

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

CONSAGRAÇÃO DA CULTURA PUNITIVA

O mais importante traço dos últimos anos, na esfera penal, foi a substituição do Estado de Bem-estar Social pelo Estado de Controle, em larga escala. Escolas, creches, hospitais e outros aparatos públicos foram trocados por prisões. Em 1994, o Brasil tinha cerca de 129.000 presos (índice de 88 presos por 100 mil habitantes). No final do ano passado, o Brasil chegou aos 500.000 presos (261 presos por 100 mil habitantes). A população brasileira (147.000.000 de habitantes em 1994) evoluiu cerca de 29% (191.000.000 em 2010), segundo dados do IBGE, enquanto a população carcerária chegou a um incremento de 390%!

Algumas dimensões da substituição do Estado de Bem-estar Social pelo Estado de Controle devem ser destacadas: (i) houve uma expansão vertical por meio da hiperinflação carcerária (meio milhão no Brasil); (ii) houve uma expansão horizontal de pessoas sob controle (milhares de pessoas cumprem penas alternativas em nosso País); (iii) há um crescimento notável de dotações orçamentárias prisionais em detrimento dos gastos sociais; (iv) há uma espécie de “ação afirmativa carcerária”, isto é, pobres e negros estão mais representados na população carcerária que a elite branca; (v) houve uma universalização desse fenômeno, pois foi uma constante em várias nações.

Grande parte deste grande encarceramento não se deveu ao aumento vertiginoso da criminalidade (que, nos últimos anos, chegou a decrescer em algumas esferas), mas, fundamentalmente, foi uma opção: *punir mais*. Legislações recentes criaram novos crimes, maximizaram penas de delitos já existentes, aumentaram as hipóteses de detenções provisórias (26% das pessoas encarceradas no Brasil aguardam julgamento), dificultaram a progressão de regime e o livramento condicional. Criou-se uma *cultura punitiva*. Muitos acreditam que a punição é a solução para todos os males da humanidade.

Duas das principais responsáveis legais por essa situação foram a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e a Lei de Drogas (Lei 11.343/06). Do cotejo delas com a Constituição Federal, depreende-se que o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo e tem alguns gravames em relação aos crimes comuns. Por isso, ao contrário do que acontecia nos anos setenta do Século XX, quando quase 90% dos presos tinham cometido crimes patrimoniais (furto e roubo principalmente), 20% dos atuais presos cometeram crimes de tráfico. No caso das mulheres, o número de encarceradas por tráfico é muito maior, chegando ao dobro de homens que cometeram o mesmo crime!

Coube à UNB, em parceria com a UFRJ, por meio de especialistas, verificar quem, como e quando era processado por tráfico de drogas.

Pedro Abramovay, à frente da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, constatou esse fato com muita solidez. Além de programar inúmeros seminários, conclaves e congressos para ouvir a sociedade, fez estudos científicos significativos, por meio de pesquisas de largo alcance, para aquilatar o fenômeno. Criou uma série de pesquisas empíricas, distribuídas tematicamente, chamando-as de *Pensando o Direito*.

Coube à UNB, em parceria com a UFRJ, por meio de especialistas, verificar quem, como e quando era processado por tráfico de drogas. A constatação final foi a seguinte: (i) pobres eram mais condenados do que ricos e suas penas eram mais altas; (ii) negros estavam mais representados do que brancos no cometimento de crimes de tráfico pelo principal fato de serem negros; (iii) a discriminação social era permanente na esfera da Justiça desses Estados (algo que ocorre em todo o Brasil). Quem era pobre/negro era visto como traficante. Quem era branco de classe média era visto como usuário. Assim a rotulação individual acabava produzindo criminosos, conforme as representações sociais assim o determinassem. Traficantes não eram traficantes, mas aqueles que pareciam traficantes.

O Supremo Tribunal Federal também identificou essa questão, a seu modo. Passou a assegurar a possibilidade, àquele que cometeu crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, de obter penas restritivas de direitos, quando criminoso primário, sem antecedentes e sem envolvimento com organizações criminosas. Enfim, na hipótese do § 4º do art. 33, em que a pena genericamente cominada pode ser diminuída em até 2/3, reconheceu-se a figura do “pequeno” traficante. Aquele que eventualmente pratica quaisquer das condutas descritas como *tráfico* não pode ter a mesma reprovabilidade daquele que comete um crime envolvido com organizações criminosas e fazendo disso seu sustento permanente.

O pecado de Pedro Abramovay foi defender que aquilo que já se sabe fosse transformado em lei. Já se sabe que a justiça é discriminatória. Também se sabe que diferentes condutas, com gravidades diversas, são alcançadas pela mesma alcinha de tráfico. Nada mais razoável, pois, que fazer da experiência anterior um instrumento de modificação legal. O passador eventual da droga não pode ter os mesmos gravames dos verdadeiros traficantes. Não se pode punir igualmente os desiguais, devendo eles ser considerados desiguais na medida de sua desigual conduta. Tão simples assim!

Não se combate a criminalidade com injustiças, mas sim com a Justiça.

EDITORIAL:

CONSAGRAÇÃO DA CULTURA PUNITIVA.....	1
MULHERES DE ATENAS, MENINOS DO BRASIL Marcos Zilli.....	2
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA LEI DO AGRAVO E ALGUMAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO CRIMINAL Pedro Luiz Lepri Junior e Rafael Junior Soares.....	4
DIREITO DE INTERVENÇÃO E SOCIEDADE DE RISCO Admaldo Cesário dos Santos.....	6
COMPLEXO DO ALEMÃO: RETRATO DA POLÍTICA BÉLICA CONTRA O TRÁFICO DE DROGAS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POBRES Tiago Abud da Fonseca.....	7
EXTINÇÃO DE DOMÍNIO: NECESSIDADE DE REFLEXÃO Tiago Cintra Essado.....	8
REGISTRO CRIMINAL E SUA FUNÇÃO NO SISTEMA PENAL Rafael Fecury Nogueira.....	9
NOVAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A REMIÇÃO PELO ESTUDO Jamil Chaim Alves, Juliana Burri, Patrícia Monteiro da Cunha e Rafael Barone Zimmaro.....	10
OFENSIVIDADE E DELITOS DE ACUMULAÇÃO NO DIREITO PENAL AMBIENTAL Matheus Almeida Caetano.....	12
APLICA-SE O ART. 366 DO CPP AOS JUÍZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS? Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Jr.....	13
O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS DURANTE BUSCAS DOMICILIARES Fábio Motta Lopes.....	14
DA RESPONSABILIDADE PENAL DO FARMACÊUTICO NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS Anderson Pires Giampaoli.....	16
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE A PROBLEMÁTICA ACERCA DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA DA LAVAGEM DE CAPITAIS Felipe Faoro Bertoni.....	17

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICCIONAL PENAL. INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. ANENCEFALIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.....	1441
TRÁFICO DE DROGAS/ENTORPECENTES. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. TIPICIDADE CONGLOBANTE. ÉTICA NA PRÁTICA MÉDICA. SIGILO PROFISSIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM. FALTA DE JUSTA CAUSA. 1441	

EMENTAS

Supremo Tribunal Federal	1442
Superior Tribunal de Justiça	1443
Superior Tribunal Militar.....	1444
Tribunais Regionais Federais.....	1444
Tribunais Regionais Eleitorais.....	1445
Tribunais de Justiça.....	1446

MULHERES DE ATENAS, MENINOS DO BRASIL

Marcos Zilli

O “garantismo processual”, como se sabe, pressupõe uma arquitetura processual penal compatível com um modelo que proteja o acusado dos abusos no exercício do poder-dever punitivo.⁽¹⁾ A concepção não é nova. Na realidade, trata-se de herança haurida do Iluminismo e que, desde então, se enraizou na cultura jurídica da modernidade a ponto de servir de importante baliza para avaliações sobre o grau de liberdade de um sistema político. Aliás, na maioria dos regimes democráticos, foi ela elevada à condição de direito fundamental, moldando-se nas consagradas cláusulas do *due process* e do *fair trial*. Mais recentemente, o vigor da mensagem foi incorporado pela esfera do direito internacional dos direitos humanos, não sendo exagerado falar-se na existência de um padrão universal de devido processo penal.⁽²⁾

Mas a redescoberta do papel da vítima no drama processual, fenômeno recorrente em vários ordenamentos, tem produzido inquietações que nos fazem indagar sobre uma possível encruzilhada paradigmática da Justiça Penal. A novidade não reside na presença da vítima e de sua maior atuação na marcha processual, mas sim na percepção de quais são os seus reais interesses e de como atendê-los à luz de um ideal maior que é dado pela busca de uma solução mais completa do conflito.

De fato, nos modelos processuais antigos, a vítima e os seus familiares assumiam uma posição de destaque no exercício da Justiça. Afinal, o ideal de vingança imperava de modo que o sentido retributivo da Justiça sobressaía. A esfera penal estava imersa em uma concepção privatística.⁽³⁾ É certo que o monopólio estatal do exercício do poder punitivo estruturado ao longo dos tempos trouxe significativos avanços na construção de uma retribuição formalizada do mal praticado. Encontrou, ademais, terreno fértil no discurso dos bens jurídicos e da incompatibilidade destes com a prevalência de interesses privados.

A prevalência do sentido publicista do processo penal,⁽⁴⁾ contudo, não esvaziou os canais de comunicação para com a vítima, embora estes tivessem permanecido, por muito tempo, reduzidos a um sentido puramente patrimonial. Ou seja, na perspectiva tradicional, a vítima e os seus familiares têm interesse meramente reparatório, de modo que a intervenção no processo somente se justificaria sob tal olhar.

