

## Editorial

# Novas demandas sociais, velhas (e demagógicas) soluções

O passado recente do Brasil conheceu legislações de toda ordem. Não raro, contudo, em termos penais, o vício da resposta fácil tem sido regra inexorável. Recordando uma figura de linguagem comum a penalistas, utiliza-se, aqui, do tacaque ameaçador do Direito Penal, como se fosse solução para todos os males. Hoje, tristemente, mais uma vez, repete-se tal cenário.

Quando da edição da Lei 8.072/1990, denunciou-se a aparente adesão do Brasil a uma política criminal de lei e ordem. O rigor da norma posta, bem como exemplos duvidosos de experiências estrangeiras, acabou por seduzir o legislador nacional naquele momento de sedimentação democrática. Não haveria de se duvidar, evidentemente, da necessidade de respostas mais severas a crimes de especial gravidade que estavam a agredir, de forma mais incisiva, a sociedade. Curiosamente, e em contrapartida, foi esse também o tempo da chegada ao País dos ensinamentos garantistas que, com as lições de **Ferrajoli**, sedimentaram dique necessário à onda criminalizante desprovida de racionalidade necessária.

Seguindo a lógica de um movimento pendular, não tardou para que pensadores contrários a uma visão liberal do Direito Penal acusassem o chamado garantismo de ser verdadeiramente viciado em suas origens. Seria ele, em sua essência, embrionariamente errático, já que criaria um desbalanço favorável unicamente aos réus. Traçando uma lógica próxima daqueles que acusam a defesa dos Direitos Humanos de se preocupar somente com direitos dos criminosos, passou-se, também, a afirmar que se pretenderia garantir tão só direitos dos acusados. Deixar-se-iam, pois, ao relento, os direitos das chamadas pessoas de bem. Formatou-se, então, o que se apregouou como garantismo integral. Seus defensores, no entanto, não se aperceberam que as bases do garantismo devem-se, também, à necessidade de controle de legitimidade e de proporcionalidade viciada na normativa nacional. Não se trataria de proteger criminosos, nem de fomentar construções baseadas em teses defensivas. Pretende-se, sim, limitar e controlar o arbítrio legal e social que, tantas vezes, vítima, além do necessário, esperado ou aceitável.

É de se observar que essa realidade não é unicamente brasileira. Momentos de crise social, econômica ou política sempre incentivam políticos, mundo afora, a utilizar da fumaça do Direito Penal para camuflar variada gama de problemas. Denunciam-se, assim, a ilusão penal, a legislação penal compulsiva, a inflação penal, a legislação penal de emergência, o irracionalismo penal, o populismo penal ou o uso político da legislação repressiva. Frequente

no estrangeiro, por aqui, a questão não é diferente. A acusação a esse estado de coisas, no entanto, é imperiosa.

Os movimentos de protesto recentemente havidos no Brasil ainda não merecer uma leitura mais acurada. Algumas respostas dadas pelo parlamento nacional, contudo, merecem, desde um ponto de vista penal, um repúdio imediato e veemente. De afogadilho, foram aprovadas normas e leis de cunho criminal, como se fossem elas aptas a dar plena satisfação ao problema. Note-se: a penada legislativa não tem o condão de reforma, por exemplo, de uma cultura de corrupção arraigada na sociedade brasileira e que só começa a ser debelada de alguns anos a esta parte. O legislador, no entanto, midiaticamente declara cumprir seu mister, e, em arroubo claramente populista, fez aprovar medidas como as atinentes à transformação da corrupção em crime hediondo ou a dar redação específica ao crime de organização criminosa. Volte-se à afirmação: são estas condutas reprováveis e que necessitam de leitura penal. Apenas seria de se esperar e se requerer uma ideal e racional leitura penal. E não é isso que se verifica.

Apenas a título de destaque, seria de se indagar se toda e qualquer corrupção merece, necessariamente, a alcunha e os predicados de crime hediondo. Chega-se a mencionar internacionalmente que certa corrupção seria atentatória até mesmo aos Direitos Humanos, tamanho são seus efeitos deletérios à sociedade como um todo. Mas será que a corrupção corriqueira, do contínuo, como acusava **Hungria**, merece igual reprovação? A se vingar tal entendimento, ou se consagrará a desproporcionalidade de punição vil, ou se deslegitimará a produção legislativa, atestando a imprestabilidade da disposição.

O mesmo se diga de uma confusa normatização sobre organizações criminosas. Sabe-se, por evidente, que a disposição atinente ao crime de quadrilha ou bando não se adéqua a certa vertente da criminalidade moderna. Convenções internacionais e a própria dogmática exigem aperfeiçoamento da construção típica, mas esta deveria ser feita com um mínimo de preocupação conceitual. Ao se estipularem severíssimas penas, também se acaba por incorrer no risco de desproporção ou ilegitimidade patente. Com isso em mente, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais apresenta sua mais aguda preocupação no sentido de que a voz das ruas se faça ouvir corretamente, resultando em medidas sérias e conformes à Constituição, e não em eco repetitivo de fórmulas passadas e irracionais, as quais já demonstraram sua ineficácia.

## | Editorial

Lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro: reflexões necessárias  
Alamiro Velludo Salvador Netto,  
Helena Regina Lobo da Costa e  
Leandro Sarcedo \_\_\_\_\_ 2

“Somentes os idiotas se lamentam de envelhecer” (Cícero, 44 a.C): algumas lições que o julgamento do “mensalão” nos ensina  
Antônio Carlos de Almeida Castro -  
Kakay \_\_\_\_\_ 4

O ato de julgar, o processo e a especificidade do processo criminal  
Luís Gustavo Grandinetti  
Castanho de Carvalho \_\_\_\_\_ 5

O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?  
Maria Elizabeth Queijo \_\_\_\_\_ 7

Ressocialização *versus* legalidade: em prol de uma possível comunicação na execução penal  
Luís Carlos Valois \_\_\_\_\_ 10

Os crimes contra o consumo e os princípios fundamentais do direito penal  
Sergio Chastinet Duarte Guimarães \_\_\_\_\_ 12

Embriaguez ao volante e a prova do elemento normativo “capacidade psicomotora alterada”  
Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon \_\_\_\_\_ 15

Letalidade e vitimização policial: um estudo de situações de alto risco  
Tânia Pinc \_\_\_\_\_ 17

## | DESCASOS

Escritório de advocacia no CDP  
Alexandra Lebelson Szafrir \_\_\_\_\_ 19

## | Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ \_\_\_\_\_ 1685

## | JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 1689  
Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1689  
Tribunal Regional Federal \_\_\_\_\_ 1690  
Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1690

## | JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Tribunal Regional Federal \_\_\_\_\_ 1691  
Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1692

# Lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro: reflexões necessárias

*Alamiro Velludo Salvador Netto, Helena Regina Lobo da Costa e  
Leandro Sarcedo*

## I – Anteprojeto de Lei IBCCRIM

O 19.º Seminário Internacional de Ciências Criminais será objeto de um importante debate para o aprimoramento da legislação penal brasileira e sua capacidade de garantir a segurança jurídica. Pela primeira vez, o IBCCRIM extrairá de seu mais importante evento anual uma proposta legislativa, em forma de anteprojeto de lei, a ser encaminhada, após aprovação, aos poderes Executivo e Legislativo nacionais, refletindo os posicionamentos da comunidade jurídica a respeito do tema.

A temática eleita pela Comissão Organizadora do Seminário Internacional foi a Lei 9.613/1998, recentemente alterada pela Lei 12.683/2012. A atual formatação das normas ali contidas traz, sem dúvida, uma série de polêmicas e divergências. Não obstante o Direito Penal brasileiro já criminalizar a *lavagem de dinheiro* há 15 anos, trata-se de um campo sempre apto às mais diversas interpretações, tendo em vista sedimentar influências internacionais, bem como se inserir no sempre conturbado campo da criminalidade econômica.

A elaboração desse anteprojeto foi inspirada por prévios debates e encontros. O primeiro deles, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo entre os dias 15 e 16 de abril de 2013, foi idealizado pelo IBCCRIM em conjunto com o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e o Instituto Manoel Pedro Pimentel. Posteriormente, foram realizadas, na sede do IBCCRIM, duas *Mesas de Estudos e Debates* nos dias 21 de maio e 4 de junho de 2013. Nesses eventos foram ouvidas ponderações e sugestões, dentre outros, dos seguintes acadêmicos, advogados, membros do Ministério Público e da Magistratura: Antonio Sérgio de Moraes Pitombo, Carla Rahal, Eduardo Saad-Diniz, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Heloisa Estellita, Márcio Ferro Catapani, Maria Elizabeth Queijo, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pierpaolo Cruz Bottini e Rodrigo de Grandis.

Diante das apresentações feitas, foram identificados alguns tópicos essenciais, os quais passaram a conduzir as reflexões a respeito das possíveis alterações legislativas. Evidentemente que a proposta ora apresentada não condiz com posicionamentos unânimes dos expositores, cuidando-se tão somente de modelo inicial sugerido pelos subscritores deste artigo e que, posteriormente, será objeto de eventuais mudanças ao longo do Seminário Internacional, haja vista que ali serão realizados um painel e uma audiência pública, todos voltados à elaboração e aprovação do texto final.<sup>(1)</sup>

## II – A lavagem de dinheiro no Brasil: contexto e legislação

A criminalização da lavagem de dinheiro no Brasil, estabelecida por meio da Lei 9.613/1998, apareceu com atraso aproximadamente de uma década se comparada com as experiências jurídico-normativas de outras nações. Não é estranho, contudo, que as preocupações originais a respeito do tema da lavagem tenham surgido nos países centrais do capitalismo financeiro, notadamente na Europa e Estados Unidos, repercutindo e impactando, apenas *a posteriori*, as regras jurídicas dos países periféricos.

De fato, o final dos anos 1980 foi um período fértil de debates e produções normativas a respeito da matéria. Basta dizer que, em 19 de dezembro de 1988, é aprovada em Viena a *Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Drogas e Substâncias Psicotrópicas*,

deixando clara a importância do combate à lavagem de dinheiro como ferramenta essencial para o desmantelamento das organizações criminosas e internacionais.<sup>(2)</sup> Um ano depois, em 1989, criava-se, por iniciativa do G7, o *Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Capitais – GAFI (Financial Action Task Force – FATF)*, entidade atualmente reconhecida como uma das mais importantes instâncias internacionais de luta contra tal prática. As recomendações produzidas em seu cerne, aliás, transformaram-se rapidamente em padrão internacional para implantação de sistemas de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro.<sup>(3)</sup> Mais ainda, diretrizes da União Europeia, como as editadas em 1991 e 2001, influenciaram sobremaneira as legislações internas, as quais foram sendo atualizadas, inclusive com o suceder de *gerações legislativas*, sob a batuta destes consensos regional e internacional.<sup>(4)</sup>

Neste contexto, a trajetória do sistema criminal aponta, sem dúvida, para um fenômeno de nítida expansão, ou seja, a lavagem de dinheiro foi assumindo um papel gradativo de protagonismo no universo das criminalizações. Talvez esta afirmativa derive da constatação feita pelo legislador de que a formatação do crime de lavagem, por si só, possa significar um instrumento poderoso para a repressão de diversos tipos de criminalidade. Isto é, apercebeu-se que, por meio da tipificação da lavagem, o sistema criminal busca fechar o cerco para a ocorrência de diversas outras práticas, impedindo o aproveitamento dos produtos de crimes, impedindo o financiamento de organizações criminosas,<sup>(5)</sup> em suma, aumentando demasiadamente os custos, em amplo sentido, dos denominados delitos antecedentes.

Esta suposta eficiência do delito de lavagem, a qual politicamente faz prevalecer a lógica da repressão em face das garantias individuais, reflete-se de muitas formas na legislação. Algumas delas merecem algum breve destaque. Se o conceito de lavagem de dinheiro nasce vinculado ao delito de tráfico de drogas (*primeira geração legislativa*), rapidamente passa a compreender outros delitos de similar gravidade, admitindo-se, pois, um rol plural e fechado de infrações antecedentes (*segunda geração legislativa*). A propósito, a legislação brasileira jamais conheceu a fase inicial, já que a Lei 9.613/1998, desde o seu surgimento, estabelecia um grupo de delitos em relação ao qual a natureza ilícita de seus produtos poderia ser objeto de dissimulação ou ocultação. Atualmente, com a Lei 12.683/2012, este rol foi suprimido, filiando-se o Brasil à *terceira geração legislativa* e admitindo a ocorrência de lavagem à luz de qualquer infração antecedente, seja crime ou contravenção penal.

Ainda que se possa discutir o erro ou acerto deste posicionamento extremado, o fato é que alguns problemas dogmáticos e político-criminais ganham importância. Algumas perguntas surgem quase que espontaneamente: é razoável a admissão da prática de lavagem de dinheiro em casos de delitos antecedentes de pouca ou diminuta gravidade? Nos casos de o autor da lavagem ser o mesmo autor do crime antecedente, seria politicamente interessante a incriminação por ambos os delitos? Além disso, e como defendem **Massud** e **Sarcedo**,<sup>(6)</sup> a exigência de um valor econômico mínimo estabelecido para a infração penal antecedente não seria capaz de, por meio desta norma penal em branco (*accessoriedade administrativa*), evitar maiores distorções?

Outro ponto importante, e igualmente problemático, diz respeito aos deveres especiais e administrativos atribuídos a certas pessoas (físicas

e jurídicas) como mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro. O Estado, diagnosticando certas atividades como sensíveis à ocorrência do delito, praticamente transforma empresas e profissionais em verdadeiros colaboradores com os órgãos de persecução. O novo texto legal brasileiro tem como uma de suas marcas esta ampliação da colaboração do setor privado no combate à lavagem de dinheiro, haja vista, inclusive, as dificuldades de investigação pelas autoridades públicas, a complexidade dos atos delitivos e a existência de esferas de sigilo que impedem a identificação de suspeitos.<sup>(7)</sup>

Assim sendo, soluções dogmáticas precisam ser encontradas com a finalidade de estabelecer qual o exato âmbito de ilicitude em eventuais descumprimentos de tais deveres administrativos. O déficit dogmático aqui pode gerar forte insegurança jurídica, principalmente ao se querer considerar omissões administrativas como fundamentadoras da participação omissiva na lavagem de dinheiro de outrem. Temática próxima é a que diz respeito à relação entre o advogado e estes deveres de informação. Ao que parece, a exclusão da exigência de tais deveres ao advogado dar-se-ia em razão de conflito entre valores, fazendo-se prevalecer a ampla defesa e todos os meios a ela inerentes.

