

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

COERCITIVA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO DNA!?

Infelizmente, é rotineiro abrimos os periódicos jurídicos e, pasmos, trombarmos com um novel diploma penal. Muito já se escreveu sobre tal emaranhado, desconexo e autofágico, que desafia a compreensão. Se tal realidade já é difícil para nós, que lidamos com esse instrumental diariamente, que dirá para a população leiga, de quem se exige, e presume, o conhecimento da lei. Agora, veio a lume a Lei 12.654, de 28.05.2012 – com *vacatio legis* de 180 dias.

Causa espécie ver ingressar no ordenamento jurídico mais uma norma sem o crivo do debate. Não se procedeu, satisfatoriamente, ao filtro legitimador das críticas dos órgãos de classe ou da academia. Diversamente do assistido em outras áreas, na penal são raras as audiências públicas para a criação de regras ou para sua escoreita aplicação. E, justamente nesse campo, notabilizado sensivelmente pelo exame da consciência de ilicitude, é que mais se exigiria a discussão plural.

Note-se: ninguém é insano de querer se opor ao progresso da ciência. A descoberta do DNA trouxe um sem-número de contribuições para a vida humana. Não obstante, o manejo de ferramentas tecnológicas deve se submeter ao crivo da ponderação, cifrada na máxima do *granus salis*. Para ilustrar a preocupação, invoca-se o advento da televisão. Por mais que seja útil, pode ela prestar-se a várias finalidades espúrias, como servir de mecanismo de dominação (política) ou de alienação (cultural/consumerista).

Além dos benefícios médicos, o trato do DNA ensejou verdadeira revolução na investigação de paternidade. Em tal senda, o STF chegou até a relativizar a garantia da coisa julgada em razão da possibilidade de elucidação da verdade. Todavia, a despeito do vigor da ideia-força *identidade*, não se admitiu, com propriedade, a sujeição compulsória do réu à perícia genética, na seara civil.

Há 18 anos, o STF já acenava com a intransponibilidade do corpo humano como limite para a intervenção estatal. Pensamos, então, existir diferença substancial entre a flexibilização, *v.g.*, de um lado, da inviolabilidade do domicílio ou, até da liberdade de locomoção e, de outro, daquela pretendida com a *submissão*

do investigado/condenado à retirada de parte do seu corpo, e o consequente acesso às suas particularidades internas.

Questionamos se não haveria aí violação da proibição do excesso, a inquinar a lei de desproporcional. Na atualidade, já se pode *sujeitar*, mesmo o portador de documento, em certos casos, à identificação criminal. Contudo, ao Estado se permite alcançar apenas a parte externa do organismo, com a tomada de impressões digitais e/ou fotografias. Pensamos, todavia, que ir além, mediante a retirada, coercitiva, de parte do corpo, para adentrar no profundo de sua estrutura biológica, é dar um passo largo demais, além de irrefletido, porquanto não se meditou seriamente a respeito, nos diversos fóruns sociais.

A lei traz, além da possibilidade de identificação criminal por DNA, no seio da persecução penal, também uma espécie de efeito da condenação. Assim, acrescenta-se o art. 9.º-A à LEP, prevendo-se o obrigatório fornecimento de material biológico pelos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.072/1990, para o estabelecimento do perfil biológico. O desaviso e o açodamento são tamanhos, que se sujeitarão à providência constritiva, por exemplo, autores de falsificação de cosméticos, mas ficarão de fora os sujeitos ativos dos crimes de tráfico de drogas e de tortura, na modalidade em que perpetrada “apenas” com grave ameaça, dado que não se encontram normativamente abrangidos. Igualmente, ficou de fora o agente do roubo perpetrado sem “violência grave”.

Ademais, a inconstitucionalidade se agiganta no referido art. 9.º-A, por um lado, na medida em que se cria o perfil genético para a elucidação de eventuais delitos futuros, na contramão do Direito Penal do fato. Por outro, tem-se uma sujeição *sine die* de tal efeito da condenação, com uma perpetuidade que não se coaduna com o art. 5.º, LXVII, *b*, da CF.

Portanto, entendemos que a nova manifestação legislativa, cuja proposição nasceu no Senado, tramitando por cerca de um ano, já ingressa írrita na ordem jurídica brasileira.

(...) a retirada, coercitiva, de parte do corpo, para adentrar no profundo de sua estrutura biológica, é dar um passo largo demais (...). A lei traz, além da possibilidade de identificação criminal por DNA, no seio da persecução penal, também uma espécie de efeito da condenação.

EDITORIAL

COERCITIVA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO DNA!?

Salto de Carvalho.....1

TRÊS HIPÓTESES E UMA PROVOCAÇÃO SOBRE HOMOFOBIA E CIÊNCIAS CRIMINAIS: QUEER(ING) CRIMINOLOGY

Salto de Carvalho.....2

MÍDIA, PODER E DELINQUÊNCIA

Marcus Alan de Melo Gomes.....4

A BUSCA DE LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Renato de Mello Jorge Silveira.....6

GENÉTICA E DIREITO PENAL

Ana Elisa Liberatore S. Bechara.....8

A RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DOS ENTES COLETIVOS: UMA DELIMITAÇÃO FUNCIONAL

Juarez Tavares.....9

CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES: SÓ AGORA? E POR QUE AGORA?

Beatriz Dias Rizzo.....12

O ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL: UM DEPOIMENTO PESSOAL

René Ariel Dotti.....12

REPRESSÃO CRIMINAL APÓS O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL

Marcio Barandier.....14

DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL

Alvino Augusto de Sá.....16

DESCASOS

LIBERDADE DE BÊBADO NÃO TEM DONO

Alexandra Lebelson Szafir.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ.....1589

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal.....1592

Superior Tribunal de Justiça.....1593

Tribunal Regional Federal.....1594

Tribunal de Justiça.....1596

TRÊS HIPÓTESES E UMA PROVOCAÇÃO SOBRE HOMOFOBIA E CIÊNCIAS CRIMINAIS: QUEER(ING) CRIMINOLOGY(*)

Salo de Carvalho

Hipótese primeira: a cultura ocidental se edifica no paradigma da hipermasculinidade violenta

Há uma relação tensa entre ciências criminais e sexualidade. Aliás, penso que inexistem interlocuções com o tema da sexualidade que não sejam em si mesmas tensas e desestabilizadoras. Não apenas pelo fato de a nossa formação cultural criar tabus sobre as questões que envolvem a sexualidade e os afetos, mas sobretudo em razão desta mesma cultura ter estabelecido um padrão normativo e moralizador fundado na masculinidade hegemônica (androcentrismo/viriarcado).

Uma cultura edificada na hegemonia masculina estabelece, no mínimo, duas formas de hierarquização que irão se desdobrar em incontáveis manifestações de violência. A primeira hierarquia é aquela entre homem/masculino e mulher/feminino, na qual são designados papéis sociais secundários à mulher e ao feminino. A segunda é relativa à hierarquia entre as masculinidades, sendo definidas algumas espécies de masculinidades como hegemônicas (masculinidades dominantes) em detrimento de outras (masculinidades dominadas).

Demonstram **Messerschmidt** e **Tomsen** (2012) que esta hegemonia se expõe como uma *hipermasculinidade violenta* que se expressa na heterossexualidade compulsória, na homofobia e na misoginia. Os autores trabalham com a hipótese de que a hierarquização da masculinidade está intrinsecamente coligada às disputas pelo poder que ocorrem entre homens e mulheres e entre diferentes homens e diferentes mulheres.

Possível afirmar, portanto, que a cultura ocidental é regida por uma espécie de *ideal do macho* ou *vontade de masculino* que institui como regra a masculinidade heterossexual e que provoca, como consequência direta, a opressão da mulher e a anulação das masculinidades não-hegemônicas (diversidade sexual). A instrumentalização desta hipermasculinidade no cotidiano ocorre mediante formas conhecidas de violência: violência de gênero e homofobia.

Assim, **Miskolci** (2009) sustenta que há uma relação de interdependência entre *misoginia* e *homofobia*, pois a dominação das mulheres e a rejeição das relações amorosas entre homens (e entre mulheres, acrescento) se constituíram a partir desta mesma lógica falocêntrica. **Maya** (2008) irá aproximar o conceito de *homofobia* ao de *ginecofobia*, indagando se efetivamente foi a homossexualidade ou o feminino que teria sido negativamente repetidamente através dos tempos. Lembra **Maya** que os homossexuais, sobretudo os homens, foram rotulados historicamente como defeituosos, porque compartilhavam certas características

psíquicas com as mulheres, sempre representadas como inferiores.

Welzer-Lang valida esta tese ao demonstrar como a constituição das relações sociais de gênero é produto deste duplo paradigma de dominação masculina que se estrutura, em um primeiro plano, na *"pseudo natureza superior dos homens, que remetem à dominação masculina, ao sexismo e às fronteiras rígidas e intransponíveis entre os gêneros masculino e feminino"*; e, no segundo, na *"visão heterossexualizada do mundo na qual a sexualidade considerada como 'normal' e 'natural' está limitada às relações sexuais entre homens e mulheres"* (WELZER-LANG, 2001:460).

Hipótese segunda: a homofobia configura o paradigma científico moderno

Embora em um primeiro momento o termo *homofobia* esteja atrelado a um "temor irracional da homossexualidade" – inclusive com tonalidades patologizadoras em decorrência dos significados que o sufixo "fobia" poderia indicar –, nas ciências sociais contemporâneas o tema/problema é trabalhado como uma construção social ancorada no estigma e na discriminação que envolve a homossexualidade (RIOS, 2007).

Segundo **Welzer-Lang**, homofobia seria *"a discriminação contra pessoas que mostram, ou a quem se atribui, algumas qualidades (ou defeitos) atribuídos ao outro gênero"* (WELZER-LANG, 2001:465). **Junqueira** propõe que a *"homofobia pode ser entendida para referir as situações de preconceito, discriminação e violência contra pessoas (homossexuais ou não) cujas performances e ou expressões de gênero (gostos, estilos, comportamentos etc.) não se enquadram nos modelos hegemônicos postos"* (2007:153).

A partir dos significados (conceitos) propostos, creio que seria possível identificar três níveis de manifestação da violência heterossexista ou homofóbica: o primeiro, da *violência simbólica* (cultura homofóbica), a partir da construção social de discursos de inferiorização da diversidade; o segundo, da *violência das instituições* (homofobia de Estado), com a *criminalização* e a *patologização* das identidades não-heterossexuais; o terceiro, da *violência interpessoal* (homofobia individual), no qual a tentativa de anulação da diversidade se concretiza em atos de violência real.

No plano da violência simbólica, os discursos científicos acabam se entrelaçando com as teorias do cotidiano (*everyday theories*) e formando uma espécie de senso comum (teórico) homofóbico que consolida de forma violenta a heteronormatividade. Não por outra razão, um olhar relativamente cuidadoso permite perceber como a homossexualidade

foi historicamente posta à margem e em oposição aos padrões normativos da cultura. Neste aspecto, é possível perceber nas ciências modernas um *continuum* daquela *forma mentis* inquisitorial que designava a homossexualidade como um pecado.

Foucault destaca que a construção de uma *teoria geral da degeneração*, a partir de **Morel** (1857), fornece elementos de justificação moral e social a todas as técnicas de identificação, classificação e intervenção sobre os anormais, o que possibilita a organização de uma rede institucional que, atuando nos limites da Justiça e da Medicina, serve como instrumento de controle punitivo legitimado pelos discursos de "ajuda" aos desviantes e de "defesa" da sociedade (FOUCAULT, 1996:65). Prevenir a devassidão e a homossexualidade se torna, pois, um imperativo de moralidade (FOUCAULT, 1991:155), inclusive para as ciências.

No que tange às formas científicas de patologização da diversidade sexual, importante lembrar que, apenas em 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) excluiu a homossexualidade do catálogo das doenças mentais (Classificação Internacional de Doenças – CID) – o homossexualismo era considerado um desvio ou transtorno sexual análogo à bestialidade, à pedofilia, ao transvestismo, ao exibicionismo, ao transexualismo, à frigidez, à impotência, ao fetichismo, ao masoquismo e ao sadismo (CID-09, códigos 302). Ademais, a Associação Americana de Psiquiatria, na quinta edição (2012) do *Manual diagnóstico e estatístico dos transtornos mentais* (DSM), mantém a tipificação da transexualidade como *transtorno de identidade de gênero*.

Correta, portanto, a tese de **Junqueira**, para quem *"(...) a resistência por parte de importantes parcelas da comunidade médica em abandonar concepções patologizantes acerca das experiências de gênero desenvolvidas por travestis e transexuais evidenciam, ulteriormente, os limites que decorrem dessa interpenetração de saberes científicos e outros saberes, crenças, ideologias. Em outras palavras: a homofobia pode encontrar em certas representações, crenças e práticas 'científicas' uma forma laica e não religiosa de se atualizar, de se fortalecer e de se disseminar"* (2007:150).

Hipótese terceira: a homofobia configura o estatuto científico das ciências criminais

Groombridge sustenta que o projeto criminológico ortodoxo, baseado na identificação e na classificação do *homo criminalis*, está conectado à perspectiva dos primeiros sexólogos de mapear o desvio sexual. Possível sustentar, portanto, que a união dessas duas perspectivas, regidas por normas e procedimentos autointitulados científicos, acaba por estabelecer

um hipersistema positivista de controle social punitivo de duas formas correlatas de *anormalidade*: o comportamento criminoso e a perversão sexual. Assim, “enquanto os sexólogos procuravam classificar o homem invertido como diferente do homem normal, os criminólogos definiam o delinquente como anormal” (GROOMBRIDGE, 1999:534).

Em um modelo ortodoxo de ciências criminais (Criminologia e Direito Penal), marcado por referências moralizadoras e normalizadoras, o ideal da masculinidade heterossexual acaba sendo assumido como um dos principais recursos de interpretação do desvio e como um critério para catalogação das patologias que fundamentam o atavismo. Assim, se compete à criminologia identificar a patologia, o Direito Penal e a Psiquiatria desenvolverão técnicas de correção do desvio. Não é demasiado lembrar que o modelo positivista de ciências criminais interpreta o crime e o delinquente como restos bárbaros que devem ser controlados, regenerados ou extintos a partir da técnica científica. Às ciências criminais é atribuído o papel de anular este último vestígio do bárbaro no humano. O criminoso, portanto, representa a negação do homem civilizado, o crime exterioriza valores opostos aos da cultura. Ocorre que estes procedimentos “científicos” que implicam identificar, analisar, intervir e anular (ou recondicionar) os *anormais* – dentre eles os homossexuais, denominados pelos primeiros sexologistas como *invertidos* –, estão ancorados epistemologicamente na lógica heterossexista. Por esta razão, é possível sustentar que a constituição científica das ciências criminais é homofóbica, assim como inúmeras outras ciências correlatas que operam a patologização da diversidade sexual (v.g. Psiquiatria).

Se a patologia é fixada e congelada como a identidade do anormal, se o desvio é interpretado como uma propriedade do sujeito (essencialização), a divergência de gênero e o comportamento sexual desviante constituem-se como características de uma personalidade perigosa que deve ser controlada, pois não apenas não se ajusta, como resiste ao padrão de normalidade (heteronormatividade).

Neste contexto, a homofobia se insere como um dispositivo prático (político) e teórico (científico) de defesa da heteronormatividade, instaurando hierarquizações e desigualdade radicais que se concretizam em atos e em discursos de violência (simbólica, institucional e interpessoal).

