realizará a audiência.

A consequência da audiência sem a presença do réu preso é a nulidade, mas, adotando a classificação difundida, não a relativa, e sim a absoluta. Vislumbra-se vários julgados no sentido de considerar como nulidade relativa (vide *HC 127.902 do STJ* e *HC 120.233 do STF*), porém, o que se defende é que a nulidade seja absoluta, pois houve cerceamento da autodefesa (esta não foi deficiente, mas sim inexistente). Analogamente, é o mesmo raciocínio esculpido na Súmula Persuasiva 523 do STF, a qual dispõe que a ausência de defesa técnica acarreta nulidade absoluta; assim, inexistindo autodefesa, e como esta compõe a ampla defesa, a lógica obrigatoriamente deve ser a mesma.

Ratificando a tese explanada neste texto, calha trazer à tona um recente julgado proferido pela 2.ª Turma do STF, sendo que na oportunidade, e após diálogos sobre o tema, os Ministros entenderam por anular o processo em face da ausência dos réus na audiência de oitiva da vítima e de testemunhas da acusação, restando consignado que tal vício absoluto não se convalida com a aquiescência do defensor, nem mesmo pelo fato de a matéria não ter sido tratada em alegações finais.⁽⁶⁾

Durante o julgamento deste *Habeas Corpus*, a Min. **Cármen Lúcia**, após tecer comentários sobre a necessidade de se tomar medidas mais abrangentes para colocar cobro em inúmeras situações semelhantes, chegando a sugerir inclusive a edição de súmula, proferiu a seguinte frase: “*acho que está na hora de haver não um Direito de mudanças, mas a mudança do Direito*”.

É justamente o ponto: o próprio sistema contempla as mazelas que o devora. A mudança precisa ocorrer, não com arrimo em reformas legislativas pontuais e emergenciais, mas sim à luz da Constituição Federal.

O absoluto, em várias situações, cede ao relativo, não por justiça, mas por comodidade e pretensa celeridade. Assim como o óbvio cede lugar ao absurdo, para acomodar uma solução mais simples e fácil. Neste tom, o diálogo narrado no início deste artigo deveria ser algo absoluto e óbvio, mas, infelizmente, não é. A culpa não é deste ou daquele ato processual, mas sim de um sistema calcado na premissa inicial de que recebida a denúncia a culpa se instala, e o banco do réu passa a ser um assento do (futuro) condenado.

Notas:

- (1) MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 153.
- (2) FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 413.
- (3) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 246.
- (4) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 88.
- (5) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC 86.634/RJ*, rel. Min. Celso de Mello, j. 18.12.2006, *DJU* 09.02.2007.
- (6) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC 111.728/SP*, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.02.2013.

Clovis Alberto Volpe Filho
Doutorando e Mestre em Direito Constitucional
e Pós-graduado em Ciências Criminais.
Professor Universitário.
Advogado.

Lucas Araújo
Pós-graduando em Direito Processual.
Advogado.

Obtenção de financiamento mediante fraude (art. 19 da Lei 7.492/1986): uma análise da tipicidade à luz do princípio da ofensividade

Patrícia Alcalde Varisco e Rafael Zottis Lucio

O intenso recrudescimento do fenômeno da violência que atinge a sociedade contemporânea implica uma sensação de constante insegurança, a qual gera, entre outros reflexos, a criação e aplicação de leis penais sem a observância de determinados princípios basilares, deixando à margem os preceitos constitucionais que deveriam guiá-las. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios nela consagrados passaram a reger todas as relações jurídicas, produzindo grandes reflexos no âmbito do Direito Penal. Dessa forma, não se pode olvidar que o direito fundamental à liberdade somente poderá ser mitigado diante de perigo de lesão ou lesão a outros direitos considerados como fundamentais pela sociedade para seu desenvolvimento.

No caso específico dos crimes econômicos, a Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, foi inicialmente editada pelo legislador visando à tutela da integridade e higidez do Sistema Financeiro Nacional com o fim de preservar a sua credibilidade perante a sociedade brasileira.

Nesse contexto, tomando como ponto de partida a noção do bem jurídico consagrado no art. 192 da CF, ao se examinar a conduta tipificada no art. 19 da Lei 7.492/1986, qual seja a de “*obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira*”, denota-se que esse tipo penal busca resguardar o *interesse social*, representado pela confiança recíproca que deve existir nos relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais no Sistema Financeiro Nacional, bem como o *interesse público* de coibir atos fraudulentos que ocasionem dano às instituições financeiras e ao sistema como um todo.

Desse modo, ao aplicar o referido artigo ao caso concreto, deverá o magistrado perquirir acerca da conveniência da tutela a ser exercida, de forma que seja proporcional à necessidade de proteção do bem jurídico, reforçando o caráter subsidiário e fragmentário de um Direito Penal que se limita a proteger somente aqueles bens jurídicos relevantes e que condiciona tal intervenção a uma efetiva lesão ou perigo concreto de lesão a este bem.

Tal ponderação é necessária diante da costumeira confusão entre o bem jurídico constitucional de natureza transindividual e coletivo protegido pela Lei 7.492/1986 com os interesses patrimoniais das instituições que o compõe, o que acaba por gerar a errônea aplicação do crime de obter financiamento em instituição financeira mediante fraude.

Assim, não obstante tratar-se o tipo do art. 19 da Lei 7.492/1986 de crime formal, o Princípio da Lesividade – culminado na máxima *nullum crimen sine iniuria* – exige que a conduta praticada pelo agente ofereça um mínimo de potencialidade de dano efetivo ao bem jurídico tutelado, neste caso, ao Sistema Financeiro Nacional.

Dessarte, no caso de ser estimada como irrisória ou insignificante a soma dos valores levantados no financiamento se confrontados com as quantias geradas pelo Sistema Financeiro Nacional, a observância e a aplicação do Princípio da Ofensividade conduzem à orientação de que não subsiste lesão ao bem jurídico Sistema Financeiro Nacional, mas somente ao patrimônio individual da instituição financeira, o que implica absoluta atipicidade material.

Seguindo essa tendência, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região⁽¹⁾ vem decidindo que não é possível penalizar conduta que não provoque efetiva ameaça à higidez do Sistema Financeiro Nacional, ou que esteja protegida por outras normas penais previstas no Código Penal, aplicando o entendimento de que a tutela penal contra a criminalidade financeira somente se justifica, sob a perspectiva constitucional, diante da ocorrência de uma lesão contrária aos interesses da coletividade, já que *o bem jurídico salvaguardado pelo ordenamento legal não é o patrimônio da instituição financeira, mas a confiança daqueles que disponibilizam as suas economias à administração dessas instituições*.

Não é objeto do presente estudo estabelecer um critério de quantificação da significância da soma dessas rubricas. É relevante, contudo, mencionar como base para um norte referencial a informação divulgada pelo Banco Central do Brasil, em nota à imprensa⁽²⁾ datada de 26.03.2014, cujo teor revela que no mês de fevereiro do mesmo ano o crédito alcançado ao setor privado totalizou R\$ 2.575 bilhões. Dessa feita, na hipótese de os valores relativos ao delito serem considerados como irrelevantes se proporcionalmente comparados a esses e, portanto, incapazes de abalar a confiança da sociedade no Sistema Financeiro Nacional, o fato será atípico.

