

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

SOBRE A TUTELA DA INTIMIDADE

Já seria lugar-comum afirmar que o desenvolvimento tecnológico, característico das últimas décadas, modifica ou mesmo inaugura modalidades de ofensas a bens jurídicos, o que representa um desafio aos estudiosos do Direito Penal. Embora um olhar mais apurado possa detectar que a tecnologia catalisa a criminalidade no que ela tem de mais tradicional – fica difícil imaginar um assalto urbano feito atualmente sem o uso do celular, como também seriam impraticáveis os agendamentos de batalhas das torcidas de futebol, ausentes as redes sociais, é diante de casos de maior divulgação que explodem os questionamentos acerca da necessidade de regulação dos novos meios de comunicação, com as corriqueiras propostas de criminalização de uma ou outra nova conduta, surgida da casuística. Em especial, as recentes publicações na Internet de fotografias *hackeadas* que expunham, sem consentimento, o mais íntimo de uma conhecida atriz nacional (à parte de sua possível relação com um crime de extorsão), reacendem a discussão sobre os mecanismos de controle penal da Internet.

A abordagem menos apaixonada do tema exige abstrair alguns elementos que poderiam retirar do observador a objetividade: o chamamento da resposta penal mais firme, por conta da propaganda, muitas vezes involuntária, advinda da representatividade da figura pública vitimada já levou a consequências graves em termos de recrudescimento de leis, disso sabemos todos. Esse mesmo fator pode obscurecer elementos de análise que viriam sem esforço à mente do penalista, a exemplo da autocolocação do ofendido em risco, bem como a parcialidade dos pedidos de *cadeia* a quem tenha permitido vazar arquivos digitais com fotos da atriz, como se esse fora um dos delitos mais graves que assolam o país. Não o é.

Mas ainda assim, o caso realmente desvela a necessidade de um esforço para definir problemas de imputação que afloram, como novidade, no mundo virtual. Se ainda resta alguma dúvida de que o papel dos antigos editores de jornais vem sendo substituído pelo funcionamento dos instrumentos de busca da Internet, que automaticamente compõem as manchetes da *web*, não deve o penalista duvidar de que destes tempos em diante enfrentará ainda outras questões de imputação análogas, ou seja, havidas quando a inteligência artificial decide, talvez sem qualquer interferência humana, a quem irá ofender. Ao contrário, leis que poderiam dar pistas da responsabilidade de garante, como controlador de uma fonte de risco ao bem jurídico – como era o caso da Lei de Imprensa, com seu instituto de responsabilidade sucessiva – foram retiradas do nosso ordenamento, porque entendidas inconstitucionais pelo tribunal competente. Em outros termos, se pouco soubemos lidar com o conflito entre liberdade de expressão e honra, quando nos tempos de imprensa escrita e relativamente centralizada, mais improvável será

que solucionemos rapidamente atritos de semelhante natureza, no capilarizado e democrático espaço virtual.

Essa dificuldade de lidar com os novos meios tecnológicos é, portanto, quase um lugar comum. O que parece bem menos discutido, daí a exigir mudança de foco, é saber quanto tempo tardará o legislador nacional para harmonizar o ordenamento penal aos valores de um Estado Democrático, que sabemos claramente inscritos na Constituição. Daí o ser atitude mais relevante, perante o desenvolvimento do poder ofensivo da tecnologia, questionar a falta de proteção do legislador nacional a um dos bens jurídicos mais caros em um estado que pretende tutelar direitos da personalidade: a intimidade.

Como fator essencial do desenvolvimento da pessoa, esse valor tem atualmente uma infraproteção legislativa. Não obstante várias leis internacionais, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 12), ou a Declaração da ONU 3.348, que em meados da década de setenta, quando os computadores mal surgiam, conclamou os Estados-membros a tomarem medidas para proteger a população dos efeitos do mau uso da tecnologia, os avanços na redação de normas que protejam o cidadão diante da capacidade imensa de combinação de dados e de divulgação do mundo virtual segue, no País, a passos lentos. Nosso Código Penal não nomina a *intimidade* como valor protegido, daí tipos que em ordenamentos estrangeiros são dela fator de proteção, aqui ainda resistem como elementos de um Estado patrimonialista e quase totalitário: é assim que a violação de segredo profissional se dirige a uma autônoma “inviolabilidade de segredos”, sugerindo a maior gravidade da quebra de um *dever* que do risco ao livre desenvolvimento da personalidade; no mesmo artigo, a inserção de um supérfluo elemento normativo, da locução “sem justa causa”, indica que o legislador observa causas justificantes para a ação típica, muito mais amplas que as inscritas na Parte Geral do Código; a quebra de sigilo do funcionário público, mesmo depois de reformado no ano 2000, denota a proteção apenas da Administração, que deve manter inviolável sua esfera de segredo de Estado, novamente deixando de lado a referência ao direito individual. Entre outras circunstâncias, ilustradas em um Código que concede ao *constrangimento ilegal* a terça parte da pena que comina ao *furto*, em clara indicação dos valores maiores que pretende proteger: o patrimônio e a autoridade. Esses valores, globalmente analisados, não são os que predominam na Lei Maior.

Em outras palavras, talvez o problema do legislador penal não esteja nos novos riscos que o mundo tecnológico carrega consigo. O problema está em saber se (e quando) conseguiremos reequilibrar o sistema punitivo à valorização democrática dos bens jurídicos relacionados ao desenvolvimento livre da personalidade, entre os quais está a intimidade – direito de artistas reconhecidos e de cidadãos comuns.

EDITORIAL

SOBRE A TUTELA DA INTIMIDADE.....1

- **BALANÇO POBRE APÓS NOVE ANOS DE LUIS MORENO COMO PROMOTOR CHEFE DO TPI, SUA SUCESSORA SOMENTE PODE FAZER MELHOR**
Kai Ambos.....3

- **UM BALANÇO POSITIVO: DEZ ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**
Sylvia Steiner.....4

- **A VULNERABILIDADE SEXUAL DO MENOR**
João Daniel Rassi.....6

- **DUAS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DO CRIME DE ESTUPRO**
Eduardo Viana.....7

- **A REFORMA DO JUDICIÁRIO – O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DOS INTERESSES**
Maria Fernanda de Toledo Rodvalho.....9

- **A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE NO NOVO DIREITO PENAL ESPAÑOL**
Regina Helena Fonseca Fortes Furtado.....11

- **CRIMINÓLOGOS DO RAP**
Henrique Gualberto Bruggemann.....12

- **LIMITES CONSTITUCIONAIS À FORMAÇÃO DA PROVA NO CRIME DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**
André Myssior e
Bruno César Gonçalves da Silva.....14

- **UM POUCO DE PIERANGELI**
Maurício Kuehne.....16

- **RESILIÊNCIA NO CÁRCERE – CONCLUSÕES SOBRE A MESA DE ESTUDOS E DEBATES**
Eleonora Rangel Nacif.....16

- **COM A PALAVRA, O ESTUDANTE ROUSSEAU E DIREITO PENAL DO INIMIGO: NECESSÁRIA REVISÃO**
Marcelo Pichioli da Silveira.....17

- **DESCASOS MORADOR DE RUA, SIM, PORÉM MIMADO!**
Alexandra Lebelson Szafir.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

- **O DIREITO POR QUEM O FAZ.....1561**

- **JURISPRUDÊNCIA ANOTADA**
 - Supremo Tribunal Federal.....1565
 - Superior Tribunal de Justiça.....1565
 - Tribunal Regional Federal.....1566
 - Tribunal de Justiça.....1567

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

VII Curso de Pós-Graduação em DIREITO PENAL ECONÔMICO

26 de julho a 27 de setembro de 2012 em São Paulo

O Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) reunirão professores portugueses e brasileiros para discussão de temas da área do Direito Penal Económico.

OBJETIVO DO CURSO: promover a atualização de conhecimentos em matéria caracterizada pelo acentuado dinamismo provocado pelo processo de globalização económica e financeira, além de propiciar a compreensão de questões de particular relevância e visão abrangente do Direito Penal Económico.

PÚBLICO ALVO: Advogados, Bacharéis em Direito, Defensores Públicos, Delegados de Polícia, Magistrados e Membros do Ministério Público.

TÍTULO CONFERIDO: de Pós-graduação em Direito Penal Económico, outorgado pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

PALESTRANTES CONFIRMADOS:

- Anabela M. Rodrigues
- Andrei Zenkner Schmidt
- Celso Vilardi
- Cláudia Cruz Santos
- Heloisa Estellita
- José de Faria Costa
- Manuel da Costa Andrade
- Maria João Antunes
- Maurício Zanoide de Moraes
- Pierpaolo Cruz Bottini
- Rafael Mafei Rabelo Queiroz
- Rodrigo de Grandis
- Rodrigo Sánchez Rios

PREÇO ESPECIAL PARA ASSOCIADOS AO IBCCRIM

Consulte valores e programação no
Portal IBCCRIM / www.ibccrim.org.br

Vagas Limitadas



Realização



Informações - IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52 - 4º andar - Centro - São Paulo - SP
Tel. (11) 3111-1040 - curso@ibccrim.org.br

BALANÇO POBRE APÓS NOVE ANOS DE LUIS MORENO COMO PROMOTOR CHEFE DO TPI, SUA SUCESSORA SOMENTE PODE FAZER MELHOR*

Kai Ambos

O Tribunal Penal Internacional (TPI), criado em 1998 e que opera efetivamente desde meados de 2003, tem estabelecido objetivos nobres. Segundo o preâmbulo do seu documento constitutivo, o denominado Estatuto de Roma, ele se ocupa nada menos que com a persecução eficaz e a punição dos principais autores “dos crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto” e que “constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”.

A dificuldade de cumprir esta missão, no entanto, é fácil de observar: em mais de oito anos o Tribunal não concluiu nenhum processo. No primeiro processo, ajuizado contra o comandante paramilitar congolês, Thomas Lubanga Dyilo, a data de prolação da sentença de primeira instância foi reiteradamente postergada e somente no dia 14 de março foi finalmente proferida. Evidentemente que um Tribunal desta natureza não produz somente sentenças. Também tem que se ocupar com uma série de questões preliminares, como, por exemplo, emitir ordens de prisão, examinar acusações ou – um assunto que requer muito tempo – decidir sobre as solicitações das vítimas de participar no processo. Mesmo assim, o TPI está levando a cabo diversos processos contra supostos autores de crimes de guerra e crimes contra a humanidade na África como, por exemplo, contra o presidente sudanês Al-Bashire e contra Saif al Gaddafi, filho do falecido ex-ditador líbio. Por último, o ex-presidente da Costa de Marfim, Laurent Gbagbo, foi transferido à Haia pelo governo que o sucedeu.

No entanto, os casos contra políticos importantes mostram de fato a debilidade do Tribunal: não possui instrumentos próprios para tornar efetivas suas decisões e, por isso, depende totalmente da comunidade internacional. As prisões ou são levadas a cabo pelos próprios Estados (como, por exemplo, no caso de Gbagbo) ou não são efetuadas (assim especialmente no caso de Al-Bashir). Em resumo, não se é injusto com o Tribunal ao se afirmar que, até agora, o balanço de sua atividade é medíocre.

O órgão mais visível do Tribunal, e atualmente também o mais importante, é o Ministério Público, dirigido desde junho de 2003 pelo argentino Luis Moreno Ocampo. Em junho de 2012, ele será sucedido pela jurista gambiana Fatou Bensouda, até agora Promotora adjunta. Ela foi eleita na segunda-feira, 12 de dezembro, por unanimidade, pelos atualmente cento e vinte Estados Partes do TPI. Bensouda, uma jurista prudente e sensível, foi considerada pela maioria dos observadores como uma boa escolha, uma vez que se espera que, como Promotora adjunta de Moreno Ocampo, tenha aprendido *com os erros* e, não, ao contrário, que tenha aprendido *os seus erros*.

O mandato de Moreno Ocampo é visto pela

maioria dos especialistas de forma bastante crítica. Assim, por exemplo, o internacionalista norte-americano David Kaye apresentou recentemente um balanço amplamente negativo na prestigiosa revista *“Foreign Affairs”*. Em seu artigo de aproximadamente dez páginas e que leva o significativo título *“Who’s afraid of the International Criminal Court?”* (Quem tem medo do Tribunal Penal Internacional?), Kaye resume de maneira convincente, e com muito conhecimento interno, a crítica usual contra o estilo de direção de Moreno Ocampo, sua personalidade e falta de conhecimento jurídico profundo: “gestão e estilo de tomada de decisões que o tem distanciado tanto de seus subordinados como de funcionários judiciais”, “batalhas sem importância sobre território e recursos”, “tomada de decisões erradas”, “comportamento temerário”, “acusações de politização”. Por tal razão, alega Kaye, que o mandato de Moreno Ocampo não pode ser valorado como um “êxito”; ao contrário, seus “repetidos avessos judiciais” teriam que “declinar diante das modestas conquistas de seu gabinete”.

Kaye expressa o que muitos pensam e o que já vinha sendo expresso de maneira muito mais drástica, mediante pedidos de renúncia, sobretudo por meios anglófonos de internet.

Lamentavelmente é certo: Moreno Ocampo é o Promotor Chefe que prefere realizar uma conferência com a imprensa do que o estudo dos autos; que prefere se vangloriar de seu papel histórico como “o promotor mais poderoso do mundo” do que se ocupar com intrincadas questões jurídicas. Ele é o acusador que fez pequenos agrados a alguns juízes e que se deixa fotografar de forma apazível com os mais poderosos e famosos do mundo, como, por exemplo, com o presidente ugandês Yoweri Museveni – contra cujas tropas deveria iniciar investigações – ou com grandes artistas do cinema como fez recentemente em um evento em Hollywood. De fato, o mesmo Moreno Ocampo é o “grande do cinema” na filmagem *“The Prosecutor”*, em que ele – no ápice da vergonha – em uma lamacenta praça do povo em Bogoro, ao noroeste da República Democrática do Congo, desce de um helicóptero, em um elegante traje branco, para trazer paz e justiça às pobres pessoas deste povoado esquecido por Deus.

E não é só isso: Moreno Ocampo abriu processos em muitas outras situações do continente africano, o que gerou a recriminação ao TPI de ser um “Tribunal Penal Internacional para a África”. O certo é que também houve outras situações que justificaram a abertura de processo, por exemplo, em relação à Colômbia; todavia, ali anunciou em diversas entrevistas,



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSOR DA PRESIDÊNCIA

Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO:

Alberto Silva Franco

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilares

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Carlos Vico Mañas

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo

Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Pierpaolo Cruz Bottini

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

16º CONCURSO DE MONOGRAFIA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

18º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires Mendes

não poucas vezes na presença de representantes do governo, que os esforços colombianos de justiça e paz são um modelo para o mundo. Talvez possa ser assim, porém, como promotor internacional não deveria fazê-lo na presença dos representantes de um Estado, os quais, inclusive, poderiam ser objeto de investigações.

Lamentavelmente, Moreno Ocampo também ficará na história como o Promotor que após oito anos no cargo não conseguiu levar a termo nem mesmo um só processo. No já mencionado processo contra Lubanga, fomos testemunhas do momento pouco usual em que Moreno Ocampo representou pessoalmente a acusação. No entanto, esteve entretido, aparentemente desinteressado, com seu *Black Berry* e abandonou a audiência com muita frequência, provavelmente, assim se disse, para participar de sessões do Foro Econômico Mundial em Davos. Ademais, pôs em risco o processo, já que se negou a revelar à defesa documentos importantes. Desde então, Moreno Ocampo aparece no melhor dos casos para a leitura da acusação, e, ademais, deixa o campo a Bensouda e, a maioria das vezes, a promotores muito jovens.