Provocação: um novo olhar criminológico ou queer(ing) criminology

Groombridge aponta alguns problemas que tendem a interditar as possibilidades de interlocução das ciências criminais com os saberes críticos, sobretudo as teorias feministas e *queer*, que desconstruíram o paradigma heteronormativo nas ciências sociais e que evidenciaram os modelos homofóbicos de produção de saber. Entre estes problemas destaca-se a marginalização dos temas de gênero na criminologia e a marginalidade da própria criminologia nos cursos de direito (GROOMBRIDGE, 1999:539). Na mesma linha, Sorainen lembra que a criminologia segue silente, e em alguns casos

inclusive apresenta severas resistências, às teorias *queer* e aos seus temas de investigação, especialmente a homofobia (2003). Os problemas precisamente pontuados tendem a se agravar ainda mais nos países de tradição romano-germânica, visto a incipiência da inserção dos pensamentos feminista (*feminist legal theory*) e *queer* (*queer legal theory*) na ciência do direito (dogmática jurídica).

Compreender a construção das masculinidades hegemônicas e as suas formas de produção de violência (interpessoal, institucional e simbólica), parece ser, portanto, um dos desafios urgentes das ciências criminais contemporâneas. O olhar feminista no que diz respeito ao patriarcalismo e à misoginia e a perspectiva *queer* sobre a heteronormatividade e as masculinidades (não)hegemônicas, convocam as ciências criminais a mergulhar no empírico para sofisticar sua compreensão sobre os inúmeros fatores que tornam determinadas pessoas e grupos sociais vulneráveis aos processos de vitimização e criminalização, notadamente aqueles estigmatizados pela sua orientação sexual.

Aliado às conclusões de Groombridge (1999) e Sorainen (2003), a provocação que gostaria de consignar é a de que as ciências criminais somente conseguirão compreender razoavelmente o fenômeno da violência homofóbica em todas as suas dimensões (inclusive o da homofobia científica) quando se dedicarem ao tema com a mesma intensidade (não na mesma perspectiva, logicamente) com a qual os primeiros criminólogos (criminologia positivista) analisaram a homossexualidade como delito, patologia, fenômeno desviante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FOUCAULT, M. *La Vida de los hombres infames*. La Plata: Caronte, 1996.
- Foucault, M. *Vigiar e punir*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- GROOMBRIDGE, N. *Perverse criminologies: the closet of Doctor Lombroso*. *Social & Legal Studies*, n. 8, v. 4, 1999.
- JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Revista Bagoas*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2007.
- MAYA, A. C. L. *Homossexualidade: saber e homofobia*. Tese (Doutorado), Programa de Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica da UFRJ, Rio de Janeiro, 2008.
- MESSERSCHMIDT, J.; TOMSEN, S. *Masculinities*. *Routledge Handbook of Critical Criminology*. Nova Iorque: Routledge, 2012.
- MISKOLCI, R. A teoria queer e a sociologia: o desafio de uma análise de normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 21, 2009.
- RIO, R. R. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SORAINEN, A. *Queering Criminology*. *Annual Conference of the European Society of Criminology*, University of Helsinki, 2003.
- WELZER-LANG, D. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 2, v. 1, 2001.

NOTA

- (*) Agradeço especialmente à Profa. Dra. Antu Sorainen, da Universidade de Helsinki, pelo fértil diálogo e pelas preciosas contribuições bibliográficas.

Salo de Carvalho

Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito.

Pós-Doutor em Criminologia (Universidade Pompeu Fabra, Barcelona).

Autor, dentre outros, de *Antimanual de Criminologia* (5. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, prelo).



(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 Vilarés

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

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

PUBLICAÇÕES DO SITE: Bruno Salles Pereira Ribeiro

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

REVISTA LIBERDADES: João Paulo Martinelli

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CONVÊNIOS: André Augusto Mendes Machado

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: Antenor Madruga

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Pierpaolo Cruz Bottini

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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

MÍDIA, PODER E DELINQUÊNCIA

Marcus Alan de Melo Gomes

As sociedades ocidentais democráticas estão alicerçadas na liberdade de expressão, da qual a liberdade de informar e de ser informado constitui aspecto inarredável. Não há quem viva sem informação, seja ela cultural, econômica, política ou de entretenimento. E nesse contexto, a mídia converte-se, por vocação histórica inclusive, no grande responsável pelo ato de informar.

Luhmann concluiu, de forma precisa, que “aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”.⁽¹⁾ Essa constatação implica reconhecer, como consequência, que o ato de se comunicar há muito deixou de ser um fenômeno que envolve apenas dois sujeitos. A complexidade das sociedades contemporâneas impôs a *massificação* dos mecanismos comunicacionais. Uma massificação de meios (jornais, rádio, televisão, internet etc.), mas também de mensagens, de emissores e de destinatários dessas mensagens. Vivemos tempos de *comunicação de massa*, em que a massa é constituída por “uma multidão de pessoas sem identidade reconhecível, incapazes de se expressar como indivíduos”.⁽²⁾ Há, nesse universo, um paradoxo: muito embora estejam próximas fisicamente, nele as pessoas se relacionam com grande distância afetiva. Cada qual erige seu mundo pessoal, e assim se aliena para o que está fora dele. A *comunicação de massa* representa, então, o processo pelo qual a mídia produz e difunde informação homogênea para um universo amplo de destinatários, num fluxo único em que a mensagem tem um valor simbólico atribuído pelo seu emissor.

A imprensa deve ao ideário iluminista o papel de mediadora do processo comunicativo social. Aliás, ela foi modelada para esse papel pelas revoluções liberais burguesas, que lhe outorgaram o encargo de fiscalizar o poder político, de ser o *watchdog* (cão de guarda) da democracia. Essa destinação dada à imprensa na modernidade, associada à relevância jurídica que a liberdade de expressão ganhou nos dois últimos séculos,⁽³⁾ permite-nos dizer que ela *exerce poder*: o poder de vigiar quem tem o poder político.

Mas essa perspectiva política do papel da imprensa suscita hoje algumas indagações. Será que funciona assim mesmo? Será que a imprensa está, como regra, preocupada em fiscalizar o exercício do poder por ser este o seu encargo e a sua contribuição para a democracia? Ou será que essa se tornou apenas a justificativa para que

outros objetivos, especialmente de natureza mercantil, sejam perseguidos?⁽⁴⁾

É indubitável que os meios de comunicação transitam hoje por todas as esferas do poder político. Interferem nas ações do Executivo e do Legislativo, bem como nas decisões do Judiciário. E não o fazem involuntariamente ou por acidente. A capacidade de *formar* opiniões pela informação transformou o fiscal em *guia*. Quem deveria limitar, segundo balizas legais e orientações éticas, passou, em muitos casos, a verdadeiramente conduzir o exercício do poder. Leis são promulgadas em virtude da pressão provocada pela cobertura – não raras vezes, estereotipada e preconceituosa

– que os meios de comunicação reservam a determinados fatos, sobretudo no âmbito da delinquência. Atos de gestão pública são executados para afastar a atenção da mídia, ou para seduzi-la (o que significa seduzir também o público). Decisões judiciais são proferidas para não contrariar as expectativas criadas e alimentadas pelo discurso dos meios de comunicação. E assim, aquele que deveria estar fora do poder, para vigiá-lo, passa a exercê-lo, de modo sutil e dissimulado.

O ideal iluminista da imprensa guardiã da democracia, que servia aos interesses e necessidades da cidadania, foi substituído pela essência da indústria cultural (**Adorno e Horkheimer**), em que o indivíduo não precisa de informação, pois não é tratado como cidadão, mas sim de mercadoria, como consumidor que é. A perspectiva de uma mídia manipuladora é inquietante, porém real. Ela manipula o público não apenas por criar a necessidade de informação, já que isso é inerente a uma sociedade de consumo. Manipula, também e sobretudo, pelo *conteúdo* das notícias que veicula, frequentemente superficial, alienante e idôneo para submeter sem que o subjugado se dê conta desse processo. A informação é preparada como uma isca atrativa, que o público fiska sem pensar, incapaz de perceber que, escondido atrás de notícias e imagens de intenso apelo emocional, está o anzol que o impedirá de fazer outras escolhas, de tomar o caminho da própria convicção. A informação é oferecida nas prateleiras midiáticas (jornais, televisão, rádio, internet etc.) em embalagens muito parecidas,

o que limita as opções do seu consumidor. E todo aquele que não pode eleger, está sendo, seguramente, dominado, conduzido. Manipular, no contexto da mídia, significa exatamente isso: *dominar* pela informação mercantilizada. E esse é um dado inegável de nossa realidade.

A mídia sobrevive da audiência da massa, que, por sua vez, é o atrativo para os anunciantes. Quanto mais audiência, mais visibilidade para o meio. E quanto maior essa visibilidade, maior será a capacidade do veículo de oferecer produtos. Esse é um ciclo que se autoalimenta. Para tornar-se competitivo no mercado, é preciso, portanto, proporcionar visibilidade. Os meios

de comunicação, inclusive determinados segmentos da imprensa, realizam isso por meio do *sensacionalismo*.

O apelo ao emocional sempre existiu no universo midiático. Todavia, costumava ficar restrito a um segmento panfletário da imprensa, que sobrevivia da exploração do estranho, do bizarro. Esse quadro foi modificado pela influência que a televisão passou a ter como mídia de informação. Surgiu, então, o que **Ramonet** chama de *hiperemoção*.⁽⁵⁾ É ela que promove a identificação do imaginário com o real, do subjetivo com o objetivo, do interior humano com o exterior mundano. Assim, aquilo que se sente com a notícia torna-se *verdadeiro*, pois se não fosse, não se sentiria. E o emocional se converte, desse modo, na realidade.

O sensacionalismo é uma fábrica de imagens falsas, uma perversão da indústria cultural de **Adorno e Horkheimer**. Para promovê-lo, os meios de comunicação teatralizam os fatos, alimentam o dramático. É como se a imagem vencesse a palavra. Institui-se a ditadura do visual, mas do visual que dissimula.

A indústria cultural desnudou a transformação da arte em negócio, da sensibilidade em técnica. O sensacionalismo parece fazer o caminho inverso: transforma um negócio em “arte”. Sim, “arte” – entre aspas mesmo – já que o universo sensacionalista é construído para apresentar um espetáculo, em que há astros, diretores, protagonistas, cenário, e uma história dramática. Só que “arte” de

A informação é preparada como uma isca atrativa, que o público fiska sem pensar, incapaz de perceber que, escondido atrás de notícias e imagens de intenso apelo emocional, está o anzol que o impedirá de fazer outras escolhas, de tomar o caminho da própria convicção.

péssimos gosto e qualidade. Tem-se a impressão de que ao final de alguns programas e telejornais serão exibidos os créditos, com aquela trilha sonora de fundo. O que deveria ser uma atividade técnica – a elaboração e veiculação de notícias – transforma-se num mecanismo de manipulação de opiniões pela dramatização.

O noticiário sobre a delinquência se vale de clichês e de estereótipos para criar heróis e vilões, verdadeiros ícones do bem e do mal que emergem do “mundo cão”. É inevitável para o consumidor deste tipo de informação se identificar com algum desses personagens. A violência que está nas imagens passa, então, para o plano do imaginário, e produz reflexos nos padrões de comportamento na vida real.⁽⁶⁾ Isso não quer dizer que as pessoas simplesmente imitem a violência veiculada pelos meios de comunicação. O processo é, de certa forma, inverso: em vez de agirem com violência, as pessoas simplesmente passam a tolerá-la. Não adotam uma postura ativa, mas passiva, de aceitação. Imagens que, há alguns anos, nos causariam indignação, são assistidas quase que com indiferença. Assim, “vamos nos acostumando à violência, como se fosse a única linguagem eficiente para lidar com a diferença: vamos achando normal que, na ficção, todos os conflitos terminem com a eliminação ou a violação do corpo do outro”.⁽⁷⁾

Dessa forma, a violência nos meios de comunicação conforma o mundo do seu público. Em muitas pessoas, essa visão distorcida pela mídia faz nascer um sentimento de insegurança, a sensação de que, a qualquer momento, seremos nós as próximas “vítimas”. Melhor então que as vítimas sejam “eles”, aqueles que aparecem nos meios de comunicação, e em especial na televisão, protagonizando a violência. Aos criminosos, a punição severa e exemplar, a prisão perpétua, a pena de morte, se possível. Qualquer meio justifica o fim retributivo. O medo move a massa, que não quer justiça (de que adianta a justiça?), quer proteção (vingança inconsciente?). E para se proteger, nada mais eficaz do que a inocuidade, a eliminação pura e simples daquele que representa o perigo. Se não se pode matar o “criminoso” – já que a Constituição não permite (!) – então que seja ele encarcerado indefinidamente. O discurso retributivista vai, assim, sendo alimentado pela violência sensacionalista nos meios de comunicação. E a repressão penal continua a ser usada como o principal instrumento desse discurso que elege o inimigo e o estigmatiza. Hoje, ele é o “outro”, no sentido laciano; amanhã, quem sabe, seremos nós. Aí, talvez, a mídia se disponha a tratar a delinquência não como uma mercadoria, para criar espetáculos de apelo à audiência, em que há bandidos e mocinhos, protagonistas e coadjuvantes. Aí, talvez, se compreenda que a intervenção penal não é a solução para as mazelas sociais. E então a liberdade de expressão não

servirá mais como justificativa para o aviltamento da dignidade humana.

NOTAS

- (1) *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 15.
- (2) CARMO, Paulo Sérgio do. *Sociologia e sociedade pós-industrial: uma introdução*. São Paulo: Paulus, 2007. p. 119.
- (3) “O direito à informação e à comunicação vem sendo proclamado como fundamental desde as primeiras declarações de direitos no século XVIII. Em vão, ao menos para as nossas tradições. Por aqui, ainda nos encontramos longe de tratar o direito à informação no nível dos demais direitos, como a educação e a saúde, o que é trágico: onde esse direito não se faz respeitar integralmente, a liberdade necessária para bem informar a sociedade não pode ser exercida plenamente (...)” (Bucci, Eugênio. *A imprensa e o dever da liberdade*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 114).
- (4) Carlos Sandano, sem deixar de defender a função política da imprensa, faz uma avaliação crítica e realista da crise que essa perspectiva enfrenta atualmente: “Mitificada como um dos pilares da democracia, o jornalismo pode tanto realizar a função de fiscalizar o poder quanto a de integrar classes e formar a identidade do Estado-nação. Não cabe aqui um levantamento historiográfico para saber se essa função algum dia foi cumprida, mas apontar para a crise desse mito nos dias de hoje, pois, se no contexto popular há elementos que apontem tanto para uma resistência cultural quanto para a degeneração do grotesco, na mídia impressa (ou ‘séria’) não há dúvidas quanto à palavra a ser usada para definir o momento atual. É uma crise econômica: o jornalismo perde leitores para a internet e outras formas de ‘entretenimento’. É má-crise de identidade: a tendência dos grandes grupos de comunicação em transformar tudo em espetáculo descaracteriza o conteúdo jornalístico. É uma crise profissional: assiste-se à diluição das fronteiras entre a publicidade e o jornalismo, assim como à manipulação (consciente ou inconsciente) da informação” (A informação-mercadoria do jornalismo e as novas formas de trocas culturais na sociedade globalizada. In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; CASTRO, Valdir José de (Org.). *Comunicação e sociedade do espetáculo*. São Paulo: Paulus, 2006. p. 66).
- (5) Nas palavras desse autor: “A hiperemoção como tal – que é outra figura característica da superinformação – sempre existiu na mídia, mas permanecia como específica dos jornais de uma certa imprensa demagógica que manejavam facilmente com o sensacional, o espetacular e o choque emocional. Ao invés, a mídia de referência apostava no rigor, na frieza conceitual, banindo o quanto possível o pathos para se manter estritamente nos fatos, nos dados, nos atos. Isto começou a modificar-se aos poucos sob a influência da mídia de informação dominante que é a televisão. O telejornal, em seu fascínio pelo ‘espetáculo do evento’, desconceitualizou a informação, imergindo-a novamente, pouco a pouco, no lodaçal do patético. Insidiosamente, estabeleceu uma espécie de nova equação informacional que poderia ser formulada desta maneira: ‘Se a emoção que vocês sentem ao ver o telejornal é verdadeira, a informação é verdadeira’. Isto deu credibilidade à ideia de que a informação – não importa que informação – sempre é simplificável, redutível, capaz de converter-se em espetáculo de massa e decompor-se num certo número de segmentos-emoções” (RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007. p. 21-22).
- (6) KEHL, Maria Rita. *Televisão e violência do imaginário*. In: BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias: ensaios sobre televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 88.
- (7) Idem, p. 89.