Não ignoramos que a lesão ao bem jurídico em destaque pode ocorrer na hipótese deste financiamento envolver valores de grande monta, o que ponderamos é que se a conduta não lesionou ou colocou em perigo de lesão o bem jurídico coletivo tutelado pela norma penal, ou seja, se os valores levantados não possuem potencialidade lesiva suficiente para representar uma ofensa ao Sistema Financeiro Nacional, não há violação à Lei 7.492/1986.

Portanto, ao aplicar-se norma com sanções punitivas altas para casos em que sequer o bem jurídico foi posto em perigo é não somente uma violação ao Princípio da Proporcionalidade e da Lesividade, mas também um quadro de não recepção da Lei 7.492/1986 quando esta for aplicada em situações que não causem prejuízo à higidez do Sistema Financeiro Nacional.

Residualmente, nos casos em que os valores financiados representarem uma lesão ao patrimônio individual da instituição financeira, caberá ao magistrado realizar a desclassificação do delito de crime contra o Sistema Financeiro Nacional para os crimes que tutelem o patrimônio privado, como o delito de estelionato previsto no art. 171 do CP.

É certo que uma análise ainda mais acurada à luz do princípio da lesividade revelaria uma série de condutas existentes em nossa legislação cuja criminalização sequer deveria fazer parte do arcabouço de leis penais. No caso do art. 19 da Lei 7.492/1986, porém, não é necessário acatar uma tese mais radical, tomando o Princípio da Lesividade como limitação de base constitucional à criação de tipos penais pelo legislador, bastando que seja aceito como princípio geral na interpretação e na aplicação da lei penal por parte do magistrado.

Referências

- BITTENCOURT, Cezar Roberto; BREDI, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. São Paulo: RT, 2009.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: RT, 2013.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal: aspectos del la política criminal en la sociedades postindustrial*. 2. ed., rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001.

Notas:

- (1) TRF-4.^a Região, 8.^a T., ACR 5007302-46.2010.404.7000, rel. p/ acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, DE 15.01.2013.
- (2) Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOM>>.

Patrícia Alcalde Varisco

Graduada pela Faculdade de Letras da PUC-RS.
Pesquisadora na área criminal e delinquência juvenil mediante
intercâmbio nos Estados Unidos – University of Miami.
Advogada.

Rafael Zottis Lucio

Pós-graduado no curso de Especialização em
Ciências Penais da PUC-RS.
Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-RS.
Advogado.

Criminologia como ciência transdisciplinar no estudo de subculturas: uma perspectiva transhumanística para além da (inter)disciplinaridade

Marcos Araguari de Abreu

1. Notas introdutórias

O estudo das subculturas, e particularmente das *subculturas delinquentes* ou delinquentiais, é impregnado por um preconceito muitas vezes decorrente da própria terminologia empregada em sua teorização. O prefixo *sub*, no contexto da representação linguística, pode dar margem à interpretação errônea quanto à posição teórica da problematização referente aos contextos socioculturais analisados, razão pela qual a advertência de **Gomes e Molina**,⁽¹⁾ logo de início, faz-se pertinente e necessária. Aduzem estes autores que o “conceito de subcultura”, nesse contexto, “está longe de ser pacífico. Alguns autores o utilizam como sinônimo de ‘subsociedade’; outros para designar a mera ‘diferenciação de papéis’ ou, inclusive, para expressar a bem distinta aceção de ‘contracultura’”.⁽²⁾ Por conseguinte, o que se quer representar com a designação de *subcultura* é simplesmente o recorte social composto por determinado grupo de indivíduos que se regem por uma normatização psicossocial própria, legitimadora de suas condutas e, no caso das *subculturas delinquentiais* – expressão que preferimos utilizar em vez de *subculturas delinquentes* –, caracterizadas pela marcante atitude desviante dos padrões de legalidade oficiais.

o que se quer representar com a designação de *subcultura* é simplesmente o recorte social composto por determinado grupo de indivíduos que se regem por uma normatização psicossocial própria, legitimadora de suas condutas e, no caso das *subculturas delinquentiais*, caracterizadas pela marcante atitude desviante dos padrões de legalidade oficiais

O presente estudo, de qualquer forma, parte da terminologia introduzida por **Cohen**⁽³⁾ (*subcultura delincente*), quando do estudo da violência juvenil nos Estados Unidos da América, nas décadas de 1950 e 1960. A expressão *subcultura delincente*, no que tange à teorização que lhe é característica e apesar de gestada na ambientação específica da delinquência juvenil estadunidense no período citado, acabou por generalizar-se, de modo que suas matrizes criminológicas transbordaram seu campo de pesquisa inicial, possibilitando sua aplicação em outros contextos históricos e sociais.

No contexto da pesquisa de subculturas, e no âmbito do mestrado interdisciplinar “Sociedade, Cultura e Fronteiras” do Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, sob a orientação do professor doutor José Carlos dos Santos, pretendemos nos concentrar, em específico e dentro de matrizes criminológicas, nos processos de construção de uma *ambientação laboral e psicossocial desviante* característica da tríple fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina, na cidade de Foz do Iguaçu, local em que as atividades de contrabando exercem importante influência na configuração das relações sociais.

Embora não seja objeto primordial deste texto a exploração da questão subcultural na tríple fronteira, nos moldes supradescritos, o arcabouço teórico que orbita a pesquisa atinente à ambientação subcultural em Foz do Iguaçu nos suscitou o questionamento preliminar sobre o papel da criminologia neste estudo. Por outro lado, as referências doutrinárias acerca da interdisciplinaridade da ciência criminológica, neste contexto de análise de subculturas, têm-nos provocado reflexões sobre a exata medida da interação das diferentes disciplinas que compõem esse ramo do conhecimento científico, e, também acerca de uma visão muitas vezes míope da questão humanística. Esses questionamentos, que embora não temos conseguido detectar com clareza na doutrina criminológica atual, consistem basicamente na análise do grau de convergência dos diversos ramos do conhecimento sobre o fato criminoso, para a formação de uma (*super*)disciplina que detenha não apenas um objeto e um método próprio de pesquisa e abordagem teórica, mas, isto sim, que faça surgir uma

efetiva consciência humanística (do pesquisador) acerca da verdadeira *transdisciplinaridade*, que vai algo além do caráter interdisciplinar e que se manifesta como expressão da fusão ou unificação de várias disciplinas, para um entendimento mais complexo e humanizado do fenômeno criminal, e, no presente caso, subcultural.

Elegemos a criminologia como base matricial deste estudo devido à sua eminente característica *transdisciplinar*, mais até do que *interdisciplinar*, e consideramos essa questão, em particular, de crucial importância para a pesquisa ora desenvolvida, na medida em que, ao final, poderemos questionar se de fato há relevância nesse “passo seguinte” à *interdisciplinaridade*, consistente no *holismo transdisciplinar*. Mais do que uma articulação íntima entre diferentes ciências para a busca da compreensão dos fenômenos criminais e criminógenos, como fatos sociais simultaneamente *desviantes* e geradores de ilicitude, buscamos articular a obtenção da consciência efetiva de que o estudo criminológico ultrapassa a simples articulação interdisciplinar, emergindo não apenas como ciência autônoma – que já é –, mas sobretudo como conhecimento novo, integrador e revolucionário. Enfim, uma ciência humanizada.