Seja como for, segue o texto sugerido. Cuida-se, como dito, de uma versão primeira, inaugural, a qual melhor será aprimorada quanto maior for a contribuição dos associados e participantes do 19.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.

### III – Texto sugerido: Anteprojeto IBCCRIM

#### III.A – Tipicidade objetiva da lavagem de dinheiro

“Art. 1.º...

§ 4.º A pena será reduzida de um sexto a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem praticados em caráter isolado e o delito antecedente tiver a cominação de pena menos grave que o crime previsto neste artigo. A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem praticados de forma reiterada.

§ 6.º Serão puníveis os delitos previstos neste artigo, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que provieram os bens, direitos ou valores. No caso de o autor da lavagem ser o mesmo autor do crime antecedente, aquela apenas será punida se demonstrada sua relativa autonomia e estruturação em face do crime anterior.

§ 7.º A ocorrência dos crimes previstos neste artigo ficará dependente do estabelecimento de valor econômico mínimo, a ser fixado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).”

“Art. 14...

§ 4.º O COAF, por meio de resolução, deverá determinar o valor mínimo a ser apurado para a ocorrência dos delitos previstos no artigo 1.º desta Lei.”

#### III.B – Da restrição da coautoria e participação omissivas

“Art. 12...

§ 5.º A omissão dos deveres contidos nos artigos 9.º, 10 e 11 constitui somente infração administrativa, salvo se presentes todos os requisitos do concurso de pessoas em face da ocorrência de delito previsto no artigo 1.º desta Lei.”

### III.C – Das disposições acerca do advogado

“Art. 1.º...

§ 8.º Não haverá crime previsto no artigo 1.º desta Lei na hipótese de recebimento de honorários advocatícios por profissional inscrito na Ordem dos Advogados Brasil, em decorrência do exercício de quaisquer das atividades estabelecidas pela Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.”

“Art. 12...

§ 6.º O advogado, no exercício de sua atividade profissional nos termos da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, não está obrigado aos deveres administrativos contidos nos artigos 9.º, 10 e 11 desta Lei.”

### Notas

- (1) Todas as informações detalhadas poderão ser encontradas no site do IBCCRIM ([www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)).
- (2) D’ALBORA, Francisco J. *Lavado de dinero*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011. p. 15.
- (3) BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 12.
- (4) A legislação sobre lavagem de dinheiro do Reino Unido pode ser vista como um exemplo desta influência internacional e da União Europeia. A respeito: OLIVER, Keith. *Money laundering in United Kingdom*. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando. (Org.). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 17-18.
- (5) O vínculo entre lavagem de dinheiro e organizações criminosas é constantemente salientado pela doutrina. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 53 ss.
- (6) MASSUD, Leonardo; SARCEDO, Leandro. *Lavagem de dinheiro: do contexto histórico à atualidade e sua criminalização pela legislação brasileira*. In: DAOUN, Alexandre Jean; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coord.). *Leis penais comentadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 408-409.
- (7) Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2012. p. 38-39.

### Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Doutor do Departamento de Direito Penal,  
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo (FDUSP).  
Advogado.

### Helena Regina Lobo da Costa

Professora Doutora do Departamento de Direito Penal,  
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo (FDUSP).  
Advogada.

### Leandro Sarcedo

Mestre e Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).  
Advogado.



Fundado em 14.10.92

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

#### DIRETORIA EXECUTIVA

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

#### CONSELHO CONSULTIVO

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

#### OUIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira



# “Somentes os idiotas se lamentam de envelhecer” (Cícero, 44 a.C): algumas lições que o julgamento do “mensalão” nos ensina

Antônio Carlos de Almeida Castro - Kakay

*“Arre, estou farto de semideuses!  
Onde é que há gente no mundo?”*

(FERNANDO PESSOA)

É realmente estranho escrever sobre um processo que ainda não chegou ao seu término, principalmente quando advogamos nele. É preciso, antes de tudo, em um caso assim, ter o devido cuidado para não enfrentar ou comentar teses de defesas que ainda estão submetidas a julgamento, a espera do crivo jurisdicional, salvo, claro, para reforçá-las, sob pena de cometer alguma falta ética ao criticar defesa técnica de caso que não está sob a própria responsabilidade profissional.

O notório caso tristemente chamado por “Mensalão”, em clara jogada de *marketing* acusatório (sim, isso realmente existe!), merece, todavia, algumas reflexões.

O Min. Marco Aurélio Mello costuma dizer, com o acerto costumeiro, que processo não deve ter capa e, muito menos, nome na capa. Pois este tinha nome, sobrenome e apelido. O fato é que o Supremo “parou” por inúmeros dias e empenhou inúmeras e intermináveis sessões para um mesmo julgamento criminal. Processos de réus presos foram preteridos ante a “necessidade” de julgar o caso mais midiático da história do Supremo.

No primeiro dia, para aqueles que “frequentam” o Supremo Tribunal Federal há mais de 30 anos, uma perplexidade em especial: foi montada verdadeira operação de guerra para acompanhar o desenrolar do julgamento. A Praça dos Três Poderes dividida e sitiada à espera da batalha, no entanto, ninguém compareceu, salvo advogados, jornalistas, estudantes e alguns curiosos. E tais presenças foram diminuindo conforme o julgamento ia se arrastando.

Na realidade, o que aconteceu? Qual o motivo do aparente desinteresse em acompanhar de perto, em comparecer ao Tribunal para assistir o julgamento? Ora, estamos na era da informação instantânea, da televisão on-line, com todos os seus canais abertos ou fechados, todos a postos. E este é o primeiro ponto de reflexão deste julgamento.

É claro que a TV Justiça veio para ficar, está consolidada e tem uma enorme importância na transparência do Poder Judiciário, na democratização da informação, no acompanhamento ao vivo, imediato dos processos de interesse do público, antes fechados aos Poderes da República, agora a transmissão televisiva é festejada como conquistas da Democracia.

É recomendável, todavia, que a TV Justiça, de inegável valor quando do julgamento de matérias como células-tronco, homoafetividade, demarcação de terras indígenas e tantas outras, também possa transmitir o julgamento de processos criminais, em sede recursal ou originária? A resposta é, inapelavelmente, um não, ainda que tal opinião vá parecer precipitadamente antipática a alguns.

Tal transmissão televisiva, com ares próprios de uma arena, equipada com comentaristas, jurídicos ou não, recheada de comentários leigos enraivecidos, passionais, politizados representam, sem sombra de dúvidas, uma condenação acessória sem previsão legal ou constitucional.

O cidadão submetido ao julgamento televisionado tem sua vida completamente devassada e invadida por toda série de comentários e a análise pública de sua “culpa” começa no café da manhã da família

brasileira, passa pelo almoço, chegando, por fim, ao jantar já condenado, se possível com pena capital!

A exposição do réu cidadão é desumana; sua família, sua casa, sua atividade profissional são objetos de análise e, claro, condenação. O julgamento do Mensalão virou uma verdadeira novela, com expectadores fiéis apaixonados, e com índices de audiência aferidos com rigor, porém, uma novela em que os atores eram cidadãos sujeitos de direitos e não artista encenando papéis. Era a vida real que se vivia ali, que se reproduzia com fortes tintas nas lentes da imprensa, embora mais parecesse um romance policial televisionado.

A postura da Suprema Corte durante o julgamento também merece algumas reflexões. Juízes proibiram advogados de fazerem apartes, ainda que para realizar necessários esclarecimentos fáticos ou apontar informações e dados expostos de maneira equivocada, chamando a atenção de advogados com professoral severidade, como se o tempo de que faria uso a defesa fosse atrasar a programação, prejudicar o cronograma. A defesa, ora, a defesa! Ficou evidente, todavia, que tal tempo cassado da defesa em nada contribuiria para garantir a celeridade do julgamento, pois os votos e/ou bate-bocas se arrastavam por horas. Não que a discussão não seja necessária e, efetivamente, sempre o será, sobretudo nos processos criminais; então que se empenhe o devido tempo nos votos, mas que se ouça sempre também a palavra da defesa, a defesa há de ter a palavra!

A forma de transmissão e exposição do julgamento pela mídia foi de tal forma parcial, sempre atendendo ao preconcebido *script* do escândalo, que houve, pasme-se, Ministro do Supremo Tribunal ameaçado em filas de lugares públicos por ter a dignidade e honestidade de votar conforme sua consciência e convicções técnicas, que, ao que parece, não atenderam ao roteiro cinematográfico. E houve, como era de se esperar, nesse contexto ficto criado, advogado ameaçado por exercer o direito de defender o cliente!

Mas é esse o clima que deve prevalecer em um julgamento penal, no qual se decide a vida de pessoas? A pressão era tanta que mesmo o chefe do MPF tendo, em Plenário, em um lapso de sinceridade intelectual, reconhecido que era impossível de fazer prova justamente contra o principal “nome da capa”, o Tribunal fez uma subleitura da “teoria do domínio do fato”, talvez por não ter domínio da teoria, condenando aquele que o próprio acusador antes afirmara não ter provas a serem produzidas em seu desfavor.

E mais uma reflexão se faz necessária: os casos midiáticos normalmente representam um grande golpe na jurisprudência mais garantista e construída sem o calor dos holofotes. No conhecido caso Furacão, no qual foi acusado o então Ministro do STJ Paulo Medina, em que tive a honra de atuar, pela primeira vez se recebeu uma denúncia no Pleno do STF contra um Ministro do STJ. Naquele episódio, sofreu a consciência jurídica nacional e perdeu a jurisprudência.

Recentemente, o Ministro Marco Aurélio Mello, ao julgar o AgRg na APn 508/AP, que tratava sobre duração de escuta telefônica e a necessidade de facultar à defesa a transcrição integral de todas as conversas gravadas, reconheceu que o entendimento sufragado quando do recebimento da denúncia no caso Medina foi uma exceção. Mais uma

exceção dentre tantas outras, nas quais outros cidadãos detentores de direitos estavam sob julgamentos televisivos.

Por isso, esta necessária reflexão: o televisionamento dos processos criminais não serve ao Estado Democrático de Direito, pois se corre o risco de, ao firmar “pontos fora da curva”, julgamentos de exceção aos naturais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, de formação tradicionalmente humanística e garantista, impor ao cidadão que está sendo julgado gravíssimas consequências para sua vida pessoal, com reflexos para a comunidade como um todo.

A sensação de que o Poder Judiciário acordou mais forte, mais íntegro, cumprindo melhor sua alta função constitucional é uma chuva de verão. Basta que se pergunte aos milhões de brasileiros que estão a depender da presteza, da independência, da agilidade desse Poder pelo Brasil afora o que mudou com o julgamento do Mensalão. A resposta é simples e lacônica: nada, absolutamente nada.

Fez-se um julgamento que precisava ser feito, como tantos outros milhares, mas a vida do cidadão em nada melhorou com mais esse ponto além da curva, ao contrário do que se afirma.

Essas são algumas reflexões que me permitem fazer, claro, ainda

sob o impacto do julgamento que, repito, não terminou. E, olhando o julgamento com humildade e serenidade, é realmente inquietante perceber que esse processo não só tinha nomes na capa, como tantos outros, mas que os nomes pesaram sim, ao trágico ponto de, mais uma vez, possivelmente fazer romper a necessária isenção e o senso de justiça que residem na consciência e nos corações dos grandes julgadores.

O juiz é humano, sujeito a falhas, erros e tem todo o direito, é evidente, de julgar de acordo com sua convicção, mais do que o direito, tem o dever. No entanto, nestes tempos de mídia 24 horas, de mídia social, sem rosto e, muitas vezes, sem possibilidade de identificação, de uma mídia opressiva e cobradora, há de ter muito cuidado e tranquilidade. E isso para que não repitamos o nosso velho Pessoa, quando ensina: “Fiz de mim o que não soube. E o que podia fazer de mim não o fiz. O domínio que vesti era errado. Conhecera-me logo por quem não era e não desmenti, e perdi-me. Quando quis tirar a máscara, estava pregada à cara. Quando a tirei e me vi ao espelho, já tinha envelhecido”.

**Antônio Carlos de Almeida Castro - Kakay**  
Advogado.

## O ato de julgar, o processo e a especificidade do processo criminal<sup>(1)</sup>

*Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho*

**Paul Ricouer<sup>(2)</sup>** empreendeu uma espécie de fenomenologia do ato de julgar, ainda que muito breve. Ele pretendeu esmiuçar seu significado a partir do sentido usual, chegando aos seguintes significados: opinar, avaliar, considerar uma proposição verdadeira e justa, e tomar posição. Depois, descortinou duas finalidades básicas do ato, uma de curto prazo e outra de longo prazo. De curto prazo, a finalidade seria pôr fim à incerteza, enquanto que a de longo prazo seria alcançar a paz social. Por que o juiz deve se esforçar para chegar a esta segunda finalidade, que não lhe foi expressamente pedida? Talvez possamos responder que é porque a segunda finalidade é inerente ao ato de julgar, pois o processo deve ser recolocado “no plano de fundo de um fenômeno social mais considerável, inerente ao funcionamento da sociedade civil e situado na origem da discussão pública”.<sup>(3)</sup>

Por tudo isso, sua finalidade não pode ser somente pôr fim à incerteza, mas, sobretudo, fazer com que as partes se reconheçam como iguais integrantes da mesma sociedade. O processo e o ato de julgar têm, assim, uma *dimensão ética* que transborda o litígio, suplanta as partes e se irradia para toda a sociedade. Essa é a maneira de remeter o litígio para o espaço público que o irá resolver, pretensamente livre das paixões e minimizadas as desigualdades de toda a ordem.

Pretender alcançar a paz social não é tarefa fácil de ser alcançada e talvez não seja faticamente possível realizá-la, ainda mais em uma sentença. Mas essa constatação não desonra o magistrado de se contentar com a mera aplicação da lei ao caso concreto. Sua formação, como de todo profissional do Direito, favorece uma conduta passiva em relação ao império da lei, imposta pelo arcabouço teórico da modernidade. O modo de pensar o Direito é fracionado, compartimentalizado, especializado, reflexo da lógica cientificista e mecanicista da modernidade. É imperioso desalienar o juiz da mitologia da lei, como instância indiscutível. O juiz não é mais a boca inanimada da lei. Deve investigar profundamente a ideologia que a inspirou para confrontá-la com a Constituição. Do mesmo modo, deve proceder com relação às emendas constitucionais que desfigurem os valores constitucionais. Aqui tem lugar, por excelência, também uma

*dimensão ética* que reclama uma postura crítica e aberta do julgador.

Há outro aspecto do processo decisório que se entrancheira imperceptivelmente, e que não pode ser negado: há um itinerário psicológico na formação dos veredictos e que não pode ser controlado. Em nenhuma das etapas daquela fenomenologia do ato de julgar, de **Ricouer**, é possível afastar esse itinerário psicológico, que se projeta desde o inconsciente e se instala na decisão, quer queira ou não o prolator, seja esta a melhor decisão ou não, seja justa ou não.