Marcus Alan de Melo Gomes

Mestre e Doutor em Direito.

Professor adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA).

Juiz de Direito.

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 Leitão 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
- 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 Bandier

BOLETIM IBCCRM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Rafael Lira e Renato Stanzola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, 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, Cecília Tripodi, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thais de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoil Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Érica Santoro Lins Ferraz, Fabiano Yuji Takayanagi, Felipe Bertoni, Fernanda Carolina de Araujo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanino Leone Louveira, Luis Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Illg, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimaraes, 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) 3111-1040 (tronco-chave)

A BUSCA DE LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Renato de Mello Jorge Silveira

1. Introdução

A análise do perigo no Direito Penal tornou-se, desde algum tempo, um tema bastante recorrente no Direito Penal. Avolumam-se trabalhos dogmáticos no estrangeiro sobre a questão. Bibliotecas e bibliotecas são escritas em termos defensivos e contrários à antecipação da tutela penal. No Brasil, a situação não se mostra diferenciada, apesar de, por aqui, se notar um não salutar distanciamento entre Academia, Legislativo e Judiciário.

É de se observar, contudo, que após o surgimento da preocupação supraindividual vertida ao ramo penal, intensificou-se a utilização de crimes de perigo, mormente abstratos. A invocação lógica brada, não raro, por uma inconstitucionalidade dessa modalidade de opção típica. Não sendo constatável uma lesividade ao bem jurídico pretensamente protegido, haveria, segundo alguns, uma carência de legitimidade desses novos crimes. Seria isso, contudo, verdade?

Dividem-se as opiniões nesse sentido. Apesar da sedução do legislador pela opção da antecipação penal – criminalizando-se até mesmo situações de mera conduta – isso, por certo, nem sempre se mostra adequado, ou efetivo, para a prevenção de delitos. No campo econômico essa questão talvez seja ainda mais evidente. No Brasil, a partir de meados dos anos 1980, verificaram-se inúmeras leis criminais baseadas no perigo abstrato – constituindo um verdadeiro Direito Penal de Perigo – sem que isso reflita qualquer resultado efetivo, para além de colocação simbólica. Esse, é um dos pontos de questionamento sobre a real legitimidade do perigo abstrato nessa sede.

2. A construção do Direito Penal Econômico

O Direito Penal Econômico guarda particularidades muito próprias, inserindo-se na realidade do que se convencionou denominar de Direito Penal Supraindividual. Ele, conceitualmente, contudo, é anterior à constatação da chamada sociedade de risco descrita por **Beck**, e presente na segunda metade do século XX.

Apesar de se perceber seus inícios no século XIX, aprimorando-se ao depois da 1.ª Grande Guerra e suas crises, só mais recentemente ganhou destaque. De fato, a compreensão embrionária da preocupação penal econômica, vista desde uma perspectiva criminológica,

com **Sutherland**,⁽¹⁾ é motivo de abordagem de inúmeros autores. Entretanto, apesar de muitas vezes reconhecer-se problemas em sua formulação, é de se ver perceber distanciamentos do Direito Penal tradicional. Inicia-se, assim, a constatação do problema supraindividual.⁽²⁾

Essa preocupação metaindividual é relevante, pois, como se trata de crimes sem vítimas, de bens jurídicos sem titular, e de importância emblemática, os quais nem mesmo poderiam suportar prejuízos, entende-se pela necessidade de inversão verdadeiramente conceitual do Direito Penal. Não mais se admite a punição por uma lesão, mas sim, postula-se em momento anterior a esta. Este giro copérnico transmuta o Direito Penal tradicional – de dano – em um Direito Penal de Perigo – prévio a este.⁽³⁾ Esses conceitos por certo não são estranhos ao leitor, pelo contrário. Mas a dúvida do operador do Direito é bastante presente no que diz respeito à validade dessa construção, que se tornou corriqueira na realidade também brasileira.

Costumeiramente, afirma-se que o Direito Penal – mesmo o que se pretende elaborar como “moderno” Direito Penal – deve respeitar bases sólidas de garantias aos indivíduos. Não se poderia, de modo algum, entender por válida a excepcionalização de um caso concreto que se queira fazer exemplar, pois isso desestruturaria todo o sistema. Mais. Não se pode, tampouco, entender que a suposta eficácia da resposta penal venha a ter condão de resposta, como se preconiza.

Diversos autores, em especial da chamada Escola de Frankfurt são críticos desse “moderno” Direito Penal. No Brasil, dá-se o mesmo. Muito se critica o desmesurado uso – cada vez mais – antecipado da fórmula penal. De fato, a percepção da agressão é fenômeno político e comunicacional. Nem sempre representa, no concreto, situação de risco, no caso, à Economia. Também não se pode chegar a extremos de entender que o Direito Penal Econômico venha a ser, sempre, eficaz, pois ele, genericamente, é detentor de uma carga simbólica enormemente ampla. Seu déficit de eficácia, criminologicamente

comprovado, não pode gerar uma pregação de uma teoria limitadora dos direitos individuais.⁽⁴⁾ O entendimento diferencial reside, assim, na ideia do perigo.

Apesar do déficit de efetividade do Direito Penal Econômico ser uma verdade inescapável e de verificação mundo afora, o que se mostra bastante criticável é, mais ainda, a aceitação indistinta, no Brasil, por uma visão estreita de Direito Penal de Perigo.

4. O perigo no Direito Penal

Greco já apontou, argutamente, os problemas da simples acusação de serem, os crimes de perigo abstrato, inconstitucionais.⁽⁵⁾ Essa colocação, bastante comum na doutrina brasileira, deve ser repensada em termos. Estaria todo o Direito Penal atual viciado, ou lhe faltariam bases hermenêuticas suficientes para uma devida interpretação? Existem problemas quanto aos crimes de perigo, sem dúvida, mas deve-se recordar alguns

pontos para a sua correta percepção na atualidade.

A formulação do perigo em Direito Penal remonta a **Binding**. Entretanto, só muito mais recentemente é que ganhou a importância hoje verificada. Na realidade, com a consagração da chamada sociedade de risco teve-se imediata importância assumida pelo perigo no chamado Direito Penal Supraindividual. Áreas como o Direito Penal Econômico, Direito Penal Ambiental, saúde pública e consumidor, assim, passaram a ter particularidades próprias, entre as quais, a de serem estruturados a partir de crimes de perigo abstrato.⁽⁶⁾ O reconhecimento da necessidade de tipificações nessa modalidade encontrou eco até mesmo na Associação Internacional de Direito Penal, que, em seu X Congresso Internacional, em 1969, os entendeu aptos ao combate do crime econômico.⁽⁷⁾

Tradicionalmente, verificam-se as modalidades de perigo concreto e de perigo abstrato. O primeiro deve ser verificado, ou demonstrado, na medida de sua efetividade, podendo ser presumido *juris tantum*, sendo admitida, pois, prova em contrário. Sua constatação, a exemplo do próprio dano, dessa forma, ocorre em perspectiva *ex post*. Já o perigo abstrato mostra-se absolutamente hipotético, já que o legislador modula a tipificação baseado na experiência. Não existe, assim, nenhuma verificação posterior em relação ao resultado, mas tão somente

em relação à ação. A análise basta-se em termos *ex ante*.

Schünemann recorda que essa bipartição sempre se mostrou pouco precisa.⁽⁸⁾ Isso resultou na fórmula dos crimes de perigo abstrato-concreto (também visto como delitos de idoneidade ou delitos de perigosidade).⁽⁹⁾ Essa nova modalidade permitiria que embora o legislador genericamente determine uma abstração no perigo, concretamente seja permitido ao julgador verificar um mínimo desvalor (potencial) do resultado a legitimar a repreensão penal. Como aponta **Schünemann**, a aptidão para a lesão do bem jurídico é o critério decisivo, que por um lado mostra-se abstrato (já que basicamente aponta tão só um excesso do risco permitido), e, por outro, concreto, na medida em que o exame da extralimitação do risco permitido têm em conta todos os detalhes do fato concreto.⁽¹⁰⁾ Essa interpretação, no entanto, poucas vezes é constatada.

Assumindo o Direito Penal Econômico em uma concepção ampla, tem-se que toda a incidência penal no que toca à Ordem Econômica poderia ser vista dentro de um parâmetro penal econômico. A busca de uma responsabilização por condutas agregadas aos poderosos, em algo que **Sutherland** primeiramente classificou como criminalidade do colarinho branco, requer um instrumental próprio, já visto em âmbito prévio. Se assim o é, seria de se indagar: o Direito Penal Econômico brasileiro cumpre seu papel?

Muitos estudos, como os promovidos pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, coordenado pelas professoras Máira Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado e Marta Cristina Cury Saad Guimenes, parecem apontar em sentido negativo. Em 2008, as professoras de São Paulo analisaram mais de 1.298 decisões judiciais relativas a crimes financeiros, apontando pouquíssima efetividade na resposta estatal. A seu modo, reforçaram toda a sorte de críticas que são feitas pelos adeptos da Escola de Frankfurt.

É bem verdade que os problemas constatados no Brasil dizem, não raro, respeito a problemas na investigação, a não cumprimento de garantias individuais, prescrição, e, sobretudo, a problemas variados de ordem processual. Genericamente, no entanto, existe uma aceitação da simples leitura positivista da norma penal, como se ela legitimasse a si própria e garantisse a efetivação da proteção suposta. E isso parece inaceitável, mesmo porque, como já esclareceu **Bottini**, os crimes de perigo

abstrato não são meramente formais, devendo, nesse quadrante, ser abordados os diversos aspectos objetivos do tipo penal *de per se*.⁽¹¹⁾ A leitura jurisprudencial nacional, contudo, não parece levar isso em conta.

Apesar do déficit de efetividade do Direito Penal Econômico ser uma verdade inescapável e de verificação mundo afora, o que se mostra bastante criticável é, mais ainda, a aceitação indistinta, no Brasil, por uma visão estreita de Direito Penal de Perigo. Aqui, uma observação necessária. Essa construção, vista por alguns autores em tom bastante crítico, é multifária, como apontam **Von Hirsch** e **Wohlers**. Trata-se, em verdade, de uma categorização aglutinativa na qual se agrupam os tipos não qualificáveis como de lesão ou de perigo concreto, podendo dizer respeito, entre outros, de delitos preparatórios, delitos cumulativos ou delitos de perigosidade concreta.⁽¹²⁾ Note-se: alguma aceitação do Direito Penal de Perigo parece ser necessária, principalmente em face do mundo atual. O problema reside nos limites apostos a tal aceitação.

A questão, portanto, e em breves considerações, não parece residir unicamente na formulação de tipos de perigo abstrato. Eles são inerentes à realidade supraindividual, e, em particular, ao Direito Penal Econômico. Nesse sentido, em princípio, poder-se-ia dizer, genericamente reconhecido o Direito Penal de Perigo nessa seara. Entretanto, conforme seja a formulação desse Direito Penal de Perigo, há de entendê-lo como legítimo ou não legítimo. Sendo legítimo, o que não se pode aceitar é uma leitura absolutamente monocular do perigo abstrato, em estrita obediência positivista. Deve-se, em caso de legitimidade, utilizar chaves hermenêuticas para sua ideal compreensão.

Fora do campo estrito do Direito Penal Econômico, alguns Tribunais nacionais já fazem essa leitura. Em casos relativos a porte de armas, tráfico de drogas ou, ainda, ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP), já se encontram decisões interpretando o perigo abstrato ao caso concreto, à ofensividade ou vinculação ao bem jurídico protegido. Notadamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 194.468/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14.04.2012), e o Supremo Tribunal Federal (STF, HC 96.532/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.10.2009), já decidiram pelo trancamento de ações penais em casos de

porte de arma de fogo ou cartuchos de munição de uso restrito que, apesar de formalmente típicos – situação de perigo abstrato – não detinham potencialidade lesiva necessária, sendo, assim, no caso concreto, vistos maculados por atipicidade. Essa leitura, por chaves hermenêuticas quaisquer, como, por exemplo, do perigo abstrato-concreto, deve ser também vista no âmbito penal econômico, sob pena, definitiva, de ilegitimidade completa e não aplicabilidade efetiva do Direito Penal Econômico.

NOTAS

- (1) SUTHERLAND, Edwin H. *Il crimine dei colletti bianchi*. Trad. Gabrio Forti. Milano: Giuffrè, 1987. passim.
- (2) Cf. TIEDMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Parte general y especial. Trad. Rodrigo Aldoney Ramírez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 57 e ss.
- (3) Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal económico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006. pp. 64 e ss.
- (4) Cf. HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. In: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 94 e ss.
- (5) Cf. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 75 e ss. Do mesmo modo, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: RT, 2010, p. 172.
- (6) Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 121 e ss.
- (7) Cf. Idem, p. 98 e ss. Do mesmo modo, PATALANO, Vicenzo. *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*. Napoli: Jovene, 1975, p. 53 e ss.
- (8) SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del derecho penal económico moderno). Trad. Irene Molina González. In: *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008, p. 17 e ss.
- (9) Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal económico...*, cit., p. 120 e ss.
- (10) SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura... cit., p. 19.
- (11) Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, cit., p. 216 e ss.
- (12) Cf. VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 288 e ss.

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

GENÉTICA E DIREITO PENAL

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

O rápido avanço da biotecnologia traz inúmeros reflexos sociais, sobretudo no que tange às técnicas de engenharia genética aplicáveis diretamente aos seres humanos. Além de oferecer novas perspectivas, fundamentalmente relacionadas ao diagnóstico e à cura de enfermidades, o progresso do conhecimento e de suas aplicações técnicas no âmbito das manipulações genéticas cria também preocupações específicas, diante do possível emprego de práticas investigativas experimentais ou manipulativas aptas a ofender interesses sociais fundamentais. Mesmo no que tange ao desenvolvimento científico em si, a necessidade de verificar o fundamento da tese proposta induz geralmente à manipulação do objeto em estudo – o que, no âmbito da genética, significa dizer: do homem –, obrigando à discussão acerca da necessidade de elaboração de mecanismos formais de controle. A questão básica a ser respondida consiste em saber se resulta socialmente aceitável que se leve à prática tudo o que cientificamente se mostra possível.

Nesse contexto, verifica-se que o pluralismo político característico do Estado Democrático de Direito acaba por dificultar a busca de soluções harmônicas e generalizadas, constituindo o grande desafio contemporâneo estabelecer um quadro normativo adequado aos conflitos decorrentes do progresso biotecnológico. O problema jurídico inicial reside, então, em reconhecer, diante dos vários padrões éticos e valores presentes na sociedade, aqueles que se identifiquem com interesses sociais fundamentais, a fim de assimilar ou fazer frente à nova realidade, questionando-se, inclusive, como tais valores podem ser integrados ao Direito. Na esfera jurídico-penal, tal questão revela ainda maior complexidade, em razão da frequente confusão entre ética, moral e interesses sociais dignos de tutela (denominados bens jurídicos).