Nos últimos anos, tal visão, associada ao claro desejo de modernização da Justiça Penal, levou a significativas mudanças que foram materializadas com o aprimoramento dos mecanismos alternativos de solução do conflito. São exemplos a composição civil e a suspensão condicional do processo. Ambas,

contudo, ainda focam a vítima sob uma perspectiva preponderantemente patrimonial.⁽⁵⁾ Mais recentemente, esta dimensão atingiu o seu clímax com a possibilidade de fixação, na própria sentença condenatória, de um valor mínimo a título de reparação civil.⁽⁶⁾ Todos estes fenômenos, note-se, refletem o anseio por uma maior eficiência da Justiça mediante a redução das distâncias entre as esferas civil e penal.

Mas esta redescoberta da vítima pela Justiça Penal tem indicado uma tendência que assume, ainda que não abertamente, a ambiciosa missão de enfrentar e de solucionar a dimensão social que emerge do conflito penal. Ou seja, para este movimento, a ilicitude penal da conduta humana é apenas a face mais evidente e o ponto de ruptura de uma distorção social anterior. Nessa perspectiva, a intervenção do Estado não estaria jungida à punição exemplar do infrator, mas também à recomposição das próprias relações sociais e familiares que foram profundamente desgastadas em um processo cujo clímax foi dado pela prática do delito. O propalado “combate à impunidade”, a reconstrução dos campos sociais atingidos, a atenção especial dada à vítima e aos seus reais interesses e a finalidade preventiva são valores detectados, em conjunto ou isoladamente, nesse movimento.

O exemplo mais atual nos é dado pela Lei Maria da Penha. Ainda que tardiamente, o legislador mostrou-se sensível a um grave estigma social representado pela violência doméstica contra a mulher e, para tanto, estabeleceu um regime jurídico penal e processual próprio para este tipo de distorção. A legitimidade é dada pelo princípio da igualdade material. Afinal, a grande incidência de tais casos justificaria um tratamento diferenciado. Assim, a intolerância para com os mecanismos alternativos de composição, a previsão de medidas cautelares civis, a obrigatoriedade de audiência com a vítima e a criação de uma estrutura funcional de acompanhamento social e psicológico são, cada qual a seu modo, representativas dos valores de combate à impunidade, de recomposição do conflito social, de maior atenção à vítima e da missão preventiva do direito, todos símbolos dessa “Justiça Penal Social”.

No entanto, o olhar lançado à dimensão social do conflito penal não pode ser realizado de forma monocromática. No caso da Lei Maria da Penha, por exemplo, a questão se mostra especialmente preocupante quando posta a problemática dos abusos sexuais cometidos

em um contexto de relações domésticas em que figurem como vítimas as crianças. Aqui, convenhamos, a diversidade de gênero não justificaria o tratamento diferenciado dado pelo legislador. É óbvio que as crianças, quer sejam meninas ou meninos, estão em uma situação de igual vulnerabilidade que é potencializada pelos muros intransponíveis e privados das relações doméstico-familiares. Tanto é verdade que, em recente reforma penal, os abusos sexuais mereceram um tratamento punitivo uniforme, independentemente da condição de gênero.⁽⁷⁾

Em circunstâncias tais, a criação dos Juizados de Violência Doméstica, que nada mais são do que

juízos especializados calcados em critérios de competência material, não poderia excluir a apreciação de conflitos penais/sociais semelhantes, independentemente da questão de gênero. Isso porque, para a “Justiça Penal Social”, o juiz natural vai além da garantia de um juízo pré-constituído. Com efeito, expressa ele, também, o desejo de uma maior aproximação entre o Estado-Juiz e o conflito social e/ou familiar. Daí a preocupação de que o Juizado fosse integrado por toda uma equipe social e multidisciplinar de acompanhamento que, assim, prestaria importante auxílio na condução da atividade jurisdicional.⁽⁸⁾

De mais a mais, o que se pretende com esses juízos especializados é que a própria autoridade judiciária tenha formação e qualificação profissional suficiente para o trato de todas as delicadas questões domésticas e familiares. É uma decorrência natural da especialização exigida pela complexidade dos conflitos sociais e que por muitas vezes é desconsiderada pelo legislador no trato da generalidade massificada das soluções. Não se trata de fenômeno inédito. No Tribunal Penal Internacional, por exemplo, em razão da natureza e das características dos conflitos que ali aportam, exige-se que os juízes reúnam formação e qualificação em questões humanitárias. Ou seja, é também a natureza do conflito que norteia a criação de juízos especializados. Não se trata de questão puramente formal, relacionada com a divisão do exercício do poder jurisdicional. Envolve,

O propalado “combate à impunidade”, a reconstrução dos campos sociais atingidos, a atenção especial dada à vítima e aos seus reais interesses e a finalidade preventiva são valores detectados, em conjunto ou isoladamente, nesse movimento.

também, a formação de um aparato judicial sensível e capaz de lidar com a causa para além dos muros técnico-jurídicos do processo.

A triste realidade da violência doméstica não está jungida, exclusivamente, à mulher como personagem-vítima, embora a incidência deste fenômeno seja, com relação a ela, escancaradamente superior, indicando uma intolerável cultura social de submissão e de humilhação de gênero. Ocorre que os abusos sexuais contra crianças do sexo masculino cometidos nesse mesmo contexto não são raros. Injustificável, portanto, um tratamento processual diferenciado que sequer é realizado pelo direito penal material. A competência de juízos especiais, a transposição de medidas cautelares civis para o âmbito penal, a maior aproximação entre o Estado-Juiz e a vítima e o aproveitamento de todo um corpo técnico de especialistas são medidas que não podem ser deste fenômeno excluídas se o que se pretende é, paralelamente à retribuição punitiva, a recomposição, a alteração e a transformação do rumo das relações domésticas, familiares e sociais.

Não é possível, no momento, fazer qualquer afirmação categórica quanto à existência de um real fenômeno de sensibilização social do processo penal. Aliás, sequer é possível aferir se este tipo de ampliação do escopo da Justiça Penal é ou não desejável, se é factível ou, ainda, se seria compatível com a cultura jurídica da modernidade. Contudo, é inegável que a revalorização do papel processual da vítima deslocou o olhar para outros aspectos que não apenas aqueles restritos à dimensão patrimonial. Ou seja, para além do fator punitivo, a Justiça Penal começa a observar o conflito social que informa o delito. Nessa tarefa, procura-se alimentar o processo penal com mecanismos e fórmulas que lhe permitam o desempenho de tão ambiciosa missão.

Mas, se realmente essa for uma tendência dos próximos anos, as preocupações ampliam-se. De fato, a filtragem legislativa e a construção de fórmulas processuais nunca poderão ser feitas de maneira restrita sob pena de serem olvidados relevantes

aspectos do conflito, comprometendo, assim, a própria eficácia do modelo desenhado. Afinal, o conflito social é, por natureza, complexo, sendo o delito apenas a sua manifestação mais aparente, de modo que as intervenções, se cabíveis, devem ser pautadas por uma visão ampla, profunda e cautelosa. Por outro lado, o novo modelo não poderá se afastar de um padrão consolidado de respeitabilidade das garantias individuais. Trata-se de conquista histórica da modernidade. Enfim, nesse novo quadro, por certo o bom juiz não será mais aquele apto a fazer uma leitura adequada da ordem jurídica, mas sim aquele dotado de suficiente sensibilidade e formação que lhe permita tocar, pelas mãos do direito, todos os elementos do conflito social.

NOTAS

- (1) Cf. **FERRAJOLI, Luigi**. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 3. ed. Roma: Laterza, 1996.
- (2) Cf. art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), art. 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).
- (3) Cf. **MOMMSEN, Teodoro**. *Derecho penal romano*. 2. ed. Temis: Bogotá, 1999 e **MARZO, Salvatore di**. *Storia della procedura criminale romana*. Jovene: Napoli, 1986.
- (4) O sentido publicista envolve a composição equilibrada de forças dialéticas que são representadas pelo exercício do poder-dever punitivo e pelo resguardo da liberdade jurídica. Ver: **TUCCI, Rogério Lauria**. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- (5) De fato, nas duas hipóteses, a reparação do dano é elemento importante para o esgotamento da via punitiva. Na composição civil, constitui renúncia ao direito de queixa na ação privada ou ao de representação na ação pública condicionada. Já na suspensão condicional do processo, figura ela como uma das possíveis condições que, se cumpridas, levariam à extinção da punibilidade.
- (6) Art. 387, IV, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08.
- (7) Foi o verificado com a Lei 12.015/09, que trouxe alterações profundas no terreno dos crimes sexuais, incorporando a situação do vulnerável, incluindo aqui os menores de 14 anos, independentemente do sexo.
- (8) Conforme previsto pelo art. 29 da Lei 11.340/06.

Marcos Zilli

Prof. Dr. de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP e Juiz de Direito.

PARTICIPE POR ACREDITAR

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

O 17º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM será realizado no período de 23 a 26 de agosto de 2011 no Hotel Tivoli Mofarrej, localizado na Alameda Santos 1437, Jardins, São Paulo, SP. O evento já conta com as presenças confirmadas dos seguintes conferencistas estrangeiros: Cláudia Maria Cruz Santos (Portugal); Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina); José de Faria Costa (Portugal); Krisztina Karsai (Hungria); e Lola Aniyar de Castro (Venezuela).

As inscrições estarão abertas a partir de abril, e os pagamentos efetuados até o último dia desse mês terão desconto de 10% e poderão ser parcelados em até 6 (seis) vezes, sem juros, no cartão de crédito. Para mais informações, entre em contato com o Departamento de Cursos e Eventos pelo e-mail eventos@ibccrim.org.br ou pelo telefone (11) 3111-1040, ramal 3.