Utilizaremos, no presente artigo, da conceituação e das discussões introduzidas por **Pombo**,⁽⁴⁾ quanto às expressões *pluridisciplinaridade*, *interdisciplinaridade* e *transdisciplinaridade*, sem olvidar a questão da *multidisciplinaridade*, que parece traduzir-se num estágio prévio aos demais conceitos. Trabalharemos, outrossim, com os estudos de **Nicolescu**⁽⁵⁾ sobre *transdisciplinaridade* e *transhumanismo*, principalmente no que tange à construção de nossa pretensão final de análise das *subculturas delinqüenciais*.

Passemos, pois, à temática pretendida.

2. Criminologia como ciência transdisciplinar

Num plano preliminar, podemos afirmar que a *multidisciplinaridade* representa a situação de paralelismo de diferentes disciplinas sem quaisquer relações entre elas, bem retratada, em certa medida, pela grade curricular das escolas e faculdades. Tratar-se-ia de uma simples justaposição de diferentes ramos do conhecimento, que difere da *pluridisciplinaridade* – embora **Pombo** as tenha como sinônimos –, na medida em que esta última pode representar a mesma justaposição de disciplinas, mas com alguma inter-relação recíproca, e desde que elas mantenham entre si vínculos de proximidade ou afinidade, como forma de *cooperação*. É o que ocorreria, por exemplo, na análise pelo juiz de determinado fato criminal valendo-se da mútua complementaridade entre o Direito Penal e a Psiquiatria Forense, para o fim de fundamentar a decisão judicial acerca da imputabilidade penal de um indivíduo acusado da prática de um ilícito, por meio da apreciação de um parecer médico-legal.

Segundo **Pombo**, no entanto, existe algo que ultrapassa a mera *coordenação disciplinar*, coordenação esta que para a citada autora representa apenas um paralelismo entre diferentes disciplinas. O que considera como *pluri* ou *multidisciplinar* representaria um “*mero paralelismo de pontos de vista*”, a dita *coordenação*, que, quando vem a transbordar para “*uma combinação, uma convergência ou uma complementaridade, nos coloca no terreno intermédio da interdisciplinaridade*”.⁽⁶⁾ Um pouco além, ao nos aproximarmos “*de um ponto de fusão, de unificação, quando fizesse desaparecer a convergência, nos permitira passar a uma perspectiva holista*”, falaríamos, então – e finalmente –, de *transdisciplinaridade*.

O ponto de vista que procuramos defender, aqui, é exatamente o fato – não meramente conceitual – de que a *criminologia*, como ciência já consagrada, exsurge hodiernamente como conhecimento *transdisciplinar*, e não meramente *interdisciplinar*. Não se trata, portanto, de um conhecimento somente perspectivista ou de *convergência* interdisciplinar. Não é algo resultante, apenas, de uma combinação de diversos conhecimentos disciplinares. É, isto sim, um conhecimento unificado, e como tal *transdisciplinar*.

Mas, neste ponto, pode questionar o leitor: qual a importância prática dessa diferença? Mesmo que ela exista, a *transdisciplinaridade* implicaria algo de novo para o conhecimento criminológico? E mais:

para o estudo ou o conhecimento de subculturas (*delinqüenciais*) é decisiva ou fundamental essa diferenciação?

Creemos que as respostas são positivas para todas as três indagações.

A propósito da natureza da ciência criminológica, **Reale Júnior** afirma que:

“A Criminologia não é apenas uma ciência causal explicativa, nem apenas uma ciência normativa, pois vale-se tanto do método empírico analítico como do método compreensivo hermenêutico próprio das ciências humanas, devendo ter-se uma visão de conjunto de todas as perspectivas, integrando-as para buscar esclarecer um fato que na realidade é multifacetado e que, portanto, não pode ser explicado senão por uma compreensão coordenada dos estudos de cada uma de suas vertentes”.⁽⁷⁾

A perspectiva integrativa consubstanciada numa “visão de conjunto” e na “compreensão coordenada” sobre um fato que esse autor – eminente jurista e ex-Ministro da Justiça – considera como “multifacetado”, a nosso ver revela, em suas entrelinhas, um entendimento da Criminologia como ciência *transdisciplinar*, mais do que meramente *interdisciplinar*.

Nesse mesmo sentido, mas trabalhando conceitualmente ainda na seara da *interdisciplinaridade*, **Gomes** e **Molina** tratam a Criminologia como “*ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo*”,⁽⁸⁾ afirmando – e isso é extremamente emblemático – que “o princípio *interdisciplinar* acha-se significativamente associado ao processo histórico de consolidação da Criminologia como ciência autônoma” (destaque do original).⁽⁹⁾ De fato, o processo de associação e, até, de junção de conhecimentos num panorama interdisciplinar ao longo da história propiciou à Criminologia emergir como ciência autônoma, com método e objeto próprios. No entanto, cremos que hoje essa ciência não pode mais ser vista apenas como interdisciplinar, sob pena de se perder muito de seu conteúdo integrador.

Nicolescu afirma que a “*transdisciplinaridade*, como o prefixo ‘trans’ indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, *através* das diferentes disciplinas e *além* de qualquer disciplina. Seu objeto é a *compreensão do mundo presente*, para o qual um dos imperativos é a *unidade do conhecimento*” (destaques do original).⁽¹⁰⁾ Esse autor trabalha com a ideia de um *transhumanismo*, como “*nova forma de humanismo que oferece a cada ser humano a capacidade máxima de desenvolvimento cultural e espiritual*”.⁽¹¹⁾ Para **Nicolescu**, “a ênfase será colocada não na organização ideal da humanidade (mediante receitas ideológicas que sempre desembocam no contrário daquilo que preconizam), mas numa *estrutura flexível e orientada do acolhimento da complexidade*” (destaques do original).⁽¹²⁾ Busca-se, portanto, “*aquilo que se encontra no centro de nosso questionamento*”, que nada mais é do que “a *dignidade do ser humano, em sua infinita nobreza*” (destaque do original).⁽¹³⁾

E aqui chegamos ao ponto fulcral de nossos questionamentos. A importância da perspectiva pós-moderna de uma ciência criminológica *transdisciplinar*, do ponto de vista eminentemente prático – e insistimos nesse ponto para não nos metermos numa discussão

o processo de associação e de junção de conhecimentos num panorama interdisciplinar ao longo da história propiciou à Criminologia emergir como ciência autônoma, com método e objeto próprios. No entanto, cremos que hoje essa ciência não pode mais ser vista apenas como interdisciplinar, sob pena de se perder muito de seu conteúdo integrador

meramente transcendental –, revela-se no conceito de *transhumanismo* introduzido por **Nicolescu**. A ideia central de *dignidade humana*, na sua expressão máxima e algo próxima ao jusnaturalismo, não somente tange a conceituação de *transdisciplinaridade*, mas, a nosso ver, a integra.

E por tais razões, a *fusão holista* ou a *unificação* pregadas por **Pombo** como integrantes da conceituação de uma *ciência transdisciplinar*, parece-nos já inseparáveis da noção de *transdisciplinaridade* aplicada à Criminologia. A *integração unificadora* (holismo) de conhecimentos jurídicos, sociológicos ou oriundos das outras ciências humanas e sociais, das diferentes especialidades médicas (em particular a medicina-legal, no que tange à psiquiatria e à psicologia forenses), e até da filosofia e da história, entre as inúmeras áreas do conhecimento, aliada à *configuração transhumanista* conferem à criminologia o *status* universalista que ora lhe atribuímos.