Embora seja antigo, o debate sobre a relação entre Direito e moral é sempre retomado na ciência do Direito Penal e na Filosofia. Nesse sentido, a despeito de ter sido substituída a partir da década de 60 do século passado por um referencial político, tal discussão ressurgiu sob novas vestes nos últimos anos, sendo materializada em posições doutrinárias e decisões judiciais que demonstram o quão difícil e dinâmico é o estabelecimento concreto dos limites da intervenção jurídico-penal. Sob tal perspectiva, destaca-se a preocupação quanto à admissibilidade da moral como justificativa da intervenção penal. O cuidado que há que ser tomado nesse âmbito se dirige à equivocada punição de comportamentos não

ofensivos a bens jurídicos determinados, mas apenas a um referencial moral.⁽¹⁾

A análise do contraponto entre Direito e moral deve, antes de tudo, tomar por referência a conexão entre a sanção penal e a ética social, tendo-se, para além do conceito de bem jurídico, o denominado limite interno como critério diferenciador entre os dois âmbitos. Essa ideia parte da concepção de **Kant**, para quem da distinção entre Direito e moral derivam os significados diversos da noção de liberdade (liberdade interna e liberdade externa), conforme tal noção se refira à moral – norma autônoma – ou ao Direito – norma heterônoma.⁽²⁾

Justamente por isso, a intervenção penal deve limitar-se a comportamentos externos, que ultrapassem o limite da liberdade de terceiros, conformando-se, na mesma medida, com o cumprimento externo-legal de suas disposições. Se tais regras se cumprem por um sentido de dever ou por respeito à liberdade de terceiros garantida juridicamente, é algo que interessa apenas à moral.⁽³⁾ Nesse sentido, pode-se concluir que, à diferença da moral, o Direito não tem por fim um valor específico que determine por si mesmo a ação humana, sem implicar a vigência consequente de outros valores.

Da mesma forma, se, no âmbito democrático, a legitimidade do Direito Penal advém do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, a intervenção penal é logicamente incompatível com a pretensão de limitar tal desenvolvimento da personalidade exclusivamente conforme opções morais, mesmo majoritárias, que não sejam próprias do indivíduo. Ao Direito Penal não deve, então, competir a consagração de hierarquias axiológicas e tampouco a decisão de controvérsias éticas. Um Direito cujas normas sejam a tradução jurídica da ética social restaria limitado a funções puramente conservadoras, convertendo-se, nas palavras de **Stratenwerth**, em obstáculo à evolução social.⁽⁴⁾ Isso não significa negar a possibilidade de uma norma incriminadora abarcar também condições éticas ou morais elementares no âmbito social, desde que sua finalidade não seja voltada à tutela da moral ou da ética em si, mas sim à prevenção de efeitos concretamente danosos.⁽⁵⁾

Retomando a discussão específica quanto aos critérios de legitimidade da intervenção jurídico-penal no campo da genética, cabe estabelecer duas premissas fundamentais: *i.* não é possível evitar o progresso científico, e não parece mesmo adequado pretender limitar a possibilidade de tratar enfermidades e de trazer benefícios concretos à saúde e à vida humana; *ii.* as ciências relacionadas à

biotecnologia não necessitam em princípio buscar justificativas para sua afirmação, haja vista que a própria Constituição Federal de 1988 garante e incentiva, em seus arts. 5.º, IX, e 218, a liberdade científica, a fim de possibilitar o desenvolvimento da sociedade e, consequentemente, dos próprios indivíduos que a compõem. Assim, é o Direito – e mais ainda o Direito Penal – que deve justificar a legitimidade dos critérios utilizados no sentido de limitar a liberdade científica constitucionalmente consagrada.⁽⁶⁾

Na busca de critérios legítimos para a intervenção jurídica sobre as práticas e as implicações da biotecnologia, há de se ter presente, antes de tudo, que, se o Direito serve a sociedade, disciplinando a convivência humana, deverá observar a realidade social na qual se insere. Daí surgem especiais dificuldades no campo da genética, relacionadas à complexidade das técnicas tratadas e de seus respectivos resultados ou riscos, as quais o Direito não está apto a compreender por si. Tomado o Direito como sistema aberto, o enfrentamento jurídico das questões emergentes só poderá, assim, decorrer de uma discussão multidisciplinar do tema, por meio da bioética. O primeiro passo nesse sentido consiste na formação de um pensamento ético comum que estabeleça as pautas dentro das quais deve ser desenvolvida a investigação e suas aplicações neste campo. O segundo, totalmente diverso, dirige-se à verificação da necessidade de atuação do Direito para assegurar a adequação da conduta dos cientistas e médicos a estas exigências éticas aceitas por toda a comunidade. Indubitavelmente, da totalidade de postulados éticos propostos, dever-se-á selecionar os que, estando diretamente vinculados às normas básicas que organizam a vida da sociedade, têm imposição legal justificável.⁽⁷⁾ Em um momento seguinte, já dentro do campo penal, eleger-se-á, como objetos de tutela, apenas aqueles interesses sociais fundamentais ao livre desenvolvimento do ser humano, cuja ofensa se revista de extrema gravidade.

De todo modo, porém, deve-se observar que várias das práticas de manipulação genética em seres humanos admitem-se como possíveis tão só teoricamente, o que suscita maiores discussões sobre a questão da função preventiva do Direito Penal de adiantar-se, manifestando-se sobre tais casos. O objetivo do Direito ante a ciência e as novas tecnologias deve ser, portanto, assegurar, tanto quanto possível, a contemporaneidade da afirmação dos vários interesses, buscando-se não sacrificar de forma excessiva nenhum deles, de modo a conceder à ciência o máximo

de liberdade compatível com o respeito devido aos outros valores em jogo.

Não se pretende fechar os olhos para as atuais tendências do Direito Penal pós-moderno, de reconhecimento crescente de bens jurídicos e de elaboração de determinadas figuras típicas de perigo que, invariavelmente, acabam por se mostrar necessárias, em casos específicos, diante do estágio complexo do desenvolvimento social e, consequentemente, da criminalidade. O que se sustenta é que, com relação às práticas de engenharia genética, é necessária especial cautela, de forma a não se legislar a partir do medo, suprimindo princípios constitucionais e penas fundamentais, e, pior, freando o desenvolvimento tecnológico, tão importante para o desenvolvimento da humanidade e para a própria valorização da dignidade humana.

Nessa linha, podem-se mencionar, a título ilustrativo, duas hipóteses constantes da denominada Lei de Biossegurança (Lei Federal 11.105/2005) em que surgem especiais dificuldades quanto ao estabelecimento da ofensividade do comportamento do agente, decorrentes das dúvidas sobre qual seja o bem jurídico tutelado pela norma. Em primeiro lugar, tem-se a criminalização de intervenções genéticas em células germinais humanas,⁽⁸⁾ identificando-se como bem jurídico tutelado a integridade do patrimônio genético e, assim, da própria natureza humana, como parte essencial da dignidade.⁽⁹⁾ A partir de uma compreensão ontológica indevida do bem jurídico e da própria dignidade humana, chega-se à conclusão de que qualquer terapia genética humana em linha germinal implica ofensa ao bem jurídico, ainda que acarrete concretamente o impedimento ou a cura de uma grave enfermidade genética, o que ultrapassa os limites de uma intervenção penal racional.

Da mesma forma tem-se a criminalização da clonagem humana,⁽¹⁰⁾ em relação à qual não resta claro qual seja o interesse social fundamental tutelado. A partir do conteúdo da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, aprovada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) em 11 de novembro de 1997, poder-se-ia identificá-lo ontologicamente com a irrepetibilidade do patrimônio genético humano, analisando-se, a partir daí, a ofensividade da conduta. Antes de tudo, porém, há de se ver que tal irrepetibilidade do patrimônio genético não constitui um bem jurídico supraindividual, em razão de representar, no contexto da clonagem humana, a somatória da irrepetibilidade de patrimônios genéticos individuais. De outro lado, na esfera individual não parece haver sentido a tutela de tal interesse quando houver o consentimento de seu titular, tendo em conta, inclusive, ser naturalmente possível a existência de indivíduos com idêntico patrimônio genético (gêmeos univitelinos). Tal norma penal incriminadora parece, portanto, voltar-se à mera ideia subjacente de que a prática da clonagem não deve ser realizada, dirigindo comportamentos sob o ponto de vista ético ou moral, sem a correspondente ofensa a um bem jurídico.⁽¹¹⁾

A busca por uma intervenção efetiva do Direito no âmbito das novas tecnologias não deve, assim, estar dirigida primordialmente ao Direito Penal, o que o converteria em um ramo do Direito hiperatrofiado, autoritário e, pior, meramente simbólico. Não se trata de deixar de conferir tratamento jurídico às novas questões colocadas pela engenharia genética em seres humanos, mas sim de utilizar as formas de controle adequadas, de modo proporcional e, sobretudo, racional, recorrendo-se, para tanto, e antes, a outros ramos do Direito.

NOTAS

- (1) Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, 2010. p. 325.
- (2) Cf. KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina Ortiz y Jesus Conill Sancho. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 80.
- (3) Cf. KÜHL, Kristian. *Derecho penal y moral*. In: ALBRECHT, Hans-Jörg; SIEBER, Ulrich; SIMON, Jan-Michael; SCHWARZ, Felix (Comp.). *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009, p. 205.
- (4) Cf. STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 2.
- (5) Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 327.
- (6) No mesmo sentido, v.: ESER, Albin. *Derecho penal, medicina y genética*. Lima: Idemsa, 1998. p. 230-231.
- (7) MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires: Universidad, 1994. p. 62.
- (8) Conforme prevê o art. 25 da Lei Federal 11.105/2005: "Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".
- (9) Sobre a proteção penal de tais interesses, entendidos como bens jurídicos, v. CERMEÑO ZAMBRANO, Fernando G. de J. *Manipulaciones genéticas directas y derecho penal en Venezuela: vacío penal absoluto?* *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 16, p. 139, jan.-jun. 2002.
- (10) Conforme o art. 26 da Lei Federal 11.105/2005: "Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".
- (11) A mesma posição foi manifestada por **Knut Amelung** nos debates havidos durante as Jornadas de Moritzburg em abril de 2002, transcritos em BRANDT, Karsten; HOENTZCH, Susanne; MAATZ, Rico; SCHULENBURG, Johanna. *Criminalización más allá del dogma del bien jurídico*. Trad. María Gutiérrez Rodríguez. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 435.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Professora Livre-Docente da USP.

A RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DOS ENTES COLETIVOS: UMA DELIMITAÇÃO FUNCIONAL

Juarez Tavares

O tratamento da responsabilidade dos dirigentes de entidades coletivas, como as empresas em geral, deve passar, necessariamente, pela solução prévia de algumas questões, relativamente: (a) aos seus fundamentos; (b) às suas bases de extensão; (c) ao papel desempenhado pela individualização das condutas; (d) às bases da responsabilidade penal e sua diferenciação da responsabilidade civil. Está claro que a enumeração dessas questões não esgota o amplo espectro das atividades que se desenvolvem no âmbito de uma entidade

coletiva ou empresarial, mas servem de ponto de partida para seu equacionamento dogmático.

Os fundamentos da responsabilidade

Uma atividade tomada em uma entidade coletiva envolve um número elevado de variáveis, que dizem respeito não apenas aos objetivos do empreendimento, ou à sua eficácia no mercado, senão aos resultados sociais concomitantes ou consequentes que pode produzir. É inerente, portanto, a essa atividade um componente subjetivo

voltado ao sucesso do empreendimento, sob a perspectiva de menor custo e de maior proveito. Contudo, em uma sociedade orientada, inicialmente, pelo valor de troca dos produtos e serviços no mercado e, depois, pela estabilidade das relações econômicas daí derivadas, não será possível situar a conduta do dirigente de uma empresa sem levar em conta seus componentes estratégicos. Portanto, a conduta do dirigente será, antes de tudo, uma conduta estratégica e não uma conduta simplesmente instrumental. A diferenciação entre conduta estratégica

e conduta instrumental é essencial para se compreender como se desenvolvem os argumentos em torno de seus efeitos e como se articulam os fundamentos para responsabilizar aquele que a conduziu. A conduta instrumental é explicada em termos da exclusiva relação de causa e efeito, de meio e fim. Essa é a conceituação que se formula tradicionalmente pelas teorias causal e final de ação, nas quais relevante será, respectivamente, o desempenho causal de uma condição para o resultado (teoria causal) ou a dirigibilidade de sua execução, orientada por um objetivo previamente fixado (teoria final). Embora, na teoria final de ação, tenha-se em conta uma suposta separação entre ação e resultado, o que poderia conduzir a tomar o resultado sob ponto de vista estratégico, essa concepção não se confunde com uma proposição nitidamente estratégica. Ao contrário, a conduta estratégica, conforme o enfoque proporcionado por **Max Weber**, é aquela orientada indiretamente aos resultados, porque, em vez de os tomar como objetivo final da execução dos meios causais, os situa em face do comportamento de outros, que devam ser afetados por ela.⁽¹⁾ Essa participação do outro ou dos outros no processo de desenvolvimento da conduta faz com que se torne insatisfatória uma simples relação de causa e efeito ou mesmo uma relação entre meio e fim para defini-la. Se uma empresa quer vender no mercado certo produto ou serviço, a atividade de seus administradores não se dirigirá exclusivamente ao resultado imediato de sua venda, mas, sim, também ao comportamento dos consumidores, à sua aceitação ou às perspectivas de sua rejeição, bem como a todos os demais elementos circunstanciais de publicidade que possam induzi-los a se interessarem pelo produto ou serviço. Está claro que a simples referência causal não é capaz de explicar esse comportamento. A contar de uma conceituação que assuma os compromissos estratégicos do empresário será possível começar a compor os fundamentos de sua responsabilidade. Uma vez que a simples referência causal ou final é insuficiente para enunciar esses fundamentos, é indispensável pensar que sua essência se encontra vinculada de modo mais intenso à forma de organização. A conduta estratégica, quando posta no âmbito empresarial (e esse é mesmo seu atributo) requer uma organização, porque, em regra, não pode ser praticada por uma só pessoa e nem pode se esquivar de deveres perante os consumidores. A consideração de que a conduta estratégica pressupõe uma organização e que está submetida a deveres

diante dos consumidores não implica, porém, que os fundamentos da responsabilidade penal de seu autor ou empreendedor derivem exclusivamente de deveres de organização. Os deveres de organização servem para fundar uma responsabilidade civil, mas não a responsabilidade penal. Uma responsabilidade penal só poderá ser concebida quando se agregue à conduta estratégica ainda outro componente: o ato performático. Entende-se por ato performático aquele comportamento que, levando em conta a atitude de outrem (dos consumidores, por exemplo), se deixa orientar por ela em face das exigências empíricas e normativas inseridas no contexto. Portanto, pode-se dizer que o fundamento da responsabilidade por uma conduta empresarial está assentado num complexo, porque submete a execução de uma condição causal ou final ao exercício de um comportamento estratégico e, ainda, às orientações que pesam sobre esse comportamento, derivadas da atitude dos consumidores e das regras delimitativas impostas pela ordem jurídica.

A extensão da responsabilidade

No Direito Penal, a responsabilidade é pessoal e, portanto, só pode ser atribuída a alguém que tenha desempenhado um papel relevante na atuação coletiva estratégica, de modo a permitir que o resultado juridicamente lesivo lhe possa ser imputado também como “obra sua”. Não basta, assim, para fixar a responsabilidade penal do empresário a simples desobediência a regras jurídicas, como poderia resultar da infração a meros deveres de organização. Ao lado dos deveres que são impostos à execução da atividade empresarial, é indispensável que se promova a elucidação da participação causal de cada dirigente. A indeterminação dessa causalidade conduzirá à desconstrução do processo de imputação. Por outro lado, a responsabilidade depende também da forma como a regra jurídica disciplina a atividade empresarial. Para que o desempenho de uma atividade ou para que a não execução de uma atividade devida conduza à responsabilidade penal de seu titular é indispensável que tanto a disciplina desse empreendimento quanto a imposição de deveres possa servir para sua orientação concreta. Se as regras jurídicas que disciplinam a atividade forem contraditórias

ou sem sentido serão inservíveis para orientar o seu titular e, assim, ilegítimas para fixar sua responsabilidade pelo empreendimento ou pelas omissões dos deveres que lhe são impostos. A medição da responsabilidade, portanto, não deverá ser efetuada exclusivamente pelo âmbito causal, que poderá se estender demasiadamente em face da teoria da condição, mas, sim, também pelos pressupostos de legitimidade da própria atividade performática ou perlocucionária do empresário.