Ademais, a Moreno Ocampos é atribuído um mau estilo de gestão e um tratamento arbitrário com o seu pessoal. O certo é que

vários promotores e investigadores experientes, incluindo alguns que participaram da criação do TPI, abandonaram o órgão bastante frustrados. Uma situação que motivou a renomada organização de direitos humanos *Human Rights Watch* a falar de um preocupante “burn out” (esgotamento) do organismo acusador. A saída mais famosa foi a do belga Serge Brammertz, hoje Promotor-chefe do Tribunal para a ex-Iugoslávia, o qual preferiu a janela dourada do Tribunal para o Líbano, com sede em Beirut, do que continuar trabalhando com Moreno Ocampo. Brammertz, um promotor profissional com baixo perfil, que prefere o trabalho jurídico minucioso à chuva de *flashes* das câmeras, é exatamente o oposto de Moreno Ocampo.

Por último, também lhe falta visão estratégica. Não se pode realmente fazer o mundo entender por que em alguns casos e situações abre um processo formal e solicita ordens de prisão, porém em outros não. É somente o efeito público do processo que determina a decisão de Moreno Ocampo? É o tipo de remissão ao TPI (por meio do Conselho de Segurança da ONU, de um Estado ou devido a denúncias de particulares)? Ou é somente – Deus não o queira! – a mera intuição do “promotor”?

Moreno Ocampo, o político que há pouco disse que somente decide de acordo com critérios jurídicos, desde que foi criticado por sua postura política, por exemplo, no processo de Darfur. Moreno Ocampo, o diplomático que parece dominar esta matéria melhor que aqueles, inclusive alemães, que primeiro o puseram no cargo – ainda que não fosse a primeira opção – e imediatamente quiseram retirá-lo o quanto antes. Em resumo, Moreno Ocampo, o primeiro Promotor-Chefe do TPI, que provavelmente entrará nos anais da história muito mais como homem de grandes palavras com ambições artísticas do que como um promotor profissional e exitoso. Esperemos que Fatou Bensouda o faça melhor. Desejamos-lhe muita sorte.

NOTA

(*) Tradução de **Pablo Rodrigo Alfien** (Professor de Direito Penal e Processual Penal da ULBRA, Doutorando em Ciências Criminais - PUCRS e Advogado Criminalista).

Kai Ambos

Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Georg-August-Universidade de Göttingen. Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen.

UM BALANÇO POSITIVO: DEZ ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Sylvia Steiner

Certa vez, há muitos anos, um órgão de pesquisas fez publicar o resultado de uma ampla consulta popular, em que centenas de pessoas foram convidadas a dar notas de um a dez ao desempenho de diversos órgãos e instituições públicas. A instituição melhor votada foi a dos Correios. Uma das mais baixas notas, no total apurado, foi conferida ao Poder Judiciário. Recordo-me de haver discutido esse resultado com um de meus professores mais queridos e respeitados, que se mostrava indignado com a baixa credibilidade do Poder Judiciário junto à população. Apesar de reconhecer as falhas do Judiciário, com sua lentidão e conservadorismo, seu formalismo e positivismo exagerados, o hermetismo de sua linguagem e sua dificuldade em promover mudanças essenciais, eu reconhecia também que incluir o Judiciário na referida pesquisa era extremamente injusto, pois, ao contrário dos outros competidores, o Judiciário sempre contaria, de saída, com um índice de rejeição por pelo menos 50% dos consultados: aqueles que tiveram suas ações julgadas improcedentes, aqueles que tiveram sentenças favoráveis revertidas pelos Tribunais, aqueles que foram condenados etc. Em suma: o Judiciário nunca poderia contar com a aprovação de todos, pois

aqueles que não têm suas pretensões atendidas sempre dirão que “a justiça nesse país não funciona”, ou que “todos os juízes são corruptos”, foram “comprados” pela parte contrária, não leram o processo, e assim por diante.

Pois bem: após quase dez anos como juíza do Tribunal Penal Internacional (TPI), vejo que as coisas no cenário internacional, com algumas refinadas diferenças, não são tão diferentes assim.

O TPI começou a funcionar efetivamente a partir dos primeiros pedidos de prisão que chegaram às mãos dos Juízes das Salas de Juízo Preliminar, a partir das investigações levadas a cabo em Uganda e na República Democrática do Congo em meados de 2004. Um primeiro comentário: ambas as investigações foram iniciadas pela promotoria do TPI a pedido dos próprios Estados, que reconheceram sua incapacidade de procederem, eles mesmos, à investigação dos crimes e ao processo e julgamento dos acusados.

O primeiro caso, relativo à situação de conflito armado em Uganda, nunca chegou à fase de confirmação das acusações, pois os acusados jamais foram presos e entregues ao Tribunal. Continuam foragidos. O segundo caso, referente à situação na República De-

mocrática do Congo e envolvendo o acusado Thomas Lubanga Dyilo chegou à decisão final de mérito há dois meses. O caso iniciou-se em 2006, com a detenção e entrega do suspeito à Corte.

Crítica-se o Tribunal por não ter poderes coercitivos para fazer cumprir suas próprias decisões, dependendo, portanto, totalmente da comunidade internacional. Na maior parte das vezes, parece que esses críticos prefeririam a adoção, por algum órgão supranacional (a ONU?) de tribunais penais internacionais com jurisdição obrigatória, com primazia sobre as jurisdições internas dos Estados. Não se satisfazem os críticos com a ideia de um tribunal penal permanente, com jurisdição complementar a dos Estados, que funcione como um incentivo ao aperfeiçoamento das jurisdições internas dos Estados para que estes possam, num futuro próximo, ter capacidade e condições de proceder eles mesmos ao processo e julgamento dos mais graves crimes que põem em risco a paz e a sobrevivência da humanidade. Preferem, talvez, os tribunais impostos, ou o exercício seletivo da jurisdição universal. Parecem não aceitar a ideia de que a criação de um tribunal internacional por meio de um tratado, ao qual aderem os

Estados voluntariamente, no exercício de um dos mais típicos atos de soberania – a ratificação de tratados – como um passo relevante na evolução do Direito Internacional, especialmente do Direito Penal Internacional. A criação de uma corte que contribua para o desenvolvimento de uma cultura nacional de repressão aos crimes internacionais, e de quebra do ciclo de impunidade que imperava até poucos anos, parece insignificante aos olhos daqueles que preferem justiça rápida, impositiva, coercitiva, uma justiça de resultados imediatos.

O Tribunal Penal Internacional depende, sim, da comunidade internacional para a execução de suas decisões, para a facilitação das investigações, para a cooperação em matéria de proteção às vítimas etc. Não consigo ver nisso um sinal de fraqueza, de fragilidade, ou de ineficiência do TPI. Longe disso. Estou entre aqueles que veem no aperfeiçoamento das normas de cooperação internacional em matéria penal um grande passo adiante, uma nova perspectiva na política de repressão internacional aos crimes contra a paz. Um dia, não serão mais necessários os tribunais *ad hoc*, criados por resolução do Conselho de Segurança da ONU, ou o exercício (por vezes arbitrário) da jurisdição universal. Dos 121 países que ratificaram até agora o Estatuto de Roma, um grande número já implementou em seu sistema legal interno a descrição típica dos crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade, e já estão preparados para, se necessário for, exercer a jurisdição primária para investigar, processar e punir os autores desses crimes.

No Brasil, o Projeto de Lei que implementa o Estatuto de Roma com a tipificação dos crimes, e com as regras de cooperação do Judiciário nacional com o TPI, já foi aprovado pelas diversas Comissões da Câmara de Deputados, e espera-se que vá a Plenário brevemente.

Crítica-se também o Tribunal por ter levado seis anos para concluir seu primeiro caso. A crítica é, de certa maneira, procedente. O que não parece claro para alguns críticos é que a demora na conclusão do primeiro caso se deve principalmente ao fato de estarem, os juízes, mais do que atentos à preservação dos direitos fundamentais dos acusados. O caso Lubanga foi suspenso duas vezes, até que a promotoria acabasse de revelar à defesa as provas potencialmente exculpatórias que havia coligido, e que haviam sido obtidas com obrigação da confidencialidade.

A demora se deve também, sem dúvida, ao fato de ter sido, o caso Lubanga, o primeiro caso trazido ao Tribunal. Somente a fase preliminar – a que se encerra com uma decisão semelhante à decisão de pronúncia em nosso sistema – estendeu-se por cerca de um ano. Não havia precedentes em que se apoiar, já que sequer os tribunais *ad hoc* têm uma fase preliminar. O sistema processual misto, envolvendo aspectos procedimentais de *civil law* e de *common law* a exigir conciliação, a compreensão e implementação de um complexo sistema de comunicação de provas pela acusação à defesa, o hercúleo trabalho de criação e implementação de medidas de proteção às vítimas e testemunhas, a

minim me parecem motivos mais que suficientes a justificar a demora.

O que não dizem os críticos é que, durante esses dez primeiros anos de funcionamento, o TPI iniciou investigações em pelo menos sete situações (investigações sobre fatos ocorridos em certo território. Quinze casos (nossas “ações penais”) foram instaurados. Seis suspeitos e acusados foram presos e enviados ao Tribunal por Estados em cumprimento com suas obrigações de cooperação. Oito compareceram espontaneamente, após notificados do mandado de comparecimento expedido pelas Salas. Dezenas de decisões fundamentais para a evolução da jurisprudência em matéria penal e processual penal internacional foram emitidas. Só para citar uns poucos exemplos, decisões em matéria de responsabilidade penal individual por crimes perpetrados por meio das estruturas de poder, em que o autor imediato dos atos puníveis está muito, muito distante do autor mediato, aquele com poder de determinar se, como e quando o crime será cometido. Decisões em matéria de responsabilidade individual do comandante ou líder pelos crimes de perpetrados pelos subalternos. Decisões em matéria de “abuso de processo”. Decisões em matéria de utilização de provas colhidas em violação à legislação interna de um Estado. Decisões em matéria de participação efetiva de vítimas nos atos do processo. Decisões afirmando patamares e ônus da prova. Decisões em matéria de violação à obrigação de cooperação por parte de Estados.

O que também parece não impressionar os críticos é o fato de que o segundo caso do Tribunal – o caso Katanga e Ngudjolo – está na fase de decisão de mérito, tendo tramitado por menos de *quatro* anos, e o terceiro caso – o caso Bemba – que após pouco mais de *dois* anos já está na fase de apresentação de provas pela defesa. Não se menciona os casos em que a acusação foi julgada improcedente já na fase preliminar, a mostrar os critérios rigorosos de leitura e apreciação de provas. Não se menciona que em seus últimos casos a fase preliminar dos processos se encerrou em menos de um ano.

É certo que há diversos mandados de prisão ainda não cumpridos, pois os Estados se recusam a cooperar com o Tribunal. Esse é principalmente o caso de suspeitos nacionais de Estados que não ratificaram o Estatuto de Roma, não aceitaram submeter-se à sua jurisdição, e não se sentem obrigados a cooperar com o Tribunal. É o caso do Sudão e da Líbia. As situações foram remetidas ao TPI pelo Conselho de Segurança da ONU, que, no entanto, não exerce nenhuma ação coercitiva para trazer os acusados ao Tribunal. Sim, seria melhor se o TPI pudesse fazer cumprir todos os seus mandados de prisão. No entanto, é certo que os suspeitos contra os quais mandados de prisão foram emitidos estão, ao menos, limitados em sua liberdade de ir e vir, uma vez que se entraram em território de um Estado Parte podem ser presos e remetidos ao TPI.

COORDENADORIAS REGIONAIS

- 1.^a REGIÃO (Acre, Amazonas e Roraima)
Luis Carlos Valois
- 2.^a REGIÃO (Maranhão e Piauí)
Roberto Carvalho Veloso
- 3.^a REGIÃO (Rio Grande do Norte e Paraíba)
Oswaldo Trigueiro Filho
- 4.^a REGIÃO (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)
Mohamad Ale Hasan Mahmoud
- 5.^a REGIÃO (Mato Grosso e Rondônia)
Francisco Afonso Jawsnicker
- 6.^a REGIÃO (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)
Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

- 1.^a ESTADUAL (Ceará)
Patrícia de Sá Leão e Leão
- 2.^a ESTADUAL (Pernambuco)
André Carneiro Leão
- 3.^a ESTADUAL (Bahia)
Wellington César Lima e Silva
- 4.^a ESTADUAL (Minas Gerais)
Guilherme Henrique Souza e Silva
- 5.^a ESTADUAL (Mato Grosso do Sul)
Marco Aurélio Borges de Paula
- 6.^a ESTADUAL (São Paulo)
João Daniel Rassi
- 7.^a ESTADUAL (Paraná)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
- 8.^a ESTADUAL (Amapá)
João Guilherme Lages Mendes
- 9.^a ESTADUAL (Pará)
Marcus Alan de Melo Gomes
- 10.^a ESTADUAL (Alagoas)
Ivan Luis da Silva
- 11.^a ESTADUAL (Sergipe)
Daniela Carvalho Almeida da Costa
- 12.^a ESTADUAL (Espírito Santo)
Clecio Jose Morandi de Assis Lemos
- 13.^a ESTADUAL (Rio de Janeiro)
Marcio Gaspar Barandier

BOLETIM IBCCRM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vileas

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecilia Tripodi, Rafael Lira e Renato Stanziola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Alberto Alonso Muñoz, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecilia Tripodi, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thais de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Fabiano Yuji Takayana-gi, Fernanda Carolina de Araújo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Luis Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Ilg, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Paulo Victor Freire Ribeiro, 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, Thais Tanaka, Thaisa Bernhardt Ribeiro.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

PMark Design - Tel.: (11) 2215-3596

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRM

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

E afinal, não têm todos os sistemas penais, além do caráter punitivo ou retributivo, o caráter preventivo? A chamada prevenção geral? Por que negar esse aspecto importante do sistema penal internacional? E a prevenção especial? Dou um exemplo: mesmo tendo contra si um mandado de prisão expedido pelo TPI, o Presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, viajou recentemente a Malawi, que é um Estado Parte no Estatuto. Malawi não cumpriu com sua obrigação de prender e entregar o suspeito ao TPI. O Tribunal, seguindo o procedimento legal previsto, exarou em decisão reconhecendo a violação da obrigação internacional, e remeteu-a para a Assembleia dos Estados Partes – único órgão competente para decidir se aplica ou não sanções aos Estados Partes. Na semana passada, foi noticiado pela mídia que Malawi estava por decidir se convidava o Presidente

Bashir para o *summit* da União Africana. O governo sofre uma grande pressão interna e internacional contra a visita, pois Malawi poderá arcar novamente com sanções econômicas a serem impostas por outros países. Por isso, estaria inclinado a pedir ao Sudão que enviasse “um representante”.