No estudo das subculturas, por outro lado, acreditamos ser imprescindível essa perspectiva, uma vez que a *dignidade* dos atores sociais inseridos nessas realidades não pode ser relativizada. Muito pelo contrário, na busca da *dignidade* reside a própria função social do pesquisador, quando indaga a si mesmo o que de bom resultará do seu trabalho. Os indivíduos delinquentes, sejam eles contrabandistas, traficantes, assassinos, ou tudo mais que a sociedade possa vir a produzir, etiquetar e relegar à marginalidade, nessa perspectiva de uma *criminologia transdisciplinar*, deixam de uma vez por todas sua posição de simples *objetos* dos estudos levados a cabo por cientistas sociais e passam, inexoravelmente, para a posição de *sujeitos* – ou agentes sociais –, os quais, mais do que observados e analisados sob o crivo de diferentes ciências (numa visão meramente interdisciplinar), devem ser enxergados em sua verdadeira e surpreendente *humanidade*.

3. Reflexão final: a humanização do outro

As *subculturas delinquentiais*, portanto, jamais podem ser traduzidas como culturas inferiorizadas, marginalizadas. São recortes sociais que nos permitem decompor os quadros *desviantes* dos padrões oficiais de legalidade, mas, acima de tudo, revelam *ambientações laborais e psicossociais* que aí estão – por mais que as recusemos como sistematizadas e sistematizadoras –, em seus conflitos e inter-relações particulares.

O entendimento científico *transdisciplinar* (e, portanto, *transhumanístico*) sobre as subculturas pode nos revelar muito mais do que simples ajuntamentos societários periféricos e estigmatizados, num difícil e muitas vezes assustador processo de reconhecimento do humano no outro.

Nessa perspectiva, parece-nos que a tendência de *humanização* no trato científico do fenômeno criminal – em seus diversos aspectos –, e, principalmente, do *sujeito* delincente, exsurge como um movimento evolutivo natural da ciência criminológica, um novo momento, o “passo seguinte” em direção ao reconhecimento da *dignidade humana* na sua magnitude e universalismo.

Segundo **Nicolescu**, “a visão transdisciplinar, que é ao mesmo tempo uma visão transcultural, transreligiosa, transnacional, transhistórica e transpolítica, conduz, no plano social, a uma mudança radical de perspectiva e de atitude”.⁽¹⁴⁾ Uma mudança para nos percebermos todos humanos.

Notas:

- (1) GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 7. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- (2) *Op. cit.*, p. 295.
- (3) COHEN, Albert Kircidel. *Delinquent boys: the culture of the gang*. Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1955, p. 11. Disponível em: <<http://movimentosjuvenisbrasil.blogspot.com.br/2009/08/livro-delinquent-boys-culture-of-gang.html>>. Acesso em: 17 maio 2014.
- (4) POMBO, Olga. Epistemologia da interdisciplinaridade. *Ideação*: UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná: Revista do Centro de Educação e Letras : Campus Foz do Iguaçu, Cascavel, v.10, n.1, 2008, p.9-40.
- (5) NICOLESCU, Basarab. *O manifesto da transdisciplinaridade*. São Paulo: TRIOM, 1999.
- (6) *Op. cit.*, p. 13.
- (7) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.70.
- (8) *Op. cit.*, p. 36.
- (9) *Op. cit.*, p. 38.
- (10) *Op. cit.*, p. 52.
- (11) *Idem*, p. 155-156.
- (12) *Idem*, p. 156.
- (13) *Idem*, *ibidem*.
- (14) *Op. cit.*, p. 155.

Marcos Araguari de Abreu

Mestrando em “Sociedade, Cultura e Fronteiras” pela
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE).

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Delegado de Polícia no Estado do Paraná.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarelli

COORDENADORES ADJUNTOS: Cecília de Souza Santos,
José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vileas, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles,

Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Sugumori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana

Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

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

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tranco-chave)
www.ibccrim.org.br

Prostituta, puta, profissional do sexo ou mulher prostituída... políticas públicas para quem?

Heloísa Barbosa Pinheiro Rodrigues

Recentemente a mídia brasileira tem publicado notícias com relação à prostituição no contexto em que grandes eventos esportivos batem às portas do país. Divulgou-se que as prostitutas mulheres estão aprendendo poucas palavras em inglês para facilitar a comunicação com os turistas, possíveis clientes. Por outro lado, também são abundantes os textos jornalísticos abordando a questão da exploração e tráfico de pessoas, incluindo crianças e adolescentes, principalmente das camadas pobres da sociedade, para atender à demanda que possivelmente se formará com relação a serviços sexuais por parte dos turistas e a que já pode ser visualizada atualmente durante os novos empreendimentos de infraestrutura pelos trabalhadores das construções dos estádios. Posicionando-se neste debate, o projeto de lei do deputado federal Jean Wyllys de meados de 2012, com o apoio de organizações brasileiras de prostitutas, busca descriminalizar a conduta do organizador da atividade de prostituição, que passaria a ser um “empresário do sexo”, além de possibilitar a organização de profissionais do sexo em cooperativas. Muitas feministas e também a opinião pública têm debatido este tema fervorosamente e há defesas para ambos os lados, a favor da legalização da prostituição ou de sua abolição. Os argumentos são muitos, mas algo é comum nessas duas correntes: a grande preocupação relativa ao bem-estar e à dignidade das mulheres envolvidas com a atividade de prostituição e ao fim dos estigmas sociais a que estão submetidas. E neste ponto gostaria de concentrar as atenções deste artigo, qual seja, a necessidade de formulação de políticas públicas para este grupo de mulheres, diante de uma realidade que sabemos, até mesmo pelo senso comum, estar repleta de violência e violação de direitos fundamentais e sociais.

Quando refletimos sobre determinados temas, muitas paixões afloram e é bom que assim seja para que possamos ter o ânimo e a disposição para pesquisar a fundo os nossos assuntos de interesse. Porém, quando pensamos em políticas públicas, devemos entender que elas podem conter as nossas paixões e convicções, mas devem, com certeza, ir além de tais ideias pessoais, considerando que a realidade social, econômica e cultural muitas vezes difere da nossa percepção individual de mundo e de nossas experiências. A política pública deve ser responsável ao trabalhar e lidar com uma realidade que se mostra complexa. Com relação a isso, no tocante às políticas públicas redistributivas, por exemplo, [Astelarra](#)⁽¹⁾ nos orienta que, no processo de elaboração das políticas públicas e de seus objetivos, devemos ter clara a forma como se manifesta determinada desigualdade, suas características, a maneira como afeta diferentes grupos sociais e que ações específicas devem ser desenvolvidas para corrigir o problema.

Além disso, para que serve uma política pública sem efetividade? Assim, além do mapeamento da realidade que será o contexto para que se estabeleçam os objetivos de determinada política, outras questões devem ser consideradas e analisadas, por exemplo, os aspectos eleitorais que envolvem certos temas (seleção de prioridades para as agendas governamentais), o desenho da política pública (elaboração de um programa com objetivos claros e meios aptos a alcançá-los), a governabilidade para a implantação dos trabalhos (ação coordenada entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas federais, estaduais e municipais, além da interação com a sociedade civil), a exequibilidade financeira do projeto, com consideração do orçamento público, entre outras questões.⁽²⁾ Após a implantação da referida política, por fim, ela deve ser submetida a mecanismos de avaliação de resultados e controle de meios, com o escopo de se detectar possíveis violações de direitos na sua própria formulação e efetivação.