A individualização das condutas

A imposição de um juízo de legitimidade, acoplado à identificação do processo real de imputação, exigirá para efeitos de responsabilidade a individualização da conduta de cada dirigente. Isso já foi dito. Quanto a isso, porém, será preciso esclarecer melhor como se deverá examinar a questão da causalidade. Tratando-se de uma atividade empresarial, será difícil se trabalhar apenas com a teoria da condição. Só se poderá determinar a causalidade de uma atividade dentro de um ente coletivo quando se ajustar a teoria da condição a limites normativos que lhe correspondam. Há, aqui, contudo, alguns problemas a serem enfrentados. Um primeiro problema diz respeito a determinar se é possível impor limites normativos à teoria da condição. Um segundo problema diz respeito a verificar como a teoria da condição deve se subordinar aos enunciados típicos dos respectivos delitos. As várias teorias da imputação já trataram de limitar a extensão da teoria da condição, essencialmente, pelos critérios do risco permitido, do aumento ou da diminuição do risco, da autorresponsabilidade, da auto ou heterocolocação em perigo e do alcance do tipo. Foi mais do que plausível a edição desses critérios na Alemanha, porque o respectivo Código Penal não dispunha de uma regra expressa de causalidade; deixava para a doutrina trabalhar com as teorias que pudessem elucidar de modo mais coerente a questão. No Brasil, em contrapartida, o Código Penal acolhe expressamente, como definição de causalidade, a teoria da condição. Essa previsão legal pode gerar confusões, porque induz, num primeiro momento, a assertiva de que, no Brasil, a correção da responsabilidade deve ser feita pelas limitações do elemento subjetivo e não por outros critérios. Embora os

Para que o desempenho de uma atividade ou para que a não execução de uma atividade devida conduza à responsabilidade penal de seu titular é indispensável que tanto a disciplina desse empreendimento quanto a imposição de deveres possa servir para sua orientação concreta

autores tenham superado esse obstáculo, ao ponderarem que os critérios de imputação objetiva se destinam a limitar a causalidade e são, assim, compatíveis com a regra do art. 13 do CP, parece que no tocante às ações estratégicas as coisas não se passam exatamente como pensa a doutrina. Na formulação dos critérios de imputação, sempre se contemplou a ação em face de sua explicação ou conceituação instrumental, ou seja, dentro da relação entre causa e efeito ou entre meio e fim. Os próprios critérios do aumento do risco ou da diminuição do risco e outros são destinados ao tratamento da ação instrumental e não da ação estratégica. É simples essa constatação: basta ver como esses critérios partem da produção inicial da violação de um risco permitido, por exemplo, dirigir em excesso de velocidade (aumento do risco), para depois concluir que esse risco se exauriu no resultado (concreção do risco). Na ação estratégica realizada no âmbito de entidades coletivas é impossível esse tipo de argumentação, porque pode ser que alguém não tenha, individualmente, violado o risco autorizado, mas o tenha feito coletivamente, caso se trabalhe com a atividade corporativa e não com a atividade individual. E pode ser que a atividade arriscada só possa se realizar no resultado mediante a ação da própria vítima e não como desdobramento normal do próprio risco. A teoria da imputação objetiva procura contornar esse problema, aduzindo a exclusão da imputação e, portanto, da responsabilidade, quando a vítima assumiu os efeitos do risco (autocolocação em perigo), ou quando consentiu que o risco se desenvolvesse por terceiro (heterocolocação em perigo), e mais ainda quando trabalha a hipótese de delimitar a imputação com base na interpretação do tipo penal (âmbito do tipo). O problema está, porém, que, na atividade complexa empresarial, uma vez desencadeado o risco em face de uma decisão colegiada, todo o processo de sua extensão se dá por meio de atos de terceiros não necessariamente comprometidos com o risco inicial (por exemplo, a atividade dos que carregam um caminhão com detritos tóxicos, sem haverem participado de seu despejo no rio), ou de atos dos consumidores, que livremente optaram por adquirir o produto tóxico, porque acreditavam que poderiam suportar seus efeitos maléficos, ou se deixaram vacinar por infusões tóxicas, porque ponderaram acerca de suas vantagens e desvantagens. Nesses casos, antes de se proceder à avaliação dos riscos (todo o processo de imputação é de avaliação), conviria proceder a uma interpretação do art. 13 do CP em face de ações coletivas,

que estão na dependência de condições normativas e não simplesmente fáticas, quando a decisão acerca da causalidade passa pelo preenchimento do quórum válido para a instalação e o funcionamento do conselho administrativo da empresa. Aqui, então, não se poderá trabalhar com o critério da eliminação hipotética, mas com fundamentos relacionados à contraposição de forças favoráveis ou contrárias à decisão: uma teoria funcional ou uma teoria geral da causalidade. Se no conselho de uma grande empresa, por exemplo, por maioria se decide lançar dejetos tóxicos no rio, não basta verificar o quórum para a deliberação, mas os votos favoráveis e contrários à decisão. Para os conselheiros que votaram contra a decisão não caberá imputação, porque não realizaram uma condição para a ação estratégica, independentemente de se, com sua presença, validaram a decisão. Se lhes aplicassem o critério da eliminação hipotética, poderia resultar que, se não tivessem comparecido à reunião, a decisão desapareceria, o que implicaria considerar sua atividade (ainda que tivessem votado contra) como causa do resultado. Por outro lado, o risco fora desencadeado pela ação coletiva do conselho e não por um ato individual, o que poria em dificuldades a própria teoria da imputação objetiva. Como trabalhar o aumento do risco, quando a atividade coletiva o afirma, mas a atividade individual o nega? Antes mesmo de se discutir o aumento do risco, a individualização da atividade é necessária por força de uma teoria geral da causalidade, que deve pautar as ações favoráveis e desfavoráveis à decisão. Ademais, nas ações estratégicas, que envolvem consumidores e deveres de atenção por parte dos fornecedores, é indispensável enfocar a causalidade dentro do próprio tipo de delito, que pode delimitar a extensão desses deveres consoante o sentido da atividade devida. O célebre exemplo dos pelos de cabra, contaminados pelo carbúnculo, bem demonstra a necessidade de verificar se o cumprimento do dever de desinfecção terá sentido diante das condições de sua ineficácia absoluta. Uma vez que o cumprimento do dever não tenha sentido, não se poderá falar de causalidade típica e, assim, de responsabilidade. O sentido do cumprimento do dever será, assim, uma questão empírica a ser tratada na tipicidade. Isso não desnatura a teoria da condição, porque igualmente diz respeito a uma teoria geral da causalidade, ou, mais precisamente, a uma causalidade funcional que a antecede.

Responsabilidade penal e responsabilidade civil

Motivados pela tradição positivista, os aplicadores do Direito, em geral, operam sob o manto de uma moral punitiva, quando de qualquer atividade constatarem a produção de um dano ou de uma lesão. A realização de um dano ou de uma lesão e as obrigações daí decorrentes sugerem a determinação de uma responsabilidade penal diversa da responsabilidade civil. Há uma longa discussão em torno de suas diferenças, sempre resumidas a questão de graus e não de essência. Recentemente, porém, em face da introdução em alguns países da figura da responsabilidade penal da pessoa jurídica, os elementos relativos a essas duas espécies de responsabilidade voltaram à tona, agora não mais subordinadas a uma gradação quantitativa, mas, sim, a diferenças substanciais. Nesse sentido, pondera **Achenbach** que em termos de responsabilidade penal não se poderá resumir a decisão à análise das deficiências de organização (*compliance-organisation*), as quais são levadas a efeito quando os respectivos deveres de fiscalização ou administração estejam subordinados a uma disponibilidade patrimonial como consequência de seu descumprimento.⁽²⁾ A responsabilidade por deficiência de organização só é aplicável ao Direito Civil, não ao Direito Penal. Enquanto a responsabilidade civil se assenta na disposição do devedor de submeter seu patrimônio à execução como compensação do dano causado,⁽³⁾ a responsabilidade penal, por suas próprias características, implica uma relação entre Estado e pessoa, ou melhor, uma relação com o sentido de universalidade em face da subsistência de proibições ou comandos aplicáveis a todos, com base nos elementos de motivação traçados como referência para as respectivas atividades.

NOTAS

- (1) HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 297.
- (2) ACHENBACH, Hans. Haftung und Ahndung. Wider die Vertäuschung zweier disparater Rechtsfolgemodelle. *Festgabe für Imme Roxin*, ZIS, 5/2012, p. 178 e ss.
- (3) BERGMANS, Bernhard. *Schuldrecht*. Berlin: Logos, 2009. t. 1, p. 25; WESTERMANN, Harm Peter; BYDLINSKI, Peter; WEBER, Ralph. *BGB-Schuldrecht*. 7. ed. Heidelberg: CF Müller, 2010. p. 96 e ss.

Juarez Tavares

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Subprocurador-Geral da República.

CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES: SÓ AGORA? E POR QUE AGORA?

Beatriz Dias Rizzo

Novos tipos penais sempre me deixam desconfiada. Não é da minha natureza de criminalista acreditar nas promessas do direito e da justiça criminal.

Buscando, todavia, entender a criminalização dos atos de *exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida; ou aceitar promessa de vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, violando seus deveres funcionais*, descobri que este é um crime bastante antigo na maioria dos países europeus. É um crime com alguns anos de vida em outros, como Espanha, Portugal e Itália. Aqui, no Brasil, nunca foi crime e até hoje não é. Em breve será.

Mas por quê? Vivem bem nas suas relações econômicas privadas os países nos quais a corrupção entre particulares é crime; e nós vivemos bem, desde sempre, sem esta incriminação. Há outras formas de reprovar e prevenir a corrupção entre particulares; há o Direito do Trabalho e há o Direito Civil.

Mas a globalização tem suas manhas e gosta muito do Direito Penal voltado para atividades econômicas. A criminalização da corrupção entre particulares é ponto de honra para a comunidade penal internacional, haja vista a Ação Comum Europeia de 22.12.1998, a Convenção do Conselho de Europa sobre a Corrupção, de 27.01.1999 e, mais impactante, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003).

Sendo o Brasil signatário da Convenção, cá estamos nós, prestes a abraçar em nosso ordenamento jurídico o crime de corrupção entre particulares.

De certa forma, se apropriação indébita é crime; se dano é crime, não há grande dificuldade em concluir que o esquecimento do nosso legislador em relação à corrupção entre particulares, por todos esses anos, é uma discriminação sem sentido. Ela pode até mesmo ser uma forma de apropriação indébita, talvez.

Estaria bem justificada, portanto, a opção

do Projeto de Código Penal – PLS 236/2012 – ao incluir a corrupção entre particulares nos crimes contra o patrimônio, no art. 167, assim redigido:

“Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.”

Mas não é bem assim. São variadas as maneiras de identificar e eleger um bem jurídico afetado pela corrupção entre particulares.

A Áustria segue um modelo patrimonialista, no qual a corrupção entre particulares é uma lesão à lealdade entre mandatário e mandante.

Na Itália, o delito foi inserido na reforma da legislação societária, como uma forma de infidelidade societária e, portanto, limitando os sujeitos ativos aos administradores, diretores da sociedade e alguns mais.

A França adota o modelo jus-laboral, no qual o desvio da corrupção entre particulares reside na violação das regras da relação de trabalho. Holanda e Inglaterra têm modelos semelhantes.

E a Suécia, bem... Na Suécia tanto faz se a corrupção é entre particulares, ou se envolve um agente público. Mas a Suécia é a Suécia. Lá o modelo de gestão pública foi trazido para a gestão das empresas privadas. Na Suécia a esfera pública é ampla e goza de um respeito inigualável por qualquer outro país.

Voltemos então às opções mais mundanas.

A Alemanha fez a escolha do bem jurídico certo, a julgar pelas diretrizes traçadas nos instrumentos internacionais: a livre concorrência. Portugal tratou a questão tanto do ponto de vista patrimonial (privado) quanto da afetação da concorrência. Espanha

também, ao criar um delito contra o patrimônio e a ordem socioeconômica.

A pretensão da comunidade internacional, de toda forma, é clara: corrupção entre particulares deve ser crime que afeta a livre e leal concorrência e, portanto, um bem jurídico supraindividual. Está aí o “Projeto Eurodelitos” para provar.

Pode ser. Mas eu, modestamente, gostaria de ver cálculos, dados, demonstrações econômicas que explicassem tal afirmação. O que se ganha e o que se perde com e sem a criminalização da corrupção entre particulares. Nos documentos jurídicos sobre o tema, todavia, não vi nada disso. Vi – como de hábito – afirmações declaradas como princípios: a corrupção no setor privado distorce a livre concorrência e, portanto, não é apenas nefasta; é nefasta ao ponto de merecer intervenção do Direito Penal.

Certa ou errada, o que a comunidade internacional quer é um delito de perigo abstrato que proteja um bem jurídico supraindividual. Fica mais fácil punir.

Se no Brasil o Projeto de Código Penal virar Código Penal, começaremos errando, com nosso crime contra o patrimônio. Prefiro, entretanto, que ele seja assim: quem ganha vantagem indevida ao negociar em nome da empresa, tira do patrimônio da empresa. Se afeta a livre concorrência, não sei. E se todos os demais concorrentes também embutem no seu preço a comissão do “corrupto”? A concorrência pode ficar mais imoral, mas não necessariamente estará menos livre.

Enfim, aqui estamos nós diante da perspectiva de um novo crime que poderia ser um velho crime, ou crime nenhum.

Beatriz Dias Rizzo

Mestre em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Superintendente Jurídico-criminal do Banco Itaú Unibanco.
Advogada.

O ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL: UM DEPOIMENTO PESSOAL

René Ariel Dotti

1. Movimentos de reforma do Código Penal

Em 1961, o Ministro da Justiça, Pedroso Horta, solicitou a Nelson Hungria, Hélio Tornaghi e Roberto Lyra a elaboração de anteprojetos de Código Penal, Código de Processo Penal e Código das Execuções Penais, respectivamente. Os textos vieram a lume em 1963. Seguiram-se outras propostas: (a) Anteprojeto Hungria (1961/1963); (b) CP de 1969 (Dec. - lei 1.004/1969);

(c) Lei 6.016/1973, que alterou o diploma anterior; (d) Lei 6.416/1977, de reformas pontuais; (e) Lei 7.209/1984 (nova Parte Geral); (f) Anteprojeto da Parte Especial (Portaria 1/1984-MJ), encaminhado ao Ministro em 12.07.1984 e publicado somente em 27.10.1987 (Portaria 790, de 27.10.1987); (g) Anteprojeto da Parte Especial (Portaria 315/1995-MJ); (h) Anteprojeto da Parte Especial (1998);⁽¹⁾ (i) Anteprojeto da Parte Geral (2000); (j) Projeto de Lei da

Parte Geral 3.473, de 2000 (Parte Geral); (k) Emenda substitutiva ao Projeto de Lei 3.473, de 2000; (l) Requerimentos 756 e 1.034, de 2011, aprovados pelo Senado Federal em 23.08.2011. A Comissão Geral foi constituída em 22.09.2011. A posse e a primeira reunião ocorreram em 18.10.2011. Os trabalhos das subcomissões (Parte Geral, Parte Especial e Legislação Especial) realizaram-se a partir de 04.11.2011. O relatório final do anteprojeto foi entregue ao

Presidente do Senado Federal, José Sarney, em 18.06.2012.