Um dos primeiros mandados de prisão expedidos pelo Tribunal, contra Joseph Kony, de Uganda, pode ser cumprido a qualquer momento. Parece ser agora também prioridade ao governo da República Democrática do Congo o cumprimento do mandado de prisão expedido contra Bosco Ntaganda. Como se vê, por vezes é só uma questão de tempo, de *momentum*. Em relação a Saif Al-Islam Gaddafi, contra quem um mandado de prisão foi expedido, e em relação aos acusados de prática de crimes em Kenia, exceções de inadmissibilidade dos casos foram

propostas pelo governo da Lybia e pelos acusados, respectivamente. As exceções estão sendo processadas, e importantes decisões em matéria de admissibilidade e complementaridade serão exaradas. Precedentes inéditos na justiça penal internacional, trazendo maior segurança jurídica para os Estados e acusados.

Enfim: há quem prefira fazer o balanço das perdas, das falhas, das dificuldades. Eu prefiro fazer o balanço dos ganhos, dos avanços, das conquistas alcançadas, das dificuldades superadas. Uns olham para o copo meio vazio. Outros – como eu – para o copo meio cheio.

Como sempre, não se pode esperar que uma instituição judicial agrade a todos.

Sylvia Steiner

Mestre em Direito Internacional pela FADUSP.

Membro e associada fundadora do IBCCRIM.

Juíza do Tribunal Penal Internacional

A VULNERABILIDADE SEXUAL DO MENOR

João Daniel Rassi

Recentemente a imprensa deu grande repercussão ao antigo debate a respeito da natureza jurídica da presunção de violência nos crimes sexuais, se absoluta ou relativa – hipótese prevista no revogado art. 224 do CP.⁽¹⁾

O caso debatido foi uma decisão da 3.^a T. do STJ que, ao julgar fato ocorrido durante a vigência do art. 224, entendendo cuidar-se de presunção relativa, inocentou um homem da acusação de estupro por ter mantido relações sexuais consentidas com três meninas, menores de 14 e maiores de 12 anos, uma vez que, por serem prostitutas, possuíam experiência sexual.⁽²⁾

Assim decidindo, manteve o julgado a acertada ideia de que o Direito Penal constitui um sistema aberto, aprofundando seus fundamentos sob influência da sociologia no sentido de manter sua legitimidade acompanhando as transformações sociais,⁽³⁾ vale dizer, a construção sexual da juventude na sociedade moderna e líquida.⁽⁴⁾

Mas outro aspecto igualmente relevante e de fato inédito foi aventado no julgamento e que merece destaque para o presente texto. Para reforçar a tese – contrária – de que a presunção deveria ser considerada de forma absoluta, argumentou-se que, com a *novatio legis*, Lei 12.015/2009, a situação não seria diferente, já que o ato sexual com o menor de 14 anos estaria simplesmente proibido.⁽⁵⁾

Como se sabe, a Lei 12.015/2009 revogou o polêmico art. 224, e em seu lugar previu o art. 217-A que, entre outros casos de vulnerabilidade, considera crime o ato sexual praticado com menor de 14 anos.

Acolhendo o entendimento doutrinário de que a menoridade não se tratava de verdadeira

presunção e sim que a qualidade de menor integrava a descrição típica, a nova lei deu novo contorno ao tratamento do tema. Sob esta ótica, havendo ato sexual com o menor de 14 anos, pouco importando sua experiência sexual ou outras circunstâncias, haveria estupro de vulnerável.

Para nós, contudo, a questão não deve ser enfrentada de forma tão categórica, somente no plano da tipicidade formal.

Aliás, neste ponto tem razão **Greco Filho** quando afirma que tipicidade é o ponto de partida e chegada de todo o desenvolvimento do Direito Penal, aí incluindo o Direito Penal sexual. E mais: a legalidade, finalidade de garantia do tipo, somente se perfaz em face da aplicação correta da teoria de interpretação legal e em processo no qual a prova sobre os fatos típicos seja factível e submetida ao controle.⁽⁶⁾

A correta interpretação legal que traduz um Direito Penal como instrumento de garantias pessoais leva em consideração vários outros princípios, tais como o da razoabilidade ou proporcionalidade, do bem jurídico etc., assim como a teoria da imputação.⁽⁷⁾

A assim chamada tipicidade substancial, ou imputação objetiva, é inerente a um Direito Penal cuja missão é a proteção de bens jurídicos,⁽⁸⁾ num sistema aberto. Bem jurídico, a propósito do texto, que tutela capacidade de autodeterminação sexual do menor.⁽⁹⁾ O que a lei quer punir, em outras palavras, é abuso sexual, presente em regra no ato sexual quando a vítima é menor de idade, ou vulnerável, para usar a expressão da lei.

Por outro lado, qualquer interpretação legal

deve ser sistemática. Neste sentido, não se pode esquecer que para o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. A previsão estatutária da idade de 12 anos em confronto com a situação de vulnerabilidade, prevista pelo art. 217-A do CP, abre ensejo para que o intérprete utilize da avaliação substantiva de que houve ou não abuso sexual nos casos em que o menor encontra-se entre 12 e 14 anos.

A existência do abuso implica, segundo **Leite**, um aproveitamento, por parte do agente, “de uma circunstância pré-existente susceptível de colocar a vítima numa situação de fragilidade, para alcançar um objetivo ou conseguir uma prestação de outrem que, de outra forma, nunca aconteceria”.⁽¹⁰⁾ É ele, portanto, constituído de dois elementos: um objetivo, consistente em uma circunstância de desigualdade; e outro subjetivo, baseado no aproveitamento desta circunstância.

Vários são os casos em que estará presente a desigualdade. De acordo com a doutrina, ela estará quase sempre presente pelo simples fato de se tratar de um adulto, embora não necessariamente. No que tange ao aproveitamento da vulnerabilidade e imaturidade do menor, pode ser mencionada hipótese em que o consentimento é obtido por meio de troca de dinheiro, presentes etc., tendo em vista a pouca compreensão do menor do significado ou das consequências do comportamento sexual.⁽¹¹⁾

Finalmente, não haverá abuso sexual quando se trata de relações em que há afeto, como nas experiências sexuais entre menores, desde

que sejam naturais e façam parte do saudável desenvolvimento da identidade sexual.⁽¹²⁾

Nestes termos, a nova sistemática legal deve ser aplicada e, embora tenha dado tratamento diferente aos casos em que há ato sexual praticado pelo menor, a situação é semelhante àquela da presunção, assim entendida como relativa. Para tornar possível a correta aplicação do tipo penal, deve-se levar em consideração todas as circunstâncias em que o crime foi praticado num juízo de valor fático sobre a existência ou não do abuso sexual, este sim, objeto de proteção legal.

NOTAS

- (1) Veja o editorial do *Boletim* n. 234, de maio de 2012.
- (2) EDiv em RESP. 1.021.634/SP, de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura.

- (3) CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 26 e s.
- (4) BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido – Sobre a fragilidade das relações humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- (5) Veja, p. ex., o voto-vista do eminente Min. Gilson Dipp.
- (6) GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria. SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 147-169.
- (7) Idem, *ibidem*.
- (8) Sobre este tema, estamos de acordo com entendimento doutrinário de que a imputação objetiva deva ser equiparada com a tipicidade (TORIO LOPEZ, Angel. *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, jan.-abr, 1986, p. 33-48).

- (9) SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais – Bases críticas para reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 168 e s.
- (10) A definição mais completa, segundo a citada autora, é aquela apresentada pelo *National Center on Child Abuse and Neglect*, segundo o qual o abuso sexual englobará quaisquer "(...) contactos ou interações entre uma criança e um adulto, quando a criança é utilizada para satisfação sexual do abusador ou de outra pessoa. O abuso sexual pode ser cometido entre menores, desde que o agressor seja significativamente mais velho do que a vítima, ou quando está numa posição de poder ou controle sobre a outra criança" (LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia*. Lisboa: Almedina, 2004. p. 41).
- (11) Idem, p. 44 e s.
- (12) Idem, *ibidem*.

João Daniel Rassi

Mestre e doutor em Direito Penal pela USP.
Advogado.

DUAS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DO CRIME DE ESTUPRO

Eduardo Viana

§ 1.º

Os crimes que tutelam a *sexualidade* foram substancialmente alterados com a reforma implementada pela Lei 12.015/2009. No Código de 1890, eles estavam previstos sob a rubrica "Dos crimes contra a segurança da honra, honestidade e do ultraje público ao pudor". Já o Código de 1940, mais conciso, limitava-se a enunciar no Título VI "Dos crimes contra os costumes", cujo objetivo era a tutela do *mínimo sexualmente ético* reclamado pela experiência social.

Embora a legislação de 1940 deixasse visível carga moral dos dispositivos ali encartados, no tocante à criminalização dos atos sexuais, ela não era dos mais censuráveis, vez que não criminalizava os atos homossexuais, a exemplo do que fazia o StGb (§ 175); polonês, dinamarquês, chileno, suíço; tampouco criminalizava o ato sexual com animais (StGb, § 175) e o incesto.⁽¹⁾

A atual legislação preferiu a rubrica "*Crimes contra a dignidade sexual*"; louvável, segundo aponta a doutrina. Olvidando diversas alterações, em razão da limitação espacial, a fusão entre os tipos penais do estupro e atentado violento a pudor foi a mais significativa, pois dela dimanaram diversos problemas, razão pela qual, aqui, limito-me a apenas dois pontos: concurso de crimes (§ 2.º) e resultado morte sem conjunção carnal (§ 3.º).

§ 2.º

A fusão entre tipos penais de estupro (art. 213 do CP) e o antigo atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) inaugurou tormentosa discussão, especialmente no que diz respeito ao concurso de crimes. Antes da reforma, a jurisprudência era firme no sentido de que a prática de estupro e atentado

violento ao pudor configurariam concurso material.⁽²⁾ Agora, estando ambas as figuras em um único dispositivo, a solução não é tão simples.

No STF, 1.ª e 2.ª Turmas, prepondera que a alteração legislativa permite o reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese de conjunção carnal e outro ato libidinoso quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.⁽³⁾ Embora exista divergência na 5.ª T., também o STJ parece inclinar-se nesse sentido.⁽⁴⁾

Se não estou enganado, o ponto nevrálgico do problema reside na possibilidade de reduzir a extensão dos fatos do crime de estupro (conjunção carnal e outro ato libidinoso) a uma ação única. E assim o é porquanto a consequência primordial desta hipótese é afastar, justamente, o concurso material. Portanto, inicialmente, é de se enfrentar a admissibilidade da continuidade delitiva (a) para, secundariamente, investigar a natureza do tipo (b)

a) A figura do crime continuado foi desenvolvida para evitar penas extremamente severas, quase sempre morte, que era estabelecida no caso de três furtos.⁽⁵⁾ A fórmula alcançou prestígio legislativo e, para seu aperfeiçoamento, em regra, é imprescindível que os fatos individuais afetem o mesmo tipo básico ou semelhante e, *em regra*, o mesmo bem jurídico. Além disso, é ainda fundamental uma identidade exterior, representada pelos

dados objetivos de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Identificados estes elementos externos, o segundo nível da discussão se desenvolve sobre o grau de representação do requisito subjetivo. Contrariando a ideia original, um setor da doutrina exige o *dolo total*, ou seja, os fatos individuais se expliquem apenas como realização sucessiva de um todo querido unitariamente.⁽⁶⁾ Outro setor defende o *dolo de continuação*, ou seja, que o ato parcial seja continuação da mesma linha psíquica do dolo anterior.⁽⁷⁾

Inclino-me em direção ao primeiro posicionamento. Deveras, é de se considerar crime continuado, à luz de sua estrutura político-criminal e natureza dogmática, apenas nas hipóteses em que os fatos não sejam independentes, mas que pertençam ao mesmo *disegno criminoso*, ou seja, quando guardem entre si liame suficiente para convertê-los em fato único, de modo a sugerir que os atos fracionados integram a parte de um todo, pois uma coisa é cometer crime continuado e outra bem distinta é continuar cometendo crime.⁽⁸⁾ Bem por isso os desdobramentos da conduta não devem implicar novo crime, senão maior afetação ao bem jurídico já conspurcado.

b) O tipo é um instrumento de ajuste do comportamento delitivo e, portanto, uma limitação direcionada aos magistrados. Sua historicidade liga-se ao conceito processual de

No STF, 1.ª e 2.ª Turmas, prepondera que a alteração legislativa permite o reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese de conjunção carnal e outro ato libidinoso quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.

corpus delicti, todavia é com Beling, em 1906, que a doutrina do *Tatbestand* é completamente revisada, concebendo-a não mais como composto da totalidade dos elementos do delito, mas como um dos elementos constitutivos do crime.

De saída, convém rememorar que tipos mistos são aqueles que compreendem mais de um tipo, descrevendo mais de uma espécie de conduta punível. Estes tipos podem ser alternativos “há mais de uma variedade do mesmo caso” (exemplo: tráfico de drogas); ou cumulativos “quando há mais de um caso” (exemplo: ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo – art. 208, CP). Pode-se dizer, portanto, que a noção envolvida pela classificação é a fungibilidade das ações. No primeiro (alternativo) as ações são fungíveis; ao

Os tipos de estupro qualificado vêm estampados nos §§ 1.º e 2.º do art. 213. Embora existam respeitáveis opiniões em contrário, a ampla maioria da doutrina compreende as figuras de qualificação como preterdolosas. Neste caso, a qualificação sobrevém de uma conduta mal dirigida, ou seja, culposa.

contrário, não sendo ações marcadas pela fungibilidade, temos a pluralidade de delitos. Assim sendo, a se adotar a tese de que o novo crime de estupro é um *tipo misto cumulativo*, se praticadas ambas as condutas descritas no tipo, haverá punição individualizada para cada uma delas, somando-se as penas. Do contrário, compreendendo-o como *tipo misto alternativo* é de se reconhecer a continuidade delitiva.

Conforme antecipado, consolida-se a jurisprudência no sentido de que a nova redação do art. 213 do CP consagra um *tipo misto alternativo*, mas isso não tem significância para a essência do problema, quando muito secundariamente.

Estabelecido o estado da arte, pode-se concluir que a compreensão da conduta com acesso por diversas vias exige uma interpretação restritiva, negando-lhe natureza de continuidade quando seja possível apreciar uma individualização manifesta em cada um dos atos.

§ 3.º

Os tipos de estupro qualificado vêm estampados nos §§ 1.º e 2.º do art. 213. Embora existam respeitáveis opiniões em contrário,⁽⁹⁾ a ampla maioria da doutrina compreende as figuras de qualificação como *preterdolosas*. Neste caso, a *qualificação pelo resultado*⁽¹⁰⁾ sobrevém de uma conduta mal dirigida, ou seja, culposa. Se se admitir a possibilidade de dolo quanto ao estupro e *animus* quanto à lesão ou à morte é evidente a existência de *desígnios autônomos* (estuprar e matar) e, por isso mesmo, estaremos diante de um caso de concurso material de crimes.

Não cabe, aqui, o contra-argumento de que o art. 19 do CP permite que as figuras

qualificadoras sejam dolosas. Na redação: “*Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente*”, a locução “*ao menos*” não abre espaço para que seja admitida a culpa, serve, isso sim, para arrostar a responsabilidade penal objetiva.

Assim, em modo de preliminar conclusão, ambas as qualificadoras devem ser consequência direta do *abuso sexual* e não de qualquer outro com ele (*mais ou menos*) relacionado.