Feministas abolicionistas e pró-direitos com relação à prostituição imaginam políticas públicas distintas. A disposição livre do próprio corpo e venda de serviços sexuais, para as primeiras, compreende uma lógica patriarcal ou machista nas relações de gênero, havendo a anulação da dignidade da mulher, pois transformada em coisa submetida à “dominação masculina”⁽³⁾ e, para as segundas, pode se tratar apenas de uma expressão de liberdade e autodeterminação no exercício da sexualidade, merecendo a atividade, assim, uma garantia de direitos sociais e laborais.⁽⁴⁾ Considerando, então, o debate entre a legitimidade ou ilegitimidade da principal atividade na prostituição, a venda de serviços sexuais, fica claro entender que o objetivo da política pública para ambas as correntes pode até ser o mesmo, retirando as prostitutas mulheres de uma situação de lesão grave de direitos, mas o caminho será bem diferente. E para escolher qual ideal permeará as políticas públicas não basta uma paixão com uma análise parcial do problema, mas uma profunda investigação do contexto no qual estamos inseridos. [Astelarra](#)⁽⁵⁾ nos adverte a respeito da necessidade de realização de um “diagnóstico da desigualdade” que levaria em consideração tanto a descrição do problema como uma possível investigação de suas causas. Um estudo que tome parcialmente determinada questão, principalmente em relações sociais complexas como as de gênero, não pode ser base única para a construção da política pública.

Desconsiderar em um país como o Brasil, que possui graves problemas socioeconômicos já amplamente conhecidos, quem são estas mulheres atraídas para a atividade de prostituição, de onde vêm, que opções lhes foram apresentadas simultaneamente à prostituição e qual a liberdade que tiveram de escolher diferentemente daquela, que situações experimentaram durante a vida e qual a concepção que possuem de poder, de si próprias e dos homens, pode representar um desserviço na conquista de direitos humanos e sociais a boa parte das prostitutas mulheres brasileiras e um aprofundamento das desigualdades de gênero. Nesta seara, é fundamental a interdisciplinaridade na construção de uma política pública, absorvendo o que diversas áreas do conhecimento como a sociologia, economia, ciência política, antropologia e ciências sociais aplicadas [acrescentaríamos também a psicologia e a saúde coletiva] podem oferecer com respeito a reflexões, pesquisas e dados empíricos relativos ao tema tutelado pela política pública.⁽⁶⁾ E o Direito, como o responsável por oferecer a “malha institucional”, ou seja, o suporte legal para que a política pública possa ser desenvolvida,⁽⁷⁾ deve estar atento a essas contribuições fundamentais.

Para ilustrar o que estamos discutindo a respeito da necessidade de um “diagnóstico” da realidade, podemos observar, por exemplo, os dados oferecidos pela Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (PESTRAF) divulgado pelo Ministério da Justiça, em 2002. Não obstante o relatório já contar com mais de uma década, ele revela que as regiões norte e nordeste do Brasil contavam, à época, com o maior número de rotas de tráfico (nacional e internacional) de mulheres e adolescentes no Brasil, respectivamente, 76 e 69. Considerando que o relatório nos informa também a porcentagem de pessoas pobres naquelas regiões (na época, 43,2% na região norte e 45,8% na região nordeste), ele acaba por sugerir uma relação entre pobreza, desigualdades regionais e existência dessas rotas de tráfico de pessoas com o fim de exploração sexual, tendo em vista que na região sul, por sua vez, a porcentagem de pessoas pobres era de 20,1%, com identificação de 28 rotas de tráfico,

número significativamente menor que nas outras regiões.⁽⁸⁾ Assim, diante de dados como estes, uma vez comprovada a sua validade por meio da avaliação da metodologia adotada em seus trabalhos, podemos cruzar tais informações com outras, provenientes de diferentes ciências, e também com as teorizações a respeito do tema para, enfim, propor a intervenção necessária, por meio de uma política pública.

Importante destacar ainda que também é perigoso e pode se tornar igualmente um desserviço entender ou supor todo o grupo de prostitutas mulheres da mesma maneira e vitimá-las, considerando-as como sujeitos incapazes de decidir sobre a sua própria vida e não tratando com igualdade e respeito aquelas que desejam continuar na atividade de prostituição. A formação adequada de profissionais da saúde, agentes de segurança pública e demais funcionários estatais é fundamental para que parte dos estigmas que recaem sobre essas mulheres sejam superados, além de que lhes sejam dadas oportunidades de exercício de sua cidadania. Não se pode mais aceitar que uma prostituta mulher tenha que inventar histórias em um hospital para omitir onde e em que contexto sofreu uma agressão, física ou psicológica (deixando de contar que estava exercendo prostituição com medo de não ser atendida devidamente por médicos e enfermeiros) ou que, diante de uma situação de estupro, na qual o cliente a forçou a execução de serviços não pactuados anteriormente, mediante violência física e grave ameaça, ela seja obrigada a fazer um boletim de ocorrência dizendo-se vítima de lesão corporal, porque o delegado entende que uma prostituta não pode ser estuprada.⁽⁹⁾

A possibilidade moral da atividade de prostituição é um tema bastante polêmico, não possuindo consenso na população em geral, entre acadêmicos ou políticos. Não obstante, ações e medidas devem ser urgentemente tomadas para recuperar a estas pessoas, principalmente as que trabalham nas ruas, parte de seus direitos fundamentais e sociais esquecidos entre praças e avenidas. E, mais uma vez, o contexto brasileiro deve ser cuidadosamente analisado, pois se políticas públicas se pretendem mais gerais, abarcando um maior número de pessoas, deve

sim ter em conta quem são efetivamente essas pessoas. E o abandono político, social e até mesmo legal não é uma solução para a garantia de seus direitos humanos.

Notas:

- (1) ASTELARRA, J. *Veinte años de políticas de igualdad. Feminismos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2005, p. 24.
- (2) Para um conceito de política pública, ver: BUCCI, M. P. D. *Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.
- (3) As norte-americanas Andrea Dworkin e Catharine MacKinnon estão entre as maiores representantes do feminismo radical, denunciando a ideia de que a sexualidade da mulher está intrinsecamente ligada a sua essência e que, portanto, o ser feminino somente serviria a este fim, qual seja, o sexo. Consequentemente, segundo as autoras, a mulher torna-se um objeto para uso sexual dentro da lógica de uma sociedade patriarcal machista.
- (4) HEIM, D. Prostitución y derechos humanos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 2011, p. 234-251.
- (5) Cf. ASTERRALA J. *Op. cit.*, p. 27.
- (6) SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCH, M.; MARQUES, E. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: FioCruz, 2007, p. 65-84.
- (7) Cf. BUCCI, M. P. D. *Op. cit.*, p. 39.
- (8) LEAL, M. L. P.; LEAL, M. D. F. P. (org.) *Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional - Brasil*. Brasília: Cecria, 2002, p. 280.
- (9) Situações reais relatadas a esta pesquisadora de maneira informal, em 2011, por uma funcionária do município de Ribeirão Preto (SP) que trabalha com o empoderamento de prostitutas mulheres na cidade, além de constarem também em diversas publicações da área de enfermagem.