A Subcomissão da Parte Geral, de cinco membros, foi reduzida a três,⁽²⁾ com os afastamentos voluntários da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura (novembro de 2011) e meu (21.03.2012).

2. A exiguidade do tempo e a pressão política e midiática

Por honrosa deferência do Ministro Gilson Dipp, presidente da Comissão Geral, fui indicado para relatar as propostas da Parte Geral e nessa condição permaneci, até quando me desliguei por discordar de critérios de trabalho e ideias da reforma que afetaram todas as subcomissões.⁽³⁾ Enquanto lá estive, não houve qualquer interferência funcional em minha atividade na relatoria por parte da presidência da Comissão ou do Relator Geral, o Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. Mas houve notória e intolerável pressão externa – de flagrante visibilidade política – para a entrega de um texto acabado do anteprojeto no primeiro semestre deste ano. Um detalhe: o período de vacância da projetada lei é de apenas 90 (noventa) dias, metade do prazo das Leis 7.209 e 7.210/1984 (nova Parte Geral e Lei de Execução Penal). Constatei, durante a minha permanência, graves desvios provocados por esse condicionamento temporal: (a) a falta de maior participação de estudiosos e profissionais de Direito Penal e ciências afins; (b) a promoção de audiências públicas, pautadas exclusivamente por assuntos midiáticos e grupos de pressão; (c) a redução e, até mesmo, a supressão do debate interno, como ocorreu no grupo da Parte Especial, com a reclamação pública de alguns integrantes perante o Relator-Geral; (d) a insuficiência de reuniões conjuntas das subcomissões para o câmbio de opiniões visando a harmonia do conjunto;⁽⁴⁾ (e) o indisfarçável interesse em levar à imprensa temas de grande relevo humano e social, como os crimes contra a vida, antes da melhor discussão interna; (f) a preocupação constante em ouvir a *voz das ruas*, em simulação plebiscitária; (g) a antecipação do momento da discussão a ser realizada nas duas Casas do Congresso Nacional com a ampla atuação de especialistas na teoria e na prática dos problemas penais e dos cidadãos em geral.

No tempo de minha atuação, a equivocada estratégia de levar a público temas em estado bruto antes do amadurecimento de reflexões não ocorreu na subcomissão da Parte Geral, salvo quanto a duas atenuantes: a) ter o agente sofrido violação de direitos da personalidade pela degradação abusiva dos meios de comunicação social; b) ter praticado, antes do fato, relevante ato de solidariedade humana e compromisso social.

Em outras circunstâncias políticas e institucionais, mas com a mesma opressão marcada pelo açodamento dos trabalhos, o

imortal **Roberto Lyra**, redator do anteprojeto do Código das Execuções Penais e presidente da Comissão revisora do anteprojeto de Código Penal, na carta ao Ministro da Justiça, Milton Campos, em 17.06.1964, afirmou: “*Li, com o respeito de sempre, a entrevista em que Vossa Excelência aludiu a remessa dos referidos anteprojetos, depois de revistos ao Congresso Nacional. Estou convencido de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar nesta hora um Parlamento ressentido e emprazado. Em relação ao meu anteprojeto de Código das Execuções Penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a Vossa Excelência emocionado apelo no sentido de deixar sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão*”.⁽⁵⁾

3. A superinflação das leis extravagantes e o objetivo de codificação

Benjamin Constant (1767-1830), no clássico *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*, disse muito bem: “*A proliferação das leis satisfaz quem as formula em função de duas inclinações humanas materiais: a compulsão que eles têm de agir e o prazer que auferem por se sentirem necessários*”. **Montesquieu** (1689-1755), em *Pensées Divers*, proclamou: “*As leis inúteis enfraquecem as necessárias*”. O anteprojeto preferiu o formato de uma *codificação* em lugar de uma *consolidação*. Algumas leis foram ab-rogadas e outras derogadas no traslado de tipos das leis extravagantes para a Parte Especial. Mas, além da hipercriminalização até de infrações de bagatela – com o malsinado abuso da prisão, que não será sempre substituída – há graves erronias. Basta ver a hipótese da sanção pecuniária para “*todos os crimes que tenham produzido ou possam produzir prejuízos materiais à vítima*” (art. 74), de absoluta insegurança e que frustra a certeza da aplicação da pena de perda de bens e valores a ser imposta se o condenado solvente não pagar a multa.

É da tradição legiferante, em matéria de diplomas penais sucessivos, que um dos dispositivos finais declare qual é a legislação revogada. Vale conferir: Código Criminal do Império (art. 308); o Código Penal de 1940 (art. 360); o Código Penal de 1969 (art. 406); o Código Penal de 1969 com a Reforma da Lei 6.016/1973 (art. 401); o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1984 (art. 2.º); o Esboço de 1994 (art. 468). Rompendo com essa orientação, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial de 1998 diz apenas que a lei entra em vigor após seis meses de sua publicação, “revogadas as disposições em contrário”.

4. Observações pontuais sobre a Parte Geral

No artigo “A reforma da legislação penal – Parte Geral”,⁽⁶⁾ apresentei propostas que foram aprovadas pela Subcomissão e estão no anteprojeto. Outras foram rejeitadas,

mas, após, restauradas; algumas não foram discutidas e outras foram elaboradas sem a minha participação. Para ali remeto o atencioso leitor. Em texto futuro e com mais espaço, esse material será devidamente analisado.

5. A notável lição da experiência

O legislador dos dias correntes deve adotar a prudente advertência de **Eduardo Correia**, grafada na Exposição de Motivos de seu projeto da Parte Geral do Código Penal, publicado em 1963 e que tem, desde então, conduzido o pensamento reformador introduzido nos diplomas portugueses de 1982 e 1995. São suas estas palavras: “*Quando se constrói, na verdade, um direito penal com base na ideia de uma defesa ou protecção social contra o crime, pelo caminho utilitário ou pragmático da prevenção geral, não se vê como preservá-lo da tendência para a severidade das penas e para a multiplicação dos suplicios* (28).⁽⁷⁾ *em suma, não se vê, na sua lógica, como preservá-lo do perigo de se transformar num direito penal do terror*. (29).⁽⁸⁾ *Como, de qualquer forma, tal caminho degradará sempre o criminoso para mero objecto, para mero meio de obter a intimidação geral e, com ela, a defesa da sociedade, com o que, como já ensinava Kant, se compromete irremediavelmente a dignidade humana*”.⁽⁹⁾

O futuro dirá se o Anteprojeto conseguiu decifrar o enigma da esfinge de um Código Penal afeiçoado à condição humana, ao bom direito e à atemporalidade da justiça.

NOTAS:

- (1) Um bom levantamento sobre a evolução das propostas da Parte Especial e o texto do Anteprojeto constam da Exposição de Motivos redigida pelo saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro ao Ministro da Justiça Renan Calheiros, em 08.04.1999. Vide: BORGES D'URSO, LUIZ FLÁVIO (organizador), *Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 1 e ss.
- (2) Des. José Muiños Piñero Filho, Promotor de Justiça, Marcelo André de Azevedo e Advogado Emanuel Messias de Oliveira Cacho.
- (3) Maiores detalhes estão no meu artigo “A reforma da legislação penal – Parte Geral”, publicado no *Boletim IBCCRIM*, 234, p. 3 e s., maio de 2012.
- (4) Alguns dispositivos próprios da Parte Especial foram encaixados na Parte Geral. Um exemplo é o preciosismo do parágrafo único do art. 24, sobre a não consumação dos crimes contra o patrimônio.
- (5) *Nôvo direito penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 30. (Os destaques em itálico são meus. Foi mantida a ortografia original).
- (6) *Boletim do IBCCRIM*, 234, maio de 2012, cit.
- (7) Nota de rodapé no original: “*Cfr. Contra este sentido da defesa social, muito bem, Marc Ancel, La défense sociale nouvelle, págs. 19 e seguintes*”.
- (8) Nota de rodapé no original: “*Cfr. Bettiol, Delitto e Personalità, pág. 370*”.
- (9) *Código Penal – Projecto da Parte Geral*, Coimbra: impressão em offset por João Abrantes, Coimbra, 1963, p. 13. (Os destaques em itálico são meus. O destaque da palavra “meio” é do original).

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal.
Medalha Mérito Legislativo da
Câmara dos Deputados (2007).

REPRESSÃO CRIMINAL APÓS O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL

Marcio Barandier

A legislação ambiental brasileira, ao longo dos anos, evoluiu do seu original enfoque utilitarista, centrado em interesses econômicos, para a tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de terceira geração.

Marcelo Buzaglo Dantas observa que o Direito Ambiental, como ramo relativamente novo da ciência jurídica, “sofreu forte influência dos princípios jurídicos tradicionais, tanto em sua origem quanto na sua configuração originária”, mas buscou autonomia, em razão das suas peculiaridades, de modo que por vezes se vale de regras e preceitos tradicionais dos demais ramos do Direito, por outras adota caminhos próprios inteiramente distintos.

Essa autonomia exige cautela. Na esteira da imensurável importância da tutela do meio ambiente seguem atropelos e rupturas de valores outros igualmente caros. O apelo midiático da questão ambiental é positivo para a construção, o aprimoramento e a manutenção da consciência ecológica, porém também suscita muita politização, radicalismos, factóides, que às vezes conspiram contra garantias do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a Lei 9.605/1998 mereceu severas críticas da doutrina pelo abuso das normas penais em branco, dos tipos demasiadamente abertos e das incriminações de meras inobservâncias de normas administrativas, e inovou com a controvertida responsabilização penal da pessoa jurídica, de difícil compatibilização com um Direito Penal estruturado sobre a teoria da culpabilidade e fonte de problemas processuais pela ausência de instrumentalização adequada.⁽¹⁾

O Decreto 3.179/1999, que tipifica as infrações administrativas ambientais, é uma afronta ao princípio constitucional da legalidade. A imposição de sanções por decreto do Poder Executivo, e não por lei, viola diretamente o art. 5º, II, da Carta Magna.

Mais recentemente, o Congresso Nacional, após anos de muita discussão, concluiu a nova Lei Florestal (Lei 12.651/2012). Logo surgiram as pressões por vetos, e eles vieram acompanhados de inusitada Medida Provisória. Num mesmo dia, a Presidência da República enviou mensagem de veto parcial ao Senado Federal, sancionou a Lei com os vetos e, sem aguardar o pronunciamento parlamentar (sobre os vetos), editou Medida Provisória para dar aos dispositivos vetados a redação que julgou mais adequada. A Medida Provisória carece evidentemente dos seus pressupostos autorizadores.

Da Constituição Federal (art. 225) emana o poder de polícia ambiental, definido por **Paulo Affonso Leme Machado** como

“a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza”.

O exercício desse poder, que é de controlar, licenciar e fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras, possui hoje estreita vinculação com a repressão criminal. Há certo consenso de que o incremento legislativo penal ambiental decorreu de inegável postura de reforço das normas administrativas, consideradas pouco eficientes.

No entanto, enquanto o Direito Ambiental privilegia a prevenção e a reparação, o Direito Penal tem caráter predominantemente retributivo. Nas palavras de **Ney de Barros Bello Filho**, em palestra no XIII Seminário Internacional do IBCCRIM, é nítida a dificuldade na conjugação do Direito Penal, eminentemente consequencial, com o Direito Ambiental, essencialmente preventivo.

Nesse contexto se insere a controvérsia sobre possíveis efeitos penais do Termo de Compromisso (TC) contemplado pelo art. 79 - A da Lei 9.605/1998, também denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC).⁽²⁾

O TC ou TAC é instrumento de resolução consensual de conflito, com a adequação legal da atividade a reparação do eventual dano causado. É razoável que uma pessoa, física ou jurídica, após o ajuste acordado, principalmente quando anterior à denúncia e com a participação do Ministério Público, ainda seja processada criminalmente?

Sobre os efeitos penais do TAC ambiental, **Luiz Flavio Gomes e Silvio Maciel**⁽³⁾ enumeram as seguintes correntes doutrinárias: (i) o ato de firmar o compromisso já afasta a justa causa para a persecução penal – ou afetaria o dolo e a culpa – devendo ser trancada a ação em curso; (ii) o compromisso constitui causa suprallegal de exclusão de ilicitude; (iii) o compromisso não tem reflexo penal se o compromissário persistir nos atos criminosos; (iv) se houver reparação do dano antes do recebimento da denúncia ocorre causa de extinção da punibilidade; e (iv) o compromisso não tem efeito penal em face da autonomia das instâncias.

Entre os que reconhecem reflexos penais estão **Silvio Maciel**⁽⁴⁾ (falta de justa causa para a ação penal se não houver degradação e

causa suprallegal de extinção da punibilidade se houver degradação), **Édis Milare**⁽⁵⁾ (causa extintiva da punibilidade se firmado antes da denúncia), **Diogo Malan**⁽⁶⁾ (causa suprallegal de exclusão de ilicitude), **Guilherme Nucci**⁽⁷⁾ (dependendo do caso concreto, falta de justa causa para a ação penal ou reflexo no dolo e na culpa) e **Rômulo de Andrade Moreira**⁽⁸⁾ (falta de interesse de agir, uma das condições genéricas para o exercício da ação penal). Já me posicionei no sentido de se tratar de causa extintiva da punibilidade implicitamente instituída na lei especial.⁽⁹⁾

Há decisões dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais⁽¹⁰⁾ e do Rio de Janeiro⁽¹¹⁾ pela ausência de justa causa para a ação penal ou pela superveniência de causa extralegal de exclusão de ilicitude quando celebrado o TAC Ambiental. No STF, o Min. Lewandowski concedeu liminar para suspender o andamento de uma ação penal por crime ambiental em virtude de os fatos nela objetivados serem, aparentemente, os mesmos que teriam ensejado anteriormente um TAC. No mérito, a questão escapou do exame pelo Colegiado porque se concluiu que a ação penal cuidava de infrações novas, posteriores ao acordo.⁽¹²⁾

O entendimento jurisprudencial predominante, todavia, refuta alguma repercussão do ajustamento na esfera penal, sob os fundamentos de ausência de previsão legal expressa e de independência das instâncias administrativa e criminal.

O argumento da autonomia das instâncias, *in casu*, soa inteiramente artificial diante da referida profusão de normas penais em branco, delitos de perigo presumido pelo descumprimento de normas administrativas e tipos excessivamente abertos faz da Lei 9.605/1998. Na arguta análise de **Guilherme Gouvêa de Figueiredo**, “a administrativização do direito penal significa (...) a assunção de uma nova postura político-criminal por parte do legislador” e “a tutela jurídico-penal do meio ambiente é um dos exemplos mais evidentes dessa tendente administrativização”.⁽¹³⁾

Com tantas infrações penais de simples contrariedade a preceitos administrativos ou que demandam complementos do Direito Administrativo-Ambiental para configuração típica, é impossível falar em independência.

A falta de previsão expressa de efeitos penais do TAC não é o ideal. Mas a omissão legislativa não impede o reconhecimento de algo que é até intuitivo para especialistas e leigos; que deriva da interpretação sistemática da legislação; que atende plenamente aos interesses tutelados pelo Direito Ambiental.

A intervenção do Direito Penal quando já superado o conflito de maneira satisfatória,

regularizada a atividade, reparado o dano, se havido, tudo por consenso entre o acusado de praticar infração ambiental e os órgãos públicos com poder de polícia ambiental, especialmente quando há intervenção do titular da ação penal, não é razoável e não se harmoniza com o ordenamento jurídico considerado na sua totalidade.