A colheita da prova e a análise do material fático é, por excelência, o local onde mais se instala esse itinerário psicológico inconsciente. A afirmação do princípio da livre valoração da prova, embora não afaste a legitimidade da análise jurídica, implica conexões que extrapolam os critérios de regulação jurídica.<sup>(4)</sup> O princípio jurídico da livre valoração implica uma visão holística da prova, e, conseqüentemente, integram-se outros aspectos extrajurídicos necessários à determinação do fato.

A reconstituição dos fatos leva à formação de imagens que, muitas vezes, remetem a outras imagens já experienciadas pelo julgador, atravessadas, portanto, de vivências conscientes e inconscientes. As primeiras são comumente referidas como as máximas da experiência que a doutrina recomenda para a valoração da prova,<sup>(5)</sup> ao lado da lógica, da racionalidade geral, da bagagem cultural, do conhecimento de como é o mundo. Estas podem ser submetidas à justificação tanto interna (derivar das premissas normativas e fáticas expressadas nos fundamentos de direito e de fato), como externa (correção tanto das premissas normativas, como das fáticas, de forma conjunta). O problema assoma quando imagens inconscientes, tanto para o julgador como, obviamente, para as partes, se infiltram no processo psicológico de julgar, sub-repticiamente, e deformam desde a reconstrução da matéria fática, até sua avaliação. Como bem anotou **Ferrajoli**,<sup>(6)</sup> a prática profissional está repleta de operações sub-reptícias. E a decisão pode não ser justa, se fundada em uma avaliação equivocada dos fatos.<sup>(7)</sup>

A proposta, neste passo, é mais modesta, tal a envergadura e

a dificuldade de lidar com o tema: tão somente reconhecer que o ato de julgar também tem uma *dimensão inconsciente* que se projeta nas decisões. Por vezes, elas ajudam a fazer justiça; outras vezes podem afastá-la. Não se trata de má-fé do julgador, que, na maioria das vezes, está convicto de que está fazendo justiça; mas, às vezes, pode estar sendo traído pelo seu inconsciente.

Talvez possamos avançar mais um pouco para denunciar que o inconsciente, muitas vezes, se revela por detrás do decisionismo, da arbitrariedade, da discricionariedade judicial, dos argumentos de autoridade, eliminando a possibilidade de uma instância lógica e contraditória para proteger-se de ser surpreendido em plena ação.

Um antídoto para esse estado de coisas, para um juiz bem intencionado, é perguntar-se sempre, como **Jung** propôs, “*como meu inconsciente vive essa situação?*”.<sup>(8)</sup> Como essa matéria fática me toca, ou será que me remete a uma situação já vivida? Outro, é permitir, sempre, a possibilidade de refutação, de contestação, de argumentação, tornando-se acessível às partes. É bem possível que algum argumento imponha uma reflexão mais profunda que possibilite a um juiz aberto e sensível deparar-se com seu inconsciente e seus preconceitos. Quando isso acontece – a oportunidade de pôr à prova o inconsciente e os preconceitos – é um grande momento de amadurecimento pessoal e profissional do magistrado.

Talvez se possa acrescentar – embora possa parecer frustrante, diante da forte formação positivista dos cursos de Direito – que devemos deixar um pouco de lado o tal cientificismo, em prol da recuperação de uma *dimensão espiritual* do ato de julgar. Já que o Direito adotou tanto as lições de **Kant**, porque não trazer dele a reivindicação de um agir *equidistante*, no sentido de levar em consideração os *pontos de vista dos outros*, explicada por **Hanna Arendt** como se colocar *no lugar dos outros* no momento decisório, para se livrar das *condições privadas*, para possibilitar um *pensamento que julga* e atingir uma *humanidade humana*.

*Colocar-se no lugar dos outros* é, também, um dos postulados da tradição budista, definido como compaixão. Significa uma atitude mental baseada no desejo de que os outros têm um direito natural, fundamental, de se livrar do sofrimento, segundo um princípio de igualdade.<sup>(9)</sup> A técnica para se atingir tal estado mental é nos equiparmos aos outros, em posição de igualdade.<sup>(10)</sup> Não é diferente na tradição espírita.<sup>(11)</sup>

Isso vai lançar um olhar desafiador neste tabu que representa o juiz como uma máquina de fazer sentenças, absolutamente neutro, equidistante, apegado somente à lei e sem permitir que nada interfira no processo decisório, como um espectador impassível, características que podem constituir a figura da alienação. Muito diferentemente, o juiz é um igual, que deve se colocar na posição das partes para, desde dentro do litígio – e não acima –, refletir sobre a decisão justa. Deve buscar harmonizar-se com sua obra e, não, produzi-la como se fosse de outrem.

O processo é o espaço público destinado a fazer justiça, a estabelecer a paz social, a igualizar as pessoas, a concretizar as promessas da Constituição, especialmente os direitos fundamentais, e não pode ser usado, justamente, para a injustiça ou para marginalizar este ou aquele setor social. O juiz é integrante de uma sociedade plural, complexa, composta por pessoas diferentes, que compõem o caldo de cultura que a forma, que urde o Direito e que justifica uma imersão na trajetória histórica na qual está irremediavelmente inserido. O ato de julgar haverá de contemplar essa *dimensão histórica*, intersubjetiva. Pensar o Direito, interpretar o Direito, significa se implicar histórica e temporalmente.

O juiz deve saber se mover ponderadamente entre o ator e o espectador. Deve pender para o ator sempre que se tratar de concretizar direitos genuinamente fundamentais, como o direito à saúde, à educação, à moradia, à liberdade etc., bem como no desempenho da gestão da prova na jurisdição cível sempre que houver necessidade de equilibrar as partes no processo.<sup>(12)</sup> Deve pender para o espectador na jurisdição penal para preservar sua imparcialidade, sendo ator quando se tratar da defesa das garantias fundamentais. A jurisdição penal tem as suas especificidades. É que o Direito Penal e o Direito Processual

Penal talvez sejam os ramos do Direito mais vulneráveis à ideologia e, por isso, se transformam em instrumentos de imposição da ideologia dominante. Sempre foi assim. Basta ver, na história da humanidade, quantas vezes o processo penal foi usado contra os inimigos do regime político e quantos réus foram, na verdade, vítimas, levados à morte ou punidos desnecessariamente. E quantas vezes a ideologia econômica também determinou a criminalização de condutas que não tinham maior periculosidade social.<sup>(13)</sup>

Enfim, nessa quadra tão descrente dos paradigmas da modernidade, nesse momento tão revelador da complexidade que a modernidade não mais comporta, o mínimo que se pode esperar do juiz é que ele recolha do *processo da vida* toda a multiplicidade que o constituiu – e também a sociedade – com teias invisíveis. Que não se limite a repercutir acriticamente, como espectador, os mitos e as ideologias dos atores vencedores porque, nele, também ressoam os ideais dos atores vencidos. Que se olhe no espelho e se pergunte:

“Espelho, espelho meu  
Haverá alguém no mundo  
Mais diferente de mim  
Do que eu?”<sup>(14)</sup>

## Notas

- (1) Excerto do capítulo Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar, do autor. In: PRADO, Geraldo et al. *Decisão judicial* – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madri: Marcial Pons, 2012.
- (2) *O justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 175-181.
- (3) *Idem, ibidem*, p. 178.
- (4) TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. O autor afirma: “*resulta imposible definir y analizar de forma completa la prueba si nos situamos exclusivamente en la dimensión jurídica del problema*” (p. 23).
- (5) Adverte **Taruffo** que, conquanto o juiz disponha de conhecimentos gerais, noções derivadas da experiência comum, vinculados com o fato a provar e úteis, de alguma forma, aos efeitos de sua determinação, o problema ocorre justamente quando tais conceitos às vezes expressam generalizações equivocadas, tendências genéricas, sem qualquer convalidação ou confirmação científica. Apenas expressam noções de sentido comum que têm como único fundamento o fato de formar parte da cultura do homem médio em um certo lugar e em determinado momento (*op. cit.*, p. 219).
- (6) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 46.
- (7) TARUFFO: “*la veracidad y la aceptabilidad del juico sobre los hechos es condicion necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decision judicial es justa*” (*op. cit.*, p. 64).
- (8) JUNG, Carl Gustav. *Memórias, sonhos e reflexões*. 13. ed. 26. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 160.
- (9) LAMA, Dalai; CUTLER, Howard C. *A arte da felicidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 128-129.
- (10) LAMA, Dalai. *O mundo do budismo tibetano*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 127.
- (11) XAVIER, Franciso Candido. *Busca e acharás*. São Paulo: Ideal – Instituto de Divulgação André Luiz, 1988, p. 163: “*Procura colocarte no lugar do próximo, exercitando compreensão*”.
- (12) Como ocorre com a decisão que inverte o ônus da prova ou a que determina a produção de provas de ofício na jurisdição cível.
- (13) BIRMAN, Joel. Saberes do psíquico e criminalidade. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (Org.). *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- (14) LEDO IVO. *Diante do espelho, poesia completa*. Rio de Janeiro: Topboobks, 2004. p. 98.

**Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**  
Pós-doutor pela Universidade de Coimbra.  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Gama Filho.  
Desembargador aposentado do TJ-RJ.



# O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?

Maria Elizabeth Queijo

A Lei 12.654, de 28.05.2012, promoveu alterações na Lei 12.037, de 1.10.2009, bem como na Lei de Execução Penal, tratando, de forma inédita no ordenamento nacional, da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

Após a Constituição Federal de 1988, que firmou a excepcionalidade da identificação criminal, ao dispor, no art. 5.º, LVIII, que o “*civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*”, sobreveio a Lei 10.054, de 07.12.2000, que tratou do tema. Tal diploma veio a ser revogado pela Lei 12.037/2009, que disciplinou a identificação criminal do civilmente identificado, estabelecendo, no art. 3.º, de forma taxativa, as hipóteses nas quais deverá ser realizada a identificação criminal, apesar da apresentação de documento de identificação.<sup>(1)</sup> Uma delas se dá quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, mediante decisão da autoridade judiciária competente, que poderá determiná-la de ofício, ou quando houver representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Nesse caso, a Lei 12.654/2012, introduziu a possibilidade de a identificação criminal incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético.

O mesmo diploma legal também previu a criação de bancos de dados, que abrigarão os perfis genéticos coletados. As informações genéticas neles depositadas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto para determinação genética de gênero, e terão caráter sigiloso. Recentemente, foram criados o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada desses bancos, por meio do Decreto 7.950, de 12.03.2013. O objetivo do Banco é armazenar os dados de perfis genéticos coletados, para subsidiar a apuração de crimes. Já a Rede Integrada, que possuirá um Comitê Gestor,<sup>(2)</sup> tem por finalidade possibilitar o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos que constam dos bancos da União, Estados e Distrito Federal.

Tem-se enaltecido essa iniciativa legislativa, inclusive porque ela segue a orientação de outras legislações estrangeiras, que há muito tempo possuem bancos de dados genéticos para fins de investigação criminal, como a americana e a inglesa.

Argumenta-se, em favor da Lei, que os bancos de dados com perfis genéticos incrementarão a eficiência da investigação penal e contribuirão para a redução da impunidade. Os autores de delitos serão mais facilmente identificados, pois será possível o confronto de vestígios coletados no local do crime ou mesmo no corpo da vítima com aqueles constantes do banco de dados.

No entanto, de um lado, a disciplina da matéria, da forma como foi tratada pela Lei 12.654/2012, e de outro, o seu confronto com o princípio *nemo tenetur se detegere*, de guarida constitucional, revelam deficiências e graves descompassos.

Primeiramente, verifica-se que a Lei 12.654/2012 prevê a coleta de material genético do investigado e do acusado, assim como do condenado. Desde logo, quanto ao investigado e ao acusado, constata-se

que a Lei conferiu censurável amplitude à coleta de material genético na identificação criminal, podendo recair sobre qualquer delito. A exclusão de perfis genéticos somente ocorrerá no término do prazo prescricional para o delito, o que se mostra inadequado, já que o arquivamento do inquérito ou mesmo a absolvição também deveriam autorizar tal exclusão. Imagine-se a hipótese de alguém que venha a ser investigado pelo delito de homicídio e em relação ao qual o juiz determine a coleta de material genético para identificação criminal. Posteriormente, os exames periciais revelam que ele não é autor do delito. Ainda assim, segundo a Lei em comento, as suas informações genéticas continuarão a integrar o banco de dados até que se ultime o prazo prescricional relativo ao delito em questão, o que afronta a dignidade humana.