Heloísa Barbosa Pinheiro Rodrigues

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da USP.

Graduada em Direito pela Faculdade de

Direito de Ribeirão Preto da USP.

E o exílio?⁽¹⁾

Flávia Schilling

Exilados, refugiados, migrantes, desterrados, desenraizados, deslocados. Termos da nossa história, termos da experiência da modernidade. “*Indivíduos frágeis, destinados a conduzir suas vidas numa ‘realidade porosa’, sentem-se como patinando sobre gelo fino*”.⁽²⁾ É, de alguma forma, uma experiência bastante comum, conhecida por todos nós. Não passa indiferente: provoca reações e respostas. Na primeira edição do Fórum Social Mundial, uma expositora boliviana reivindica o direito ao enraizamento como um direito humano. É o direito de não ser obrigado a migrar, de não ser expulso ou deslocado de sua terra.

São exílios marcados pela força, exílios voluntários – existirão? Exílios provocados por mudanças – que nos fazem sair, estar fora, expulsos, daquilo que nos era familiar. Que pode significar estar “fora” do lugar conhecido, do país, ou, estando “dentro”, não mais reconhecer aquele país, aquele lugar: o “inílio”, termo inventado no Uruguai para narrar a experiência vivida por aqueles que lá ficaram, na ditadura, e viviam se sentindo exilados em seu próprio país.

Ao mesmo tempo, este estranhamento, este olhar partido, este deslocamento, pode ser visto em sua positividade e como um elemento fundamental para o conhecimento. É nesta linha que trabalha **Bauman**, comentando **Derrida**: somos por ele convidados a “pensar em viagem”, ou seja, pensar a atividade única do partir, ir embora do “chez soi”, para o desconhecido, para viver todos os riscos, prazeres e perigos. Construir um lar na encruzilhada parece ser uma forma muito contemporânea

de descrever nossa situação humana. **Bauman** toma esta metáfora e nos diz que “*em vez de ser sem pátria, o segredo é estar à vontade em muitas pátrias, estar em cada uma ao mesmo tempo dentro e fora, combinar a intimidade com a visão crítica de um estranho, envolvimento com distanciamento*”.⁽³⁾ Ser exilado no lugar (não do lugar) resultaria em liberdade. Pois criar e descobrir significa quebrar uma regra. E o exilado rompe regras, não por escolha, mas por desconhecer os códigos profundos daquela cultura. Ao mesmo tempo, na volta, trarão para o país de origem este estranhamento. **Bauman** diz ainda, citando **Christine Brooke-Rose** (EXSUL), que a marca distintiva de todo exílio é a recusa a ser integrado, a determinação de situar-se fora do espaço, construir um lugar próprio, uma resolução a manter-se “não-socializado”.⁽⁴⁾

Daí, por exemplo, ser possível discutir o exílio não necessariamente ligado a uma experiência física – de deslocamento de um lugar – mas como uma experiência mais geral, como “inílio”, como um deslocamento, como a perda da familiaridade.

Só consegui elaborar estes conflitos – que combinam perda e aumento da liberdade e da criação – muitos anos após o fim dos exílios em seu sentido estrito, o exílio político. Sempre considerei o exílio como uma experiência do meu pai – ele era o sujeito do exílio, o exilado. Nós, como família, apenas compartilhávamos desta condição. Mas não era assim. Todas fomos exiladas. Tentando pensar nesta experiência, à luz das colocações anteriores, o exílio:

– É violência, é desenraizamento, é ser arrancado.

– É estranhamento: é viver a condição de estrangeiro.

– É viver olhando para fora; é a vivência de um tempo que se espera que seja breve; é a vivência constrangida de um tempo que passará, como uma febre. É um tempo de dor, pois não há mais lugar para aqueles que lutaram naquele país, por aquele país. É um tempo de raiva. É um tempo de fechamento.

– É um tempo de manter a língua natal, manter os costumes. As reuniões e os amores ocorrem naquele círculo. Ao mesmo tempo, quando o exílio se prolonga – e como foi longo o tempo deste exílio do Brasil – impossível não viver aqueles outros países. Mesmo sob o signo do provisório. O exilado – se pudesse defini-lo – é aquele que não desmanchou as malas. Ou aquele que está com as malas sempre prontas para a volta. A volta, quando é possível, é acompanhada por uma pergunta: voltamos? Ou ficamos? Muitos ficam. Passam da condição de exilados para a de cidadãos dos novos países. Podemos continuar e problematizar: volta-se? Volta-se para um lugar físico, geográfico. Nada mais é igual, claro.

– É uma experiência, como narra **Bauman**, imprescindível: compõe um lugar que permite ver como nunca se poderia ver se tivéssemos ficado dentro. É o olhar que permite conhecer como vivemos. A volta? O olhar estrangeiro não se perde mais. O estranhamento permanece, agora, em relação àquilo que se sentia como tão familiar e próximo. A mim, este estranhamento, este olhar de estrangeira em meu país – e em

qualquer país – me leva a interrogar e tentar compreender o tempo todo. Não há mais familiaridade possível. Romperemos as regras do país natal, quando voltamos. Não conhecemos mais os códigos.

A resoluta determinação de permanecer “não-socializado”; o consentimento a integrar-se apenas sob a condição de não-integração; a resistência – muitas vezes penosa e agonizante, mas em última análise vitoriosa – à grande pressão do lugar, tanto o antigo quanto o novo; a áspera defesa do direito de julgar e escolher; a adesão à ambivalência ou a invocação dela – essas são, podemos dizer, as características constitutivas do exilado.⁽⁵⁾

Notas:

- (1) Texto dedicado ao meu pai, Paulo Schilling, exilado no Uruguai e na Argentina, de 1964 a 1980. Esse texto compõe uma parte do memorial da livre-docência, defendida na Faculdade de Educação da USP em 2012.
- (2) BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 239.
- (3) *Idem, ibidem*, p. 236.
- (4) *Idem*, p. 238.
- (5) *Idem*.

Flávia Schilling

Professora da Faculdade de Educação da USP.

PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto

Eduardo Saad-Diniz

É bem possível que seja publicado novo Parecer ao Anteprojeto enquanto se publicam estas reflexões sobre o recente movimento codificador no Brasil. Assim mesmo, poucas alterações significativas devem ser assimiladas. Não é por acaso que o Projeto de Código Penal – como se fosse um Código!⁽¹⁾ – mereceu críticas tão contundentes. Fica muito difícil conhecer quais são efetivamente suas *preferências políticas*, os interesses que movem a codificação são bastante obscuros. Ao que parece, o movimento codificador não representa alterações significativas no cenário político nacional, deixando de promover a necessária revisão das estruturas normativas da sociedade brasileira para afrontar as misérias do sistema penal. Do contrário, esforça-se por certa aparência de modernidade, de atualização legislativa, de “limpeza da legislação extravagante”, movido por uma mentalidade compiladora e meramente reclassificatória dos desajustes do Código Penal de 1940.