(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

ASSESSORES DA PRESIDÊNCIA:

Adriano Galvão
Rafael S. 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 Luis Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilares

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Luciano Anderson de Souza
CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CORRETORA DOS TRABALHADOS DE CONCLUSÃO

DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos

Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires Mendes

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA LEI DO AGRAVO E ALGUMAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO CRIMINAL

Pedro Luiz Lepri Junior e Rafael Junior Soares

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA LEI DO AGRAVO E ALGUMAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO CRIMINAL

A Lei n. 12.322/10, publicada em 09 de setembro de 2010, com entrada em vigor no dia 09 de dezembro de 2010, modificou dispositivos contidos no Código de Processo Civil referentes ao agravo de instrumento interposto contra decisão do tribunal local que não admite o recurso especial ou o extraordinário. O intuito da legislação foi o de simplificar e aperfeiçoar a tramitação do recurso de agravo de instrumento nos tribunais superiores como forma de garantir a celeridade processual, a diminuição de custos ou a efetiva economia de espaço físico, nos termos do que se pode observar do relatório elaborado junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal: *“Reputamos louváveis as preocupações que animaram o autor da proposta, consistentes em reduzir a quantidade de recursos submetidos a julgamento nas cortes superiores e, no mesmo passo, agilizar a entrega da prestação jurisdicional”*.⁽¹⁾

O agravo de instrumento era utilizado para impugnar decisão prolatada por presidente de Tribunal *a quo* que negasse seguimento a recurso especial ou extraordinário. Um dos fundamentos que serviu de base para a nova legislação foi o de que, na prática, se o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça acolhesse o agravo de instrumento interposto, aguardava-se muito tempo até a subida dos apelos excepcionais, o que produzia uma demora demasiada do processo. Ademais, o exame da questão jurídica era realizado em duas oportunidades: a primeira no agravo de instrumento, com o objetivo de se verificar a correção da decisão que não admitiu a subida do recurso, e a segunda no próprio mérito do recurso especial ou extraordinário, o que prolongava o desfecho do processo.

Considerando que é por meio da aplicação diária da lei e do desenvolvimento – após estudos e debates – do tema pelos operadores do direito que se pode conhecer o efeito prático produzido pela legislação, é possível apontar nesse momento, com base numa análise superficial da Lei n. 12.322/10 e de forma não exauriente, as principais modificações e consequências do novo agravo, principalmente no âmbito penal.

A primeira alteração consiste na própria nomenclatura do recurso, pois se abandonou o termo agravo de instrumento para a simples denominação agravo, inclusive porque a razão de ser do antigo nome não mais está presente, vez que o recurso deve ser interposto nos próprios autos, sem a necessidade de formalização do instrumento (art. 544,

CPC). A partir daí, embora fosse possível, em determinados casos, desde que presentes todas as peças necessárias, a análise do agravo de instrumento de imediato como recurso especial ou extraordinário, situação na qual se realizava a *conversão*⁽²⁾ do recurso, é fato que a nova legislação permitirá um exame mais ágil da matéria, sem a coexistência de duas fases (decisão do agravo de instrumento e posterior decisão do recurso especial ou do extraordinário) de apreciação, de modo a garantir a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

A segunda alteração é a desnecessidade de formação do instrumento, uma vez que o agravo será interposto nos próprios autos em que foi apresentado o recurso especial ou o extraordinário, apenas com a ressalva de que para cada apelo deverá ser interposto um agravo (art. 544, § 1º, CPC). Tal modificação facilitará a interposição do recurso, uma vez que era comum o não conhecimento do agravo de instrumento pela ausência de peças obrigatórias, eis que cabia ao agravante a formação do instrumento. Permite-se, dessa forma, o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF), porquanto era comum o não exame de agravos de instrumento com base em deficiências nas peças obrigatórias. Tal permissibilidade possibilitará um acesso maior à via recursal excepcional, sobretudo aos mais carentes, vez que a obtenção das peças elencadas como obrigatórias, em regra, é de difícil acesso à maioria da população, principalmente em Estados que sequer possuem Defensoria Pública, sem mencionar o exíguo prazo de cinco dias anteriormente fixado para preparação do instrumento e interposição do recurso.

O trâmite do agravo pode ser resumido da seguinte maneira. O relator do agravo poderá não conhecê-lo se entender pela inadmissibilidade ou pela inexistência do devido ataque aos pontos específicos da decisão. Por outro lado, caso conheça do agravo, poderá adotar as seguintes alternativas: a) negar provimento, se julgar correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento, se o recurso for manifestamente inadmissível, prejudicado ou estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; ou c)

dar-lhe provimento, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (art. 544, § 4º, CPC). Ainda, prevê a lei que caberá

agravo ao órgão competente da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem (art. 545, CPC).

O terceiro ponto no presente trabalho é a aplicabilidade da nova legislação no âmbito criminal, porquanto a lei altera apenas o Código de Processo Civil, silenciando sobre qualquer alteração do Código de Processo Penal, até mesmo porque não há uma previsão detalhada em relação ao recurso extraordinário no aludido *Codex*. A Lei n. 8.038/90 trouxe a previsão do agravo de instrumento contra decisão de não admissão do recurso especial e do extraordinário, fixando o prazo de cinco dias para inter-

posição do recurso. Posteriormente, a Lei n. 8.950/94, que alterou o Código de Processo Civil, estipulou o prazo de dez dias para interposição do agravo de instrumento, não regulamentando a sistemática a ser adotada no âmbito criminal. Após intenso debate, decidiu-se que o Código de Processo Civil não regularia os agravos de instrumento na seara criminal, ante a inexistência de lacuna, prevalecendo o procedimento da Lei n. 8.038/90, editando-se, inclusive, a Súmula n. 699 no Supremo Tribunal Federal.

Certamente haveria discussão a respeito da aplicabilidade da nova lei no âmbito criminal, principalmente na questão do prazo para a interposição, uma vez que, à primeira vista, o atual prazo para interposição do agravo de instrumento não sofreria modificações, o que levaria a uma estranha falta de isonomia, ante a existência de sistemáticas diferentes entre a legislação processual penal e a cível. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, adiantando-se quanto à questão, instituiu, em 03 de dezembro de 2010, a Resolução n. 451, definindo que as alterações trazidas pela Lei n. 12.322/10 (com base na questão de ordem no AI 664.567-QO) também se aplicariam aos recursos extraordinários e agravos que versassem sobre matéria penal e processual penal. Diante disso, resolveu-se a problemática acerca da aplicabilidade da nova

Um dos fundamentos que serviu de base para a nova legislação foi o de que, na prática, se o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça acolhesse o agravo de instrumento interposto, aguardava-se muito tempo até a subida dos apelos excepcionais, o que produzia uma demora demasiada do processo.

legislação no âmbito criminal, afastando qualquer discussão e debate sobre tal possibilidade⁽³⁾ em face da expressa previsão legal.

Como quarto tópico está o problema – que também deve ser objeto de discussão – do marco temporal em relação à aplicabilidade da nova lei. Aqui se deve invocar a sistemática empregada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da repercussão geral, em que se entendeu pela necessidade de demonstração das questões constitucionais discutidas como preliminar nos recursos extraordinários, inclusive criminais, após edição da Emenda Regimental n. 21/07 (03.05.2007), que introduziu as normas regimentais necessárias para o reconhecimento do requisito constitucional da repercussão geral (EC 45/04 e Lei n. 11.418/06). No caso concreto, impõe-se, assim, analogicamente, afirmar que a nova lei do agravo deverá ser utilizada nos processos em que as publicações ou intimações das decisões de não admissão do recurso especial ou do extraordinário se concretizarem após o dia 09 de dezembro de 2010, data em que entrou em vigor a nova lei com plena eficácia, tendo em vista que independe de regulação regimental para aplicação.⁽⁴⁾

Portanto, num primeiro momento e com fundamento num exame perfunctório cabível até agora, conclui-se que a nova lei do agravo realmente atende aos objetivos traçados pelo legislador de conferir celeridade processual e de simplificação do procedimento do recurso, o que resultará, por consequência, na concretização da garantia da ampla defesa e do contraditório,

além de facilitar a diretriz constitucional da duração razoável do processo.

NOTAS

- (1) Parecer n. 1.268, de 2010, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. <www.senado.gov.br>. Acesso em 13.12.2010.
- (2) EDcl no Ag 1328089-RJ, rel. Ministro **Benedito Gonçalves**, Primeira Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 26.11.2010.
- (3) A discussão foi tratada de forma muito lúcida por **Francisco do Rego Monteiro Rocha Jr.**, que abordou a definição sobre a aplicabilidade da nova lei nos recursos de matéria penal e processual penal pelo Supremo Tribunal Federal. (*Nova lei do agravo é aplicável em recursos criminais*. Consultor Jurídico. <http://www.conjur.com.br/2010-dez-08/lei-agravo-tambem-aplicavel-recursos-criminais>. Acesso em 10.12.2010.
- (4) O Min. **Cezar Peluso** bem explicita o tema em debate: “A regra geral é de a lei do recurso ser a lei da data da publicação ou intimação da decisão. De outro modo, os interessados seriam surpreendidos com uma exigência que não constava ao tempo em que poderiam recorrer” (AI 664567 QO, relator(a): Min. **Sepúlveda Pertence**, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2007).

Pedro Luiz Lepri Junior

Advogado. Pós-graduando em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Pós-graduando em Ministério Público no Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR.

Rafael Junior Soares

Advogado criminal. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UFPR. Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra e pelo IBCCRIM.