A postura do Ministério Público, de propor acordo (TAC) e, depois de aceito e formalizado, cumpridas as condições estipuladas, regularizada a atividade e reparado o dano, ingressar com ação penal constitui inaceitável contradição, que ultrapassa o paradoxo estritamente jurídico e desafia a ética e a lealdade que devem nortear a atuação estatal.

Luiz Luisi, ao abordar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, contra a qual se opunha, sublinhava que *“desde muito está superada esta análise estritamente literal e isolada da norma, pois, a mesma não pode ser enfocada na sua singularidade e na sua literalidade, mas deve ser interpretada como componente de um ordenamento, ou melhor, de um sistema”*.⁽¹⁴⁾

Manoel Lopes Maia Gonçalves, analisando a interessante causa excludente de ilicitude prevista no n. 1 do art. 31 do Código Penal português (*“o fato não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade”*) preleciona que *“no n. 1 consagra-se o princípio de que o ordenamento jurídico deve ser encarado no seu conjunto, de modo que as normas de outros ramos que estabelecem a licitude de uma conduta têm reflexo no Direito Criminal. Trata-se de ensinamento corrente da doutrina moderna, que a jurisprudência dos tribunais superiores já vinha perfilhando”*. E conclui: *“Essas asserções são tanto mais exactas quanto é certo que o direito criminal, dado o carácter extremamente gravoso das suas reacções, é a ultima ratio da política social, pelo que nunca uma conduta poderá ser ilícita perante ele quando estiver legitimada perante qualquer outro ramo do direito”*.⁽¹⁵⁾

David Teixeira de Azevedo, ao discorrer sobre o crime de loteamento clandestino, destacando que a Lei 6.766/1979 trouxe a possibilidade de regularização do loteamento, inclusive por decisão judicial, esclarece que *“essa oportunidade estabelecida pela lei insere-se no quadro de uma política jurídica caracteristicamente pragmática, qual seja, de que o importante é a tutela do bem jurídico, com a correta utilização do solo urbano e atendimento das carências populacionais de habitação, em correspondente proteção da poupança popular”*. E arremata: *“De sorte que a regularização posterior do loteamento, a nosso sentir, constitui causa que desveste completamente o fato de seu carácter lesivo. Se não, a hipótese é de uma forma oblíqua de extinção da punibilidade prevista na Lei Especial, por isso que significa uma opção política jurídica, em todos os planos do ordenamento legal, de não tirar consequências*

penais de uma conduta agora conforme a expectativa jurídica”.⁽¹⁶⁾

Ademais, não bastasse o paralelo óbvio com a extinção da punibilidade do crime fiscal pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia ou do peculato culposo pela reparação do dano antes de sentença irrecorrível, quase todas as infrações penais ambientais admitem transação penal ou suspensão condicional do processo, estabelecida a condição especial de prévia composição do dano ambiental, salvo se comprovada a impossibilidade (arts. 27 e 28 da Lei 9.605/1998).

Deve-se notar, ainda, que o art. 79-A, incluído em 2001 na Lei 9.605/1998, estabelece que, *“Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do Sisnama, (...), ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores”*. O comando é abrangente, inserido nas Disposições Finais de uma Lei Ambiental que contém extenso rol de tipos penais e nenhum tipo administrativo. Daí por que o TC, celebrado *“para o cumprimento do disposto nesta Lei”*, só pode ser compreendido como instrumento para a solução das pendências ambientais em geral, tenham elas carácter estritamente administrativo, tenham também repercussão criminal.

A lição de **Ruy Rosado de Aguiar Júnior** sobre o loteamento clandestino, transcrita por **David Teixeira de Azevedo** no trabalho antes citado, é precisa: *“Essa convalidação ocorre mercê da posterior regularização do parcelamento, resultante de oportuno comportamento eficiente do infrator em impedir a produção de efetivo resultado danoso ao particular ou ao Estado. Essa situação tem relevância para o Direito Penal, pois o que passa a ser lícito civil não pode ser ilícito penal, dado que o ordenamento jurídico é um só, parecendo irrecusável ter sido implicitamente instituído pela nova lei um caso especialíssimo de extinção da punibilidade, pelo esforço ativo e eficiente do infrator em retornar à legalidade”*.⁽¹⁷⁾

A resistência jurisprudencial não representa somente a negação da interpretação sistemática dos comandos legais. É também um duro golpe na eficiência do TAC, pois a manutenção do risco do processo criminal gera insegurança jurídica que desaconselha frequentemente a celebração do ajuste, o que é desastroso para o meio ambiente. E pior: fomenta o casuismo da informalidade, uma vez que muitos Promotores de Justiça incluem verbalmente em negociações de TAC, como forma de pressão, a ameaça de propositura de ação penal, desta dispondo ao sabor das suas próprias conveniências.

NOTAS

- (1) PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: _____ (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001. p. 129.
- (2) A Lei 7.347/1985, que regula a ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com os acréscimos da Lei 8.078/1990, refere-se a “compromisso de ajustamento de conduta”.
- (3) GOMES, Luiz Flavio. Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1.º a 69-A e 77 a 82). In: GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. *Direito internacional ambiental*: Valério de Oliveira Mazzuoli e Patryck de Araújo Ayala. São Paulo: RT, 2011.
- (4) EL TASSE, Adel et al. *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, 2009. (Coleção Ciências Criminais, v. 6 / coordenação Luiz Flavio Gomes e Rogério Sanches Cunha). p. 837-838.
- (5) MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente – A gestão ambiental em foco – Doutrina. Jurisprudência*. Grossário. 6. ed. rev., atual. e comp. São Paulo: RT, 2009. p. 1049-1050.
- (6) MALAN, Diogo. A persecução penal em juízo da pessoa jurídica. In: CASTELLAR, João Carlos (Org.). *Direito penal econômico – XVI Jornada Jurídica – coletânea de textos – Unifeso*. Teresópolis, 2008, p. 54.
- (7) NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 581.
- (8) MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Termo de Ajustamento de Conduta impede ação penal*. Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 out. 2009.
- (9) BARANDIER, Marcio. Efeitos penais do termo de ajustamento de conduta ambiental. In: BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 133.
- (10) TJMG, MS 1.0000.03.400377-2, rel. Des. Jane Silva, j. 25.06.2004; TJMG, HC 1.0000.04.410063/000⁽¹⁾, rel. Des. Antonio Carlos Cruvinel, j. 24.08.2004; TJMG, HC 1.000.06.445201-4/00, rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. 16.11.2006; TJMG, HC 1.0000.09.494459-2/000⁽¹⁾, rel. Des. Jane Silva, j. 25.06.2009; TJMG, MS 1.0000.09.492661-5/000⁽¹⁾, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. 18.08.2009.
- (11) TJRJ, MS 107/2006, rel. Des. Ricardo Bustamante, j. 23.01.2007.
- (12) STF, 1.ª T., HC 92921/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski.
- (13) FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 119-120.
- (14) LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001. p. 90.
- (15) GONÇALVES, Manoel Lopes Maia. *Código Penal português anotado e comentado – Legislação complementar*. 14. ed. Coimbra: Almedina/Coimbra Ed., 2001. p. 145-146.
- (16) AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no direito e processo penal*. São Paulo: Método Editora, 2001, p. 22/23.
- (17) Op. cit., p. 23.

Marcio Barandier

Membro das Comissões Permanentes de Direito Penal e de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros. Coordenador Estadual (RJ) do IBCCRIM. Advogado.

DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL

Alvino Augusto de Sá

O presente texto trata de três processos migratórios na construção da figura do *inimigo*, na pessoa do delinquente: do inimigo individual (*inimicus*) para o inimigo coletivo (*hostis judicatus*), do coletivo para o *ser diferente* (*hostis alienigena*),⁽¹⁾ e deste para a formação da autoimagem de inimigo, por parte do encarcerado. Surgem daí dois grandes desafios para a execução penal, tratados ao final.

1. Primeiro processo migratório: criação do inimigo coletivo

A coletividade tende a se identificar passionalmente com as vítimas de crimes. Nesta identificação, os conteúdos passionais das vítimas em relação ao *seu* inimigo individual são internalizados pela coletividade e transformados em massa crítica para a criação do inimigo coletivo. Migra-se, então, do inimigo individual para o inimigo coletivo. É um processo migratório forte e resistente, tecido de emoções e paixões.

George Mead (1997) faz uma distinção entre valor intrínseco da propriedade e seu valor como bem protegido pela lei criminal contra o ataque do inimigo. A sociedade se divide em interesses conflitantes quanto aos critérios de definição do valor intrínseco do bem. Já quanto ao segundo valor, por força do instinto primitivo de hostilidade toda a sociedade se une na defesa contra o inimigo. Tem-se aí a fonte de energia e motivação para a criação do inimigo coletivo.

Esse processo migratório se reflete no âmbito da execução penal, em que não faltam exemplos que ilustram a degradação da pessoa do preso, seja com a cobertura das instâncias de controle, seja mediante hábitos incrustados na rotina do presídio e do total descaso da administração pública.

2. Segundo processo migratório: criação do inimigo como ser estranho, diferente

O comportamento criminoso não se mantém no julgamento público como um traço isolado, mas é percebido como próprio de um indivíduo todo ele criminoso, ameaçador, diferente dos demais indivíduos. Ocorre o segundo processo migratório, do criminoso coletivo para o criminoso como *ser estranho, diferente*.

Com base em conceitos (em itálico) propostos por De Greef (1947), dir-se-ia que o julgamento público, graças a um *conhecimento fundamental* (primitivo, instintivo), passa a enxergar o delinquente como alguém criminoso na totalidade de seu

ser, como um ser estranho, diferente, inimigo. No *conhecimento fundamental* está insito o *intencionalismo*, pelo qual o julgamento público atribui intenções perversas a todos os movimentos do delinquente, e dirige contra o mesmo o *instinto de defesa*. Cria-se sobre o delinquente, portanto, uma visão profundamente redutora. Torna-se inevitável o afloramento do (primitivo) *sentimento de justiça*, não baseado na razão e na moral, mas impulsionado pelo *instinto de defesa*.

3. Terceiro processo migratório: a criação da autoimagem de inimigo

Diante da percepção social que se cria do *criminoso* como inimigo coletivo e ser estranho, o condenado migra naturalmente para a formação insidiosa de sua autoimagem de inimigo. Quem é definido inimigo, percebe-se inimigo.

A ideia de autoconceito é central no pensamento de Rogers (FADIMAN & FRAGER, 1986; PERVIN & OLIVER, 2004; HALL, LINDZEY & CAMPBELL, 2000). Rogers analisa o *campo fenomenal* do indivíduo, suas experiências na interação com o ambiente, suas percepções, sentimentos e autoavaliações. As experiências da pessoa na interação com o ambiente vão alimentar continuamente nela o autoconceito, seu *self*, que corresponde à forma como o indivíduo se percebe em suas experiências em face do campo fenomenal.

Daí a importância do conceito de *self* para a compreensão e fundamentação do processo de formação da autoimagem de inimigo, que constitui o elo final e decisivo na ruptura entre as partes litigantes e de seu respectivo diálogo.

4) Os desafios da execução penal diante dos processos de construção do inimigo

Rogers aponta como tendência natural de toda e qualquer pessoa a de buscar sua autorrealização e seu crescimento. Isto nos dá o alento para acreditar que o indivíduo preso tem uma motivação básica de se autorrealizar como pessoa. Munida da convicção sobre tal motivação, a execução penal estará preparada para enfrentar os dois grandes desafios abordados a seguir.

Primeiro desafio: *blindagem da execução penal contra o efeito contagiante dos processos migratórios na construção do inimigo.*

Para enfrentar este primeiro desafio, a execução deve tomar todas as medidas no sentido de evitar qualquer espécie de tratamento que traga em seu bojo a concepção do encarcerado como um inimigo. Cabe-lhe combater todas as formas de (des) tratamento desumano do preso por parte do Poder Judiciário, por parte das autoridades administrativas e profissionais penitenciários e combater todas as mazelas do sistema prisional. Dessas formas, sobejamente conhecidas, cabe lembrar alguns exemplos.

Dos (des)tratamentos por parte do Poder Judiciário:

- a. O descaso quanto à presteza no atendimento aos pedidos de benefícios legais.
- b. A predisposição negativa por parte de autoridades quanto ao deferimento dos pedidos, apresentando exigências e justificativas não raras vezes descabidas.
- c. O descumprimento da obrigação de visitar e inspecionar os presídios.

Dos (des)tratamentos por parte das autoridades administrativas e profissionais penitenciários:

- a. Os gritantes níveis de superpopulação carcerária.
- b. A total priorização das medidas de segurança nas práticas penitenciárias.
- c. O descaso na oferta de condições de trabalho.
- d. A total degradação em que se encontra a maioria dos cárceres.
- e. O total descaso na assistência à saúde e nas assistências psicológica e social.
- f. A contensão de presos em regimes de extremo rigor, sob a alegação de que são líderes e de que oferecem perigo a todo o sistema.

Segundo desafio: *abrir-se para novas estratégias que possibilitem fazer reverter os processos migratórios, a partir da desconstrução da autoimagem do inimigo.*

Trata-se aqui de resgatar as relações sociais, resgatar o diálogo e desconstruir a autoimagem do inimigo. Trata-se de trabalhar o mundo interno dos encarcerados e suas experiências subjetivas perante o campo

(...) ao ser entregue aos cuidados da execução penal, o condenado chega como inimigo, em plena dinâmica dos processos migratórios na construção do inimigo, e, no cárcere, sua tendência é a de reforçar cada vez mais sua autoimagem de inimigo e a percepção que tem da sociedade como inimiga.

fenomenal. A partir do momento em que os internos desconstruem sua autoimagem de inimigos, eles estarão mais fortes para enfrentar a percepção social que se tem deles de *seres estranhos* e de inimigos coletivos.

Oficinas de trabalho, cursos, esportes, cultura, todos esses recursos devem ser colocados à disposição dos presos, mas como direitos seus, e de forma a que os presos se posicionem sobre eles, sejam livres de ter as suas opções, de expressar suas ideias, sentimentos e valores. O grande desafio da execução é fomentar uma cultura de diálogo, não diálogos pontuais, mas **diálogo institucional**.

O diálogo deve ser resgatado já a partir da interação entre encarcerados e profissionais penitenciários. Entretanto, os profissionais penitenciários devem se abrir no sentido de permitir e apoiar que segmentos da parte livre da sociedade adentrem ao cárcere e que o diálogo, a interação social se incremente entre os internos e esses segmentos, dando oportunidades aos internos de terem experiências de participação social e, por conseguinte, de inclusão social.

Conclusão

Diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que, ao *ser entregue* aos cuidados da execução penal, o condenado chega como inimigo, em plena dinâmica dos processos migratórios na construção do inimigo,

e, no cárcere, sua tendência é a de reforçar cada vez mais sua autoimagem de inimigo e a percepção que tem da sociedade como inimiga. Emergem daí então os dois grandes desafios da execução penal.

Para fazer frente a esses desafios, a execução penal deve redirecionar radicalmente seus procedimentos, e ter, entre outras, as seguintes metas institucionais:

- a. Sempre reconhecer a dignidade da pessoa do preso como parâmetro para todas as medidas a serem tomadas, percebendo-o concretamente como ser integrante da sociedade.
- b. Sempre priorizar a individualização e não a segurança.
- c. No que tange à reinserção social, sempre respeitar o direito do preso de ser o protagonista ativo em relação a todos os recursos que lhe são oferecidos para seu crescimento pessoal, o direito de se posicionar perante eles, de se manifestar e se expressar.
- d. Na base de todos os procedimentos, sempre criar condições programáticas para que os internos tenham continuamente experiências de interações sociais significativas e edificantes e de participação social.
- e. Na base de todos os procedimentos, ter como meta contribuir para que o preso reprocessasse sua autoimagem no sentido de desconstruir a autoimagem de inimigo e

de processar uma autoimagem congruente com suas qualidades e sua dignidade de pessoa.