As estratégias com que esta proposta busca se legitimar são difusas e dificultam o trabalho da crítica. Há uma série de artifícios engenhosamente distribuídos aqui e ali para forjar um Código Penal legítimo. Primeiro porque se apresenta como alternativa ao drama do encarceramento em massa, especialmente com preocupações descriminalizantes em relação ao furto e ao roubo. Atribui a si próprio uma perspectiva inovadora e alinhada a padrões normativos internacionais, acrescentando figuras típicas como o *bullying*, o *stalking* ou mesmo a fraude informática, embora apenas reponha novas formas de cometer antigas infrações. Depois porque este movimento codificador se veste de roupagem teórica supostamente “sofisticada” ou alinhada às “modernas tendências da

dogmática penal”. A mais emblemática alteração sugerida neste sentido foi a de “libertar o Direito Penal do nexos causal”, mesmo que anexando, em sequência, requisitos de “criação ou aumento de risco juridicamente relevante”.⁽²⁾

É bem possível que o movimento codificador tenha pretendido autoproclamar-se “pós-finalista”, seja lá o que se entenda por tal orientação “filosófica”. Semelhante iniciativa até faz recordar o movimento codificador que resultou no Código Penal paraguaio, que, de forma suficientemente coerente, importou a doutrina *welzeniana* da ação final para determinar a produção de suas leis penais. O desconcerto na importação doutrinária é incontestável e suas chances de fracasso ainda mais evidentes: de que nos valeria, a nós brasileiros, ostentarmos um modelo de Código Penal pensado aos moldes estrangeiros? Nem mesmo do recente movimento codificador argentino, louvável pelos esforços de articulação das leis penais em torno de uma inspiração humanista, é possível esperar muito: como se instrumentos dogmáticos ou aspirações filosóficas, por mais ou menos dignas que sejam, pudessem resolver problemas sociais.

Justamente onde necessitamos *mais criminologia*, o movimento codificador propõe saídas dogmáticas. Antes de nos lançarmos a um movimento codificador, mais importante seria identificarmos qual a maior ou menor satisfação das necessidades sociais que um novo Código Penal traria à população brasileira. Se fosse fundado em novas bases criminológicas, não haveria dúvida de que teríamos mais evidências para adotar ou criticar novos padrões legislativos.

Quer dizer, um movimento codificador deve antes de tudo refletir o nosso modelo de sociedade. Mas onde o raciocínio deveria ser cada vez mais concreto, o Brasil introduz um debate limitado ao plano discursivo, quer em debates parlamentares ou em resistência acadêmica, dos que estão “contra” versus os que estão a “favor” da alteração do Código. Sem clareza e transparência quanto às evidências em que se baseia o movimento codificador, seu caráter democrático é no mínimo duvidoso.

Talvez um novo Código Penal pudesse ser repensado a partir de noções menos afeitas à estabilidade/instabilidade do Anteprojeto e um tanto mais articuladas às reais necessidades da sociedade brasileira. É necessária uma drástica redução das normas secundárias, por exemplo.

A intimidação penal está posta na fácil aceitação do Código brasileiro às normas que preveem as sanções. **Hans Kelsen**, ainda no início do século XX, criticava com muita propriedade esta divisão proposta por **Karl Binding** na teoria das normas. É verdade que são didáticas em seu manejo técnico, servindo quase de régua às decisões penais. O esquema de aplicação das leis penais fica assim bastante simplificado: verificar a norma primária com sua descrição do comportamento proibido para em seguida recorrer à norma secundária e identificar ali os limites abstratos previstos para a aplicação das sanções.

Tudo isso sem imaginar que é precisamente aí, nas normas de sanção, que se faz concreta a intimidação penal – e todas as consequências do encarceramento em massa. Se um dia tivéssemos um movimento codificador que de fato propusesse uma redefinição das normas penais para além da intimidação (violência penal), quem sabe não daríamos passo decisivo para a alteração radical no comportamento dos cidadãos brasileiros perante a noção de dever e da concreta determinação que as liberdades pessoais possam chegar a ter na sociedade brasileira.

Neste campo da determinação das liberdades pessoais a aparência de modernidade do Anteprojeto de Código Penal não oculta seu lado mais conservador. Dificilmente se pode esperar que um movimento codificador provoque a estabilidade de determinadas preferências, especialmente quando são confrontadas *preferências religiosas*. Nas questões bioéticas, a centralidade do conceito de vida evidencia a fragilidade da técnica legislativa quando se trata de equacionar descrição de comportamento típico e liberdades arriscadas (quando uma tomada livre de decisão impõe colisão entre liberdades individuais de um indivíduo perante outro ou perante a sociedade).

No tratamento que deu ao aborto, por exemplo, o Projeto consolidou no art. 128, III, a interpretação da ADPF-54 (atipicidade do aborto de feto anencefálico), adicionando “*incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina*”, contanto que “*atestado por dois médicos*” e seja consentido pela gestante. O movimento codificador não fez mais do que atualizar algo já presente em nosso ordenamento. Compilou e reclassificou apenas.

No entanto, na revisão do Senador Pedro Taques, a hipótese descriminalizadora do art. 128, IV (interrupção da gravidez até a 12.^a semana por vontade da gestante) deixou de ser considerada como grave questão de saúde pública e perdeu importância no movimento codificador. A fundamentação recorreu à ideia constitucional de proteção integral à vida, segundo a qual a Constituição Federal não admitiria hipóteses excepcionais. A revisão adotou uma visão concepcionista de forte conotação religiosa (ao evitar “*submeter a vida do nascituro*”⁽³⁾ à vontade da mãe, sem que houvesse *nenhuma consequência jurídica*”), em desprestígio à liberdade pessoal da mulher e a sua capacidade de livre determinação.

Semelhante proposta acaba por representar um retrocesso no tratamento penal de questões bioéticas,⁽⁴⁾ assumindo a ideia de preservação a qualquer custo da vida. Tudo indica que o movimento codificador evitou o necessário entre a *quality-of-life* e a *sanctity-of-life*. Na revisão do Senador Pedro Taques, por exemplo, faz-se referência à autoridade do pensamento de **Jesús-María Silva Sánchez**, precisamente onde suas teorias são mais criticáveis: segundo ele, o feto não desejado seria uma pessoa não desejada, a “*verdadeira não-pessoa do direito*

penal moderno”, os “*absolutamente excluídos*”, autênticos “*inimigos, inteiramente despersonalizados pelo ordenamento jurídico*”;⁽⁵⁾ levando adiante esta ideia de **Silva Sánchez**, a descriminalização do aborto representaria o reconhecimento do feto como inimigo.

Sem mencionar todos os efeitos deletérios da política proibicionista já bastante discutidos no Brasil, basta apenas afirmar que faltam evidências a respeito de um “*impacto social negativo do aborto*” que seja idônea o suficiente para justificar a necessidade de restringir a liberdade da mulher na interrupção da gravidez. A supressão de hipóteses permissivas da interrupção da gestação impede a verificação de direitos fundamentais no âmbito da esfera de liberdades pessoais da mulher, especialmente sua autodeterminação diante do direito fundamental de ser mãe e de poder oferecer condições de vida saudáveis ao recém-nascido.