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

“Reforma Política e Igualdade no Judiciário: reflexões sobre o foro especial”

Expositores: Dr. Arnaldo Malheiros Filho e Dr. Roberto Delmanto Junior

Data: 29/03/2011

Horário: 09h00 às 12h00

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar - Centro - São Paulo - SP

Inscrições: Gratuitas, no Portal IBCCRIM

Informações: mesas@ibccrim.org.br ou (11) 3111-1040, ramais 156 e 178

Participe à distância: Para assistir ao evento, ao vivo e on-line, acesse em 29 de março: itv.netpoint.com.br/ibccrim e participe!

Na Mesa de Estudos e Debates “Reforma Política e Igualdade no Judiciário: reflexões sobre o foro especial”, serão tratados aspectos relevantes sobre a reforma política a ser implementada no Brasil, com ênfase especial para a problemática relativa ao foro especial por prerrogativa de função. A Mesa abrangerá, principalmente, se a reforma política em questão deverá extinguir o foro especial, também conhecido informalmente como “foro privilegiado”. Pela extinção do foro especial, tramitam duas Propostas de Emenda Constitucional (PECs).

Uma apresentada pelo Senador Gerson Camata, do PMDB (PEC 81/2007); outra de autoria do Deputado Marcelo Itagiba do PSDB (PEC 130/2007).

Os palestrantes Arnaldo Malheiros Filho e Roberto Delmanto Junior, ambos Advogados Criminalistas militantes e de grande renome, sustentam opiniões opostas em relação ao presente tema, o que certamente enriquecerá a discussão.



COORDENADORIAS REGIONAIS

1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Caroline Braun, Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do Boletim do IBCCRIM encontra-se em nosso site”.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

“O Boletim do IBCCRIM 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 IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório	4
Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

DIREITO DE INTERVENÇÃO E SOCIEDADE DE RISCO

Admaldo Cesário dos Santos

O direito penal da modernidade tem sido sobrecarregado por fardos impossíveis de serem suportados. A desesperada tentativa de se buscar na esfera punitiva uma resposta plausível às novas demandas que ameaçam a ordem social globalizada tem sido uma tônica constante, quer nos países primeiro-mundistas, quer naqueles que se encontram em fase de desenvolvimento. Tudo isso se perfaz por meio de um preocupante elemento: a falsa crença de que o direito penal, que se alicerça em políticas meramente simbólicas e distorcíveis, representa o único instrumento viável de combate às mazelas sociais, mesmo representando uma afronta às garantias clássicas, conquistadas ao longo da história.

Dentro dessa sobrecarga atribuída ao direito punitivo encontra-se o problema das novas transformações por que deve passar o direito penal tradicional, ante as novas exigências do mundo globalizado. Com efeito, o objeto fundamental do direito penal da globalização não mais reside na preocupação *unilateral* com a criminalidade de massa, senão com os novos fenômenos que ameaçam a transnacionalidade e a integração econômica. Esse fenômeno redonda na criação de novas figuras delitivas,⁽¹⁾ ante os novos riscos que exsurgem, principalmente no que tange à criminalidade moderna, principal ameaçadora desses novos interesses que se impõem. Daí podermos asseverar que a atual sociedade configura-se como uma patente sociedade de risco ou, como pontifica **Silva Sánchez**, uma *sociedade de riscos* (*Risikogesellschaft*).⁽²⁾

No intento de se evitar a exagerada intervenção do Estado frente a esses riscos que desafiam o direito penal da atualidade, eis que, na Alemanha, veio a lume o Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*).⁽³⁾ Proposto por **Winfried Hassemer**, o novo modelo punitivo situa suas bases nas fronteiras dos direitos penal e contravençional, a par dos direitos civil e público (administrativo).⁽⁴⁾ Consoante o penalista alemão, além das referidas bases, o direito de intervenção deve ser permeado por uma dupla tarefa: liminarmente, somente as condutas lesivas aos *bens jurídicos individuais* e sua efetiva colocação em perigo de forma *grave*⁽⁵⁾ devem fazer parte do direito penal tradicional. No entanto, quando se tratar de condutas que afetem *bens jurídicos difusos* ou *coletivos*, causadoras de perigo abstrato,⁽⁶⁾ estas devem ser reguladas por um sistema jurídico diverso, apenas de forma mais branda, com *garantias materiais e processuais flexíveis*, possibilitando, assim, um tratamento mais célere. Ocorre que a regulação interventiva, nesses casos de afetação, não se daria pelas

mãos do poder judiciário, mas sim por meio da Administração Pública, em cujos exemplos de punição a integrar esse rol fariam parte a multa, suspensão ou interdição de atividades, dentre outras.

Embora o novo modelo punitivo proposto por **Hassemer** tente preservar o Princípio da Intervenção Mínima para não transformar o direito penal em instrumento de tutela de proteção a todo e qualquer bem jurídico de forma banalizada, o modelo proposto pelo penalista alemão não pode subtrair-se, a nosso ver, a uma crítica de duplo viés. O primeiro reside na *proteção de bens jurídicos individuais*; o segundo, de seu turno, na *administrativização* penal.

Para alguns doutrinadores, com efeito, lançar mão do Direito Penal apenas para proteger bens jurídicos individuais, deixando às mãos do Direito Administrativo as demais condutas que põem em xeque a vida do planeta, significa colocar este mesmo Princípio da Subsidiariedade de “*pernas para o ar*”,⁽⁷⁾ posto que se estaria deixando a cargo do direito administrativo as infrações que mais colocam em risco a estrutura da sociedade, ao mesmo tempo em que, sobre elas, recairiam punições muito mais brandas e insuficientes para a punição de seus autores.

No que tange à cominação da reprimenda pela administração pública, outro problema se levanta. Ao deixar a cargo da administração pública a punição de determinados ilícitos, retirando da esfera de competência do judiciário esse múnus, teríamos mais segurança jurídica? De que modo? Ora, se a administração pública — sobretudo nos países terceiro-mundistas — é permeada por influências políticas as mais diversas, a par de interesses econômicos os mais variados, como confiar a ela a proteção de bens jurídicos tão importantes para a humanidade? Seria viável a adoção desse viés punitivo? De nossa parte, acreditamos que não.

Por outro lado, há que se conceber a pena não somente como uma afronta à liberdade física. Ao contrário, os direitos constitucionais como a liberdade ao sigilo, o respeito ao domicílio e à preservação da intimidade, v.g., se feridos, também constituem uma afronta à liberdade individual,⁽⁸⁾ mesmo que por via reflexa; razão pela qual não podem ser deixados ao alvedrio da administração pública.

Com isso, não estamos, em hipótese alguma, a defender a subsunção do direito penal como algo neutral e indiferente aos avanços

que a realidade globalizante exige. Jamais. A nosso ver, a resposta punitiva do Estado, por meio da feitura e aplicação da lei penal, deve responder adequadamente às interrogações do mundo moderno, sem insular-se no dogmatismo hermético, que em nada condiz com os atuais reclamos. Sem embargo, o que mais nos preocupa é o fato de o direito penal ter que abrir mão de determinadas garantias principiológicas regidamente consolidadas e conquistadas arduamente ao longo dos séculos para adequar-se a essa atual realidade. Eis aqui alguns questionamentos que exigem uma

profunda reflexão.

NOTAS

- (1) Cf. **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo**. *Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo*. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán** (orgs.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.
- (2) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María**. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. **Luiz Otávio de Oliveira Rocha**. São Paulo: RT, 2002, p. 28-29.
- (3) Vide **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María**. Op. cit., p. 137 e ss.; de igual modo, cf. **SANTOS, Admaldo Cesário dos**. *Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 14-15.
- (4) Cf. **GRACIA MARTÍN, Luis**. *Prolegômenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 152.
- (5) Cf. **FERNANDES, Paulo Silva**. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 76.
- (6) Cf. **FRANCO, Alberto Silva**. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 10, n. 02, abril-junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 223-224.
- (7) Nesse sentido, vide **DIAS, Jorge de Figueiredo**. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (volume comemorativo). Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1.123 e ss.
- (8) Nestes termos, cf. **TAVARES, Juarez**. In: **COSTA, Helena Regina Lobo da**. *A dignidade humana: teoria da prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 13.

Admaldo Cesário dos Santos

Mestre e especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (Portugal). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e da União Brasileira de Escritores (UBE). Professor universitário. Advogado.

COMPLEXO DO ALEMÃO: RETRATO DA POLÍTICA BÉLICA CONTRA O TRÁFICO DE DROGAS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POBRES

Tiago Abud da Fonseca

A expressão guerra contra as drogas não é novidade para aqueles afinados com o tema. Desde **Nixon**, em 1973, que tal política beligerante foi deflagrada, em razão da perda do fôlego da bipolarização capitalismo *versus* comunismo. Dessa época até o enfrentamento do terrorismo, as drogas substituíram o comunismo no papel de inimigo público. A ampliação deste modelo proibicionista para a América Latina é contemporâneo à expansão do poder militar e industrial dos Estados Unidos e ao desaparecimento dos limites entre conflitos internos e externos, entre ações públicas e a guerra.⁽¹⁾

Rosa Del Olmo⁽²⁾ alertava sobre a face oculta das drogas, na medida em que o discurso oficial escondia aspectos econômicos e políticos do continente americano que impediam a solução do problema e que levavam milhares de habitantes deste continente a fazer parte do tráfico de drogas em seus diversos níveis. Como seja, tal *standard* proibicionista serviu de supedâneo à política internacional, vez que foi o norte da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), tendo como pilares os seguintes: i) o núcleo do modelo que é a proibição e a repressão; ii) a preocupação de tratar a droga como questão uniforme, buscando a obtenção de um consenso entre os governos; iii) o interesse na harmonização legislativa (o que se constata com a tipificação do crime de tráfico de entorpecentes, com fórmulas vagas e abertas, termos imprecisos e amplos); iv) a visão reducionista do problema, ocultando-se a complexidade da indústria das drogas ilícitas, bem como a diversidade de atores que se apresentam no processo de produção, circulação, difusão e consumo, o que termina por restringir um problema econômico, social e geopolítico a um caso de controle penal.⁽³⁾

A fórmula do enfrentamento não atingiu a redução da criminalidade esperada (ao menos no discurso), mas fez vencer o direito penal do terror, estabelecido contra os demônios/traficantes, cujas penas são fixadas em patamar próximo ao do homicídio, cuja pena de multa é a mais severa da legislação penal, em

que são restringidos direitos no processo e na execução penal.