Derivado desta conclusão, a questão que se coloca é a seguinte: B, querendo estupro a vítima C, a empurra; ao cair, C bate a cabeça com tal violência que morre, antes, portanto, da conjunção carnal. Neste caso, qual o ajuste típico para a conduta de B? Duas correntes, para **Prado** haverá delito qualificado consumado, apesar de o crime sexual ter permanecido na esfera tentada.⁽¹¹⁾ **Greco**, como se intui, considera tentativa qualificada de estupro.⁽¹²⁾ As conclusões a que chegaram os festejados autores, contudo, não podem ser dogmaticamente aceitas; a primeira, porquanto, consubstancia verdadeira hipótese de responsabilidade penal objetiva fundada na culpabilidade do risco, como sugeriu Schweikert; a segunda, por reconhecer a tentativa, pressupõe um inaceitável “*dolo de preterintencionalidade*”.

Se se parte da premissa de que o delito (art. 213, § 2.º) é misto de dolo e culpa, necessariamente, a hipótese não enuncia verdadeiro *preterdolo*, porque se o fosse, os elementos contidos no interior da proposição deveriam articular-se em relação implicacional, ou seja, o resultado culposos mais grave (morte) deveria ter sido antecedido da conduta dolosa conjunção carnal. Tal não ocorre, salvo se se admitir ilógica existência de *consequente sem antecedente*. Se assim é, forçoso reconhecer que a solução opera-se por meio do concurso ideal, a hipótese se ajusta à tentativa de estupro simples em concurso com homicídio culposos.

Esta decisão vai ao encontro do princípio da culpabilidade, seja no vetor de limite ao poder punitivo, determinando o “*se*” da punição; seja medida da pena, definindo o seu *quantum*. Ajunta-se, ainda, que o fundamento constitucional da culpabilidade se encontra embutido no princípio da dignidade da pessoa humana, pois “*imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor equivale a rebaixar o autor à condição de coisa causante*”.⁽¹³⁾

Sem dúvida, a opção dogmática defendida no texto tem forte repercussão dosimétrica, pois implicará pena quantitativamente menor se comparada às duas correntes mencionadas, contudo ela é resultado de uma conjunção harmônica com o princípio da culpabilidade. Se não compreendo errado, o desajuste dosimétrico que o meu raciocínio conduz é fruto de um equívoco legislativo, porquanto, pelo resultado culposos, o legislador não poderia ter elevado os preceitos secundários a patamares tão desmesurados. Bem por isso, parece inaceitável corrigir a desproporção da pena com uma manobra dogmaticamente imperfeita.

Por outra volta, haverá também um aparente obstáculo probatório, mas o leitor também há de convir que ele se mostrará igualmente presente em qualquer modalidade preterdolosa, razão pela qual a conclusão seria verdadeira, mas os argumentos inválidos.

§ 4.º

Estabelecidas as razões, posso concluir que os dois problemas jurídico-penais são resolvidos da seguinte forma: *i*) admissibilidade de continuidade delitiva no estupro apenas na hipótese em que a conduta esteja dentro do dolo global do agente; *ii*) na hipótese de resultado morte sem acesso carnal é de se reconhecer – em atenção ao princípio da culpabilidade – o concurso ideal de crimes.

NOTAS

- (1) No Brasil, o Projeto Sá Pereira previa a criminalização de ato sexual com animais quando *causassem escândalo público* (art. 258). O Código Penal Militar prevê, à altura do art. 235, o crime de pederastia em área sujeita à administração militar.
- (2) HC 102.355, rel. Min. Ayres Britto, j. 04.05.2010.
- (3) HC 101.116-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.10.2011.
- (4) HC 114.054-MT, rel. Min. Og Fernandes; REsp 970.127-SP, rel. Min. Laurita Vaz, rel. para o acórdão Min. Gilson Dipp, j. 07.04.2011.
- (5) CAVALLO, Vincenzo. *Diritto penale*: parte generale. Napoli: CEDEJ, 1955. v. 2, p. 815, n. 100, nota 13.
- (6) Por todos: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 711 e ss.
- (7) Por todos: STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Edersea, 1982. v. I, n. 1.234.
- (8) IMPALLOMENI, Giovan Battista. *Sul reato continuato*, Revista penal, t. 25, p. 297.
- (9) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 916-917.
- (10) Utilizo a expressão em sentido vulgar, tangenciando a discussão sobre sua natureza.
- (11) PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010. vol. 2, p. 654.
- (12) GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 620.
- (13) ZAFFARONI, Eugênio R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. t. I, p. 245, n. 1.

Eduardo Viana

Mestre em Direito Penal (UERJ).

Professor colaborador da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Professor de Direito Penal da Universidade Estadual de Santa Cruz; FAINOR, UNIME, FG (BA).

A REFORMA DO JUDICIÁRIO – O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DOS INTERESSES

Maria Fernanda de Toledo Rodovalho

1. Introdução

A observação do resultado de implementação de políticas públicas vem comumente acompanhada da sensação de inevitabilidade. Ao que se coloca de fora do processo, parece-lhe que todas as forças sociais, econômicas e políticas convergiram para o resultado.

Não foi diferente no caso da reforma do Judiciário.

Quando se voltam os olhos para a Emenda 45/2004, a reforma do Judiciário aparece como necessária. A passagem do tempo, com a consolidação da atuação do Conselho Nacional de Justiça, um novo ator no cenário de política judicial, só reforça a primeira sensação de que a reforma era mesmo inevitável, um imperativo derivado da ideia de eficiência.

No entanto, essa sensação encobre o processo de formação de agenda e encobre, mais do que o processo de formação de agenda, o fato de que, no caso da reforma do Judiciário, não houve convergência constante de interesses e que esses interesses eram – e ainda são –, em muitos sentidos, contrapostos.

Assim, o que se pretende com este trabalho é investigar o quanto reformas do Judiciário encontram resistência mesmo entre os que as defendem.

2. A formação da agenda em contexto de ambiguidade

Para desenvolver essa análise, utiliza-se o modelo proposto por **Kingdon** (1995).⁽¹⁾

O questionamento de toda reforma tem por início uma pergunta nem sempre expressa que é a de como um assunto mobilizou esforços para levar adiante determinada ação. Em outras palavras, o que se está a perguntar é como determinado assunto veio a compor a agenda de governo.

De acordo com **Kingdon**, a elaboração de políticas públicas é resultado de um conjunto de processos que incluem a definição da agenda, a especificação de alternativas a partir das quais uma escolha deve ser feita, uma escolha oficial entre aquelas alternativas especificadas e, por fim, a implementação da decisão.

Esse modelo, denominado “Multiple Streams”, se propõe a explicar como as políticas são impostas pelos governos em situação

de ambiguidade. E ambiguidade, por sua vez, está relacionada à existência de mais de uma forma de analisar a situação ou o problema a ser resolvido (**Zahariadis**, 2007).⁽²⁾

Nesse desenho, governos e organizações são tidos como anarquias organizadas, caracterizadas pela participação fluida, preferências problemáticas e tecnologia incerta.

Especificamente no que concerne à participação, o que a torna fluida é o fato de que a mudança no alto escalão é constante. Afora isso, atores externos ao governo – sindicatos, associações, grupos de interesses – também exercem influência variável, dependente de esforços pessoais dos envolvidos e do tempo gasto. Finalmente, há o interesse da mídia na divulgação de notícias. Quanto às preferências problemáticas, o modelo põe às claras que nem sempre os participantes

do processo político definem previamente o que pretendem. Por fim, a incerteza da tecnologia diz respeito à dificuldade que os membros da organização têm em definir sua participação no produto final do processo decisório. Ainda que cada qual esteja ciente das suas responsabilidades, os limites entre as funções nem sempre são bem definidos.

Nesse desenho teórico, observa-se que, muito embora os participantes de um processo decisório não tenham bem definidos seus interesses e que nem sempre esses interesses sejam coincidentes, as mudanças ocorrem. E ocorrem porque às vezes se abrem janelas de oportunidades, e a opinião pública, as opções públicas e as soluções se combinam e compõem uma medida para um problema específico. Nesse exato momento é que se tem a sensação de inevitabilidade da mudança.

3. O contexto da reforma – A reforma da Administração Pública

Definidas as dificuldades da formação da agenda, cabe lembrar que o momento em que se propõem reformas ao Judiciário é o momento seguinte a importantes reformas administrativas.

Aqui se pode dizer que a reforma da Administração abre uma janela de oportunidade para a reforma do Judiciário.

Especificamente no caso de reforma da Administração Pública, os impulsos de reforma nascem das dificuldades econômicas.

É preciso lembrar que, progressivamente, o Estado, de garantidor de direitos contra abusos, passou a ser o próprio provedor de prestações tendentes a garantir direitos. Essa situação deu origem a um Estado extremamente sobrecarregado de tarefas e visceralmente dependente do bom desempenho da economia.

A questão, do ponto de vista da Administração, é duplamente crítica, porque as demandas pelos direitos sociais não se reduziram. Antes, aumentaram ou se diversificaram, mas os Estados já não tinham recursos para fazer frente a essas demandas. Os déficits fiscais conduziram os Estados a se endividar. Daí a primeira ideia de reformar o Estado vem atrelada à proposta de redução de gastos.

A parte evidente da reforma da Administração é o corte de despesas, mas essa proposta deixa entrever que a insatisfação é ainda mais profunda e envolve uma rediscussão do papel do Estado. É nesse contexto que se esboça uma segunda onda de reformas.

Nessa segunda onda, ao lado da redução das despesas públicas, busca-se também aproximar o setor público do interesse do cidadão, de maneira que a prestação do serviço não seja simplesmente o fazer, mas o fazer de acordo com o interesse envolvido – é a chamada reforma gerencial.⁽³⁾

Em termos práticos, isso significa que há um deslocamento do foco de objetivo da atividade do Estado. O Estado agora se preocupa em fazer com que os serviços públicos sejam reconhecidos como “bons”, efetivos e eficientes.

Essa mudança determina um rearranjo da estrutura, para que se alcance um novo equilíbrio: o Estado é obrigado a criar meios de responsabilização (*accountability*),⁽⁴⁾ as funções dos servidores também são revistas; o papel do Estado é questionado.

4. A ideia de eficiência do Judiciário

A rigor, própria noção do que deva ser eficiência do Judiciário é ambígua.

Cada um dos atores envolvidos na reforma da prestação jurisdicional pode definir eficiência a seu modo. Eficiência pode ser simplesmente rapidez na prestação jurisdicional, mas também

Nessa segunda onda, ao lado da redução das despesas públicas, busca-se também aproximar o setor público do interesse do cidadão, de maneira que a prestação do serviço não seja simplesmente o fazer, mas o fazer de acordo com o interesse envolvido – é a chamada reforma gerencial.

pode ser garantia de direitos, garantia de acesso à Justiça ou, de uma forma mais complexa ainda, pode ser definida combinando todos os fatores anteriores – rapidez, segurança e acesso à Justiça.

Comumente, quando se define eficiência, pensa-se apenas em rapidez. Dessa premissa, segue-se que medidas inovadoras, tendentes a tornar mais rápidas as decisões, são sempre bem-vindas.⁽⁵⁾

Considerando-se, assim, que eficiência corresponde à rapidez – e, de fato, a intenção de tornar o Judiciário mais rápido é a força motriz das reformas –, torna-se possível entender como a questão judicial passa a compor a agenda de reformas do governo: em um contexto em que as reformas administrativas foram bem-sucedidas e são consideradas modernas, é compreensível o motivo pelo qual a reforma do Judiciário também se tornou prioritária para o Governo.

5. Interesses opostos – Pretensão resistida

O objetivo deste trabalho não é analisar a reforma do Judiciário em si, mas lançar um breve olhar sobre a formação da agenda e, mais especificamente ainda, o da dificuldade em compor interesses de múltiplos agentes.

Foi dito também que, ao final de um processo de mudança, a análise retrospectiva cria a sensação de que todos os elementos se compuseram dirigidos para alcançar aquele determinado objetivo.

Essas duas afirmações parecem contraditórias no caso do Judiciário: se a reforma efetivamente ocorreu, a análise retrospectiva do processo faz desaparecer as dificuldades na composição de interesses. Portanto, falar-se em problemas de formação de agenda, quando a política de reforma já está consolidada, não parece ter sentido.

E aqui o que se defende é que não há exatamente consolidação da ideia de reforma do Judiciário.

No caso da Administração, corresponde ao ideal de eficiência imaginar-se que serviços sejam prestados no menor tempo possível. Assim, serviços de atendimento de saúde, de garantia de segurança pública, de fornecimento de documentos, quanto mais rápidos se fizerem, tanto melhores serão. Esse ideal é consequência da convergência do interesse do cidadão em ser atendido rápido com o objetivo do Estado de prestar o serviço também de forma rápida. Estado e cidadão almejam o mesmo: a prestação de serviço.

Já no caso do Judiciário, não há convergência. Pelo menos, não há convergência

total: mesmo que o Judiciário seja orientado pelo princípio da prestação rápida, não é apenas rapidez o que se espera da decisão judicial.

Diferentemente dos serviços prestados pela Administração, em que os interesses convergem no sentido de rapidez na prestação, os serviços prestados pelo Judiciário não convergem no mesmo sentido porque, pelo menos uma das partes, não tem interesse na rapidez.

mais do que rapidez, o Judiciário garante direitos e, por isso, irá se valer de todos os recursos possíveis para que tal garantia se concretize.

Diferentemente dos serviços prestados pela Administração, em que os interesses convergem no sentido de rapidez na prestação, os serviços prestados pelo Judiciário não convergem no mesmo sentido porque, pelo menos uma das partes, não tem interesse na rapidez.

Assim, quando se fala em reforma do Judiciário, ainda que se reduza eficiência à rapidez, os agentes envolvidos não têm os mesmos interesses.

Note-se, por exemplo o papel do Executivo: ainda que a reforma do Judiciário seja inserida na agenda de Governo, é esse mesmo Governo que, nos Tribunais, retarda o pagamento de dívidas com precatórios. A rapidez do Judiciário vai criar impacto direto na forma como os Governos dispõem dos recursos e, em última análise, pode comprometer o desenvolvimento de políticas públicas.

6. Conclusão

Falou-se ao início que as reformas políticas, quando ocorrem, criam a sensação de inevitabilidade: todos os fatores convergiram para que o resultado se produzisse exatamente como produzido.

Essa sensação, quando aplicada à reforma do Judiciário, tem de ser calibrada.

Pode-se considerar que alguma reforma fosse mesmo inevitável – e, de fato, quanto a repensar o papel do Judiciário, há consenso. No entanto, mesmo inevitável a reforma, ainda não estão definidos por completo os rumos. A ideia de eficiência é um conceito em construção.

Mais que isso, o papel e o interesse de cada agente na reforma têm de ser avaliados de forma mais detida. Ou isso, ou o resultado

da reforma corre o risco de ser insatisfatório. Para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da Administração Pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, v. 49, n. 4, p. 5-44, out.-dez. 1998.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Democracy and Public Management Reform: Building the Republican State*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo/Brasília: Editora 34, 1998.
- _____. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 41, n. especial, p. 67-86, 2007.
- _____. *Why did democracy become the widespread and consolidated political regime only in the twentieth century?* São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2012/440-Why-did-democracy-5.2011.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2012.
- COSTA, Carlos; PICHONELLI, Guilherme. Quem ganha com a reforma administrativa do Judiciário. *Revista Getúlio*, 8, p. 29-33, 2008.
- KINGDOM, John W. *Agendas, alternatives, and public policies*. 2. ed. New York: HarperCollins, 1995.
- ZAHARIADIS, Nikolaos. The Multiple Streams Framework: Structure, Limitations, Prospects. In: SABATIER, Paul A. *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview, 2007.