Seguimos limitados a padrões tradicionais de pesquisa científica, que ou se perdem no reducionismo que polariza “*pós-finalistas*” e “*normativistas*”, em estéril representação do bem contra o mal, ou preferem discutir conceitos dogmáticos quando o problema é demonstrar as reais necessidades dos “*destinatários*” da codificação. No lugar de discussões sobre o bem jurídico *vida*, influenciável por determinantes da moral religiosa, a normativização da tutela do direito à vida (elevada à condição de liberdade de escolha sobre o exercício do direito) permitiria bem situar a liberdade pessoal da mulher gestante, ponderando sobre a autonomia sexual e reprodutiva da mulher.⁽⁶⁾

A questão das práticas abortivas é apenas um breve exemplo do descaso às liberdades pessoais e da insuficiência da racionalidade codificadora. Neste caso, o futuro Código Penal não apenas não inovaria como seria uma *regressão*: o debate, pobre em filosofia da pena, diz pouco sobre a filosofia política que deveria orientar a reforma do sistema penal brasileiro, e diz menos ainda sobre o que a filosofia do sujeito pode proporcionar às liberdades pessoais. As consequências negativas para a concretização das liberdades pessoais na sociedade brasileira reduzem a legitimidade do Código Penal que se quer fazer valer.

Notas:

- (1) GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Primeira questão: o PLS 236/12 contém um Código Penal? *Boletim IBCCRIM*, 259, jul.2014.
- (2) Cfr. a crítica de REALE JR., Miguel. Um centro filosófico do sistema penal. *Boletim IBCCRIM*, 262, set. 2014: “*A imputação objetiva constitui, portanto, um critério normativo que se soma ao nexo causal (...) antes para excluir a imputação do que para a constituir, como aliás destaca Juarez Tavares*”.
- (3) A argumentação em grande medida tem funções apelativas: “*Considerado tudo isso, a afronta do inciso IV do art. 128, IV do Projeto de Código em lume à proteção constitucional à vida humana é ainda mais grave. Isso porque o diploma prevê a permissão até o decurso da décima segunda semana da gravidez. Com doze semanas, o bebê já possui contornadas feições humanas. Já possui olhos, nariz, boca e orelhas bem desenvolvidas. Desde o segundo mês, já conta com coração que bombeia o sangue, fígado, rins e pulmões (estes últimos ainda inoperantes). Já possui também cérebro, e o sistema nervoso central já começou a se formar. É capaz de utilizar os seus sentidos, vê e ouve. As primeiras sensações estão presentes. Portanto, não há critério racional que permita que um feto de três meses tenha uma proteção jurídica tão baixa que seja possível matá-lo apenas pela vontade materna*”.
- (4) Para a crítica à bioética principialista, p. ex., QUANTE, Michael; VIETH, Andreas. Welche Prinzipien braucht die Medizinethik? Zum Ansatz von Beauchamp und Childress. In: DÜWELL, Marcus et al (org.). *Bioethik*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003, p. 136 e ss.
- (5) Cfr. crítica de POLAINO-ORTS, Miguel. *Lições de direito penal do inimigo* (breve publicação no Brasil).
- (6) Veja-se, por exemplo, a interessante argumentação de José Henrique Torres no Proc. TJSP 011.30027.3.

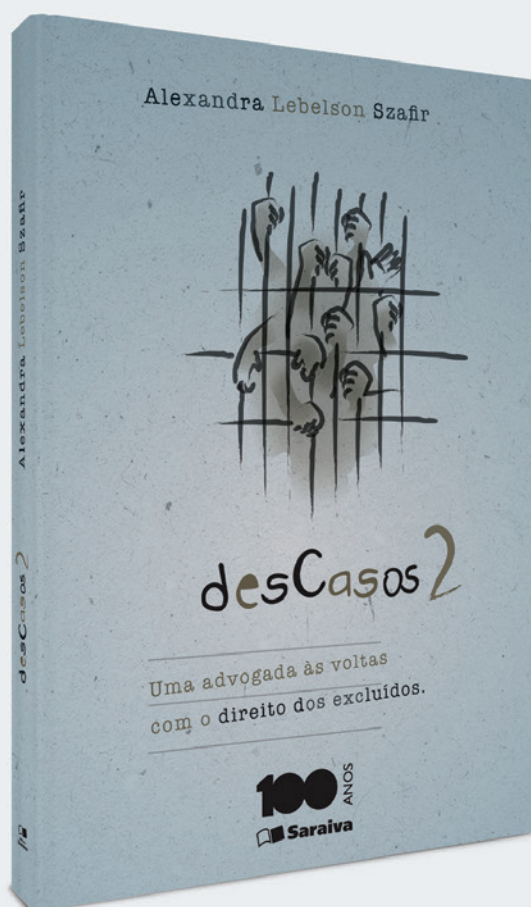
Eduardo Saad-Diniz
Professor Doutor da Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da USP.



desCasos 2

UMA ADVOGADA ÀS VOLTAS COM O DIREITO DOS EXCLUÍDOS

Alexandra Lebelson Szafir nos apresenta com mais uma coletânea, na qual reuniu novos casos verídicos de injustiça contra os desvalidos. Seu trabalho em favor dessa camada menos favorecida da sociedade transformou-se em textos de leitura agradável e impactante, reflexo de sua dedicação a tudo o que faz! Alexandra é advogada criminalista, sócia de um dos escritórios mais importantes do País.



“É difícil saber o que comove mais, se são as histórias de descasos do sistema criminal que Alexandra Szafir narra ou se é o esforço incomum que ela teve de fazer para contá-las. Sorte dos desvalidos que Alexandra se dignou a meter o nariz onde não fora chamada. E também de seus leitores, que puderam conhecer o tamanho da força de vontade desta militante que, para defender sua causa, fugiu ela mesma da prisão em que as armadilhas da vida lhe colocaram.”

Marcelo Semer, Juiz de Direito em São Paulo.

“Ela é tão grande, tão especial, tão extraordinária, que faz todos nós nos sentirmos pequenos, fracos, insignificantes. Mas, de outro lado, seu exemplo nos faz lutar incansavelmente contra a pequenez, contra a fraqueza, contra a insignificância, para buscarmos na sua figura esse extraordinário exemplo de vida.”

Nagashi Furukawa, Juiz aposentado e ex-secretário da Administração Penitenciária.



Conheça também o primeiro livro da autora: **desCasos**.



SARAIVA.
HÁ 100 ANOS PUBLICANDO
OS MELHORES LIVROS
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.

CIÊNCIAS CRIMINAIS
Saraiva



DESCASOS 2 –
UMA ADVOGADA
ÀS VOLTAS COM
O DIREITO DOS
EXCLUÍDOS

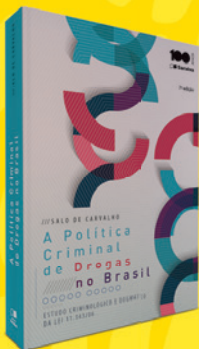
Alexandra
Lebelson Szafir
1ª edição



CULPABILIDADE
Davi de Paiva Costa Tangerino
2ª edição



MANUAL DE DIREITO PENAL –
PARTE GERAL
Gustavo Junqueira
e Patricia Vanzolini
2ª edição



A POLÍTICA CRIMINAL
DE DROGAS NO BRASIL –
ESTUDO CRIMINOLÓGICO
E DOGMÁTICO DA LEI
11.343/06

Salo de Carvalho
7ª edição



TEORIA DO DOMÍNIO
DO FATO
Pablo Rodrigo Alfien
1ª edição



PROCESSO PENAL
E CONSTITUIÇÃO –
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DO PROCESSO PENAL
Luis Gustavo Grandinetti
Castanho de Carvalho
6ª edição

COMPRE JÁ!
www.saraiva.com.br

Mantenha-se informado
sobre as novidades da Saraiva:



/editorasaraiva



@editorasaraiva

100 ANOS
 **Saraiva**