A esse respeito, é bem verdade que o art. 7.º do Decreto 7.950/2013 ampliou a dicção da Lei,<sup>(3)</sup> ao prever também a possibilidade de a exclusão do perfil genético do banco de dados se dar “*em data anterior*” à do término do prazo prescricional, “*definida em decisão judicial*”. No entanto, não se estabeleceram quaisquer parâmetros para a fixação da referida data, deixando-se inteiramente ao arbítrio do juiz a sua definição. Desse modo, não se conferiu, como deveria, direito ou garantia ao cidadão investigado ou processado, que venha a ser identificado geneticamente, de que a exclusão de seus dados ocorrerá tão logo seja arquivado o inquérito ou mesmo em face de sentença absolutória.<sup>(4)</sup>

Na Inglaterra, de acordo com o *Criminal Justice and Public Order* de 1994, somente podiam ser obtidas amostras de DNA de suspeitos de prática de crimes graves e o material coletado não podia ser mantido no banco de dados se o averiguado não fosse processado ou se fosse absolvido. Mas, modificações dessa disciplina, introduzidas pelo *Criminal Justice Act* de 2003, passaram a permitir que material genético seja coletado, sem consentimento, de qualquer pessoa que seja detida, inclusive em razão de infrações penais menos graves, ainda que não seja ela processada, ou mesmo condenada, e independentemente de utilizar a amostra colhida na investigação que ensejou a prisão. Além disso, permitia-se que os dados genéticos pudessem ficar integrados ao banco de dados por tempo indeterminado. Tais disposições, que ampliaram os

Argumenta-se que os bancos de dados com perfis genéticos incrementarão a eficiência da investigação penal. No entanto, a disciplina da matéria, da forma como foi tratada pela Lei 12.654/12, e seu confronto com o princípio *nemo tenetur se detegere*, de guarida constitucional, revelam deficiências e graves descompassos

poderes do Estado na obtenção de dados genéticos, acabaram submetidas a julgamento na Corte Europeia de Direitos Humanos (*Marper v. United Kingdom* – 2009-48 EHRR 50), sob o enfoque do direito à intimidade (art. 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos), o que resultou em restrições aos poderes de retenção das informações genéticas nos bancos de dados, incluídas no *Crime and Security Bill*, de 2009.<sup>(5)</sup> No mencionado julgamento, questionou-se a manutenção, por tempo indeterminado, de impressões digitais e DNA na base de dados, resultando proposta de modificação da disciplina, que foi integrada ao *Crime and Security Bill*, para manter na base, por tempo indeterminado, somente os dados dos condenados e, quanto aos não condenados, definiu-se o prazo de manutenção de seis anos.<sup>(6)</sup>

Por vezes, a criação desses bancos de dados instrumentaliza e reflete a discriminação em relação aos menos favorecidos socialmente. Estudos realizados em relação aos bancos de dados genéticos na Inglaterra, a esse respeito, revelam que tais bancos são compostos, em sua maioria, por informações genéticas de negros. Isso porque os jovens negros são alvo mais frequente de detenções do que os brancos e acabam tendo seu material genético registrado nos bancos de dados, o que potencializa, sobremaneira, suas chances de condenação criminal em relação aos brancos.<sup>(7)</sup>

Quanto aos condenados, a Lei 12.654/2012, introduzindo o art. 9.º-A na Lei de Execução Penal, obriga a coleta de material genético, por técnica adequada e indolor, daqueles que tenham praticado crime “*dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa*”, ou qualquer daqueles enumerados no art. 1.º da Lei 8.072/1990, ou seja, os hediondos. Mas, não definiu a Lei o que seja crime praticado “*com violência de natureza grave contra pessoa*”. Além disso, se há alguma pertinência na coleta de material genético de condenado por crime de homicídio, em atividade de grupo de extermínio ou mesmo qualificado, latrocínio e estupro, não se vê justificativa para que essa coleta ocorra em decorrência de condenações por falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Ademais, não esclareceu a Lei se somente as condenações transitadas em julgado por tais crimes autorizariam a coleta de material genético. Quanto a esse aspecto, por força do princípio da presunção de inocência, entendemos que só se poderá coletar material genético do condenado por tais crimes, quando houver o trânsito em julgado da condenação. Antes disso, referida coleta somente será possível se houver determinação judicial para tanto, por se considerar a identificação criminal, incluindo o perfil genético, essencial às investigações, a teor do que dispõe o art. 3.º, IV, c/c o parágrafo único do art. 5.º da Lei 12.037/2009, com a redação da Lei 12.654/2012.

Por outro lado, a Lei não estabeleceu prazo para exclusão do perfil genético dos bancos de dados com relação aos condenados.<sup>(8)</sup> É certo que, diante da dicção do art. 7.º-A da Lei 12.037/2009, com redação da Lei 12.654/2012, é possível sustentar que tal exclusão, também

para os condenados, ocorrerá no término do prazo prescricional para o delito. Contudo, diante das graves restrições de direitos impostas pelo mencionado diploma, o ideal é que houvesse tratamento expresse a esse respeito. No entanto, mesmo tomando-se como termo final o encerramento do prazo prescricional do delito que ensejou a condenação, é de indagar: tendo a identificação criminal com coleta de material genético decorrido, nessa hipótese, da condenação, o prazo prescricional para exclusão do perfil genético do banco de dados será o da pretensão executória, pautado, portanto, na pena fixada na sentença ou acórdão? Entendemos que sim. Considerando que a condenação foi o critério determinante para a coleta de material genético, no caso, até por coerência, o prazo a ser observado para exclusão do perfil genético do banco de dados haverá de ser o da prescrição da pretensão executória. Ainda assim, os problemas decorrentes dessa disposição normativa persistem, pois é de se observar que, mesmo diante do prazo de prescrição da pretensão executória, a exclusão dos dados genéticos ocorrerá após o término da execução da pena e após o prazo para reabilitação do condenado. Nessas circunstâncias, a punição ao condenado prossegue, para além da pena imposta e executada, ferindo a dignidade humana.

Além disso, a Lei não tratou da recusa do investigado e do condenado no fornecimento de material genético, tampouco das consequências de eventual recusa.

Todas essas deficiências da Lei produzem violações à dignidade humana, seja do investigado, do acusado ou mesmo do condenado.

Não bastassem todas as incongruências apontadas, é no confronto dessa disciplina com o princípio *nemo tenetur se detegere*,<sup>(9)</sup> que se encontra, a nosso ver, de forma manifesta, a sua inconstitucionalidade.

Sempre nos manifestamos no sentido que o princípio em foco incide sobre o interrogatório de mérito, não tendo lugar na qualificação, ou seja, na parte do interrogatório na qual o acusado fornece os dados pessoais que o identificam, como nome, filiação, data e local de nascimento, número de carteira de identificação.<sup>(10)</sup> É que a correta identificação do investigado ou do acusado é elementar para a adequada persecução penal, resguardando-se inclusive terceiros, que poderiam ser por ela atingidos, caso se admitisse que o investigado pudesse falsear tais dados, fazendo uso, por exemplo, de identificação de outra pessoa, para se subtrair à responsabilidade penal. Assim, quanto aos dados de qualificação, o acusado não poderá silenciar, como também não poderá faltar com a verdade.<sup>(11)</sup>

No entanto, a coleta de material genético tem por único objetivo – e não há outro – a identificação de autoria de delito, em persecuções penais futuras, ou naquela que está em andamento: ou seja, a finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação de autoria/participação em delito. A finalidade é inegavelmente probatória.<sup>(12)</sup> Pretende-se, por meio da coleta desse material, realizar perícia. Por isso, é inegável que sobre ela incide o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, inexistindo, pois, dever de colaboração. Daí a consequência de que a recusa em cooperar não pode levar à configuração do crime de desobediência, nem se pode admitir execução coercitiva tendente à produção da prova. De igual modo, da recusa não se poderá extrair qualquer consequência negativa ao investigado ou acusado.

Também sempre defendemos que o *nemo tenetur se detegere*, embora consubstancie direito fundamental, não é princípio absoluto, como todos os demais, podendo sofrer restrições, que não esvaziem seu núcleo essencial, de caráter excepcional, para não inviabilizar por completo a persecução penal em determinadas circunstâncias. Nessa esteira, concluímos que o *nemo tenetur se detegere* só poderia sofrer restrições por lei, estrita e prévia, pautada no princípio da proporcionalidade. Em atendimento ao mencionado princípio, a

A finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação da autoria/participação em delito; é inegavelmente probatória. Por isso, sobre ela incide o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, inexistindo, pois, dever de colaboração



restrição ao *nemo tenetur se detegere* deveria ser indispensável e a menos gravosa possível, em termos de qualidade, intensidade e duração; ser adequada, isto é, idônea à produção da prova pretendida e útil para o processo, incidindo sobre pessoa determinada contra a qual existissem indícios de autoria ou participação em infração penal; ser razoável, sendo um dos critérios a gravidade do delito; respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão e a saúde e dignidade do acusado.<sup>(13)</sup> Além disso, o controle jurisdicional seria sempre necessário. Em termos mais concretos a lei restritiva do *nemo tenetur se detegere* levaria em conta se a prova a ser produzida implica ou não intervenção corporal (invasiva ou não), bem como a natureza da colaboração exigida do acusado (que só poderia ser passiva); a gravidade do delito em apuração e o grau dos indícios de autoria ou participação existentes.<sup>(14)</sup>

Em face disso, poder-se-ia argumentar que a Lei 12.654/2012 consubstanciaria o diploma para esse fim: restringir, legalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, por determinação judicial, já que tal lei estabelece que caberá ao juiz competente a decisão sobre a necessidade de coletar material genético do investigado ou do acusado. Não entendemos seja assim. É que a Lei em questão, não obstante disponha que a coleta de dados genéticos será determinada pelo juiz competente, não propõe critérios pautados na proporcionalidade a nortear a decisão judicial, conferindo amplitude excessiva à coleta de material genético para fins criminais. O lacônico permissivo legal limita-se a autorizar a coleta de material genético quando a providência for “*essencial para as investigações*”, sem indicar quaisquer parâmetros a serem observados. Em acréscimo, a mesma Lei estabelece hipóteses nas quais a identificação por coleta de material genético será obrigatória, no caso de condenação por crimes hediondos e crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa, suprimindo, portanto, a apreciação judicial no caso concreto.<sup>(15)</sup>

Diante disso, entendemos que a Lei 12.654/2012 não se presta a restringir o princípio em tela, incorrendo nitidamente em inconstitucionalidade, ao impor ao investigado e ao acusado, o dever de produzir prova contra si mesmo. A eiva se estende ainda ao condenado, que terá contribuído, obrigatoriamente, para a produção de prova em seu desfavor, para perseguições penais eventuais e futuras.

Como se verifica, o fato de a Lei assegurar que será empregada técnica indolor e adequada para extração de material genético, nem de longe, é suficiente para garantir o respeito à dignidade humana, valor sobre o qual o Estado Democrático de Direito Brasileiro se alicerçou.

## Notas

- (1) A Lei 9.034, de 03.05.1995, em seu art. 5.º, estabeleceu que “*A identificação criminal das pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil*”. No entanto, tem-se entendido que esse dispositivo foi revogado pela Lei 10.054/2000, que estabeleceu, em seu art. 3.º, taxativamente, as hipóteses em que o civilmente identificado deverá se submeter à identificação criminal (veja-se, a respeito, julgado do STJ, 5.ª T., RHC 12.968/DF, rel. Min. Félix Fischer, j. 05.08.2004, DJ 20.09.2004, p. 303).
- (2) O Comitê Gestor será integrado por cinco representantes do Ministério da Justiça, um da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica. Referido Comitê terá as seguintes atribuições: a promoção da padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos; a definição de medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados; a definição de medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados; a definição de requisitos técnicos para realização de auditorias no Banco Nacional de Perfis Genéticos e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos e a elaboração de seu regimento interno.

- (3) A esse respeito, porém, ensina **Vicente Ráo**, na clássica obra *O direito e a vida dos direitos*, que “*Ao exercer a função regularizar, não deve, pois, o Executivo criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir, ou modificar direitos ou obrigações constantes da lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir um ato; atingir, alterando-o por qualquer modo, o texto ou o espírito da lei*” (São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. II, p. 269).
- (4) É curioso observar que a Lei 12.037, de 1.º.10.2009, no seu art. 7.º, *caput*, assegura ao indiciado ou réu, em caso de arquivamento do inquérito, rejeição da denúncia ou absolvição transitada em julgado, a faculdade de requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente prova de sua identificação civil. Entretanto, a fotografia permanecerá nos registros da Polícia. E, absolutamente nenhuma consideração foi feita em relação ao direito de o investigado ou acusado requerer a exclusão de seu perfil genético da base de dados, na hipótese de arquivamento do inquérito, rejeição da denúncia ou mesmo absolvição.
- (5) ASWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4. ed. New York: Oxford University Press Inc., 2010. p. 141-142.
- (6) *Idem*, *ibidem*, p. 143.
- (7) *Idem*, *ibidem*, p. 145. De acordo com os referidos autores, um em cada três jovens negros estava incluído na base de dados do DNA, enquanto a proporção entre os brancos, era de um a cada oito jovens.
- (8) Sobre essa questão, **Aury Lopes Jr.** escreveu, em artigo publicado no *Boletim IBCCRIM*, 236, de julho de 2012, intitulado Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (“*nemo tenetur se detegere*”)?, que diante do silêncio da lei seria sustentável a aplicação, por analogia, do prazo previsto para se requerer reabilitação. Nesse caso, seria permitida a exclusão do perfil genético do banco de dados, decorridos dois anos da extinção da pena.
- (9) Referido princípio integra o ordenamento jurídico nacional, decorrendo do art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal; do art. 14, n. 3, alínea “g”, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do art. 8.º, § 2.º, alínea “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos ratificados pelo Brasil e incorporados ao direito nacional pelos Decretos 592, de 06.07.1992 e n. 678, de 06.11.1992, respectivamente. Verte ainda do devido processo legal, do direito à defesa, da presunção de inocência e da dignidade humana, princípios tutelados no Texto Constitucional.
- (10) A propósito, de minha autoria, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.
- (11) A questão é controvertida, no entanto. Basta verificar que, em curto período de tempo, o STJ modificou seu entendimento a respeito da matéria. Inicialmente, aplicava o princípio *nemo tenetur se detegere*, afastando o crime do art. 307 do Código Penal quando o indivíduo se atribuísse falsa identidade perante a autoridade policial para ocultar maus antecedentes ou ainda se falseasse nome e idade (v.g., HC 130.309/MS, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29.06.2009). Após julgamento do RE 640.139, pelo STF, no qual foi reconhecida repercussão geral, passou o STJ a decidir que se configurava o crime de uso de documento falso, quando o objetivo do agente era ocultação de antecedentes (HC 151.866, 5.ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13.12.2011) ou ainda se o fizesse para ocultar sua condição de foragido (HC 205.666, 6.ª T., rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 23.08.2011).
- (12) Veja-se que o art. 9.º, § 2.º da Lei de Execução Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 12.654/2012, dispõe que: “*A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético*”. Na mesma esteira, o Decreto 7.950, de 12.03.2013, em seu art. 1.º, § 1.º, dispõe que o Banco Nacional de Perfis Genéticos tem o objetivo de “*armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes*”.
- (13) De minha autoria, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, cit., p. 411.
- (14) *Idem*, *ibidem*, p. 411-419.
- (15) Para os condenados, a autorização judicial só será necessária para consulta ao banco de dados, por parte das autoridades policiais, cf. art. 9.º-A, § 2.º, da Lei 7.210, de 1984, com redação da Lei 12.654/2012.

**Maria Elizabeth Queijo**  
Mestre e Doutora em Processo Penal pela USP.  
Advogada.

# Ressocialização *versus* legalidade: em prol de uma possível comunicação na execução penal

Luís Carlos Valois

## 1. Introdução

Independentemente do fim que se atribua à pena de prisão, o preventivo ou o retributivo, com suas variantes, o certo é que qualquer um deles precisa comunicar algo. Mesmo que o fim adotado seja só o de vingança, a vítima (da vingança, no caso) precisa saber que o mal que lhe está sendo causado deriva de uma conduta anterior assim reconhecida.

Ocorre que a comunicação se faz por intermédio da linguagem e há muito que o direito se vê preso a termos, expressões e rituais que o afastam cada vez mais desse objetivo. E não é só em razão de termos desconhecidos por parte dos réus e condenados, objetos do Direito Penal, mas também, e principalmente, porque há palavras que confundem até os que se consideram técnicos do Direito.