NOTAS

- (1) KINGDOM, John W. *Agendas, alternatives, and public policies*. 2. ed. New York: HarperCollins, 1995.
- (2) ZAHARIADIS, Nikolaos. The Multiple Streams Framework: Structure, Limitations, Prospects. In: SABATIER, Paul A. *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview, 2007.
- (3) BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo/Brasília: Editora 34, 1998.
- (4) Nesse sentido, confira-se: ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da Administração Pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado... cit.*; Idem, *Democracy and Public Management Reform: Building the Republican State*. Oxford: Oxford University Press, 2004; Idem, Trajetória Recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 41, n. especial, p. 67-86, 2007; Idem, *Why did democracy become the widespread and consolidated political regime only in the twentieth century?* São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2012/440-Why-did-democracy-5.2011.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2012; BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, v. 49, n. 4, p. 5-44, out.-dez. 1998.
- (5) COSTA, Carlos; PICHONELLI, Guilherme. Quem ganha com a reforma administrativa do Judiciário. *Revista Getúlio*, 8, p. 29-33, 2008.

Maria Fernanda de Toledo Rodovalho

Doutoranda em Administração Pública e Governo, pela Fundação Getúlio Vargas.

Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juíza de Direito.

A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE NO NOVO DIREITO PENAL ESPAÑOL

Regina Helena Fonseca Fortes Furtado

Há pouco menos de uma década, o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos meios científicos europeus, principalmente na doutrina penal espanhola, despertava, e ainda desperta – em uma parcela razoável de autores –, uma reação de rejeição, calcada na impossibilidade de culpabilidade dos entes corporativos, dado o fato de que não pensam, não sentem, ou como conclui algum autor, não são dotados de neurônios.

Um programa efetivo de compliance, prévio ao cometimento do delito, portanto, deve conduzir à irresponsabilidade.

Após o giro “copérnico” que experimentou o tema com a introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Código Penal espanhol, por meio da Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, “*os seres humanos perderam a exclusividade como sujeitos do sistema jurídico-penal (tanto material como processualmente)*”,⁽¹⁾ e a família jurídica continental europeia, sem qualquer sombra de dúvidas, se acerca mais à família do *Common Law*.

O significado, no que aqui nos interessa, é que a empresa deixa de ser um fator criminógeno simplesmente. Melhor dito, a empresa não representa apenas um instrumento idôneo para que as pessoas físicas, por intermédio dela, cometam delitos, seja pelo ambiente que cultua ou facilita a ilegalidade (fraudes contábeis, crimes fiscais e meio ambientais, publicidade enganosa, como formas de aumentar o lucro) ou pela facilitação criminógena da atuação grupal (no grupo a responsabilidade é de todos e de nenhum). O paradigma da periculosidade objetiva da empresa – que promove a desorganização da gestão do risco – evoluiu para a empresa como “*garante do cumprimento da legalidade ou da adequação da organização ao Direito*”.⁽²⁾ Com isso, na organização empresarial, os seus titulares ou responsáveis devem assegurar um clima de “cumprimento” da lei, da legalidade e da existência de um entorno conforme ao Direito. Daí o termo *compliance* originário da língua inglesa e amplamente utilizado na atualidade, no sentido de conformar, cumprir, satisfazer, realizar algo imposto.⁽³⁾

Grandes mudanças são acompanhadas por razoável quantidade de dúvidas. Quais os custos de implantação de um programa de *compliance*? Que benefícios pode trazer? Quais as consequências jurídico-penais? Temos que partir do ponto inicial de que a auto-organização empresarial dificilmente alcançará um risco zero na perpetração de delitos, ou seja, os modelos organizacionais de *compliance* não devem pretender prevenir qualquer tipo de delito, ao contrário, o que se espera é que a pessoa jurídica apóie comportamentos conformes ao Direito, não

apenas por meio de programas internos de conformidade, mas também incentivando, por exemplo, a delação de condutas ilícitas, permitindo o conhecimento de situações que poderão ser objeto, tanto de investigação interna, quanto externa. Os delatores (também chamados *whistleblowers*, porque “tocam o apito”), devem ter meios de formular suas denúncias, além de incentivos e de proteção contra eventuais

represálias.

A doutrina espanhola está se inclinando, ao analisar a atenuante específica aplicada às pessoas jurídicas, contida no art. 31, *bis* 4.d), a *contrario sensu*, de que um programa eficaz de *compliance*, prévio ao cometimento do delito, portanto, deve conduzir à irresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesta hipótese, não existiria o injusto típico empresarial e, desde o ponto de vista político-criminal, a empresa que se estimulou e criou os mecanismos para evitar defeitos organizativos que pudessem desembocar em ilícitos penais, não deve ser castigada, pois seria contraproducente.

Há nesta ponderação de interesses, de um lado a empresa que conduziu, mediante programas de *compliance*, uma investigação interna e que tomou conhecimento de um delito. Esta empresa, em consequência, tem que levar os fatos constitutivos de delito ao conhecimento das autoridades para ser beneficiária da isenção de responsabilidade penal. Parece-nos relevante que a empresa tenha primeiramente que se “autoincriminar” para, ao depois, isentar-se; como nos típicos casos de “delação premiada” que conhecemos em nosso Direito Penal pátrio. A ponderação de interesses, que aqui estamos analisando, parece recair favoravelmente na decisão de colaboração, para não se correr o risco de que os fatos sejam levados ao conhecimento das autoridades por terceiras pessoas. É certo que a pessoa jurídica não tem uma obrigação genérica de colaboração, entretanto, em razão do “prêmio”, resulta conveniente que o faça.

Por envolver matéria tão delicada, que pode chegar a tocar empresários situados no topo da pirâmide de poder da corporação, é que se recomenda independência organizacional do *compliance officer*, pessoa que implantará o programa de *compliance* consistente de alguns itens básicos: 1) existência de padrões e procedimentos que podem constar de um código de conduta escrito, 2) supervisão dos esforços de cumprimento por parte de pessoal altamente qualificado,

3) não delegação de poderes discricionários das autoridades administrativas em pessoas com possível tendência a delinquir, 4) comunicação efetiva dos padrões e procedimentos contidos nos códigos de conduta, 5) reforço mediante sistemas efetivos de controle e auditoria, 6) reforço mediante procedimentos disciplinares, 7) adoção de medidas adequadas após a detecção da infração.⁽⁴⁾

É certo que o programa ou sistema de *compliance* não é obrigatório. A questão, na Espanha, guarda relação com o “Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas” ou CUBG (Código Unificado de Bom Governo), regido pelo princípio “cumprir ou explicar”. Embora não obrigatório, a Lei de Valores Mobiliários (art. 99.e.*bis* c.c. art. 102) estabelece um dever jurídico qualificado como uma infração muito grave, a empresa: “*apresentar deficiências de organização administrativa e contábil ou nos procedimentos de controle interno, incluídos os relativos à gestão de riscos, quando tais deficiências ponham em perigo a solvência ou a viabilidade da entidade ou do grupo consolidado ou conglomerado financeiro*”. A função de vigilância, desta maneira, adquire uma relevância jurídico-penal para evitar fraudes financeiras, lavagem de dinheiro, corrupção etc.

Ao que parece, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma tendência também em relação aos países latinoamericanos e não tardará muito para que uma nova ética empresarial se estabeleça pela utilização do Direito Penal, tanto em países do nosso entorno, como no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGAPULO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho penal*. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters, 2011.
- BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- DÍAS-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudio sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2011.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevideo [et.], B. de F., 2010.
- MATEUT DE ROS CEREZO, Rafael. *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas*. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters, 2004.
- NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- RAGÜES I VALLÉS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. Indret <http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?sa=1&fc=68&sn=48>. Acesso em: 23 jan. 2012.
- ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. Indret [http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/]. Acesso em: 17 mar. 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coord.). *Nuevo Código Penal*. Comentarios a la reforma. Madrid: La Ley, 2012.

NOTAS

- (1) FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2011. p. 66. Obra de referência é a monografia de GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevideo [et.], B. de F., 2010. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.)

PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coord.). *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2012. p. 43/101.

- (2) O “cumprimento” da lei (ou *compliance*) deixa de ser visto como *marketing* empresarial, e a intervenção do Estado envia, simbolicamente, uma mensagem de seriedade, por meio da responsabilização penal da pessoa jurídica. Vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- (3) Vide *Boletins IBCCRIM* n. 222, maio 2011 e n. 226 set. 2011, para uma aproximação ao tema fornecida, respectivamente, por: SHECAIRA, Sérgio Salomão;

- BUENO DE ANDRADE, Pedro Luiz; SAAVEDRA, Giovanni A.
- (4) Sobre as características básicas do sistema de *compliance* vide: BACIGAPULO ZAPATER, Enrique, *Compliance y Derecho penal*. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters, 2011. p. 89-93.

Regina Helena Fonseca Fortes Furtado

Doutoranda em Direito Penal pela Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Metodista de Piracicaba.
Promotora de Justiça.

CRIMINÓLOGOS DO RAP

Henrique Gualberto Bruggemann

A ideia de escrever o presente texto surgiu no final do ano passado, quando cursei a disciplina Criminologia e Políticas Criminais, no programa de Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina. Nessa disciplina, o estudo foi amplo, sendo que diversas madrugadas foram investidas no estudo de muitos autores, os quais merecem citação nominal, devido a sua importância: **Lombroso** (sim, ainda devemos ler suas obras, ainda que seja para ficarmos arrepiados), **Nina Rodrigues**, **Baratta**, **Melossi**, **Pavarini**, **Rusche**, **Kirchheimer**, **Hulsamn**, **Zaffaroni**, **Waquant**, **Christie** e **Garland**.

Interessante consignar, que além de lermos as obras, a professora responsável pela cadeira, **Vera Regina Pereira de Andrade**, nos trazia dados sobre a trajetória de alguns desses autores, os quais teve a felicidade de conhecer ao longo de sua longa e árdua trajetória que busca mudar os olhos de nossas lúps para que nos insurjamos contra o gigante punitivo (retiro essas palavras da dedicatória firmada pela professora quando da realização de curso de especialização).

E entre todos os belíssimos textos, penso que um que li pela terceira ou quarta vez, foi aquele que me chamou mais atenção. Trata-se do primeiro capítulo da obra *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, o qual trata do “Do (pre)conceito positivista a um novo conceito de criminalidade: pela mudança do senso comum sobre a criminalidade e o sistema penal”, de autoria da professora responsável pela disciplina.⁽¹⁾ Em resumo, a obra apontada demonstra que viemos há tempos utilizando o código crime-pena para responder a complexos problemas sociais, sendo que se quisermos realmente e efetivamente atacar o problema, que é estrutural, devemos ampliar o espaço da cidadania, pois esta não se manifesta de dois em dois anos, quando nos apresentamos para sufragar.

Este código crime-pena para todos os delitos lembra a Medicina, seria como se utilizássemos o mesmo remédio (pena) para todas as doenças (crime).

Já na apresentação da obra, a autora deixa bem claro que o sistema penal seleciona e estigmatiza seus “clientes”, que são sempre os mesmos: os pobres, em sua imensa maioria do sexo masculino e negros, ou seja, os excluídos.

Entrando-se especificamente no primeiro capítulo da obra, ainda no início nota-se o ponto fulcral da leitura: a Criminologia positivista não encontra, academicamente, mais nenhuma “base teórica e empírica de sustentação”, mas no senso comum permanece como pensamento hegemônico. Então, a autora conclui que a mudança de paradigma, ou seja, a “morte” da Criminologia positivista, não chegou às ruas, ou seja, a população ainda não sepultou esse defunto que ainda exala um péssimo odor (para se chegar a essa constatação, basta puxarmos o assunto com algum amigo que não seja estudioso do assunto). E esse é o nosso desafio: levar para além dos muros das universidades esse saber. Trata-se de uma tarefa árdua, pois a mídia colabora para que o defunto na academia continue tendo vida nas ruas.

Falando-se em Criminologia positivista e pensando que alguém de “fora do ramo” possa estar lendo o presente texto (e assim estaremos disseminando nossas ideias e contribuindo para que a sepultura seja lacrada), é importante consignar que esta nasceu na Europa, nos anos finais do século XIX, tendo como maiores expoentes **Lombroso**, **Ferri** e **Garófalo**, autores das obras *L’Uomo delinquente* (1876), *Sociologia criminale* (1891) e *Criminologia* – Studio

sul delitto e sulla teoria della repressione (1885), respectivamente. De forma bastante condensada, a Criminologia positivista, de maneira pretensiosamente científica,

entende que “a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos”, ou seja, alguns indivíduos, por traços de sua personalidade, são predispostos a cometer crimes. A partir dessa

premissa, deveríamos proteger a sociedade (os bonzinhos, os mocinhos) daqueles que potencialmente podem ser perigosos (os ruins, os vilões).

Contudo, conforme já exposto, academicamente, esse paradigma encontra-se superado.

Uma nova visão sobre criminalidade⁽²⁾ foi trazida pelo *labelling approach*, também chamado de etiquetamento ou paradigma da reação social, a qual teve como fundador **H. Becker**, autor da obra *Outsiders* (1963). A ideia central da teoria é apresentada no texto em análise da seguinte maneira: “o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto, de processos formais e informais de definição e seleção”. Portanto, o pensamento passou por uma transformação, deixando-se de pensar que o autor de uma conduta criminal a pratica por possuir determinados traços pessoais e sim porque aquele indivíduo faz parte de um grupo selecionado, etiquetado e estigmatizado, como os citados homens, pobres, negros.

Após, veio a Criminologia dita crítica, a

A “morte” da
Criminologia positivista,
não chegou às ruas, ou
seja, a população ainda
não sepultou esse
defunto que ainda exala
um péssimo odor

qual entra pela via da criminologia da reação social e a transborda, superando-a. Essa “nova” Criminologia analisa as “condições objetivas estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc.)”

Visto isso, a autora passa a demonstrar qual foi a contribuição fundamental da Criminologia da reação social e da Criminologia crítica, chegando a conclusão de que é “a lógica da seletividade como lógica estrutural de operacionalização do sistema penal e sua relação funcional com a dominação classista”. Trocando em miúdos, pode-se dizer que se verificou que os clientes das prisões, os criminalizados, são sempre os mesmos, os excluídos, enquanto os mais abastados, apesar de também cometerem crimes, não são criminalizados, ficam impunes e compondo a denominada cifra negra.

E a professora aponta duas variáveis estruturais que fundamentam essa conclusão: 1. O sistema penal não tem capacidade estrutural para atender a toda a programação da lei penal, ou seja, se todos que cometessem crimes fossem perseguidos pela lei penal, não haveria pessoa que não tivesse condenação penal. É preciso consignar que não se deseja que todos nós sejamos perseguidos pelo gigante punitivo, ao contrário, desejamos que o gigante torne-se anão; 2. O sistema penal se dirige, seleciona, algumas infrações e alguns autores de acordo com seu status social não havendo “incriminação igualitária de condutas objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a Dogmática Penal”. Quais são essas condutas selecionadas: crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas, ficando impunes crimes que geram danos difusos e mais graves como delitos econômicos e ecológicos; quem são os seus autores “escolhidos”: pobres e negros, ficando de fora os grupos poderosos, os quais conseguem impor uma total impunidade.