Agora, em novembro de 2010, o mundo assistiu, em tempo real, a invasão do Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro, pelas “tropas da segurança pública”.

Já é passada a hora de se discutir as reais vantagens/desvantagens da repressão ao tráfico de drogas, pois nenhum legislador conseguirá mudar a lei e a dinâmica do mercado. Assim, se o consumidor de drogas tem o tratamento médico, porque é caso de saúde pública e não de controle penal, este último não pode ficar reservado ao traficante, sobretudo àqueles vistos em fuga. Embora a televisão não tenha mostrado em imagem aproximada, na sua maioria os fujões eram jovens, negros, pobres, desdentados e analfabetos, marginais, no sentido de que eles e suas famílias sempre viveram à margem de qualquer política pública de inclusão e oportunidade social. Noutros termos, esses jovens pobres não tinham o que perder, porque nunca tiveram nada e certamente por isso foram facilmente cooptados para incorporarem as fileiras do tráfico de drogas.

Destaca-se, no entanto, nestas linhas, o outro lado da política de enfrentamento, no qual é o Estado, detentor da força, que pratica as mais variadas ilegalidades. Não raras vezes, os moradores destas comunidades carentes, em sua esmagadora maioria sem envolvimento com o tráfico de drogas, veem desrespeitado o seu direito à inviolabilidade do domicílio. Sem consentimento do morador, e mesmo inexistindo hipótese de flagrante delito, os barracos são invadidos – pois na guerra tudo é permitido – e muitas vezes são vítimas de furtos, abusos até sexuais e agressões por parte dos agentes do Estado.

Recente reportagem dava conta de que foram trinta e sete mortos na batalha do Complexo do Alemão e não se soube em que circunstâncias morreram, quem os matou e qual a natureza das lesões.⁽⁴⁾ E também o Estado não se apressou em mostrar e explicar os números do confronto. Seria assim se os mortos fossem abastados da zona sul, em vez de filhos de pobres?

Não bastasse isso, há nítido desvio de

função do Exército brasileiro, quando lhe é autorizado subir o morro para vistoriar casas, executar mandados de prisão e outras tarefas afetas às forças de segurança pública, em cujo rol (art. 144 da Constituição da República de 1988) ele não está inserido.

Movimentos nos bastidores políticos exigem o fim da visita dos advogados aos cidadãos presos, porque seriam os primeiros os mensageiros das autorizações para os ataques que atingiram a cidade do Rio de Janeiro. A inconstitucionalidade da proposta é aberrante, pois nem mesmo no estado de defesa é permitida a incomunicabilidade do preso e o cerceamento do direito de defesa.

Aliás, seria indicado que as autoridades lessem a Constituição brasileira para terem a exata noção de que o projeto democrático é voltado para a defesa intransigente dos direitos fundamentais. O Rio de Janeiro não atravessa estado de defesa ou estado de sítio. Se nestas fases de anormalidade da vida democrática é permitida alguma limitação a direito fundamental, a regra, fora destes casos, deve prevalecer, ou seja, a plenitude de direitos deve ser garantida a todos. Ricos ou pobres. Qualquer política de Estado em sentido contrário é voltada única e exclusivamente ao controle da pobreza e à violação dos direitos dos pobres.

Cuidado! Isso pode cheirar a embrião de golpe ao Estado de Direito. E esse odor já é de todos conhecido.

NOTAS

- (1) **MARONNA, Cristiano.** *Proibicionismo ou morte. Drogas: aspectos penais e criminológicos.* Coord. **Miguel Reale Júnior.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 53-63.
- (2) **OLMO, Rosa del.** *A face oculta da droga.* Trad. **Teresa Ottoni.** Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 77-79.
- (3) **SICCA, Leonardo.** *Funções manifestas e latentes da política de war on drugs. Drogas: aspectos penais e criminológicos.* Coord. **Miguel Reale Júnior.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 09-23.
- (4) *Folha de São Paulo.* *Onde estão os mortos?* 05 de dezembro de 2010.

Tiago Abud da Fonseca

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor da Universidade Estácio de Sá.

PARTICIPE
POR ACREDITAR

ACOMPANHE O IBCCRIM NO **twitter!**
WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM

EXTINÇÃO DE DOMÍNIO: NECESSIDADE DE REFLEXÃO

Tiago Cintra Essado

1. Da criminalidade organizada

Com o advento da criminalidade organizada, voltada, sobretudo, para a obtenção de quantias vultosas por meio de associações de pessoas, com criteriosa divisão de tarefas, surge a necessidade de se rever a legislação existente, questionando se ela ainda é suficiente.

Miguel Reale revela que o direito antes de ser expresso como norma, encontra sua origem na realidade fática. Em síntese, a partir do fato social, o homem debruça-se sobre ele com os valores que possui, surgindo, desse modo, a norma.⁽¹⁾

Com efeito, a criminalidade organizada implica nova realidade social, bem diversa daquela para a qual o ordenamento jurídico, no gênero, foi criado. Isto, por si só, permite concluir que, para uma nova realidade social, faz-se necessário novo sistema normativo, sem se perder de vista, é bem verdade, os fundamentos constitucionais reinantes e a busca do justo.⁽²⁾

Admitir que as regras de direito penal e direito processual penal voltadas para a repressão ao crime contra o patrimônio, concebido como resultado de uma ação predominantemente individualista, servem igualmente para incidir sobre grupos criminosos que, organizadamente, se empenham em conquistar lucros desmedidos é descon siderar o fim de se buscar o justo, pois se pretende dar tratamento jurídico equivalente a realidades fáticas bem distintas.

2. Convenção de Palermo

Desde 2004, o Brasil adotou a Convenção de Palermo, voltada para a prevenção e a repressão eficiente da criminalidade organizada transnacional.⁽³⁾ Evidente que referido instrumento jurídico não pode ser visto como algo meramente abstrato e de fundo político sem qualquer vinculação concreta, sobretudo quando foi incorporado ao ordenamento brasileiro. O art. 2º da referida norma, ao definir alguns termos, ressalta a importância dos “bens”, “produto do crime”, “bloqueio ou apreensão” e “confisco”, indicando, desse modo, claramente que o foco da atuação estatal no âmbito da criminalidade organizada deve ser o de reduzir a força econômica dos grupos que a compõem.

O art. 12 da Convenção, por sua vez, indica aos Estados-partes a possibilidade de se exigir que o autor de uma infração demonstre a “proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais”, ressaltando-se expressamente os direitos do terceiro de boa-fé.

Percebe-se, com isso, que há nítida preocupação com a impossibilidade de se permitir que haja o gozo do produto do crime ou de outros bens passíveis de confisco, respeitando-se os princípios fundamentais, dentre eles a boa-fé.

3. Mecanismos brasileiros

A declaração judicial de perda do bem, atualmente, na esfera processual penal ocorre simultaneamente com a análise da culpabilidade, eis que esta atua como pressuposto lógico necessário do confisco, em nome do princípio da presunção da inocência.

Inexiste no Brasil qualquer procedimento extrapenal, de natureza judicial, que foque a propriedade ilícita, sem discussão sobre culpabilidade, cujo resultado venha a ser a declaração de extinção de domínio. Consta-se que se é indesejável a ofensa indevida e injusta à liberdade, também não se pode tolerar a propriedade ilícita. A propriedade como direito fundamental, tutelada pelo texto constitucional, trata-se daquela de origem lícita. A propriedade fundada no ilícito é absolutamente contrária aos ditames constitucionais, não atendendo, pois, aos fins sociais.

4. Experiência colombiana

Neste contexto, cumpre registrar o instrumento processual adotado pela Colômbia, por meio da Lei 793/02, consistente na ação de extinção de domínio, cujo fim é declarar judicialmente a perda da propriedade em favor do Estado, na hipótese de enriquecimento ilícito, sem qualquer contraprestação e compensação para seu então titular (art. 1º). Trata-se de ação pública, de natureza jurisdicional, autônoma e independente (art. 4º). Com efeito, não está condicionada a qualquer prévia condenação pelo crime de enriquecimento ilícito (fato típico na Colômbia) nem se reveste de natureza penal, o que lhe permite a autonomia e independência.

Quanto ao ônus da prova, cabe ao Estado demonstrar que os bens pertencentes ao sujeito são incompatíveis com suas reais condições financeiras, fundadas em atividades lícitas. Por outro lado, o titular da propriedade tem o dever de demonstrar a licitude de seus bens, distribuindo-se, dessa maneira, a carga probatória entre autor e réu da relação processual.

Vale a pena citar algumas das atividades ilícitas consideradas pela lei colombiana: o enriquecimento ilícito, condutas em prejuízo do erário público, tais como peculato, interesses ilícitos ou inobservância dos requisitos legais na celebração de contratos, emis-

são ilegal de moedas ou valores, utilização indevida de informação privilegiada, atividades que atentem contra a saúde pública, a ordem econômica e social, os recursos naturais e o meio ambiente, segurança e administração pública (art. 2º, § 2º).

A lei cuida especificamente do devido processo legal, garantindo ao réu apresentar provas, intervir em suas práticas e opor-se à pretensão, mediante regular contraditório (art. 8º). Preserva-se o direito de o réu provar que os bens discutidos não se encontram nas causas que sustentam a ação de extinção de domínio, bem como que guardam origem legítima.