Na execução penal, em que a própria expressão *Estado Democrático de Direito* soa meio desconstruída, o distúrbio é maior, vez que a realidade de nossos cárceres passa longe das higiênicas decisões judiciais.

Portanto, é nesse meio que o cuidado deve ser redobrado para não estarmos reproduzindo um exercício de poder cego e inaudível, mais próximo de um ato de violência do que de uma prática científica.

É chegada a hora de tentarmos abolir certos termos como *benefício*, por exemplo. Chamar direito do cidadão preso ou de quem quer que seja de *benefício* é diminuir, dificultar e não raramente obstaculizar esse direito. Os direitos inerentes à execução penal viram *permissão* para que não possam ser exigidos:

“Os que detêm o poder conhecem muito bem a diferença entre direito e permissão. [...] O direito, no sentido estrito da palavra, dá acesso ao exercício de um poder à custa de outro poder. A permissão não diminui o poder de quem a concede, não aumenta o poder de quem a recebe”.<sup>(1)</sup>

Assim, a progressão de regime, o livramento condicional, o trabalho penitenciário são ideologicamente tidos como generosamente permitidos por juízes e demais agentes do sistema penitenciário, um benefício concedido, quando na verdade estão estabelecidos em lei como direitos e assim deveriam poder ser exigidos dentro das regras e parâmetros legais.

## 2. O argumento ressocializador como obstáculo de direitos

Torna mais nebuloso o diálogo na execução penal o uso dos termos integrantes do “leque de *ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação”,<sup>(2)</sup>

A progressão de regime, o livramento condicional, o trabalho penitenciário são tidos como generosamente permitidos por juízes e demais agentes do sistema, um benefício concedido, quando na verdade estão estabelecidos em lei como direitos e assim deveriam poder ser exigidos dentro das regras e parâmetros legais

porque o preso não se sente, e ninguém de fato acha que ele esteja, em uma instituição reeducadora.

A hipocrisia não faz sentido, a não ser para amenizar a consciência de alguns profissionais necessitados em fantasiar diferentes os calabouços de nossas prisões. O preso tem consciência de não ser um *reeducando* e não será a varinha mágica de algum acórdão ou sentença que mudará essa situação. Chamá-lo somente de condenado, réu, apenado, de acordo com as circunstâncias, ainda que omitindo os diversos direitos vilipendiados, já seria um avanço.

E o pior é que nessa seara, a da ressocialização, considerada algo bom por todos, o ruído na comunicação se agrava quando percebemos ser termo usado até para agravar as sanções. Em estudo recente,<sup>(3)</sup> entre 500 acórdãos encontramos 257 decisões que usavam a palavra ressocialização e seus derivados para aumentar a pena ou negar direitos de execução penal.

O apenado só pode sentir como violência quando fica sabendo que estará mais distante da liberdade porque precisa passar mais um ou dois anos em uma penitenciária fétida, para fins de ressocialização, ou quando lhe dizem ser importante permanecer em regime fechado para uma suposta *terapêutica penal*.<sup>(4)</sup>

Constitui-se verdadeiro abandono de qualquer comunicação dizer em uma decisão judicial, para uma pessoa presa, que lhe será negada a progressão para o regime aberto porque a sua passagem pelo regime semiaberto é necessária para a ressocialização, como fazem muitos julgados que negam a assim pejorativamente denominada “progressão por salto”,<sup>(5)</sup> apesar de reconhecerem que o sentenciado já cumpriu período superior de pena em regime fechado.

## 3. A remição alcunhada de ficta pelo pensamento ressocializador

Outro apelido apreciado pela jurisprudência encarceradora é o de *remição ficta*. Ora, sendo o trabalho um direito do preso (art. 41, II, da LEP) e um dever do Estado (art. 28 da LEP), é consequência lógica que a remição também seja um direito e um direito material estritamente ligado à pena em curso.

Se com o trabalho ou o estudo o preso pode remir parte da pena (art. 126 da LEP), e o trabalho é um direito integrante dessa pena, caso o preso não possa trabalhar, por acidente (art. 126, § 4.º, da LEP) ou por falta de vagas, ao mesmo deve ser concedida a remição como um direito, mas a jurisprudência, mais uma vez, principalmente fazendo uso do desgastado discurso ressocializador, tem negado tal direito aos encarcerados.<sup>(6)</sup>

Por certo a legislação não previu a concessão de remição por ausência de vagas de trabalho, mas isso acontece obviamente porque uma legislação não é obrigada a prever o seu próprio descumprimento. Na situação em que era possível a previsão da impossibilidade de trabalhar, quando o preso estivesse doente, a lei foi expressa declarando a continuidade da remição.

O julgador acredita, ou alega acreditar, que a ressocialização se dá pelo trabalho e como não houve o efetivo exercício de atividade laboral, o preso não teria direito à remição, ou seja, para o Judiciário, o preso não tem direito à remição porque não se ressocializou. Uma interpretação que desconhece a realidade do trabalho penitenciário, o qual é somente uma ocupação muitas vezes até mesmo relacionada a atividades que poderiam ser consideradas o oposto dos valores ligados ao que se pretende seja a ressocialização.

Em verdade, os tribunais acabam se transformando em mais um braço militar do Estado, que nega permanentemente uma quantidade enorme de direitos à pessoa presa, assim como avaliza um sem-número de inquéritos policiais irregulares, compactua com invasões de residências em favelas, tudo em nome da segurança, não a segurança jurídica, mas a segurança social. Esta segurança não chegou nem perto de alcançar os ideais do positivismo lombrosiano, mas se contenta em ser apenas uma capenga segurança militar, voltada contra muitos e em favor de poucos.

Nenhum direito é ficto. O ganho salarial a mais e o dobro de dias que juízes e promotores têm a título de férias, além dos que são permitidos ao trabalhador comum, não se chamam ganhos fictícios; mas quando o preso tem expressamente o direito de trabalhar e de remir parte de sua pena e o próprio Estado não lhe permite usufruir desse direito, a pretensão de obtê-lo é chamada pejorativamente de remição ficta.

#### 4. Uma substituição viável

Assim, acreditamos que a abolição de palavras, como benefício e ressocialização do vocabulário na execução penal, proporcionaria mais vantagens para uma interpretação que desprestigiasse o encarceramento do que desvantagens. Todo conteúdo humanitário que há na ideia ressocializadora pode ser substituído pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por certo alguns agentes, movidos pelo ideal da ressocialização, conseguem melhoras aqui e acolá em alguns estabelecimentos penais, pintam-se celas, constroem-se escolas ou enfermarias que duram o tempo frágil que permite a vontade política do momento, mas o distante Judiciário tem usado o termo como subterfúgio, de aparência científica, para encarcerar cada vez mais.

O princípio da dignidade da pessoa humana não se presta tão facilmente para a finalidade de encarcerar, como tem servido a ressocialização. Não há como o juiz dizer: “– Aumento a sanção penal em dois anos em prol da dignidade da pessoa humana”; ou “– Indefiro a progressão de regime, mantendo o apenado em regime fechado, em penitenciária de segurança máxima, para fins de resguardo da dignidade da pessoa humana”. São afirmações que se expõem, revelam o ruído da comunicação, soam contraditórias.

Ainda que o termo *ressocialização* também não soe bem, pois ideal exhaustivamente refutado pela realidade, como ideal acaba se sustentando. Dignidade da pessoa humana, muito mais do que um ideal, é situação de fato e perfeitamente verificável, principalmente em circunstâncias de violação, como é o caso da pena privativa de liberdade.

*“Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade”.*<sup>(7)</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é anteparo suficiente para que o Direito Penal não se torne uma cega retribuição, o que pareceria ser o caminho de um direito punitivo sem ideal ou, como queiram, sem uma finalidade científica. Não é necessário, portanto, fazer uso de ideais imprecisos que têm servido duplamente, em favor da dignidade do ser humano e como fundamento para a violação desta.

Não há como se reacear perder o pouco alcançado pelos anos de reivindicação ressocializadora de reforma e melhoria no campo penitenciário, porque todos esses avanços podem perfeitamente ser mantidos com o argumento de assim se estar fazendo em nome da dignidade da pessoa humana. O instrumento “progressão de regime”, que também foi responsável pelo aumento das penas, pode ser preservado como ingrediente de esperança na pena de prisão e, portanto, com base na necessária dignidade do ser humano; o trabalho prisional também não precisa do ideal ressocializador e pode ser defendido com base no argumento de que o abandono em uma instituição do Estado é indigno

para qualquer um; e assim por diante. Estando a dignidade da pessoa humana como objetivo primeiro do projeto ressocializador, tudo o que foi alcançado por este de positivo pode ser mantido com o abandono do ideal e a assunção do verdadeiro propósito.

Oportuna a lição de **Karl Popper** de que a ciência se faz menos pelo acúmulo de verdades e mais, “*sobretudo por eliminação de erros na procura da verdade*”.<sup>(8)</sup> E a hipótese aqui é justamente esta, a de que adotado o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro do Direito Penal, este erre menos do que tem errado ao aceitar o volúvel ideal de ressocialização.

Por outro lado, sabe-se que a estrita legalidade pura e simples não é caminho certo para a Justiça. Todavia, em sede de execução penal ainda não estamos próximos nem mesmo da legalidade liberal iluminista de **Beccaria**. A barbárie que toma conta de cadeias e prisões cega o profissional da execução penal, técnico ou jurista, este também cada vez mais técnico do que jurista, fazendo do princípio da legalidade algo a ser alcançado.

Com todas as suas deficiências e mutilações, a Lei de Execução Penal, se cumprida no que se refere ao respeito do ser humano preso, serviria como ótimo instrumento para uma pena com menos violência. A segurança e a certeza do princípio da legalidade são *benefícios* que o condenado não conhece.

No dizer de **Eros Grau**, “*o nosso drama está em que a legalidade e o procedimento legal resultam, inúmeras vezes, perversos e violentos, funcionando como nossas derradeiras defesas, contudo, contra a perversidade e a violência*”.<sup>(9)</sup> Em outras palavras, a legalidade é o mínimo (ou o mínimo de legalidade é o necessário) para se almejar qualquer progresso no caminho de uma execução penal menos desumana.

#### 5. Considerações finais

*Ressocialização*, seja como ideal, seja como argumento dogmático ou sonho moral, reveste-se em algo que se percebe o oposto da legalidade, uma vez que a ambiguidade daquela abre espaços para fundamentar qualquer conduta do poder, em uma ação arbitrária da pior espécie, pois camuflada de boas intenções.

Um conteúdo normativo em si pode ser considerado arbitrário, mas o será menos se for “*obtido e justificado a partir do potencial racional imanente à práxis cotidiana*”.<sup>(10)</sup> Portanto, a verdadeira legalidade é aquela que leva em consideração a realidade, constatação que expõe a oposição entre o princípio da legalidade e o ideal ressocializador, principalmente quando este vem como justificador da prisão.

Deveria ser suficiente dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, na letra da Constituição Federal, e que o princípio da legalidade é a base do Direito Penal desse Estado; assim estaria vedada qualquer consideração oriunda da intenção ressocializadora de quem quer que seja na atividade punitiva, mas a prática judicial tem demonstrado o contrário.

**Os tribunais acabam se transformando em mais um braço militar do Estado, que nega permanentemente uma quantidade enorme de direitos à pessoa presa, assim como avaliza um sem-número de inquéritos policiais irregulares, compactua com invasões de residências em favelas, tudo em nome da segurança**



Por isso não deve cessar a defesa da estrita legalidade, somada ao respeito à dignidade da pessoa humana do preso, para que depois, somente depois, possamos avançar dizendo que o direito cumpre seu papel como instrumento comunicativo.

## Referências

- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. n. 9, jan.-jun. 2007. p. 364-388.
- VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et. al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- legalidade na execução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. O presente artigo é uma reflexão oriunda do trabalho citado, resultado de dissertação de mestrado junto à Universidade de São Paulo.
- (4) “[...] somente o regime inicial fechado revela-se adequado à perfeita individualização da pena e no próprio aproveitamento da terapêutica penal pelo condenado, voltada à ressocialização a fim de que possa após refletir sobre sua conduta buscar o alto e a retidão” (TJSP, 3.ª Cam. Crim., São Vicente, rel. Gustavo Alexandre Belluzo, j. 17.12.2009).
- (5) STJ, 5.ª T., HC 118.128/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20.10.2009, DJe 16.11.2009.
- (6) TJRS, Ag 70034335752, 8.ª Cam. Crim., rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 17.03.2010; TJSP, 5.ª Cam. Crim., Ag 9185890-15.2007.8.26.0000, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 27.09.2007; TJRJ, 2.ª Cam. Crim., Ag 0036998-55.2006.8.19.0000 (2006.076.00037), rel. Des. J.C. Murta Ribeiro, j. 11.07.2006.
- (7) SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. n. 9, jan.-jun. 2007. p. 364.
- (8) Apud MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 148.
- (9) GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 169.
- (10) HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 473.

## Notas

- (1) Jean-Claude Milner apud ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 58.
- (2) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et. al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 126.
- (3) VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da*

**Luís Carlos Valois**

Mestre e Doutorando em Direito Penal  
e Criminologia pela USP.

Membro da Associação de Juizes para Democracia.  
Juiz Titular da Vara de Execuções Penais.

# Os crimes contra o consumo e os princípios fundamentais do direito penal

12

*Sergio Chastinet Duarte Guimarães*

A transformação da sociedade capitalista em sociedade de consumo exigiu a instauração de ordem jurídica que a regulamente e legitime. Surgem os movimentos consumeristas e a necessidade de proteger a “galinha dos ovos de ouro do capitalismo pós-industrial”.<sup>(1)</sup>

Novas necessidades... novas leis. Não por acaso uma das primeiras manifestações públicas clamando pela proteção do consumidor foi feita por **Henry Ford**, um dos idealizadores da produção industrial massificada, que é um dos pilares da sociedade de consumo. Dizia ele que “o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que o seu elo mais fraco”.<sup>(2)</sup>

Assim, o direito do consumo veio substituir o Direito do Trabalho como um direito tutelar da reprodução das relações econômicas fundamentais na sociedade capitalista; as funções que antes eram exercidas por este na sociedade em que prevaleciam as relações econômicas de capital e trabalho agora passam a ser exercidas por aquele em uma sociedade em que o consumo passou a ser o fator econômico fundamental. Primo pobre, primo rico...

O direito do consumo aparece como um sistema de normas multidisciplinares e não dispensa a utilização das normas penais como instrumento mais contundente do qual o Estado dispõe para impor seu poder de império. Aparece, então, o direito penal do consumo, como ramo do moderno direito penal econômico, situado dentro do leque de estratégias adotadas pelo capitalismo reformado para a intervenção e regulamentação da economia.