A partir desse esboço do texto indicado, pode-se identificar que algumas ideias das variadas vertentes da Criminologia estão bem delineadas, de forma contundente, nas letras de Rap de grupos nacionais. Os integrantes dos grupos são em sua imensa maioria oriundos das favelas de nosso Brasil e sem estudo de Criminologia escrevem ver-

dadeiros tratados da disciplina, utilizando como base sua experiência de vida.

A perseguição e a violência policial, agência estatal de controle, são tratadas em diversos momentos, demonstrando que os selecionados, ou seja, os moradores das comunidades carentes estão dia-a-dia sujeitos a uma violência brutal, sendo submetidos a revistas diárias e incursões com arma em punho:

“Na saída da minha casa eu levo uma geral; Pra não

perder o costume natural; Coisa normal no meu bolso não tem nada; Ai negão tá liberado, rala!” (Mv Bill – A noite).

“Eu me formei suspeito profissional, bacharel pós-graduado em tomar geral” (Racionais Mc’s – Qual mentira vou acreditar).

“Quem deveria dar a proteção; Invade a favela de fuzil na mão” (Mv Bill – Soldado do morro).

“E quando a polícia chega, todo mundo fica com medo; A descrição do marginal é favelado, pobre, preto!” (Mv Bill – Traficando informação).

Já a seleção realizada pelas agências estatais penais, escancarada pela Criminologia da reação social e depois melhor explicada pela Criminologia crítica, também são alvos dos grupos de Rap:

“Se eles me pegam, meu filho fica sem ninguém, e o que eles querem: mais um pretinho na Febem” (Racionais Mc’s – Homem na estrada).

“Fui rotulado pela sociedade; Um passo a mais para ficar na criminalidade” (Racionais Mc’s – Crime vai e vem).

“Nem poder paralelo, nem poder constituído, pobre reunido é quadrilha de bandido” (Mv Bill – Falcão).

E a impunidade daqueles que compõem os extratos sociais mais favorecidos também é tratada com fervor:

“É natural o que fazem no Senado; Quem engana o povo simplesmente renuncia o cargo; Não é caçado, abre mão do seu mandato; Nas próximas eleições bota a cara como candidato; Povo sem memória, caso esquecido; Não foi assim comigo, fiquei como bandido” (Mv Bill – Só Deus pode me julgar).

“Coisa de moleque revoltado; Ninguém mais quer ser boneco, ninguém quer ser controlado; Vigiado, programado, calado, ameaçado; Se for filho de bacana, o caso é abafado; A gente é que é caçado, tratados como réu” (Mv Bill – Só Deus pode me julgar).

“Ordem, progresso e perdão; Na terra onde quem rouba muito não tem punição” (Mv

Bill – Só Deus pode me julgar).

“É muito fácil vir aqui me criticar; A sociedade me criou agora manda me matar; Me condenar e morrer na prisão; Virar notícia de televisão. Seria diferente se eu fosse mauricinho; Criado a sustagem e leite ninho; Colégio particular depois faculdade” (Mv Bill – Soldado do morro).

“Sequestrador a mídia cobra, um mês tá morto; diferente de quem rouba com a caneta de ouro; se for por um milagre preso fica emocionalmente abalado e é recebida prisão domiciliar” (Facção Central – Deus anda de blindado).

Por fim, a exclusão social, o racismo e a falta de cidadania como tratada na obra Sistema penal máximo x cidadania mínima: código da violência na era da globalização, também é cantada:

“Desde cedo a mãe da gente fala assim: “filho, por você ser preto, você tem que ser duas vezes melhor”” (Racionais Mc’s – A vida é um desafio).

“60% dos jovens de periferia sem antecedentes criminais já sofreram violência policial; A cada 4 pessoas mortas pela polícia 3 são negras; Nas universidades brasileiras apenas 2% dos alunos são negros; A cada 4 horas um jovem negro morre violentamente em São Paulo” (Racionais Mc’s – Capítulo 4, Versículo 3).

“A Justiça Criminal é implacável; Tiram sua liberdade, família e moral; Mesmo longe do sistema carcerário, te chamarão pra sempre de ex-presidiário” (Racionais Mc’s – Homem na estrada).

“Submundo do subúrbio faz vítima em tudo” (Sabotage – Cocatna).

Assim, demonstra-se que os cantores de Rap ecoam os saberes criminológicos apresentados, restando-nos fazer com que aqueles que escutam suas músicas reflitam sobre o assunto e, aqueles que não escutam, tomem conhecimento da perversidade do sistema de qualquer outra maneira.

NOTAS

- (1) As citações aqui expostas são todas do texto citado.
- (2) É interessante consignar que a história da Criminologia não é linear, ou seja, não há superação de um paradigma com o surgimento do novel, conforme deixa claro **Saló de Carvalho** em seu artigo Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, o qual foi publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 81, p. 294-338, no ano de 2009.

Henrique Gualberto Bruggemann

Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.
Professor de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – Univali.
Advogado.

LIMITES CONSTITUCIONAIS À FORMAÇÃO DA PROVA NO CRIME DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

André Myssior e Bruno César Gonçalves da Silva

1. Introdução

Em 28.03.2012, a Terceira Seção do STJ concluiu o julgamento do REsp 1.111.566 tendo, por apertada maioria, decidido que, para fins de comprovação da ocorrência do crime previsto no art. 306 do CTB, com a redação dada pela Lei 11.705/2008 (Lei Seca), apenas a prova técnica é admissível.

Essa decisão fez recrudescer o debate sobre a segurança no trânsito, sendo referida decisão, com frequência, noticiada nos meios de comunicação com manchetes do tipo “STJ ‘esvazia’ Lei Seca” ou dizeres semelhantes.

De certa forma, a discussão em torno da referida decisão do STJ pôs em campos distintos e antagonísticos, de um lado, a tutela da segurança pública e, de outro, a tutela dos direitos e garantias individuais asseguradas pela Constituição. Obviamente e, a despeito do que pode parecer, não são coisas mutuamente excludentes. Pelo contrário. Apenas a efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegura uma sociedade justa, igualitária e segura.

De fato, há uma clara tendência no Direito Penal brasileiro de ampliação da tutela penal de bens jurídicos, sobretudo mediante a criação de novos tipos penais de perigo abstrato e com elementos normativos em profusão. Tudo isso na vã suposição de que a extensão da tutela penal a praticamente todos os campos da vida em sociedade é instrumento, por si só, apto a solucionar problemas sociais e trazer pacificação.

É precisamente neste contexto que se situa a Lei 11.705, de 19.07.2008, que ficou conhecida como “Lei Seca”. Referido diploma legal inseriu diversas modificações na Lei 9.503/1997, que instituiu o CTB. No que pertine ao objeto deste estudo, modificou o tipo penal previsto no art. 306, que prevê o crime de condução de veículo automotor em via pública sob a influência de álcool ou drogas.

Neste estudo se abordará a antiga e a atual estrutura do tipo penal em apreço para, a partir daí, explorar as implicações processuais, notadamente no campo do direito probatório.

2. A estrutura do tipo penal do art. 306 do CTB – Antes e após a “Lei Seca”

A redação original do art. 306 do CTB tinha o seguinte teor: “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Tratava-se, evidentemente, de um crime de perigo concreto. Para que houvesse tipicidade

era necessária não só a prova da ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos, mas a prova do efetivo perigo de dano à incolumidade ou ao patrimônio alheios.

Com a entrada em vigor da Lei 11.705/2008, o art. 306 do CTB passou a vigorar com a seguinte redação: “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”.

O que era, então, crime de perigo concreto tornou-se crime de perigo abstrato. Desonerou-se, pois, a acusação da prova do efetivo perigo de dano, bastando à configuração do tipo penal a constatação da alcoolemia. Entretanto, não basta à acusação provar a ingestão de álcool para que se presuma o perigo; o tipo penal exige uma quantidade específica de dosagem alcoólica no sangue do condutor.

Se o que o legislador pretendeu com a transformação de um crime de perigo concreto em crime de perigo abstrato foi tornar mais fácil a punição do condutor que dirige após consumir álcool, o efeito foi inverso. Pelo menos se os ditames constitucionais e legais pertinentes à prova forem devidamente observados.

Isso porque, a despeito da supressão do perigo concreto no tipo, um elemento que era, na redação anterior do art. 306 normativo, passou a ser objetivo-descritivo. Ou seja, a tipicidade não é atingida por um juízo valorativo do intérprete. É atingida apenas a partir da prova que demonstre exatamente a ocorrência fática dessa elementar. E, pela própria natureza do elemento objetivo-descritivo do tipo que a Lei 11.705/2008 colocou no lugar do elemento normativo, essa prova tornou-se sobremaneira difícil. É sobre esses limites à atividade probatória e seu impacto na caracterização do atual tipo penal do art. 306 do CTB que trataremos adiante.

3. A prova necessária para o juízo positivo de tipicidade do crime do art. 306 do CTB

Já que a atual redação do art. 306 do CTB tem como elementar objetivo-descritiva do tipo a exata dosagem alcoólica por litro de sangue a partir da qual é incriminada a condução de veículo automotor em via pública, é evidente que a única prova apta a exonerar a acusação de seu ônus probatório é a pericial.

Não se trata aqui de tarifar provas, mesmo porque o processo acusatório não condiz com esse sistema. Mas de exigir-se, para desincumbência do ônus probatório, uma prova adequada

para formar-se a *cognitio* acerca da ocorrência de um fato determinado relevante para o processo.

Tampouco se olvida aqui do art. 182 do CPP que, consagrando os princípios da livre apreciação das provas e do livre convencimento motivado, dispõe que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”, o que significa que o juiz pode formar sua convicção com base em outras provas.

Entretanto, para que se verifique a existência dessa elementar objetivo-descritiva no caso concreto, não será possível ao juiz concluir pela existência do crime sem que haja prova pericial. Nem o art. 167 do CPP pode dispensar a realização da perícia. Se o tipo exige, para sua configuração, a verificação de uma dosagem alcoólica exata, mesmo quando os vestígios tenham desaparecido, a prova testemunhal neste caso específico, não poderá suprir-lhe a falta. A máxima contribuição que a testemunha poderá fornecer serão suas impressões acerca do modo como o imputado se apresentava. Poderá relatar sintomas de embriaguez, mas jamais será capaz de atestar que o imputado possuía, ao tempo da ação, dosagem alcoólica igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue.

O que ficaria, portanto, provado pela prova exclusivamente testemunhal seriam os sintomas. Estes sintomas, mesmo que conhecidos e provados, permitiriam induzir apenas e tão somente a embriaguez do condutor; mas não permitiriam induzir a dosagem alcoólica no sangue superior à permitida. Ou seja, a prova testemunhal sequer é apta a formar *indício* do preenchimento da elementar do tipo a que nos referimos. Serviria para provar a existência do crime de dirigir sob influência de álcool conforme a redação antiga do tipo; não para provar a existência do crime conforme sua estrutura típica atual.

Ademais, conquanto as disposições do CPP acerca da produção da prova pericial sejam, naturalmente, aplicáveis, a disciplina legal não pode se esgotar aí. Isso porque toda a lógica da disciplina legal da prova pericial tem em conta o *corpo de delito* como sendo a vítima ou coisa que tenha relação com o fato. No caso do crime do art. 306 do CTB, há uma diferença essencial: o corpo de delito não é a vítima; é o *próprio agente*. E, sendo assim, além das disposições legais acerca da perícia, há de ser observados os limites constitucionais e legais de obtenção de elementos de prova quando esses devem ser fornecidos pelo próprio imputado, isso é, quando a produção da prova depende de uma interferência do mesmo.

4. O *nemo tenetur se detegere* e a prova obtida pelo etilômetro e pela extração de sangue

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é considerado garantia fundamental do cidadão e, mais especificamente, do imputado. Cuida-se do direito a não autoincriminação, que não se resume ao direito ao silêncio, sendo absolutamente impróprio tratar o direito ao silêncio como sinônimo do *nemo tenetur se detegere*.

O direito a não autoincriminação tem uma amplitude maior, da qual o direito ao silêncio é apenas um de seus aspectos, objetivando proteger o indivíduo contra excessos cometidos ao longo da persecução penal por quem quer que se lance na atividade probatória, incluindo-se nele o resguardo contra qualquer forma de atentado à liberdade de autodeterminação do imputado, a pretexto de se obter elementos de prova.

A análise do direito a não autoincriminação sempre vem à tona quando o meio de prova empregado, tal como o etilômetro e o exame de sangue, depende, para seu emprego, da cooperação do imputado, implicando um *facere* por parte deste.

Cuidando-se o direito a não autoincriminação de garantia fundamental implícita, deve-se fixar a disciplina desta nos mesmos termos em que a Constituição Federal fixou a disciplina do direito ao silêncio, por analogia, pois ambos decorrem da mesma noção fixada pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Descendo ao campo infraconstitucional, não restará dúvidas de que o princípio *nemo tenetur se detegere* traz nítido limite à produção da prova no crime do art. 306 do CTB. E esse limite será encontrado, por analogia, na disciplina legal do interrogatório do imputado, na medida em que se trata de ato no qual há participação direta dele na formação da prova.

Na ideia original do CPP, o interrogatório do réu, isso é, sua intervenção pessoal e direta na formação da prova, era considerado unicamente um meio de prova e ato exclusivo do juiz.

A partir da vigência da CF de 1988, a visão da doutrina e da jurisprudência acerca da participação pessoal do réu no processo sofreu alteração profunda. De meio de prova, o interrogatório passou a ser visto como meio de defesa; de ato privativo do juiz passou a ser visto como faculdade do imputado.

Essa evolução chegou, finalmente, a ser positivada com a edição da Lei 10.729/2003, que alterou completamente a disciplina legal do interrogatório. A mais importante foi a determinação de que, não só o réu tem direito ao silêncio, como a de que seu silêncio não pode ser interpretado em desfavor de sua defesa. Mais, exige-se que o réu seja formalmente advertido pelo juiz não só acerca do direito ao silêncio, mas também acerca da inexistência de prejuízo na utilização da garantia.

Obviamente, a mesma lei estabelece que as disposições que traz sobre o interrogatório judicial do acusado aplicam-se, também, à sua oitiva no inquérito. Ou seja, a expressão do princípio da não autoincriminação que a Lei 10.792/2003 trouxe ao interrogatório judicial estendeu-se também à fase pré-processual.

Pode-se, então, afirmar que, ao ser ouvido no inquérito, o investigado tem que ser advertido de que tem o direito a permanecer em silêncio e que seu silêncio não será interpretado em prejuízo de sua defesa. Se não houver essa advertência, o interrogatório policial é nulo e, embora a nulidade no inquérito não contamine o processo, a prova obtida em sede inquisitorial com violação à Constituição é inadmissível no processo (CF, art. 5.º, LVI). As declarações que eventualmente preste terão sido, inexoravelmente, ilicitamente obtidas.

Mas se essa advertência é imposta não só pela lei, mas pelo princípio constitucional da não autoincriminação, ela é obrigatória não só na prova oral fornecida pelo investigado. É também obrigatória em qualquer contribuição corporal que o imputado forneça à persecução. Inclusive ao exame pericial.

Assim, se compete ao inquiridor, na polícia ou em Juízo, informar ao imputado sobre seu direito ao silêncio, deve também o agente incumbido da produção de qualquer prova informar o imputado sobre seu direito a não autoincriminar-se. Se não for dado ao imputado a ciência acerca de seu direito a não autoincriminação, as provas eventualmente obtidas no ato probatório, reputar-se-ão ilícitas.