5. Necessidade de inovação legislativa?

Diante da realidade fática brasileira conjugada com o atual sistema normativo, tanto no âmbito penal quanto no extrapenal, ressaltando-se os mecanismos existentes na Lei de Improbidade Administrativa, é de se questionar se não se faz necessária a tutela do patrimônio lícito, independentemente de sanção penal, como meio preventivo à criminalidade organizada. Se a dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental do texto constitucional, não é possível tolerar, por exemplo, aquisição patrimonial à custa de prática de sonegação fiscal, com o fim único de privilegiar anseios egoísticos e absolutamente contrários aos fins sociais, que inviabilizem investimentos em saúde e educação, essência dos direitos humanos.

Não é o caso de se pretender importar cegamente o texto colombiano. Contudo, afigura-se mais do que necessário, e em caráter de urgência, refletir sobre a adoção de mecanismos extrapenais que foquem em bens frutos de atividades ilícitas, preservando-se os direitos e garantias fundamentais, porém tutelando, de forma eficiente e justa, o patrimônio lícito.

NOTAS

- (1) REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 497-510.
- (2) Sobre a necessidade de resposta legislativa ante o surgimento de um novo Direito Penal Econômico que rompa com o modelo clássico-liberal, cf. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.
- (3) Promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. DOU 15.03.2004.

Tiago Cintra Essado

Mestre em Direito do Estado pela
Universidade de Franca.
Promotor de Justiça/SP.

REGISTRO CRIMINAL E SUA FUNÇÃO NO SISTEMA PENAL

Rafael Fecury Nogueira

Sempre se concebeu o registro criminal como o armazenamento de informações sobre crimes e criminosos para uso da polícia, do Judiciário e do poder público em geral. Criminosos na acepção juspolítica do termo, *i.e.*, os condenados por sentença transitada em julgado, uma vez que, ausente essa condição, não há crime ou criminoso.

Essa tratativa é dada pela doutrina, definindo-o **Mário Sérgio Sobrinho**⁽¹⁾, como “um sistema de informações criminais organizado e instituído com o fim de demonstrar a quem se aplicou a Justiça que deve funcionar sob esquema de ‘grande simplicidade’, mas ‘muito eficaz’”.

A interpretação, portanto, a se conferir ao registro criminal deve ser a mais restrita possível, pois, atende a uma finalidade específica e especial.

Entretanto, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça⁽²⁾ rompeu com essa concepção, ampliando-a para acrescentar finalidades estranhas ao registro criminal.

Segundo consta no acórdão, dois indivíduos denunciados pela prática do crime previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, do CP, com suspensão condicional do processo plenamente cumprida e extinção de suas punibilidades, requereram a exclusão das informações desse processo do instituto de identificação competente.

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso para a retirada das informações do instituto de identificação assentando, entre outras razões, que “*esses registros permanecem ad aeternum e compõem a própria história do condenado e da sociedade*, pois, salientou o julgado, *na atividade típica da polícia, de investigar a prática de delitos e coletar dados para a opinião delicti do Promotor de Justiça, o acesso a dados policiais pode contribuir para o esclarecimento da autoria de crimes.*” (sem destaques no original)

A decisão, portanto, atribuiu ao registro criminal função anômala de meio de investigação policial.

Há duplo equívoco na conclusão da Corte Superior, merecendo, respeitosamente, ressaltar.

Primeiramente, no caso, não existiam condenados, mas, processo suspenso e posterior extinção da punibilidade, ou seja, eram cidadãos legal e moralmente inocentes, sem que o Estado lhes tivesse atribuído estado jurídico diverso. Com efeito, não poderia o mesmo Estado manter as informações no registro de crimes/criminosos. Em segundo lugar, e mais importante, alarga-se indevidamente a função do registro criminal acrescentando-lhe funções investigativas, conferindo à polícia a possibilidade de investigar um fato delituoso a partir dos dados constantes nos registros criminais.

Tendo-se em conta a função da investi-

gação criminal, policial ou de outra espécie, não pode haver espaço para substituir uma investigação por uma devassa na vida pregressa do indivíduo. A um só tempo, desfiguram-se o registro criminal e a investigação. Isso porque investigar significa, entre outras designações, “*examinar minuciosamente, perscrutar, fazer diligência para esclarecer fatos, inquirir, indagar*”⁽³⁾. Deixa-se, portanto, de investigar o fato para se oficializar a presunção de culpa baseada nos registros criminais, institucionalizando-se o repudiado direito penal do autor ao se permitir a utilização de registros criminais antigos para a investigação de crimes e de sua autoria.

Ainda que os registros fossem de condenações pretéritas, não se prestam para investigar outro fato por uma razão básica: deixa-se de investigar para, simplesmente, capturar-se o suspeito já antes condenado, justamente por já ter sido condenado, antecipando-se a conclusão e maculando a cientificidade inerente a uma investigação. Para esse “método” de investigação, importa o autor do fato e não o fato do autor. Traduzindo: direito e processo penal do autor.

A finalidade dos registros criminais é deturpada na espécie, uma vez que, como já se afirmou “o fim elementar do registro é a conservação dos dados relativos ao passado judicial das pessoas condenadas, que deve ser instalada sobre uma base de dados efetiva, facilmente acessível à Administração e aos demais interessados autorizados.”⁽⁴⁾

Não se admite acessos a registros criminais sem que se atenda à sua destinação própria, como, por exemplo, comprovar institutos como a reincidência (Art. 63, do CP).

Ademais, não se pode confundir registro com antecedentes criminais. Estes, sim, funcionam para que se conheçam processos em curso relativos a alguém com finalidade específica, *u.g.*, para a concessão, ou não, de suspensão condicional do processo, em que, certo ou errado, os processos existentes apresentem relevância prática (Art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95).

Mesmo sendo esse tema discutível naquele Tribunal⁽⁵⁾, essa função de investigação atribuída aos registros criminais é inédita, mormente quando extinta a punibilidade.

A primeira premissa do julgado está, portanto, equivocada por incluir no sistema

de registros criminais dados de alguém não criminoso, absolvido pelo próprio Estado.

Assim, utilizar, para qualquer fim, os registros criminais de pessoa absolvida ou com sua punibilidade extinta é permitir ao Estado que dê com uma mão e retire com outra algo inex-

A finalidade dos registros criminais é deturpada na espécie, uma vez que, como já se afirmou “o fim elementar do registro é a conservação dos dados relativos ao passado judicial das pessoas condenadas, que deve ser instalada sobre uma base de dados efetiva, facilmente acessível à Administração e aos demais interessados autorizados.”

xorável do cidadão, afirmando: “*Te processei, vi que não tinhas culpa sobre a acusação que te fiz e, por isso, te absolvi, porém, deixarei eternamente consignado que passaste por tudo isso, pois, nunca se sabe se um dia o Estado precisará desses dados*”. Absurdo⁽⁶⁾.

Eternizar um registro criminal que culminou com absolvição assemelha-se aos “registros criminais” da Idade Média que, com marca de ferro e mutilações, verdadeiras penas, tornavam indelével os processos criminais e condenações, ainda que infundados, registrando no corpo do apenado as marcas eternas de seu passado criminoso⁽⁷⁾.

Finalmente, a segunda premissa do julgado também merece nossa crítica por, conforme dito, desvirtuar a

atividade de investigação reduzindo-a a uma devassa nos registros criminais, olvidando-se possível conclusão pela inocência do investigado e consagrando, definitivamente, os odiosos direito e processo penal do autor.

Com efeito, se nem mesmo o juiz pode se basear em processos penais em curso para agravar a pena-base, nos termos da recente Súmula 444 do STJ, com mais razão não se pode utilizar esses dados para investigar um delito ou sua autoria.

Como permitir a utilização tortuosa dos registros criminais para fins de investigação se nem mesmo pode a autoridade policial mencionar nos atestados de antecedentes a existência de inquéritos policiais, conforme dispõe o “esquecido” art. 20, parágrafo único, do CPP?

Diante disso, a utilização de dados de registros criminais para além de sua função é ilegal e deve ser expungida da cultura investigativa policial, ainda que sejam registros de condenação.

Sem embargo da evolução das garantias processuais, o operador do direito, mesmo trabalhando com uma ciência social aplicada, necessita de lições de sua *mater*, a sociologia, por ser esta uma ciência neutra que analisa o fato social sem a interferência de tendências indevidas e sem doses de subjetivismos, como,

não raro, ocorre no direito.

Já se afirmou, e nos deveria servir em muito, que “*Embora a Sociologia trate de problemas que envolvem valores, sentimentos e interesses muito próximos ao homem, ela esforça-se por permanecer à distância, evitar juízos de valor a respeito do bem ou mal de uma coisa. A Sociologia assume essa atitude devido à concepção de que não se pode descobrir ou compreender adequadamente a verdadeira natureza de um fenômeno se o pesquisador já tomou uma posição prévia em relação ao assunto investigado. Em outras palavras, se o pesquisador tem preferências, tenderá a ver o fenômeno ou o problema não como ele realmente é, mas como desejaria*”.⁽⁸⁾ (destaquei)

Resta ao operador do direito incorporar lições desse tipo à sua prática, depurando o que

pretende investigar, acusar, defender e julgar, para a salvaguarda dessa ciência.