A larga utilização de normas penais em branco, elementos normativos do tipo, recurso à técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato e a ideia de prevenção geral positiva, entre outros, contribuem para mudança de paradigma do chamado bom e velho direito penal liberal.

Em contraposição ao chamado direito penal clássico, ou de garantias, surge um direito penal dito secundário,<sup>(3)</sup> pragmático e simbólico, que flexibiliza as garantias individuais em favor de uma maior eficiência no cumprimento das funções que lhe são atribuídas.

O fenômeno vem sendo destacado pela doutrina. **Hassemer e Muñoz Conde** tratam desta nova realidade, advertindo sobre o surgimento de um “novo direito penal”, que está sendo convertido, “a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en una soft law, en un medio de dirección social”.<sup>(4)</sup> Já **Jesús-María Silva Sánchez** demonstrou em seu primoroso estudo os motivos e as consequências disso que chama de “expansão do Direito Penal”, lembrando não ser “infrequente que se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva)”.<sup>(5)</sup>

A legitimidade desta opção político-criminal pela construção de um direito penal secundário, com garantias flexibilizadas, é objeto de celeuma na doutrina. Enquanto alguns autores a rejeitam, sustentando

que a administrativização do Direito Penal “*banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva*”,<sup>(6)</sup> outros a entendem como opção legítima, posicionando-se no sentido de que “*o novo direito penal econômico surge para dar respostas e apresentar soluções que o modelo clássico-liberal do direito penal não soube apresentar*”.<sup>(7)</sup> Filio-me à primeira corrente, por considerar que a redução de garantias configura desarrazoado incremento de poder punitivo, com a consequência de aumento do nível de violência do sistema penal e de sua ação predatória sobre indivíduos vulneráveis, além de encobrir problemas sociais cuja solução demanda mudanças estruturais, que afinal deixarão de ser efetivadas em razão da ilusão fornecida pela solução criminalizante.

Voltando ao tema específico, pode-se dizer que o direito penal do consumo constitui um ramo do direito penal econômico em sentido amplo,<sup>(8)</sup> que, apartando-se do direito penal clássico, sem maiores cerimônias, flexibiliza as garantias individuais de limitação ao poder punitivo.

A seguir trataremos de alguns princípios fundamentais do Direito Penal que são contrariados pela legislação penal de proteção ao consumo no Brasil, consubstanciada nos arts. 61 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – e 7.º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

## 1. Princípio da lesividade

Este princípio, também conhecido como princípio da ofensividade, limita poder punitivo ao afastar do âmbito penal condutas que não lesionem bem jurídicos de terceiros.<sup>(9)</sup> Como se vê, repousa sobre a ideia de bem jurídico, e se torna vão, caso se passe a admitir a proteção de valores demasiadamente abstratos.

A doutrina admite a proteção de bens jurídicos individuais, coletivos e mesmo difusos,<sup>(10)</sup> mas há um limite quantitativo desta difusão que pode levar à criminalização de condutas que não ofendem nenhum bem jurídico (dessubstancialização do bem jurídico). É pertinente a colocação de **Claus Roxin**, no sentido de que, diante da ausência de “*una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido*” do que seja bem jurídico, nada impede que se considere como tal abstrações inaceitáveis, como, por exemplo, “*las concepciones morales dominantes*” ou mesmo “*la estructura heterosexual de las relaciones sexuales*”.<sup>(11)</sup>

Cabe aqui indagar se o bem jurídico “relações de consumo” configura um valor social difuso penalmente tutelável ou constitui uma abstração que ofende a ideia de bem jurídico.

A definição de direito penal do consumo por parte dos autores que se debruçaram no assunto mostra que se está a proteger a ordem jurídica extrapenal incidente sobre a atividade de consumir produtos e serviços. Para **Antonio Herman Benjamin**, por exemplo, o direito penal do consumo é o “*ramo do direito penal econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores*”.<sup>(12)</sup>

Daí se infere que estamos tratando de um bem jurídico normativo, consistente na própria ordem jurídica incidente sobre a atividade econômica do consumo. As relações de consumo constituem simples bem jurídico mediato, pois o que se está a proteger através da integridade da regulação jurídica incidente sobre o tráfico de bens e serviços é o próprio consumo enquanto fato econômico estrutural na sociedade pós-industrial; este é o interesse macroeconômico para o qual se volta a potencialização dos vínculos entre consumidores e fornecedores. Trata-se de bem jurídico único, contemplado especialmente por meio da intangibilidade do ordenamento jurídico que incide sobre o mesmo.

Não se discute que o consumo de mercadorias e serviços é um dado da realidade social que pode ser protegido, mas não me parece que erigir

parte do próprio ordenamento jurídico à categoria de interesse penalmente tutelado permita “*uma base material precisa ao ilícito penal*”, como exige **Odone Sanguiné**.<sup>(13)</sup> Parece-me que eleger o próprio ordenamento jurídico como objeto da proteção da norma incriminadora implica uma espécie de violação do dever para com o Estado, de triste memória,<sup>(14)</sup> que substitui a referência concreta a um valor ou interesse da vida social.<sup>(15)</sup>

Ao situar o bem jurídico como conceito-limite entre a política criminal e o Direito Penal, **Von Liszt** demonstrou que o mesmo é como uma porta que garante o acesso da dogmática penal à realidade social; que constitui o fundamento e a razão de ser da potestade punitiva.<sup>(16)(17)</sup>

Nesse sentido, a perda da referência concreta a um bem jurídico determinável significa para o Direito Penal o clímax do processo que o desconecta aos interesses sociais legítimos existentes no meio social em que se insere, e então a punição se transforma em mero instrumento contundente para implementar projetos políticos, sem qualquer referência à ideia de justiça.

## 2. Princípio da subsidiariedade

O fundamento da autoria nos crimes contra o consumo repousa na infração ao dever extrapenal. Analisando sistematicamente o Código de Defesa do Consumidor, veremos que todas as normas incriminadoras ali existentes tipificam condutas sobre deveres extrapenais previstos em outras normas daquele diploma.<sup>(18)</sup>

É possível tecer críticas aos chamados crimes de infração ao dever, cuja autoria não repousa no domínio final do fato, mas sim da infração a um dever previsto em leis que não são penais.<sup>(19)</sup> A substituição do domínio final pela infração ao dever obscurece as fronteiras entre o injusto penal e administrativo/civil, possibilitando interpretações punitivas aberrantes da legalidade. Outro aspecto é que incursiona no caminho de uma responsabilidade penal objetiva, na medida em que tira o enfoque da autoria sobre o exercício da vontade reitoria (objetivização do delito), e o transfere para uma circunstância normativa (infração a um dever extrapenal).

Sob este prisma, a montagem do injusto penal a partir do injusto civil ou administrativo faz da norma incriminadora um simples reforço de normas previstas em outros ramos do direito, o que configura violação ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito Penal é um instrumento subsidiário de proteção a bens jurídicos, não devendo ser utilizado quando outros ramos do direito bastem para resolver o conflito.

Os exemplos fáticos comprovam isso. Punir com até dois anos de prisão o vendedor de sorvetes que fez publicidade e não organizou os dados fáticos que a fundamentam se assemelha a disparar um tiro de canhão contra uma mosca. E o que dizer do vendedor de relógios que entregou ao consumidor um termo de garantia contratual com alguma imprecisão?

A falta de tradução em embalagens de produtos é outro exemplo. A conduta se encontra suficientemente sancionada pelo Direito

A substituição do domínio final pela infração ao dever obscurece as fronteiras entre o injusto penal e administrativo/civil, possibilitando interpretações punitivas aberrantes da legalidade, e configura violação ao princípio da subsidiariedade

Administrativo, mas a confusão entre as esferas de dever previstas nos arts. 31 e 66 do CDC muitas vezes implica deslocar o caso para a esfera penal, com violação ao princípio da subsidiariedade.<sup>(20)</sup>

### 3. Outros princípios

Outros princípios fundamentais do Direito Penal são atingidos de forma menos óbvia.

A legalidade é potencialmente violada pela excessiva utilização de normas penais em branco e elementos normativos do tipo.

Exemplo de contrariedade a este princípio encontramos na interpretação da norma do art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990. Doutrina e jurisprudência vêm entendendo que se trata de uma norma penal em branco, que deverá ser complementada pelo art. 18, § 6.º, do Código de Defesa do Consumidor. Ora o inciso II desta norma consumerista considera impróprio qualquer produto “*em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação*”.

Ainda que se entenda, com a maioria da doutrina, que a norma penal em branco – a despeito de enfraquecer a função de garantia do tipo – não chega a ofender o princípio da legalidade, a norma integradora deve fazer diretamente a complementação do preceito, e nunca remeter a tarefa para uma terceira norma, sob pena de inaugurar uma cadeia de remissões na qual se esvai o princípio da legalidade.

Na verdade, admitir que a norma do art. 18, § 6.º, II, do CDC possa complementar o preceito incriminador daquela prevista no art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990, significa admitir como crime a violação a qualquer norma regulamentar de fabricação, distribuição ou apresentação de produtos ou serviços, o que me parece francamente ofensivo ao princípio da legalidade. A se pensar assim, quase todas as violações ao Código de Defesa do Consumidor serão consideradas crime.

O que dizer então da norma do art. 18, § 6.º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que considera impróprios “*os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam*”?

Parece evidente que um tipo penal que incrimine a conduta de expor à venda produto que *por qualquer motivo* seja inadequado ao que se propõe introduz em nosso ordenamento a responsabilidade objetiva, na medida em que criminaliza a conduta independente de culpa do fornecedor. Também configura violação ao princípio da taxatividade, pois o tipo passa a ser inadmissivelmente aberto.

Por essa razão entendo que o art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990 não descreve uma norma penal em branco. O conceito de matéria-prima ou mercadoria imprópria ao consumo corresponde a um elemento normativo do tipo, que deve ser preenchido pelo julgador sem a remissão ao art. 18, § 6.º, do CDC.<sup>(21)</sup> Do contrário, abre-se um espaço amplo para a violação aos princípios da culpabilidade e da legalidade.

### Referências bibliográficas

- BALDAN, Édson Luis. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BENJAMIN, Antonio Herman. O direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 103-129.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto: política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. *Revista de Direito Penal*. n. 30. Rio de Janeiro: Forense, jul.-dez. 1980. p. 38-54.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do
- fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela penal do consumo*: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do art. 7.º da Lei n. 8.137, de 27 dez. 1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto enderecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1995.
- MONTE, Mario Ferreira. *Da proteção penal ao consumidor*: o problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*: tomo 1 – fundamentos – la estructura de la teoría del delito. Tradução para língua espanhola por Diogo Manuel Luzon Peña e outros. Madrid: Civitas, 1997.
- SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor: perspectiva criminológica e penal. *Revista dos Tribunais*. ano 81, vol. 675. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1992. p. 315-329.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TAVARES, Juez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 1, número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1992. p. 75-87.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORON, Alberto Zacharias. Falta de tradução em embalagem do produto não é crime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 40, dez. 1996. p. 10.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

### Notas

- (1) A expressão é do Professor **Nilo Batista**.
- (2) *Apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 54.
- (3) **Mario Ferreira Monte** define direito penal secundário como aquele que “*existe por referência aos direitos sociais e econômicos consagrados na Constituição e não aos direitos, liberdades e garantias (estes constituem a referência do direito penal clássico, ou de justiça)*” (*Da proteção penal ao consumidor*: o problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Almedina, 1996. p. 59).
- (4) *La responsabilidad por el producto enderecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1995. p. 26.
- (5) *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- (6) ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 50.
- (7) BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- (8) Adoto aqui a clássica distinção de **Bajo Fernandez**, que define direito penal econômico em sentido estrito como “*o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia*”, e em sentido amplo como aquele que protege “*a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços*” (*apud* BALDAN, Édson Luis. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 127 e 130).
- (9) Excelente definição deste princípio encontramos em **Morris & Hawkins**: “*Ao menos para a lei penal, o homem tem o direito inalienável de ir para o inferno vestido com as suas próprias roupas, desde que, pelo caminho, não ofenda diretamente a pessoa ou a propriedade alheia. O direito penal é um meio inadequado de impor aos outros uma correta condução de vida*” (*Apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 13).
- (10) Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do



fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- (11) *Derecho penal, parte general*: tomo 1 – fundamentos – la estructura de la teoria del delito. Tradução para língua espanhola por Diogo Manuel Luzon Peña e outros. Madrid: Civitas, 1997. p. 54-58.
- (12) O direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. ano I, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 110.
- (13) Introdução aos crimes contra o consumidor – perspectiva criminológica e penal. *Revista dos Tribunais*. ano 81, v. 675. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1992.
- (14) A ideia fundamentou a quebra das garantias penais na Alemanha nazista, sob os auspícios da Escola de **Kiel**.
- (15) O Professor **Juarez Tavares** considera inconstitucional “as disposições que proíbem por proibir, que sancionem penalmente as infrações às normas regulamentares, ou que façam da norma penal somente o reforço para a obediência, sem qualquer referência à proteção de bem jurídico” (Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 1, número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1992.
- (16) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto: política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. *Revista de Direito Penal*. n. 30. Rio de Janeiro: Forense, jul.-dez. 1980. p. 38.

- (17) Para **Juan Bustos Ramírez**, prescindir da ideia de bem jurídico “é colocar o ordenamento jurídico nas nuvens, fora do alcance do povo, deixar entregue o ordenamento jurídico à arbitrariedade; pois, não se poderiam conhecer suas razões e, também, deixar entregue o legislador à arbitrariedade, pois ele não saberia como fundamentar as leis” (*ibidem*, p. 50).
- (18) É o que se observa confrontado os arts. 63 e 9.º do CDC; 64 e 10, § 1.º; 65 e 10, *caput*; 66 e 31; 67 e 37, § 1.º; 68 e 37, §2.º; 69 e 36, parágrafo único; 70 e 21; 71 e 42; 72 e 43, *caput*, 73 e 43, § 3.º, 74 e 50, parágrafo único.
- (19) Cf. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 338.
- (20) Cf. TORON, Alberto Zacharias. Falta de tradução em embalagem do produto não é crime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 40, dez. 1996, p. 10; GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte Guimarães. *Tutela penal do consumo*: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do art. 7.º da Lei n. 8.137, de 27.dez.1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 96.
- (21) Cf. GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte Guimarães. *Op. cit.*, p. 163-168.

**Sergio Chastinet Duarte Guimarães**

Mestre em Ciências Criminais pela UCAM-Centro.

Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.

Advogado.