Tal entendimento encontra precedente na jurisprudência do STF, que no julgamento do HC 80.949/RJ, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, fixou que:

“47. Elevando aí o *nemo tenetur se detegere* à alçada de garantia fundamental (...) na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos *Escobedo vs. Illinois* (378 US 478 (1964) e *Miranda vs. Arizona* (384 US 436 (1969) –, *impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência de seu privilégio contra a auto-incriminação*.”

48. *A falta da advertência – e, como é óbvio, da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório*”.

Assim, no que toca a realização do “teste do bafômetro” e do exame de sangue, *compete ao agente incumbido da diligência o dever de informar ao imputado que o mesmo não está obrigado a colaborar na produção da prova que possa lhe incriminar*.

Não cientificado o imputado de que ele tem o direito a não produzir prova contra si, ou seja, de que ele não está obrigado a soprar o etilômetro ou submeter-se à extração de sangue, tem-se como consequência a ilicitude da prova assim obtida, tal como ilícitas são as declarações que o imputado preste em seu desfavor, quando não lhe

é previamente assegurado o direito ao silêncio.

O direito à prova não chega ao ponto de conferir ao órgão persecutor prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha do imputado, pois se ninguém é obrigado a declarar-se culpado, certo é também que ninguém é obrigado a fornecer provas contra si mesmo.

Assim, não se garantindo ao imputado o direito de não produzir prova contra si mesmo e, pelo contrário, ainda admoestando-o, obrigando-o a fazer o “teste do bafômetro” ou o exame de sangue, com base no inconstitucional art. 277 da Lei 9.503/1997, tem-se que o resultado “concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões” ou “concentração de álcool por litro de sangue”, terá sido ilicitamente obtido, em face da violação ao *nemo tenetur se detegere*, sendo inadmissível no processo.

5. Conclusão

O que se conclui é que, se observados os limites constitucionais à formação da prova, seria, na prática, próximo do impossível provar a existência do crime do art. 306 do CTB. Se o imputado for formal e expressamente cientificado do seu direito de se negar a se submeter ao teste do “bafômetro” e ao exame de sangue, é possível afirmar que quase ninguém aceitará contribuir na produção da prova pericial.

Se essa constatação faz surgir temor de que, observados os princípios constitucionais que regem o processo penal, haverá aumento de insegurança nas ruas e estradas do Brasil, esse temor não se deve às garantias fundamentais. Deve-se à tendência contemporânea de criar mais e mais tipos penais de perigo abstrato e de tentar resolver todos os problemas da sociedade por meio do Direito Penal.

O crime de perigo concreto é, por definição, mais garantista do que o crime de perigo abstrato. E, conforme abordado, o revogado crime de perigo concreto do art. 306 do CTB mostrava-se muito mais apto a tutelar eficaz e constitucionalmente o bem jurídico incolumidade pública do que o atual crime de perigo abstrato.

Nota-se, então, que no julgamento do REsp 1.111.566 em 28.03.2012, a Terceira Seção do STJ fez, embora por apertada maioria, prevalecer a disciplina e as limitações à formação da prova previstas no plano constitucional.

André Myssior

Mestre em Ciências Penais pela UFMG.
Professor de Direito Penal e Processual Penal na
Escola Superior Dom Helder Câmara
em Belo Horizonte/MG.
Advogado.

Bruno César Gonçalves da Silva

Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-Minas.
Professor de Direito Processual Penal na
Pós-graduação em Ciências Penais da Faculdade
de Direito Milton Campos em Nova Lima/MG.
Advogado.

UM POUCO DE PIERANGELI

Mauricio Kuehne

Com saudades.

Conheci José Henrique Pierangeli no ano de 1992 – quase 20 anos são passados – e isto se deu na cidade Valença, no estado do Rio de Janeiro, no decorrer de um Seminário versando sobre “A Regionalização do Direito Penal Internacional no Mercosul”. A organização foi feita pelo Instituto Superior Ibero Americano de Estudos Criminais (ISIEC), entidade que estava sendo criada sob a condução de João Marcelo de Araújo Júnior, outro grande amigo que a Providência Divina fez com que viesse a transmitir seus conhecimentos em plagas que desconhecemos. Ainda me recorde de suas primeiras palavras, logo após sermos apresentados. Dizia Pierangeli que seus alunos – quando souberam que iriam ficar alguns dias sem aula – afirmavam que ele estaria indo para a Espanha – cidade de Valencia, equívoco que corrigiu.

A empatia com Pierangeli foi imediata e logo combinamos um encontro em Curitiba, que veio a ocorrer em oportunidade cuja data não me recorde. No Salão Nobre da então Faculdade de Direito de Curitiba, Pierangeli brindou aos acadêmicos e aos docentes da entidade referida com uma simplicidade ímpar. Raríssimas foram as oportunidades nas quais o Salão Nobre ficou repleto – mais de 500 pessoas – e todas ficaram entusiasmadas com a exposição então efetivada. Tratava-se de uma palestra acerca da temática sempre envolvente sobre culpa consciente e dolo eventual. O mestre

“Pier”, com desenvoltura, simplicidade e extraordinária didática brindou a todos com ensinamentos doutrinários os mais diversos. Nossa amizade saía fortalecida, e no decorrer desses quase quatro lustros sempre ficava mais estreitada. Alguns anos depois, quando coordenava a pós-graduação *latu sensu* em Ciências Penais da Faculdade antes referida, Pierangeli foi um dos primeiros nomes a compor o quadro docente. Várias foram as ocasiões nas quais Pier compareceu à Instituição referida. De minha parte, fazia questão de esperá-lo no aeroporto e ficávamos conversando sobre os mais diversos assuntos.

Encontros os mais diversos se realizavam por esse Brasil afora, e não apenas aqui em Curitiba, mas em São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e em Campinas, cidade na qual residia Pierangeli, nos encontrávamos e as conversas giravam sempre em torno do Direito. De minha parte buscava dialogar sobre a Execução Penal e Pierangeli tinha uma sensibilidade muito grande neste particular, mercê de sua atuação, ao longo dos anos, como integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo, do qual foi um dos expoentes.

Em várias ocasiões – dizia-me o grande mestre – que seu intento era escrever um Manual de Direito Penal, e o fez com a felicidade de ter em coautoria na parte geral Eugênio Raúl Zaffaroni. Na sequência às considerações sobre o Direito Penal – parte geral, incursionou na parte especial, havendo

aqui o prólogo de Zaffaroni, legando-nos, assim, considerações exaustivas a respeito deste ramo do Direito. Pier já nos havia brindado com as evoluções históricas a respeito do Direito Penal e do Processo Penal, obras clássicas entre nós, além de outras, como a *Tentativa*, também em coautoria com Zaffaroni e os *Escritos jurídicos penais*; *O consentimento do ofendido e crimes contra a propriedade industrial e Concorrência desleal*. Legou, assim, uma contribuição extraordinária, que subsidia a tantos quantos sejam aqueles que procuram desvendar os meandros da Ciência Penal.

Muito ainda, sem dúvida, teria a contribuir, mas o destino – cuja direção não nos cabe mudar – conduziu Pierangeli para outro lugar que desconhecemos, mas sabemos ser a morada eterna. Oxalá Deus o tenha, enquanto a nós outros, passantes por este reino, resta abeberar-nos em seus ensinamentos.

Aos familiares de Pierangeli a certeza de que seu corpo se foi, mas o Espírito permanece entre nós e por muito tempo, ainda, iluminará, com suas obras, aqueles que se dedicam aos estudos do Direito Penal, disciplina paixão do grande Mestre.

Adeus Pier, ou um até breve.

Mauricio Kuehne

Professor Titular de Direito Penal
da Faculdade de Direito de Curitiba.
Promotor de Justiça, aposentado -
Ministério Público do Estado do Paraná.

RESILIÊNCIA NO CÁRCERE – CONCLUSÕES SOBRE A MESA DE ESTUDOS E DEBATES^(*)

Eleonora Rangel Nacif

O IBCCRIM recebeu, no dia 17.04.2012, os palestrantes Monja Coen Sensei e Luiz Henrique Gusson Coelho, sob a presidência da Dra. Fabiana Zanatta Viana, para a Mesa de Estudos e Debates “Resiliência no Cárcere”. Ambos compartilharam a sua experiência pessoal de vida, além de ideias interessantes e inovadoras sobre o tema.

Sobre o período em que esteve presa na Suécia, Monja Coen afirmou que a prática meditativa lhe proporcionou a clareza de que o aprisionamento “*É algo interior, nenhuma parede prende, são as paredes da mente que prendem (...) nós dependemos dos estímulos, das provocações*”. Posteriormente, passou 12 anos em um mosteiro no Japão e voltou ao Brasil em 1995, como Monja Zen Budista. Desde então, trabalha no campo

inter-religioso por uma cultura de paz. Interessante o exemplo trazido, sobre um policial militar que é monge no Rio Grande do Sul, e que fez o voto da não violência: “*Ele não é violento, mas prende as pessoas. Quando as detêm não tem raiva da pessoa, compreende que é um ser humano como ele, e que se as causas e condições fossem as mesmas ele provavelmente teria feito a mesma coisa*”.

Contou sua experiência junto ao professor César, que ensina *yoga* aos internos da Fundação Casa. Foi a perda violenta de um amigo, morto por um menor, que levou Dr. César a ter uma mudança de olhar e a se comprometer a cuidar dos menores infratores. Asseverou que “*A maior transformação que pode acontecer em um ser humano é ele se sentir integrado a tudo o que existe, deixar*

de se recortar da realidade”.

Por sua vez, Luiz Gusson exibiu um trecho do documentário *Do Lodo ao Lótus*,⁽¹⁾ sobre o período em que esteve preso cumprindo pena por homicídio. O seu interesse pela filosofia oriental teve início durante o período em que ficou na “solitária”: “*Dentro do quartel, na solitária, realmente sozinho, isolado e tendo que olhar para mim e para as paredes, (...) aquela circunstância me forçou a ter que olhar para dentro de mim, e quando eu me olhava, comecei a ter uma necessidade interior de compreender como que eu fui capaz de cometer aquele crime e como que eu fui capaz de chegar até aquela situação, e querer encontrar respostas, e entender o que realmente tinha acontecido comigo, quem eu realmente era e o que tinha me conduzido até ali*”.

Durante o cumprimento da pena, Gusson apresentou os benefícios da sua prática de *yoga* e meditação aos outros internos, criando o “Projeto Mente Livre”, o qual está em pleno vigor até hoje. Disse ainda: “*Eu costumo me indagar e tentar entender por que todo mundo trata hoje o sistema prisional como algo que a gente não quer ver, é como falar da morte, é um tabu (...) se a sociedade não quer ajudar o sistema prisional por*

compaixão as pessoas, ajude por compaixão a você, porque o preso vai sair e vai continuar cometendo crimes”.

Por fim, Monja Coen destacou a importância de transformarmos uma sociedade de violência em uma sociedade de não violência: “*É fácil falar, difícil fazer, mas esse é um compromisso, essa é a utopia, são as utopias as grandes transformadoras da sociedade e do mundo*”.

NOTAS

- (*) A gravação audiovisual do evento está disponível na midiateca do IBCCRIM.
(1) Disponível para download gratuito em: <www.varna.com.br>.

Eleonora Rangel Nacif

Coordenadora-chefe do Departamento de Mesas de Estudos e Debates/IBCCRIM.
Advogada Criminalista.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE ROUSSEAU E DIREITO PENAL DO INIMIGO: NECESSÁRIA REVISÃO

Marcelo Pichioli da Silveira

Dos pensadores que merecem uma (re) apreciação dentro do contexto filosófico do Direito Penal do Inimigo é **Rousseau**, que tem sido taxado, incorretamente, como “o filósofo (ou um dos) que legitima o Direito Penal do Inimigo”, tese que deve ser rebatida com argumentos do próprio **Jakobs**. No entanto, reconheça-se ser bem verdade que **Jakobs** – por ser catedrático não apenas em Direito Penal e Processual Penal, mas em Filosofia do Direito – poderia ter sido bem mais preciso ao citar **Rousseau**.

É erro dos maiores afirmar, secamente, que os fundamentos do Direito Penal do Inimigo estão no contratualismo de **Rousseau**, ou mesmo que tal pensador – por mera menção de **Jakobs** – pregava uma separação absoluta entre o inimigo e o cidadão.

O desacerto de **Jakobs**, ao fazer a menção de **Rousseau**, está em não situar o leitor da maneira mais apropriada, na conjuntura das obras e da vida do filósofo de Genebra. É que o penalista, ao querer dar uma noção de “Direito” como “o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres” e lançar a visão contratualista daqueles “autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato”,⁽¹⁾ acaba por citar uma única e singular passagem do Segundo Livro, Capítulo V, de *Do contrato social*: “(...) assim, todo malfetor, quando insulta o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e à qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão”.⁽²⁾

Não que **Rousseau** tenha postulado diferente, porquanto **Jakobs** fez a íntegra referência da passagem; mas não é de todo certo colocar tal frase, que é um grão de areia perto de tudo o que o expoente iluminista escreveu, para, então, direcionar a discussão a planos político-criminais bem diferentes (o Direito Penal do Inimigo propriamente dito).

Isso acabou influenciando, indiretamente, todos aqueles que escreveram sobre o Direito Penal do Inimigo. **Gracia Martín**, por exem-

plo, ao debater sobre **Rousseau** no panorama desta política criminal, fez o mesmo que **Jakobs**, ainda que tenha realizado uma pequena apreciação (bem válida), de que “*Rousseau, a princípio, parece reconhecer como ‘inimigos’ alguns [nesta palavra, o mérito de Gracia Martín] delinquentes (...)*”.⁽³⁾

Independentemente da posição quanto ao Direito Penal do Inimigo (= opinião *contra* ou *a favor*), é preciso logo salientar que **Rousseau** está bem longe de embasá-lo. Há duas linhas nos escritos de **Jakobs** que inexplicavelmente foram deixadas de lado, o que é bem curioso para um penalista que vem sendo tão criticado (algo que suporia uma leitura mais cuidadosa de tudo envolvendo o Direito Penal do Inimigo): “*não quero seguir a concepção de Rousseau (...)*”.⁽⁴⁾

Se este Direito Penal do Inimigo “*viola o princípio da dignidade da pessoa humana e muitos outros corolários do Direito Penal*”, qual é, afinal de contas, a influência contratualista de **Rousseau** ao antológico “*Dos delitos e das penas*” de Beccaria?