NOTAS

- (1) **SOBRINHO, Mário Sérgio.** *Registro criminal: análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 34.
- (2) STJ. RMS nº 19.153-SP, Sexta Turma, Rel. Ministro **Celso Limongi** (Des. conv.), publicado em 25.10.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.
- (3) **Academia Brasileira de Letras.** *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 744.
- (4) **SOBRINHO, Mário Sérgio.** *Registro criminal...cit*, p. 35.
- (5) O STJ ainda diverge sobre a exclusão de dados de registros criminais. Pela exclusão: RMS nº 25.096-SP, Quinta Turma, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, publicado

em 07.04.2008. Rejeitando a exclusão: RMS nº 28.838-SP, Segunda Turma, Rel. Ministro **Humberto Martins**, publicado em 04.11.2009.

- (6) Nesse sentido, **Mário Sérgio SOBRINHO.** *Registro criminal...cit*, p. 33, ao dispor que “*Concernente ao acusado absolvido nada deveria constar do registro criminal em relação ao processo que gerou essa decisão absolutória, por razões de política criminal e para evitar que essa anotação seja ‘potenciadora’ de pré-juízos negativos e estigmatizantes*”.
- (7) **ALMEIDA COSTA, Antonio Manuel de.** *O Registro criminal: História. Direito comparado. Análise político-criminal do instituto*. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 47.
- (8) **KOENIG, Samuel.** *Elementos de sociologia*. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, pp. 12/13.

Rafael Fecury Nogueira

Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP.
Advogado em São Paulo.

NOVAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A REMIÇÃO PELO ESTUDO

Jamil Chaim Alves, Juliana Burri, Patrícia Monteiro da Cunha e Rafael Barone Zimmaro

A busca por medidas efetivas para a ressocialização dos presos resultou no reconhecimento da remição pelo estudo, não mais restrita apenas ao trabalho. A reiteração de julgados nesse sentido culminou na recente edição da Súmula 341 do STJ⁽¹⁾, a qual rechaça a ultrapassada posição de não se reconhecer o estudo como motivo ensejador do benefício. Contudo, a admissão do resgate da pena por esta via não fez cessar as discussões envolvendo o tema. Ao contrário, tendo em vista que, devido à omissão legislativa, a questão tem sido regulamentada pelos juízes mediante portaria, de forma não homogênea, potenciando-se os debates sobre a estruturação do benefício. O tema merece novas reflexões, ainda, face à recente aprovação pelo Senado Federal do Projeto de Lei 265/06, que tardiamente busca regulamentar a matéria.

A orientação firmada pela jurisprudência no sentido de admitir a remição pelo estudo, aliada à completa ausência de parâmetros legais para tanto, tem dado margem a profundas discussões. A dimensão do problema é bem apontada por **Guilherme de Souza Nucci**, ao afirmar que “*atualmente, não se tem qualquer tipo de regra a reger essa modalidade de remição, podendo haver abuso e total falta de sincronia entre situações praticamente idênticas. Quantas horas de estudo seriam necessárias para completar um dia de trabalho? Que tipo de estudo? Computar-se-ia somente a aula ou também as atividades extra-classe, como feitura de lições e exercícios? O estudo individual teria validade? Seria necessário atingir um mínimo de nota ou aprovação? Enfim, não se tendo parâmetro, cada juiz poderia implementar o seu sistema, proporcionando condições díspares aos sentenciados*”.⁽²⁾

Nessa esteira, um dos pontos mais tóxicos acerca do instituto refere-se à quantidade

de horas de estudo necessárias para possibilitar o resgate de um dia de pena. Vale lembrar que a LEP trata apenas do trabalho, prevendo que três dias de atividade laboral descontam um dia de reprimenda (art. 126), sendo a jornada não inferior a seis horas nem superior a oito (art. 33).

Utilizando-se de analogia à referida Lei, alguns equiparam a fração de estudo àquela prevista para o trabalho, ou seja, dezoito horas de estudo para cada dia remido, sob o fundamento de justiça e equanimidade.⁽³⁾ Outros imprimem maior valor ao estudo, pautado em seu caráter ressocializador e na exigência de considerável esforço intelectual por parte do condenado, reduzindo a fração hora/dia de seis para quatro, chegando à razão de doze horas de estudo por um dia remido.⁽⁴⁾

Parece-nos equivocada a primeira posição, pois não é razoável a obtenção de resultado idêntico a partir de causas tão distintas. Assim, é justamente por razões de equanimidade que não se pode admitir a equiparação de situações notoriamente díspares.

Vale anotar que, não obstante os louváveis esforços empreendidos em alguns Estados da Federação, principalmente através de empresas do terceiro setor em parceria com governos locais, em implementar projetos que garantam aos presos o desenvolvimento de atividades laborais, essas limitam-se, muitas vezes, a trabalhos exclusivamente braçais. Dificilmente, ao deixarem o cárcere, os detentos se beneficiarão de tais atividades, em regra classificadas como subempregos, justamente pela falta de qualificação técnica profissional daqueles que as exercem.

Por outro lado, é inegável o desenvolvimento e a formação intelectuais possibilitados pela educação. O estudo, dever constitucional do

Estado (art. 205), reconhecidamente essencial a todo ser humano que pretenda uma vida com maiores e melhores oportunidades, deve também ser oferecido ao condenado, como forma de reinseri-lo na sociedade, atendendo, assim, aos ditames do art. 1º da LEP. Por essa razão, consoante decisão proferida pelo Min. **Gilson Dipp**, “*a remição pelo estudo, longe de ser inibida, deve ser prática defendida, difundida e tida como exemplo a ser seguido em todos os âmbitos do Direito Penal. Isso porque, nos casos (...) em que existe a possibilidade de um detento estudar, ser alfabetizado, em lugar de estar exercendo um trabalho braçal, suas chances de ser ressocializado são infinitamente maiores, tendo em vista que a cultura de nosso país – a exemplo do resto do mundo – supervaloriza os conhecimentos intelectuais em detrimento de qualquer outra atividade em que não seja necessário, sequer, o simples ato de leitura*”.⁽⁵⁾ Em que pese o estigma de *ex-presidiário*, maiores e melhores oportunidades se mostrarão ao egresso com formação educacional.

Segundo dados do DEPEN, em dezembro de 2009, a população carcerária no País era de 473.626 presos, dos quais 44,80% não completaram sequer o ensino fundamental, 10,99% não tinham o ensino médio completo e 0,73% possuíam grau superior incompleto. Em que pese o déficit educacional, indicadores daquele mesmo órgão mostram que apenas 10% das pessoas submetidas ao cárcere exerciam algum tipo de atividade educacional.⁽⁶⁾

É bem verdade que a implementação de atividades educacionais nos presídios não será tarefa fácil, havendo uma combinação de fatores a justificar essa assertiva. Entre as principais causas, pode-se destacar: a) falta de infraestrutura; b) dificuldade em se oferecer

curso que se adequem às necessidades específicas de cada detento; c) baixo interesse dos presos. Não obstante, cremos que as dificuldades ora apontadas precisam ser superadas, ante os benefícios que a medida trará.

Outro ponto a ser defendido é a possibilidade de concomitância entre a realização de trabalho e estudo pelo sentenciado, já admitida por boa parte da jurisprudência. Isso porque o cárcere deve reproduzir, tanto quanto possível, as condições existentes no mundo exterior, estimulando comportamentos que se esperam do detento quando em liberdade. Da mesma forma que as pessoas, na vida em sociedade, trabalham e estudam, é salutar que o preso seja incentivado a fazer o mesmo, reduzindo-se o período de ócio com vistas a sua ressocialização.

No Brasil, o Projeto de Lei 265/06, aprovado no Senado Federal em 20.09.2010 e encaminhado à casa revisora, regulamenta a remição pelo estudo, inclusive no tocante ao desenvolvimento de trabalho simultâneo e aos tipos de cursos promovidos.

De acordo com o projeto, a contagem de tempo para fins de remição pelo estudo será feita à razão de um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias (art. 126, § 1º, I), o que levará a quatro horas diárias de estudo. Não fosse assim, estaria praticamente inviabilizada a possibilidade de se cumular estudo e atividade laboral, visto que o art. 33 da LEP prevê jornada normal de trabalho não inferior a seis nem superior a oito horas. Além disso, o art. 41 da mesma Lei garante ao preso o direito à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação (art. 41, V), além da alimentação (art. 41, I). Nesse sentido as orientações do novo projeto de lei estão em perfeita sintonia com os ditames da LEP.

É clara a intenção do legislador em incentivar a prática do estudo no ambiente carcerário

– alcançando também o preso provisório (art. 126, § 7º, do Projeto) –, tanto que prevê oferta de ensino em todos os níveis, inclusive profissionalizante, sendo que o § 2º do referido artigo estabelece também que o ensino seja feito à distância, o que abrangerá maior número de pessoas valendo-se de infraestrutura mais acessível.

O projeto estabelece um “plus” aos alunos que concluírem o curso frequentado, permitindo que o tempo de remição seja acrescido de 1/3 em tais casos. Discordamos neste ponto, uma vez que, para fins de obtenção do benefício, não deve bastar que o detento frequente as atividades de ensino, sendo necessário aproveitamento efetivo. A par do que ocorre com a remição pelo trabalho, cuja comprovação é indispensável, assim também deve se dar em relação ao estudo, em que a frequência e o aproveitamento devem ser atestados pelo órgão educacional competente a fim de que haja o desconto na pena. Nesse sentido é o magistério do Des. **Walter de Almeida Guilherme**: “*É preciso real comprovação desse aproveitamento, provas realizadas, testes respondidos, em suma algo que demonstre que o preso não ficou apenas olhando para a televisão enquanto as lições eram ministradas. Meramente assistir aulas de um telecurso não é sucedâneo de trabalhar. Ou seja, é necessário comprovar-se efetivamente que houve absorção, de alguma forma, dos conhecimentos propiciados ao preso, de sorte a se afirmar que existiu consistente contribuição para sua reinserção em uma vida social de alguma forma produtiva*”.⁽⁷⁾

Feitas essas considerações, depreende-se que o estudo possui consideráveis peculiaridades em relação ao trabalho, principalmente sob o aspecto subjetivo – para fins de evolução pessoal do condenado –, motivo pelo qual deve o Estado incentivar sua existência nos estabelecimentos penais e regulamentar sua promoção e sua fiscalização, inclusive quando cumulado com atividade laboral. A implementação do estudo

garante, com maior eficiência, novas perspectivas ao condenado quando de seu retorno ao convívio social, alinhando-se, em perfeita consonância, à finalidade ressocializadora da pena.