## Embriaguez ao volante e a prova do elemento normativo “capacidade psicomotora alterada”

*Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon*

Poucos autores conseguiram desvendar tão bem o comportamento do motorista brasileiro como fez o antropólogo **Roberto DaMatta**, no seu livro *Fé em Deus e pé na tábua, ou, Como e por que o trânsito enlouquece no Brasil*, quando identifica que a questão da violência no trânsito, antes de tudo é cultural, e envolve o paradoxo igualdade versus hierarquia. Segundo o autor,<sup>(1)</sup> no trânsito, “nos transformamos em hierarcas superiores em um espaço marcado pela igualdade. Admoestamos e damos lições brutais aos que ousam desobedecer ou desafiar o fato estabelecido de a rua ser dos carros. Os pedestres, tomados como peões ou inferiores, figuras menores e com menos direitos, atrapalham nossa circulação como motoristas. Toda vez que nos apossamos de algum veículo, isso surge em nosso espírito, e até hoje não sabemos bem o porquê”.

Para confirmar essa lúcida retratação da nossa realidade, o psicólogo, especialista em trânsito, **Reinier J.A. Rozestraten** afirma que o trânsito tem o caráter e a inteligência de quem o realiza e o veículo é o espelho da pessoa que o conduz, a sua imagem e semelhança. Na condução do veículo automotor, a pessoa revela seu grau de sensibilidade e a sua satisfação ou insatisfação com a vida. Portanto, a afirmação recorrente de que o veículo transforma as pessoas não é de todo correta, pois conforme o referido autor o veículo apenas possibilita condições para que as pessoas se revelem como elas verdadeiramente são ou vivem,<sup>(2)</sup> constatação essa que traz toda a complexidade do humano para a direção do automóvel.

E dentre as conclusões de **DaMatta** está a de que para sua pesquisa: “seria inútil realizar a costureira démarche legislativa porque como estamos fartos de saber, vale muito pouco clamar por novas leis que eventualmente nos levem a um código de trânsito mais adiantado que o sueco, o alemão ou o britânico, assim como de quase nada adianta instalar equipamento americanos de última geração e transformar

nossas ruas em bulevares parisienses sem ter suecos, alemães, ingleses, americanos e franceses para transitar nelas, obedecendo e honrando os códigos. Sem promover novas leis e desenhos institucionais em sintonia com a internalização dessas regras junto aos cidadãos que devem orientar e balizar o avanço será muito lento”.

Todavia, mesmo identificada a complexidade envolvida nesse problema de saúde pública, que somente em 2010, matou 40.610 pessoas, colocando o Brasil em um triste 5.º lugar mundial em óbitos no trânsito,<sup>(3)</sup> ao invés da ênfase em medidas efetivamente eficazes de enfrentamento, como é o caso do investimento maciço e continuado, desde os bancos escolares, em educação para o trânsito, vem o mesmo recebendo – e de maneira praticamente isolada –, tratamento com ênfase legislativa. E, ultimamente, o que tem dominado a polêmica das alterações legais em matéria de trânsito é a questão do consumo de álcool e de outras substâncias psicoativas causadoras de dependência.

Hoje, em nível administrativo, com o advento da “Lei Seca” (Lei 11.705, de 19 de junho de 2008 e, mais recentemente, Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012), que, entre outras alterações, trouxe nova redação aos arts. 165, 276 e 277 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro – CTB), no caso de qualquer quantidade de álcool ou substância psicoativa ingerida, ou ainda, de o motorista se negar a se submeter aos exames de verificação previstos no *caput* do art. 277 do CTB (“teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos permita certificar a influência do álcool ou substância psicoativa”), estará ele sujeito ao recolhimento do documento de habilitação, à retenção do veículo, à suspensão do direito de dirigir por 12 meses, além da multa de quase dois mil reais. Ou seja, apenas pela constatação de que tais penalidades são previstas sem considerar qualquer diferenciação no tocante à quantidade ingerida, já é possível falar-se em excesso. Sem contar os evidentes efeitos colaterais trazidos

com essas medidas, nos casos em que o motorista exerce seu direito constitucional ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) e é punido com extrema gravidade (desproporcionalidade).<sup>(4)</sup>

Mas passemos à seara do Direito Penal, mais especificamente ao novo elemento normativo do art. 306 do CTB e o ônus probatório dele decorrente, conforme o presente artigo se propõe a tratar.

Após estar prevista no art. 306 do CTB, com a redação dada pela Lei 11.705/2008, a prática do crime de embriaguez ao volante para quem “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, que segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, era crime de perigo abstrato,<sup>(5)</sup> a partir da Lei 12.760/2012, passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

§ 1.º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2.º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3.º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”

Ou seja, como se observa, incluiu o legislador um elemento normativo no caput do aludido tipo e passou a exigir para a configuração do crime que o motorista esteja dirigindo “com a capacidade psicomotora alterada”, o que pode ser constatado por concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas por litro de ar alveolar, ou ainda, mediante sinais que indiquem na forma disciplinada pelo Contran alteração da capacidade psicomotora (*ex vi*, Resolução 432, de 23 de janeiro de 2013 do Contran, publicada no *Diário Oficial da União* de 29.01.2013<sup>(6)</sup>). De qualquer modo, ainda que varie a forma de constatação, é necessária a prova da alteração da capacidade psicomotora, para o que poderão ser usados os demais elementos supracitados, presentes no § 2.º.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio de sua 3.ª Câmara Criminal, no último dia 9 de maio de 2013, no julgamento da Apelação Criminal 70051305852, decidiu, por unanimidade, que “a interpretação combinada do caput do art. 306 do CTB com seus parágrafos 1.º e 2.º, indicam que a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da concentração alcoólica igual ou superior a 6dg (§ 1.º, I), mas, além disso, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora (caput), na forma do disposto no § 2.º, ou seja, por meio de exame clínico, de perícia, de vídeos ou de testemunhas”.<sup>(7)</sup> Ou seja, na prática, segundo a decisão, houve um incremento no ônus probatório, seja do agente/autoridade de trânsito, seja da acusação, não bastando mais a realização do exame do bafômetro. Feito o teste e detectada concentração igual ou superior à prevista na lei, somente será típica a conduta se constatada a redução da capacidade psicomotora, a ser comprovada pelos meios de prova previstos no § 2.º do art. 306 do CTB. Abaixo desse limite legal, não há tipicidade.

A questão é polêmica, sem dúvida, mas é inegável que o respeitável entendimento adotado se deu a partir de mais uma alteração na seara penal (pela Lei 12.760/2012), envolvendo o mesmo art. 306 do CTB,

no qual foi incluído o referido elemento normativo no tipo antes inexistente,<sup>(8)</sup> ou seja, há agora a exigência de que o motorista conduza o automóvel com a capacidade psicomotora alterada. Ademais, os incs. I e II do § 1.º do art. 306 trazem hipóteses de constatação da “alteração da capacidade psicomotora”, todavia, não permitem dispensar a prova concreta da ocorrência de tal alteração, na forma do § 2.º do mesmo artigo, inclusive, sob pena de se adotar perigosa presunção *juris et de jure* em sede de configuração típica. Assim, como se vê, à luz dessas variáveis, a orientação do *decisum* foi no sentido de interpretar em favor do acusado o dispositivo em tela, estabelecendo o incremento do ônus acusatório quanto à prova da tipicidade.<sup>(9)</sup>

De qualquer modo, independentemente da interpretação que vier a ser consolidada em relação ao aludido dispositivo, o fato é que a efetiva e consistente redução da violência no trânsito, como já mencionado, passa não pelas alterações legislativas, inclusive as realizadas no âmbito penal, mas por uma mudança de cultura do povo brasileiro – no trânsito e fora dele, o que somente se consegue com educação.

## Notas

- (1) DAMATTA, Roberto. *Fé em Deus e pé na tábua, ou, Como e por que o trânsito enlouquece no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 8.
- (2) ROZESTRATEN, Reinier J. A. *Os sinais de trânsito e o comportamento seguro: manual para compreender os sinais de trânsito e aprender o que deve ser feito na sua presença*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1996. p. 79.
- (3) Dados do Ministério da Saúde à disposição em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/2933/162/transito-mata-mais-de-40-mil-brasileiros.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.
- (4) Pelo menos, enquanto não declarada nos autos da ADIn 4.103 em tramitação no STF, já com parecer favorável da Procuradoria da República, a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 5.º da Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, que acrescentou o § 3.º do art. 277 do CTB, prevendo as gravosas sanções administrativas mencionadas para o caso de negativa em fazer o exame previsto na lei, no exercício do direito constitucional à não autoincriminação.
- (5) Nesse sentido, ver: HC 239.607/RJ, 5.ª T., Min. Laurita Vaz, j. 21.05.2013; HC 231.566/RJ, 6.ª T., Min. Og. Fernandes, j. 11.06.2013; e HC 256.065/RJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura; 6.ª T., 07.02.2013).
- (6) Constam no Anexo II da Resolução os sinais de alteração da capacidade psicomotora do condutor a serem observados pelo agente fiscalizador: quanto à aparência (sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito); quanto à atitude (arrogância, exaltação, ironia, falante, dispersão); quanto à orientação (saber onde está, data e hora); quanto à memória (saber o endereço e lembrar dos atos cometidos); quanto à capacidade motora e verbal (dificuldade no equilíbrio e fala alterada).
- (7) A decisão se deu na mesma linha de acórdão anterior da 3.ª Câmara do TJRS, na Apelação 70053529715.
- (8) Elementos normativos estes que, como preleciona **Aníbal Bruno**, por não serem puramente descritivos: “exigem para o seu entendimento uma apreciação particular do julgador” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal – parte geral*, tomo I: Introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216).
- (9) Como afirma **Aury Lopes Jr.**: “a partir do momento que o réu é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção de inocência que deve ser destruída pelo acusador sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito ao silêncio – nemo tenetur se detegere)”. E dispõe, ainda, o autor, que mesmo com a previsão do art. 156 do CPP no sentido de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, deve esse dispositivo ser lido à luz da garantia constitucional da inocência, de modo que “incumbe ao MP o ônus total e intransferível de provar a existência do delito”, portanto, não só no tocante à tipicidade, como também à ilicitude e à culpabilidade (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 549 e 551).

**Fabício Dreyer de Avila Pozzebon**  
Mestre em Ciências Criminais e  
Doutor em Direito pela PUC-RS.  
Professor Titular de Direito Penal da PUC-RS.  
Advogado.

# Letalidade e vitimização policial: um estudo de situações de alto risco<sup>(1)</sup>

*Tânia Pinc*

## 1. Introdução

Para fins deste estudo, situações de alto risco são os encontros entre policiais e infratores em que existe elevada possibilidade de emprego da força letal. O ponto chave deste encontro é a tomada de decisão do policial pelo uso da arma de fogo.

O nível de força desejável no encontro da polícia com infratores é a prisão. Entretanto, existem situações em que o risco de morte para o policial e ou para terceiros é tão alto que a força letal se torna necessária. De maneira geral, se o policial decide pelo uso da arma de fogo nessas ocasiões, pode provocar a morte de alguém; caso decida por não usar, pode morrer. Nesse sentido, a letalidade e a vitimização policial são fenômenos associados à tomada de decisão do policial pelo uso da arma de fogo em situações de alto risco.

Colocado de outra forma, estamos assumindo que, em situações de probabilidade de morte para policiais e terceiros, a força letal tende a ser o nível ideal de força e pode provocar a morte do infrator. Quando o policial decide não usar a força letal nessas ocasiões, estará empregando um nível de força inferior ao ideal e dessa forma pode se tornar vítima.

Entretanto, existem situações de risco em que o nível ideal não é a força letal. Caso o policial decida pelo uso da força letal nessas ocasiões, estará usando um nível superior ao ideal. O resultado pode ser a morte de alguém em razão de uso excessivo da força pela polícia.

Neste artigo estudamos a letalidade e a vitimização policial sob a perspectiva das políticas públicas e com ênfase no processo que antecede o resultado letal, ou seja, a conduta do policial durante a situação de risco, em especial a tomada de decisão pelo uso da arma de fogo. Assumimos que, embora ambos sejam resultados indesejados, a letalidade e a vitimização policial fazem parte do trabalho da polícia, no entanto, cabe à organização policial e ao governo do Estado desenvolver políticas de controle.

O objetivo central deste estudo é descrever aspectos da dinâmica policial presentes nas situações de alto risco, desconhecidos pelo público em geral, que podem contribuir para melhor compreensão desses fenômenos. Como hipótese, sustentamos que a tomada de decisão e o consequente resultado estão associados ao perfil do policial, apresentados neste trabalho.

A fonte principal deste estudo é a experiência profissional acumulada em anos de trabalho na Polícia Militar do Estado de São Paulo, em especial, nos períodos de participação na formulação e implementação de duas políticas públicas que tinham como meta controlar a letalidade policial. Além disso, o uso da força pela polícia tem sido tema de pesquisas anteriores (PINC, 2007; 2011). Este estudo não divulga dados que não são públicos.

## 2. Letalidade e vitimização: matar ou morrer?

A letalidade é um dos temas que mais desperta interesse dos estudiosos sobre polícia no Brasil. Salvo raras exceções, os estudos existentes tendem a se concentrar no campo disciplinar dos direitos humanos, em cuja perspectiva a letalidade representa a negação do trabalho da polícia. Essas pesquisas focam no resultado letal da

ação policial, ou seja, a quantidade de pessoas que a polícia mata e a conclusão dos estudos tende a apontar para propostas punitivas ou de reforma no modelo da organização policial. Essa perspectiva guarda um componente histórico associado ao período do regime militar e muitas vezes assume tom acusativo, pouco contribuindo para o controle desse fenômeno.

No Brasil, a vitimização policial é um tema que desperta menos interesse que a letalidade. Polícia é uma profissão em que o risco de morte está presente, quer de forma objetiva, quer não. O principal recurso para prevenir a vitimização policial é o preparo profissional, pautado em técnicas e procedimentos que proporcionam ao policial a capacidade de diminuir o grau de exposição ao risco e empregar o grau de força proporcional a esse risco.

## 3. Perfil do policial em relação ao uso da força letal

A polícia é uma das instituições mais visíveis do Estado em razão da natureza particular do mandato que a autoriza utilizar a força com o objetivo de manter a ordem pública. Isso compreende fiscalizar, deter, prender e até mesmo, sob circunstâncias justificáveis, ferir ou matar alguém para cumprir seu dever (DELORD; SANDERS, 2006).