Enfim, a execução penal deve orientar seus procedimentos a partir da preocupação básica e programática de tornar o cárcere sempre menos cárcere e de contribuir para que a pessoa do preso se torne sempre mais pessoa, mais digna, mais integrada à sociedade e que como tal ele se perceba.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE GREEFF, Etienne. *Les instincts de défense et de sympathie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1947.
- FADIMAN, J.; FRAGER, R. *Teorias da personalidade*. Trad. Camila Pedral Sampaio e Sybil Safdié. São Paulo: Harbra, 1986. p. 221-258.
- HALL, C. S.; LINDZEY, G.; CAMPBELL, J. B. *Teorias de personalidade*. 4. ed. Trad. Maria A. V. Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2000. p. 363-386.
- MEAD, G. H. La psicologia de la justicia punitiva. *Revista Delito y Sociedad*, ano 6, n. 9/10, p. 29-49, 1997. Trad. Rosana Abrutsky (UBA). (Transcrito de *The American Journal of Sociology*, vol. XXII, n. 5, mar. 1918).
- PERVIN, L. A.; OLIVER, J. P. *Personalidade: teoria e pesquisa*. 8. ed. Trad. Ronaldo C. Costa. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 142-162.
- ZAFFARONI, E. Raul. *O inimigo no direito penal*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NOTA

- (1) Sobre *inimicus, hostis judicatus* e *hostis alienigena*, ver ZAFFARONI, 2007.

Alvino Augusto de Sá

Professor de Criminologia da Faculdade de Direito da USP

PARTICIPE POR ACREDITAR

“MÍDIA E PROCESSO PENAL”: CONCLUSÕES SOBRE A MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Não é novo o tema ora em destaque, embora a rapidez com que as novas formas de comunicação social são criadas obrigue uma constante reflexão sobre sua influência no discurso jurídico, e sua parcela considerável de responsabilidade pela crise de legitimidade que atravessa o sistema penal. Com o propósito de engrandecer este debate, o IBCCRIM promoveu Mesa de Estudos e Debates, no último dia 20 de junho, na Câmara Municipal de Indaiatuba, em parceria com a Faculdade Max Planck.

A advogada Flávia Rahal iniciou sua exposição falando do conflito entre os direitos de informação e de liberdade de imprensa, de um lado, e os direitos do réu, de outro, açambarcados quando há uma superexposição do acusado na mídia. Sustentou a advogada que “(...) a relação simbiótica entre os operadores da informação e os operadores do direito, com intensa troca de informações, gera um desvirtuamento das funções de cada um deles (...)”, levando a um desequilíbrio social não desejado num Estado Democrático de Direito. Rahal tocou ainda o dilema da publicidade dos atos judiciais, garantia contra os odiosos julgamentos secretos de tempos mais remotos, mas instrumento de injusta exposição de dados e informações sobre a intimidade e a vida privada das pessoas, ingredientes cada vez mais presentes nas investigações criminais das sociedades modernas.

Por meio de exemplos concretos, Flávia mostrou como a superexposição do réu na mídia é uma grave ameaça ao direito de defesa.

Fábio Tofic Simantob, por sua vez, abordou a capacidade da mídia de potencializar a sensação de insegurança dos cidadãos nas sociedades modernas, os quais passam a exigir um Direito Penal cada vez mais simbólico. O advogado lembrou o papel importante da imprensa quando do surgimento das escolas iluministas do Direito Penal, apesar de tais ideais terem sido rapidamente substituídos pela crescente demanda por instrumentos de contenção social das classes marginalizadas do nascente sistema capitalista. Tofic apontou, ainda, que “para conseguir notícia hoje, a imprensa está vendendo parte importante da sua história, que é a história de combate ao abuso e ao arbítrio estatal”, porque o jornalista perde parcela da sua independência para denunciar abusos do agente estatal, quando é dele que provém a munição para suas reportagens. Simantob se mostrou otimista em relação ao poder das novas mídias sociais, principalmente nos casos de repercussão, por se tratar de importante instrumento de medição real da temperatura da opinião pública, deturpada, vez por outra, pelo sensacionalismo oportunista de alguns comerciantes de notícia. Por fim, realçou que, em júris populares de repercussão, a única forma de garantir aos jurados que a sociedade compreenderá um veredicto absolutório é promovendo a publicidade plena do julgamento.

DESCASOS

LIBERDADE DE BÊBADO NÃO TEM DONO

Alexandra Lebelson Szafir

PAULO⁽¹⁾ vive sozinho na cidade de São Paulo (sua família é do interior do Estado), onde trabalha como motoboy. Tem emprego fixo e carteira assinada. É primário e não ostenta qualquer antecedente criminal. Enfim, é um humilde trabalhador, como tantos outros Brasil afora.

Em seus momentos de lazer, PAULO gosta de beber – e muito. E no último feriado de Tiradentes, cometeu dois “crimes” (ao menos, ao ver das “autoridades” que o prenderam): embriagar-se e ser pobre.

O leitor, a esta altura, certamente estará pensando que se trata de mais um caso de embriaguez ao volante, e talvez muitos até, adiantando-se, já estejam julgando a prisão merecida. Pois bem, quem pensou isso, enganou-se: PAULO realmente estava embriagado, mas não estava ao volante de uma bicicleta sequer.

Se isso serve de consolo para quem se enganou, quando foi, literalmente, descoberto pelo talentoso e sensível advogado Philippe Alves do Nascimento, no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, (pasmem: nada menos que *quatro semanas após sua prisão*) durante um mutirão do projeto “S.O.S. Liberdade”, do IDDD, *o próprio PAULO também achava que estava preso por conduzir sua motocicleta embriagado*. Ele pediu ajuda desesperadamente ao advogado: nas quatro semanas em que estava preso, não tivera contato com ninguém de fora, e sua família não sabia de sua prisão.

Ao ser informado por Philippe, que acabara de ler o seu prontuário, que sua prisão não se devia a nada relacionado à moto ou à embriaguez, a resposta foi imediata: “Vixe, doutor, se não foi isso, onde será que eu coloquei a minha moto?”

Mas o que, afinal, teria PAULO feito de tão grave, a justificar a **necessidade** de sua prisão por quatro longas semanas? O que tornaria sua liberdade tamanha ameaça à sociedade?

A resposta, dada pela leitura do auto de prisão em flagrante, é simples e pode ser resumida em uma única palavra: NADA.

No dia em que foi preso, PAULO aproveitou a folga do trabalho para ir a um “boteco” no extremo leste da cidade, onde se embriagou em companhia de um amigo; essa é a última coisa de que se lembra antes de se ver preso.

A partir daí, sabemos o que aconteceu pela leitura do auto de prisão em flagrante:

PAULO, extremamente bêbado, pegou uma carona no carro do amigo, que se encontrava no mesmo estado. O automóvel foi visto por dois membros da guarda civil metropolitana, andando em ziguezague numa grande avenida da Zona Leste.

Como não poderia deixar de ser, os policiais fizeram a abordagem e, verificando que o motorista estava visivelmente (muito) embriagado, decidiram conduzi-lo à delegacia de polícia mais próxima. Até aí, tudo certo. Porém – ai! – os “valorosos” guardas civis metropolitanos tinham **iniciativa**. Infelizmente, a iniciativa, geralmente elogiável, torna-se péssima quando combinada com maldade, ignorância ou abuso de poder. E é justamente o caso desses guardas.

O depoimento deles no auto de prisão em flagrante é uma verdadeira confissão de abuso de autoridade. Segundo suas próprias palavras, PAULO “*também apresentava sinais de embriaguez e comportamento alterado. Diante do quadro fático, os policiais da G.C.M. tentaram*” (e, obviamente, conseguiram, pois PAULO consta como “presente ao plantão”) *conduzir as partes ao Distrito Policial (...)*”.

Pergunto: que direito tinham os guardas de conduzir PAULO ao Distrito Policial? A resposta, óbvia e ululante, é: NENHUM. PAULO não tinha cometido crime algum!

Poderia se pensar que talvez os policiais quisessem apenas protegê-lo, procurando evitar deixá-lo sozinho na rua à noite naquele estado. Ou quiçá quisessem apenas ouvi-lo como testemunha. Se você, caro leitor, pensou nessas possibilidades, sinto dizer, enganou-se. Os próprios policiais, em seus depoimentos, afastam essas possibilidades. Pelo contrário, deixam muito clara a arbitrariedade com que agiram.

Em primeiro lugar, porque eles próprios contam tê-lo colocado no compartimento da viatura destinado a presos (o popular “chiqueirinho”), como se, de fato, ele tivesse cometido algum crime. Submeter alguém a esse constrangimento, convenha-se, não é exatamente o tratamento que se dá a uma testemunha ou a quem se quer proteger!

E em segundo lugar, porque, ainda segundo os policiais, PAULO deixou muito claro que não queria estar ali na sua viatura. *E esse foi o seu crime.*

Em seus momentos de lazer, PAULO gosta de beber – e muito. E no último feriado de Tiradentes, cometeu dois “crimes” (ao menos, ao ver das “autoridades” que o prenderam): embriagar-se e ser pobre.

É que o trajeto até a Delegacia foi longe de ser tranquilo. O amigo de PAULO pulou do compartimento de presos para o banco traseiro da viatura, levando os guardas a algemá-lo. Mas não foi só. Os policiais disseram ainda que nesse trajeto, “*os indiciados apresentaram comportamento extremamente agressivo e danificaram a viatura policial com chutes, quebrando o suporte de tração traseira da viatura*”. E assim, PAULO

e seu amigo foram presos por dano ao patrimônio público.

O delegado de plantão arbitrou a fiança em R\$ 625,00. O amigo de PAULO tinha essa quantia, e foi solto. PAULO não tinha, e ficou preso. Foi encaminhado ao CDR, onde, quatro semanas mais tarde, foi encontrado pelo Dr. Philippe.

Neste ponto, é inevitável pensar: como os guardas teriam visto, do banco dianteiro, se, efetivamente, foram os dois que teriam dado os tais chutes?

Mas, no que concerne a PAULO, a resposta a essa questão não tem qualquer importância, pois, mesmo que PAULO tivesse chutado e apresentado o tal “*comportamento agressivo*” a que se referiram os melindrosos e hipersensíveis⁽²⁾ policiais, ele estaria apenas demonstrando o seu inconformismo e tentando se defender da situação ilegal a que estava sendo submetido! Ou seja: *estava exercendo o seu legítimo direito de defesa*.

A ilegal prisão de PAULO equivale a processar por dano alguém que tivesse esmurrado as paredes de um quarto onde estivesse sendo mantido em cárcere privado: verdadeiro absurdo!

Cabe, ainda, uma observação sobre outro aspecto do caso. Como se sabe, as mudanças na lei processual penal relativas à prisão provisória vieram com a finalidade expressa de diminuir a superlotação nos presídios. Na prática, no entanto, está ocorrendo uma distorção perversa: quando se trata de crimes supostamente cometidos

por pessoas pobres ou miseráveis, como os (infelizmente) comuns pequenos furtos praticados por moradores de rua ou o caso de PAULO, têm sido arbitradas fianças para eles impagáveis. Assim, o critério acaba sendo econômico: os mais pobres é que vão para a cadeia. *Está mais do que na hora de se criarem mecanismos para que essas distorções sejam evitadas.*

Voltando ao caso de PAULO: feito o contato com a família dele, Philippe peticionou ao juiz competente e, alguns dias após o primeiro contato entre os dois, PAULO foi solto – sem pagamento de fiança.

Alguns dias depois, uma surpresa: o advogado recebeu, junto com uma comovente carta de agradecimento, uma camisa e uma caixa de bombons. A família, que não tinha sequer dinheiro para pagar a fiança, foi às compras para demonstrar sua gratidão!

Encerro este texto com as palavras de Philippe:

“PAULO ficou preso por um mês porque bebeu, porque pegou uma carona, porque sequer tinha condições de se defender e, mesmo que tivesse, provavelmente não saberia como. Seu crime foi aproveitar o dia de folga, foi morar em uma zona de periferia, foi ter um amigo de temperamento explosivo. Foi não ter dinheiro no bolso ou família por perto. Claro que esse é o registro da opinião do advogado de mutirão, que graças a Deus vive bem longe de um cenário parecido, mas que, por isso mesmo, se revolta com a situação”.

NOTAS

- (1) Nome fictício.
- (2) Pelo menos no que se refere a si próprios, pois, em relação a PAULO, demonstraram não ter sensibilidade alguma, desrespeitando seus direitos mais básicos.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

REVISTA LIBERDADES ESPECIAL

É com grande satisfação que o IBCCRIM lança a 2ª edição da Revista LIBERDADES ESPECIAL. A Coordenação contou com a colaboração de renomados professores e buscou explorar a discussão polêmica da parte geral da Reforma Global do Código Penal brasileiro.

A partir do dia 15 de setembro, associados e não associados ao IBCCRIM terão acesso à nova Revista LIBERDADES, que será publicada em PDF Interativo.

Participe por acreditar!

revista
Liberdades

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

■ RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul /ASDEP

■ 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

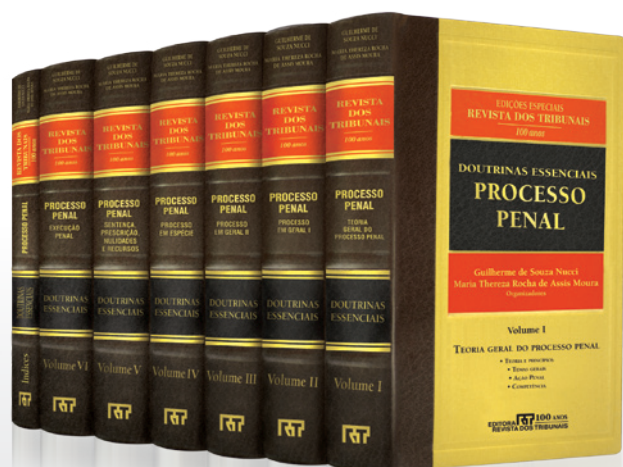
THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

COLEÇÃO

DOUTRINAS ESSENCIAIS

Imagem ilustrativa



OBRA COMPLETA 7 VOLUMES DE LUXO

PROCESSO PENAL

ORGANIZADORES:

**GUILHERME DE SOUZA NUCCI &
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA**

Elaborada por consagrados juristas e com rigor científico, a obra reúne os mais preciosos artigos e estudos jurídicos da área, acerca de variados institutos, sempre com o fito de proporcionar a reflexão crítica do leitor

Mais de **500 doutrinas** selecionadas

PARA SISTEMATIZAR
O PERMANENTE E O PRÁTICO

Obras de Guilherme de Souza Nucci

Imagens ilustrativas



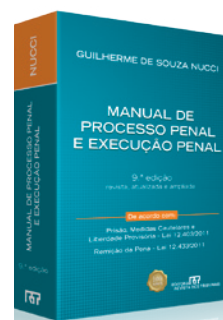
**Código Penal
Comentado**
12.ª edição



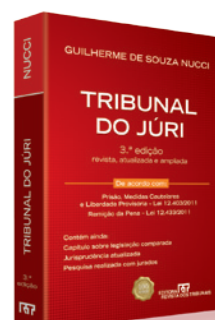
**Código de Processo
Penal Comentado**
11.ª edição



Manual de Direito Penal
Parte geral, Parte Especial
8.ª edição



**Manual de Processo
Penal e Execução Penal**
9.ª edição



Tribunal do Júri
3.ª edição

Televentas 0800-702-2433

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

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 • Paranavai • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió

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



THOMSON REUTERS™