Luiz Regis Prado, v.g., em entrevista à *Carta Forense*, quando perguntado sobre os fundamentos filosóficos de **Jakobs**, diz que “*as raízes históricas desse pensamento remontam, sobretudo, a certas concepções da filosofia moderna, como as de Rousseau (...)*”, e que tal “*contribuição foi decisiva para emprestar ao Direito Penal do inimigo os conceitos de ‘estado de natureza’, ‘contrato’ e ‘direito de guerra’ contra os inimigos*”, tendo **Jakobs**, neste compasso, sistematizado “*idéias próprias da filosofia moderna e de um pensamento autoritário bem mais antigo*”.⁽⁵⁾ O próprio **Regis Prado** já se declarou contra o funcionalismo de **Jakobs**, tendo postulado que se trata de uma “*construção formalista*”, “*vazia de conteúdo*” e “*incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito*”.⁽⁶⁾ Assim sendo, não soa coerente **Regis Prado** ter dado em seus escritos “*especial destaque para o papel dos filósofos franceses [falava-se dos enciclopedistas no movimento codificador e na humanização do Direito Penal]*”, dentre eles “*Rousseau (...) que pugnam contra a situação reinante na defesa da liberdade, igualdade e justiça*”.⁽⁷⁾

Ou temos um **Rousseau** que embasa o Direito Penal do Inimigo; ou temos um **Rousseau** que deu a carga iluminista ao dito “*garantismo penal*”. Admitir as duas vertentes ideológicas para uma mesma obra é uma distorção do ideal do filósofo, que – diga-se a verdade – não chegou a debater tanto sobre o Direito Penal.⁽⁸⁾

O pensamento rousseauniano merece a visão, isto sim, – justamente por ser uma tese *contratualista* – de que o Estado tem o *fundamento do poder-dever de punição*, o que não pode, sob nenhuma hipótese, se confundir com um postulado “*combativo*”, que legitime o suposto corte entre *cidadãos* e *inimigos*. Não é sem razão que **Miguel Reale Júnior** compartilha sua precisa visão, sobre este contratualismo, de que “*(...) o poder de punir apresenta-se primeiramente como um dado de realidade inafastável, inquestionado pela sociedade quando são atingidos interesses vitais de sua organização e desenvolvimento, correspondendo a uma exigência sentida não só pela vítima, mas por toda comunidade, que reconhece a necessidade de uma proteção promovida de forma organizada pelo Estado*”.⁽⁹⁾

Logo, se o contratualismo de **Rousseau** puder significar algo pragmático para o Direito Penal, a melhor visão que se pode atribuir ao seu legado (talvez única) fica no âmbito do *jus puniendi*, no que tange a saída dos homens do estado de natureza para o estado de sociedade, com a transferência de liberdade daquele para este, e com o decorrente “ganho” de *liberdade civil*, que por sua vez é circunscrita pela *vontade geral*.⁽¹⁰⁾ Eis o que realmente intenta **Rousseau** com a sua menção de que “*não existiria sociedade alguma se não houvesse ponto em que os interesses concordassem. Ora, é somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade*”.⁽¹¹⁾

Neste íterim, estão cobertos de razão **Eduardo Luiz Santos Cabette** e **Eduardo de Camargo Loberto**, que compartilham da opinião aqui defendida sobre o uso *Do Contrato Social* por **Jakobs**: “*no que concerne a Rousseau, mais nos parece que esse mestre da filosofia política iluminista se refere ao inimigo nos estritos limites da guerra, e não de modo*

tão amplo (...). Assim, entendemos que, embora Rousseau dispense ao inimigo um tratamento diferenciado, não o faz de maneira tão ampla quanto Jakobs. Aquele se restringe aos limites de uma guerra formalmente declarada”.⁽¹²⁾

Duas únicas páginas – também despercebidas – do próprio *Do Contrato Social* é capaz de rebater todas as opiniões que manifestaram tal caráter incerto que se deu a **Rousseau**, o que demonstra que sua obra deve ser analisada no conjunto: “*Todo Estado (...) só pode ter por inimigo outros Estados, e não homens, visto que entre coisas de diversa natureza não há verdadeira relação. Esse princípio está também de acordo com as máximas estabelecidas em todos os tempos e com a prática constantes de todos os povos civilizados. As declarações de guerra são mais advertências aos vassalos que às potências. O estranho que furta, mata ou prende os vassalos sem declarar guerra ao príncipe, ou rei, ou particular, ou povo, não é inimigo, mas um ladrão*”.⁽¹³⁾

Quer se mostrar, assim, que **Rousseau** serve mais para a justificação do *jus puniendi* estatal (nas devidas limitações do período codificador); o que não pode se confundir com as pregações de **Jakobs**, que intenta um Direito Penal para o cidadão e um Direito Penal para o inimigo. Assim compartilha **Bruno de Moraes Ribeiro**: “a filosofia política iluminista, em suas linhas gerais, esteve na base do Direito Penal liberal, tendente a limitar o poder estatal [e] não poderia para fundamentar uma concepção como a do ‘Direito Penal do Inimigo’”, com “tendência exatamente oposta”.⁽¹⁴⁾

Miguel Reale, após ter contato com os estudos de Renouvier, Stammler, Del Vecchio e Jellinek, aduz que estes foram decisivos para atribuir um caráter *ficcionalista*⁽¹⁵⁾ para os escritos de **Rousseau**: “o contrato social é para Rousseau uma aplicação valorativa da ordem política, um processo prático para resolver a questão da legitimidade dos governos em uma comunidade de homens livres”.⁽¹⁶⁾

Também, a grande preocupação de **Rousseau** não é buscar tempos remotos para apreender

a origem da sociedade.⁽¹⁷⁾ **Rousseau** intentou, em verdade, uma construção teórica *a priori* acerca do fundamento contratual da sociedade e do Direito, imaginando o *pacto social* da maneira que lhe parecia mais útil ao seu intuito de findar um regime austero para iniciação doutro sobre melhores bases, ideia esta que mostra, com clareza, o equívoco de atrelar **Rousseau** a uma forma de Direito Penal dualizado – um para o “Cidadão” e outro para o “Inimigo”, e, portanto, às teses de **Jakobs**.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABETTE, E. L. S.; LOBERTO, E. de C. O direito penal do inimigo – Günther Jakobs. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 1.747, p. 1-12, 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11142/o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 29 jan. 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.
- JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito penal do inimigo* – Noções e críticas. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomollo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro* – Parte geral. São Paulo: RT, 2010.
- _____. Direito penal do inimigo: depoimento. [3 de março, 2009]. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <www.cartataforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>. Acesso em: 29 jan. 2012.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: de Spinoza a Kant*. São Paulo: Paulus, 2005. v. 4.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: RT, 1998.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIBEIRO, Bruno de Moraes. Sobre a fundamentação político-filosófica do “direito penal do inimigo”. In: _____. (Org.). *Direito penal na atualidade: escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROUSSEAU, J. *Do contrato social*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

NOTAS

- (1) JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito penal do inimigo* – Noções e críticas. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomollo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24.

- (2) ROUSSEAU, J. *Do contrato social*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 40.
- (3) GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007. p. 98.
- (4) JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. Op. cit., p. 25.
- (5) PRADO, Luiz Regis. Direito penal do inimigo: depoimento. [3 de março, 2009]. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <www.cartataforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>. Acesso em: 29 jan. 2012.
- (6) PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2009. p. 34.
- (7) PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* – Parte geral. São Paulo: RT, 2010. p. 88.
- (8) Na enciclopédia editada por Rond d’Alembert e Denis Diderot, por exemplo, a contribuição de Rousseau ficou tão-somente para questões envolvendo música (cf. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: de Spinoza a Kant*. São Paulo: Paulus, 2005. v. 4, p. 238.).
- (9) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17.
- (10) Assim também em Miguel Reale Júnior (idem, ibidem).
- (11) ROUSSEAU, J. Op. cit., p. 33.
- (12) CABETTE, E. L. S.; LOBERTO, E. de C. O direito penal do inimigo – Günther Jakobs. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 1.747, p. 1-12, 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11142/o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 29 jan. 2012.
- (13) ROUSSEAU, J. Op. cit., p. 22-23.
- (14) RIBEIRO, Bruno de Moraes. Sobre a fundamentação político-filosófica do “direito penal do inimigo”. In: _____. (Org.). *Direito penal na atualidade: escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15-27, p. 18 e ss. Discordamos de Bruno de Moraes Ribeiro apenas quando este aduz que Jakobs utiliza só Hobbes, ignorando Kant.
- (15) Trata-se do conceito de *contratualismo hipotético ou ficcionalista*, que se traduz em um processo lógico de fundamentação do Direito e em uma apreciação axiológica da ordem jurídica vigente, “como se tivesse havido um contrato”. Este *contratualismo hipotético ou ficcionalista* pode ser de base *psicológica* (caso do próprio Rousseau e de Hobbes) ou de *cunho lógico* (Kant) (REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: RT, 1998. p. 8-9.).
- (16) Idem, p. 9.
- (17) Idem, ibidem, p. 9.

Marcelo Pichioli da Silveira

Estudante de Direito.

Pesquisador discente.

Estagiário do Ministério Público Federal.

DESCASOS

MORADOR DE RUA, SIM, PORÉM MIMADO!

Alexandra Lebelson Szafir

Na antiga canção, o saudoso Raul Seixas alardeava que queria ser uma metamorfose ambulante. Já Paulo Henrique, ao contrário, é um verdadeiro um clichê ambulante: morador de rua, dependente químico como o velho compositor e preso por um furto cometido de forma quase patética. Viu um taxi com o vidro aberto, apoderou-se do GPS e saiu correndo, sendo perseguido por policiais e em seguida preso em flagrante.

Embora seja primário, ostenta antecedentes e, por conta disso, teve sua prisão preventiva decretada, ao arrepio da Lei 12.403/2011, a qual deu nova redação ao art. 313 do CP, prevendo condições alternativas à prisão cautelar e salientando que a medida excepcional pode ser decretada em quatro hipóteses, nenhuma delas aplicável a Paulo Henrique.

Requerida a revogação da prisão preventiva (salientando-se que, mesmo se fosse condena-

do, não seria aplicada pena de prisão, sendo um contrassenso a prisão cautelar), o pedido foi indeferido pela magistrada, com base no “*desassossego*” e no “*temor*” que os crimes contra o patrimônio causam à população. A juíza argumentou ainda com suposições, usando expressões como “*provavelmente*” (pratica pequenos crimes como modo de vida) e “*certamente*” (se solto, não vai comparecer às audiências).

E finalmente, pesou o fato de ele não ter “*vínculo no distrito da culpa*”. Como poderia, se não tem casa? É perverso que um morador de rua seja penalizado justamente por seu estado de absoluta miséria (até porque a lei contempla alternativas como o compadecimento mensal em Juízo).

A mensagem contida no despacho parece clara: Paulo Henrique é um indesejável, e não o queremos nas ruas. Mas a solução correta, que é garantir seus direitos, como, por exemplo, saúde física e mental e moradia, dá muito trabalho, é mais prático mantê-lo preso. E daí se, para poder fazer isso, seu direito à liberdade seja violado? Afinal, um direito violado a mais, um a menos... que diferença faz?⁽¹⁾

Impetrou-se *habeas corpus* (redigido pelo talentoso estagiário de direito Michel Herscu) em seu favor. Concedida a liminar, e prestadas as informações, veio o parecer ministerial contrário à concessão da ordem. Até aí, não há problema algum. Mas os argumentos ali contidos foram nada menos do que *constrangedores*!

A primeira afirmação que causa perplexidade é a de que não seria “*no âmbito da medida estreita a análise ampliada sobre as condições pessoais do agente, a fim de lhes (sic) possibilitar pronto acesso à medida pretendida*”, devendo, ao ver do subscritor do parecer, denegar-se a ordem porque no *writ* não se discutia “*sobre tipicidade, causas excludentes ou extintivas da punibilidade, mas, sim, apenas e tão somente prisão provisória*” (destaques nossos).

Apenas e tão somente? Aparentemente, o ilustre Procurador de Justiça se esqueceu de que a função do *habeas*

corpus é justamente defender os cidadãos de prisões injustas. Outras questões, como tipicidade e causas extintivas de punibilidade só podem ser discutidas exatamente porque têm reflexos na liberdade de ir e vir do cidadão. Se não se puder arguir a injustiça de uma prisão por meio do *habeas corpus*, o que nos restará? Em que tipo de sociedade viveremos? Certamente, numa sociedade que o nobre *custus legis* não se atreveria a defender!

Porém, como se não bastasse, o parecer contém outra – e ainda maior, pasmem! – “*pérola*”: “*(...) não cabe ao Judiciário mimar os criminosos*” (destaque no original).

Afora o fato de inverter a presunção constitucional de inocência, tachando o paciente de bandido, o Procurador de Justiça chama a liberdade de mimo! Por definição, portanto, supérflua.

Ao julgar o *habeas corpus*, o Tribunal de Justiça mimou Paulo Henrique, devolvendo-o à vida privilegiada que tinha antes de ser preso.

Volto a perguntar, como já fiz em coluna anterior: o direito à liberdade de Paulo Henrique foi garantido (ou, como diria o subscritor do parecer ministerial, o Tribunal “*mimou-o*”): e quanto a seus outros direitos fundamentais?

NOTAS

- (1) O irônico é que a população estaria muito mais protegida se ele fosse tratado, e não preso por alguns meses e devolvido às ruas.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ SÃO PAULO

- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

Participe desse encontro!

18º Seminário Internacional

DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

28 a 31 de agosto de 2012 em São Paulo

Venha refletir e discutir temas atuais do cenário jurídico-criminal. Serão quatro dias de palestras, painéis, audiências públicas, lançamentos de livros, premiação do Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM e muito mais.

Inscrições Abertas!

Hotel Tivoli São Paulo - Mofarrej

Confira a programação completa e inscreva-se pelo hotsite www.ibccrim.org.br/seminario



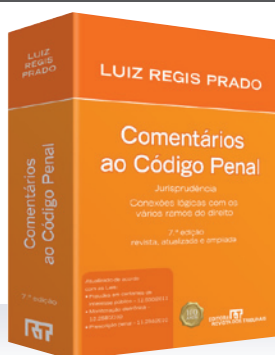
Informações: inscricoes@ibccrim.org.br - (11) 3111-1040 ramal 154.

LANÇAMENTOS



LUIZ REGIS PRADO

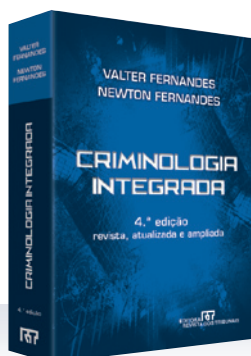
Imagens ilustrativas



COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, 7ª edição
Jurisprudência
Conexões lógicas com os vários ramos do direito

ATUALIZADO DE ACORDO COM AS LEIS

- Fraudes em certames de interesse público – 12.550/2011
- Monitoração eletrônica – 12.258/2010
- Prescrição penal – 11.234/2010



CRIMINOLOGIA INTEGRADA, 4ª edição
Valter Fernandes e Newton Fernandes

ABORDA

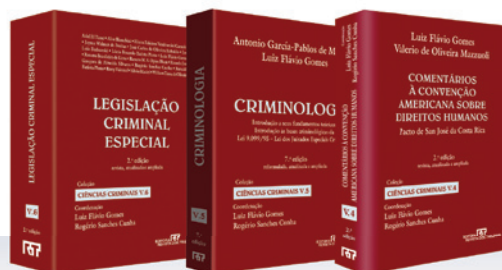
- O conceito, a natureza, a autonomia, a divisão e os vários períodos criminológicos até o surgimento da moderna Escola da Política Criminal
- Novas técnicas da delinquência virtual
- Criminosos Ecológicos

LANÇAMENTO



Vol.1
Direito Penal – Fundamentos e Limites do Direito Penal, 3ª edição
Antonio Garcia Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes

Conheça também



Coord.: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanchez Cunha

Vol. 6
Legislação Criminal Especial, 2ª edição

Vol. 5
Criminologia, 7ª edição

Vol.4
Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 2ª edição

livraria
RT
www.livrariart.com.br

Endereços completos em: www.livrariart.com.br/lojas

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavaí • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió



EDITORIA
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br