Nesse sentido, a letalidade policial é um resultado que faz parte do trabalho, mesmo sendo a força letal o último recurso a ser empregado e devendo ser evitada ao máximo. Como mencionado acima, em determinadas circunstâncias, a força letal é o grau de força proporcional ao risco e, nestes casos, a ação policial encontra amparo legal. Ao contrário disso, a morte de policiais em serviço é um evento injustificável. Em alguns países, as leis penais consideram um fator agravante da pena quando a vítima de homicídio é policial, pois o crime é tido como uma agressão ao Estado.

De maneira geral, situações de alto risco não podem ser consideradas como experiência rotineira. Diferentemente do que os filmes policiais mostram, é raro o encontro em que o policial tenha que fazer uso da arma de fogo. Sendo assim, é muito difícil para a organização policial manter todo o efetivo altamente preparado para enfrentar situações de alto risco, pois o treinamento raramente é colocado em prática.

Com base em observações e estudos do trabalho policial, reconhecemos quatro perfis de policiais no que se refere ao uso da força letal: (i) uso proporcional; (ii) uso intuitivo; (iii) dilema do semáforo

O principal recurso para prevenir a vitimização policial é o preparo profissional, pautado em técnicas e procedimentos que proporcionam ao policial a capacidade de diminuir o grau de exposição ao risco e empregar o grau de força proporcional a esse risco



travado; (iv) uso intencional.

O primeiro perfil representa o grupo de policiais que emprega a força letal de forma *proporcional* e por isso é o mais bem preparado. Mesmo diante do risco de morrer, esse policial consegue orientar sua conduta por padrões seguros e a escolha pelo uso da arma de fogo é realmente o último recurso. A morte decorrente das ações deste grupo tende a ser um resultado inevitável e pode ser considerada como morte justificável. Além disso, esse grupo tem capacidade para controlar o grau de exposição ao risco e a chance de vitimização é baixa. Esta é a conduta policial desejável.

O segundo perfil – *uso intuitivo* – está relacionado ao despreparo profissional para atuar em situações de risco. A tendência é de que o resultado letal seja incidental, porque esse grupo de policiais reage intuitivamente ao risco, deixando de adotar condutas seguras e dessa forma se tornam mais vulneráveis. Em razão da elevada exposição, eles são obrigados a antecipar a escolha pelo uso da arma de fogo para se proteger. Em alguma medida, esse resultado morte pode ser evitado, caso o policial esteja mais bem preparado. Nesse caso, a chance de vitimização do policial é alta. Ele tende a agir por reflexo e não racionaliza a tomada de decisão.

Para ilustrar o terceiro perfil usamos a metáfora do “*semáforo travado*”: imagine um carro parado em um cruzamento em que o semáforo está vermelho. Atrás dele vão parando outros carros. Os motoristas não sabem, mas o semáforo travou no vermelho, enquanto na outra via travou no verde. Passado alguns segundos, a fila vai aumentando e alguns motoristas impacientes começam a buzinar. Eles só poderão sair dali se o motorista do primeiro carro da fila decidir ultrapassar o sinal vermelho.

Por um lado, os motoristas que buzinaem entendem que isso não representa transgressão, porque é um ato totalmente justificável e necessário, “afinal de contas o semáforo só pode estar quebrado!”. Por outro, o motorista do primeiro carro não tem certeza de que o semáforo está travado, portanto ainda considera que ultrapassar o sinal vermelho representa uma infração às leis de trânsito. Quanto tempo o primeiro motorista consegue suportar as buzinas que praticamente “gritam” para ele seguir em frente? O dilema está implantado: respeitar a lei e ouvir as buzinas; ou transgredir e parar de ouvi-las.

Existem casos em que a tomada de decisão pela força letal se assemelha ao *dilema do semáforo travado*. O policial se encontra em situação que favorece o disparo da arma de fogo contra alguém considerado infrator e ele deve decidir se dispara ou não. O policial sabe que matar alguém é uma infração à lei, mas ele começa a ouvir a “buzina” tocada por parcela da organização policial e da sociedade. Esses grupos entendem que a morte de criminosos praticada por policiais é um fato justificável em qualquer circunstância, mas especialmente se os criminosos reagiram tentando matar os policiais.

Diante disso, como explicar a prisão ou a fuga se o criminoso poderia ter sido morto? Policiais tendem a decidir pelo resultado letal para deixar de ouvir as buzinas que “gritam”, para reafirmar a crença de que a morte de criminosos é um resultado esperado. Contrariar as “buzinas” é um ato que requer coragem. As mortes resultantes do dilema do semáforo travado tendem a ser evitáveis, porém isso depende mais do investimento em punição do que no preparo profissional. Nesse caso, a chance de vitimização é baixa. O policial tem condições de ponderar e racionalizar a tomada de decisão. Na maior parte das vezes, está em situação que privilegia sua segurança, enquanto que o não policial está exposto.

Por fim, o perfil do *uso intencional* da força letal. Para esses policiais, a morte faz parte do cotidiano e onde quer que estejam trabalhando esse resultado tende a ocorrer. Dificilmente esse grupo poderá ser

corrigido. Caso não sejam condenados, ou enquanto isso não ocorre, a organização policial deve mantê-los afastados do policiamento. A possibilidade de vitimização para esse grupo é pequena, pois nessas circunstâncias o policial tende a ter controle sobre a situação. Poderia decidir pela prisão do criminoso, mas opta por matá-lo. É esse grupo que pratica as execuções.

#### 4. Discussão sobre os perfis

Os dados disponíveis não permitem conhecer a distribuição da letalidade entre esses diferentes perfis. Porém dentre os quatro, apenas um (uso proporcional da força letal) responde aos parâmetros desejáveis e legais. Os demais excedem, em alguma medida, o uso da força necessária. Entretanto, as condutas mais graves são decorrentes do perfil do uso intencional da força. Estima-se que este é o grupo menos numeroso, porém com tendência a aumentar, caso o governo do Estado e a organização policial não desenvolvam políticas eficientes de controle.

A vitimização policial é um fenômeno que tende a estar associado a alguma falha procedimental. No entanto, é um assunto pouco ou nada analisado pela organização policial. Diante da morte de um companheiro, os policiais tendem a se calar. Até mesmo os burocratas de alto e médio nível tendem a não comentar o fato. Essa ausência de resposta é justificada como uma forma de respeito ao policial morto. Uma crítica à sua conduta poderia significar uma violação à sua memória.

Do ponto de vista do controle, existem dois fatores que estão ausentes nas situações de alto risco: (i) a vigilância; e (ii) parâmetros claros que estreitam as escolhas do policial. Entendemos que para melhorar o controle da letalidade, o governo do Estado e a organização policial devem desenvolver políticas que aprimorem esses fatores. Quanto à vitimização policial, uma medida importante seria aumentar a discussão interna sobre esse tema, sem temor de assumir as falhas dos policiais.

#### Referências

- DELORD, R.G.; SANDERS, C.J. et alli. *Police labor-management relations: perspectives and practical solutions for implementing change, making reforms, and handling crises for managers and union leaders*. U. S. Department of Justice, 2006. v. 1.
- LIPSKY, M. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russel Sage Foundation, 1980.
- PINC, T. *Treinamento policial: um meio de difusão de políticas públicas que incidem na conduta individual do policial de rua*. 2011. 246 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O uso da força não-letal pela polícia nos encontros com o público*. 2006. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. ano 8, n. 16. Porto Alegre, jul.-dez. 2006. p. 20-45.

#### Notas

- (1) Trabalho apresentado no 19.º Seminário Internacional do IBCCRIM, de 27 a 30 de agosto de 2013, São Paulo, Brasil.

**Tânia Pinc**

Pós-doutoranda em Administração Pública  
e Governo (EAESP-FGV).

Doutora e Mestre em Ciência Política (USP).

Major da Reserva (PMESP).

Descasos

# Escritório de advocacia no CDP

Alexandra Lebelson Szafir

Era um tempo longínquo, em que não havia vagas suficientes em estabelecimentos prisionais adequados ao cumprimento de penas no regime semiaberto para todos os presos que a tal regime tinham direito. A Secretaria da Administração Penitenciária, encabeçada à época pelo Dr. Nagashi Furukawa (o qual hoje engrandece os quadros da advocacia paulista), primando pela transparência, disponibilizava no seu site uma lista dos presos que aguardavam as vagas, com seus respectivos lugares na “fila”, a qual obedecia a uma rigorosa ordem cronológica. Essa lista era atualizada *diariamente* e evitava privilégios indevidos, como algum preso eventualmente “*furando a fila*” de forma e por motivos suspeitos.

O Desembargador Renato Nalini, então Vice-Presidente do saudosos Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, era o responsável pela apreciação dos pedidos de liminares nos *habeas corpus* que eram ajuizados naquela Corte. Com seu costumeiro senso de justiça, quando se deparava com *writs* em favor de presos que aguardavam essas vagas, de pronto reconhecia a ilegalidade existente no fato de eles estarem em regime mais severo do que aquele a que tinham direito e concedia liminares para que aguardassem em regime aberto até o surgimento da vaga no regime intermediário.

Naquela época, tínhamos um cliente preso preventivamente em um dos Centros de Detenção Provisória da Capital. Eu estava no parlatório e conversávamos sobre a sua defesa. Não lembro como entramos no assunto dos presos que aguardavam vagas no regime semiaberto – já que ele não era um deles. Talvez falássemos da superlotação daquele estabelecimento prisional, realmente a memória me falha. Seja como for, acabei contando a ele das liminares que estavam sendo concedidas

nesses casos. Também comentei que não era necessário ser advogado para impetrar *habeas corpus*.

Ele, imediatamente, me pediu que lhe enviasse um modelo desses *habeas corpus* para poder ajudar seus colegas de cárcere naquela situação. Quando voltei ao escritório, atendi de pronto ao pedido dele.

Dali a cerca de 15 dias, voltei ao CDP para, novamente, falar com ele sobre a sua defesa, que era bem complexa. Já me dirigia ao parlatório como de costume, quando os funcionários, após confirmarem quem era o meu cliente, abriram a primeira grade que me separava da carceragem e me conduziram a uma sala.

Chegando lá, deparei-me com uma cena que jamais imaginei ver na vida: a tal sala era um miniescritório de advocacia! Não tinha computador, é verdade, mas contava com uma máquina de escrever; não havia ar-condicionado, mas um grande ventilador refrescava o ambiente. O “advogado”? Era o meu cliente! Desde que eu tinha lhe mandado o modelo de *habeas corpus*, já desafogara o superlotado CDP de mais de SETENTA presos com direito ao regime semiaberto, transferidos liminarmente para o aberto! Os casos eram todos catalogados em um grande gaveteiro de ferro com pastas suspensas.

Meu cliente tinha até um “secretário”: outro preso que me ofereceu doces e refrigerantes – os quais aceitei de bom grado.

Achei fantástico!

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

19

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

## COORDENADOR-CHEFE:

Rogério Fernando Taffarello

## 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 Tripodi, Cecília de Souza Santos, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Douglas Lima Goulart, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eduardo Augusto Paglione, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, 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, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanino 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 Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius Lapetina.

## COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Antonio Carlos Bellini Júnior, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thaís de Melo, Eduardo Samoil Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Érica Santoro Lins Ferraz, Fabiano Yuji Takayanagi, Felipe Bertoni, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanino Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros,

Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matias Dallacqua Illg, Milene Maurício, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Suzane Cristina da Silva, Thaís Tanaka e Thaís Bernhardt Ribeiro.

## PROJETO GRÁFICO:

Lili Lungarezi - lililungarezi@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:

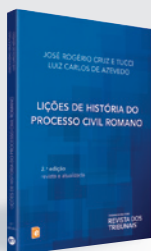
Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP  
Tel.: (11) 3111-1040 (tranco-chave)  
www.ibccrim.org.br

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS | LIVRARIA

# AS MELHORES OBRAS PARA VOCÊ!

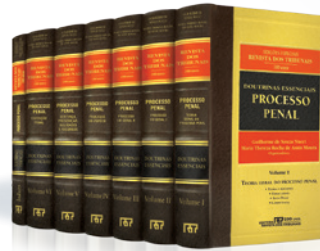
Imagens ilustrativas



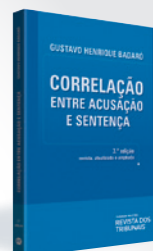
**LIÇÕES DE HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL ROMANO**  
2.ª edição  
José Rogério Cruz e Tucci e  
Luiz Carlos de Azevedo



**MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL**  
Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011  
COORDENAÇÃO  
Og Fernandes



**COLEÇÃO DOCTRINAS ESSENCIAIS PROCESSO PENAL – 7 VOLS.**  
Mais de 500 artigos publicados  
ORGANIZADORES  
Guilherme de Souza Nucci e  
Maria Thereza Rocha de Assis Moura



**CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA**  
3.ª edição  
Gustavo Henrique Badaró

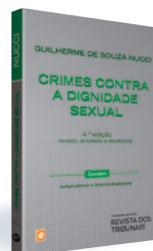
Imagens ilustrativas



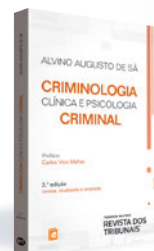
**UM PANORAMA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**  
3.ª edição  
Luís Greco



**CRIMINOLOGIA**  
5.ª edição  
Sérgio Salomão Shecaira



**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**  
4.ª edição  
Guilherme de Souza Nucci

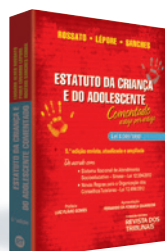


**CRIMINOLOGIA CLÍNICA E PSICOLOGIA CRIMINAL**  
3.ª edição  
Alvino Augusto de Sá

Imagens ilustrativas



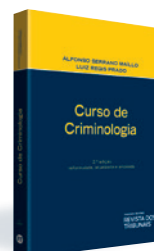
**LEI DE DROGAS COMENTADA**  
5.ª edição  
COORDENAÇÃO  
Luiz Flávio Gomes



**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**  
Comentado artigo por artigo  
5.ª edição  
Luciano Alves Rossato,  
Paulo Eduardo Lépre e  
Rogério Sanches Cunha



**RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROFISSIONAIS JURÍDICOS**  
Os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal  
Raúl Cervini e  
Gabriel Adriasola



**CURSO DE CRIMINOLOGIA**  
2.ª edição  
Alfonso Serrano Maíllo e  
Luiz Regis Prado



**CURSO DE DIREITO PENAL Parte Geral**  
5.ª edição  
René Ariel Dotti

TELEVENDAS 0800-702-2433

SÃO PAULO • São Paulo • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Cascavel • Londrina • Maringá • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIÁS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió [www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br) Endereços completos em: [www.rt.com.br/lojas](http://www.rt.com.br/lojas) ou [www.livrariart.com.br/lojas](http://www.livrariart.com.br/lojas)



THOMSON REUTERS