NOTAS

- (1) Súmula 341 do STJ: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.
- (2) *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 509.
- (3) TJMG, AgrEx. 1.0000.06.439.222-8/001, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. **Hélcio Valentim**, j. 19.09.2006.
- (4) STJ, HC 30.623-SP, 5ª T., rel. Min. **Gilson Dipp**, j. 15.04.2004.
- (5) STJ, REsp 445.942-RS, 5ª T., rel. Min. **Gilson Dipp**, 10.06.2003, v.u.
- (6) Fonte: site do Ministério da Justiça. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBP-TBRNN.htm>>. Acesso em 03.01.2011.
- (7) TJSP, Agravo 407.069-3/2-00, 3ª Câmara Criminal, rel. Des. **Walter de Almeida Guilherme**, j. 26.10.2004.

Jamil Chaim Alves

Mestre e doutorando em Direito Penal pela PUC/SP. Vice-líder do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Ciências Criminais da PUC/SP. Magistrado em São Paulo.

Juliana Burri

Mestranda em Direito Penal pela PUC/SP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Ciências Criminais da PUC/SP. Assessora jurídica no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Patrícia Monteiro da Cunha

Bacharel em Direito pela FMU. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Ciências Criminais da PUC/SP. Advogada em São Paulo.

Rafael Barone Zimmaro

Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP. Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Ciências Criminais da PUC/SP. Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

PARTICIPE POR ACREDITAR

1ª EDIÇÃO DO CURSO “PÓS-GRADUAÇÃO EM DOUTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL REVISITADA”

O novo Curso representa mais um passo no processo de aproximação entre o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Além do Curso de Direito Penal Econômico, realizado a cada dois anos, em São Paulo, o IDPEE e o IBCCRIM, com a participação de conhecidos professores portugueses e brasileiros, convidam agora os profissionais do direito (bacharéis em direito, promotores de justiça, advogados, defensores públicos, juízes de direito e delegados de polícia) para uma nova visita aos conceitos fundamentais da infração penal e das consequências jurídicas dela decorrentes.

Período: de 04 de agosto a 29 de outubro de 2011.

Horário das aulas: quintas-feiras e sextas-feiras das 19h00 às 22h00 e aos sábados das 09h00 às 12h00.

Local: Avenida Paulista, 1842 - 25º andar (auditório do TRF3) - São Paulo/SP.

Documento para inscrição: cópia do certificado de conclusão de curso de graduação devidamente reconhecido pelo MEC.

Enviar para o e-mail curso@ibccrim.org.br ou fax (11) 3105-0109.

Título Conferido: Diploma de Pós-graduação em Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada, do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

As inscrições estarão abertas a partir do dia 20 de abril. Consulte regulamento, cronograma e valores no **Portal IBCCRIM**.

OFENSIVIDADE E DELITOS DE ACUMULAÇÃO NO DIREITO PENAL AMBIENTAL

Matheus Almeida Caetano

Diante de um contexto social de intensa degradação ambiental que atinge patamares de contaminação significativos, o ambiente torna-se uma preocupação cotidiana, sobresaindo, dentre os temas inerentes à tutela jurídico-penal do ambiente, os “delitos de acumulação” (*Kumulationsdelikte*). Estes surgem com a teorização proposta por **Lothar Kuhlen**, em 1986, a partir do §324 do StGB (crime de poluição das águas do Código Penal Alemão) e da problemática do despejo de esgotos domésticos no Rio Main. Assim, ele explica (e justifica) a criminalização de condutas isoladamente inócuas que em repetição por um grande número de indivíduos poderia resultar em significativos danos ambientais.⁽¹⁾ A categoria dos *Kumulationsdelikte* constitui uma modalidade de justificação típica, semelhante aos delitos de perigo abstrato,⁽²⁾ embora não se confunda com estes por não exigir a geral perigosidade da conduta para o bem jurídico protegido numa prognose *ex ante*. Grandes óbices são dirigidos ao modelo explicativo de **Kuhlen**, dentre os quais se pode mencionar: a violação dos princípios da culpabilidade, da individualização e proporcionalidade das penas, da responsabilidade subjetiva, da presunção de inocência e da ofensividade. Nestes termos, tal “lógica de repetição” não tem o condão de justificar uma incriminação, carecendo de conteúdo o ilícito penal. Contudo, o penalista alemão tem o mérito de trazer à baila um problema ambiental relevante com importantes reflexões sobre o Direito Penal Ambiental.

No que tange ao princípio da ofensividade, objeto do nosso interesse neste breve escrito, importa destacar o afastamento dos *Kumulationsdelikte*, redirecionando o eixo argumentativo da repetição das ações inócuas praticadas para a ofensa de cuidado-de-perigo em contextos de instabilidade, nos moldes do pensamento de **Fábio Roberto D’Ávila**. Sendo coerente à proposta de leitura intencional, além de “denominar este interessante grupo de casos de crimes de perigo abstrato em contextos instáveis”,⁽³⁾ a abordagem visa auferir a *real ofensividade das condutas*. Vislumbra-se que a contribuição mais adequada para o acertamento dessa técnica de crimes parte de três premissas: (i) o afastamento da lógica de repetição, em grande número, de condutas desprovidas de ofensividade ao bem jurídico; (ii) a assunção da forma de ofensividade de cuidado-de-perigo; (iii) a indispensabilidade do injusto material.

Frente ao contexto de questionamento e até de proposições de *extinção* da categoria do bem jurídico-penal, não é supérfluo firmar um primeiro nível de valoração para um legítimo ilícito-típico: o Direito Penal Ambiental destina-se à tutela de bens jurídicos ambientais. Embora a repetição das ações individuais irrisórias (consideradas isoladamente) ganhe especial destaque na doutrina majoritária, nos

delitos ambientais o contexto é proeminente, e não a acumulação de condutas. Isto porque, além da natural complexidade dos bens protegidos, eles necessariamente já se encontram no raio de ação do perigo de determinados comportamentos. Nos crimes de perigo abstrato em contextos instáveis, a conduta típica não se encontra em um ambiente em que todos os elementos relevantes são conhecidos ou conhecíveis *ex ante*, diferentemente da construção tradicional dos delitos de perigo abstrato. O contexto de especial instabilidade de fatores – como o grau de poluição, os níveis de industrialização e urbanização, os fatores geográfico-climáticos, as espécies ameaçadas de extinção, as condutas poluidoras/degradantes de terceiros envolvidos etc. – em que se encontram os bens jurídicos ambientais (água, ar, solo, fauna, flora) será determinante para a análise da ofensividade. E é apenas através da categoria relacional de ofensa de cuidado-de-perigo – vinculada ao contexto fático no qual a conduta se desenvolve – que é possível compreender o ilícito-típico de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Ambiental.

Posto isso, reforça-se, com convicção, que a ofensividade constitui um segundo nível de valoração do *Unrecht*, no qual se procura identificar o resultado da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma. Uma ação tornar-se-á perigosa, portanto, quando e tão somente coloque em perigo bens jurídicos ambientais. A ofensividade erguida em três níveis (dano/violação; concreto pôr-em-perigo; e cuidado-de-perigo) é contemplada diante da “*perversão da matricial e originária relação de cuidado-de-perigo*”.⁽⁴⁾ Disto se propõe um acertamento dos delitos de acumulação, de forma que a acumulatividade carente de qualquer ofensividade não figure na seara do Direito Penal Ambiental, o que não impede de ser aplicada nos âmbitos da responsabilidade administrativa e civil. Por exemplo, o art. 34 da Lei 9.605/98 tipifica como delito a pesca realizada em período proibido (a título de exemplo, a piracema ou o defeso) ou em lugares interditados por órgão competente. Conforme o contexto, poder-se-ia colocar a espécie em risco de extinção, como no caso da pesca daquelas já ameaçadas, ou em períodos de procriação, ou, ainda, a caça de certos animais em processo de extinção, o que justificaria a proibição em razão da possibilidade de esgotamento da espécie nos respectivos biomas considerados. Estas hipóteses traduzem ofensas de cuidado-de-perigo ao bem jurídico-penal ambiental em tela (a fauna, seja ela a do art.34), conforme defende **D’Ávila**: “(...) se a morte de um animal ou de determinada quantidade de animais significa, à luz do caso concreto, uma possibilidade não-insignificante de dano à respectiva espécie em um dado ecossistema, e,

portanto, uma ofensa de cuidado-de-perigo”.⁽⁵⁾

Já em relação ao desvalor de resultado (gênero), nesse grupo de casos ele se dá na forma de um desvalor de resultado de perigo (espécie). Por ser o perigo uma categoria relacional, ele não pode ser visto como mera característica da ação e, muito menos, como na forma de uma simples desobediência – o que afasta também a possibilidade de fundamentação deste grupo de casos em modelos delitivos de mera desobediência, em crimes de infração de dever (*Pflichtdelikte*) ou em delitos de comportamento (*Verhaltensdelikte*). Desta forma, a indispensabilidade do injusto material não representa uma desconsideração do desvalor da ação e nem uma supervalorização do desvalor do resultado, mas implica no rechaço de concepções do injusto fundamentadas *apenas* no desvalor da ação, as quais, não raramente, atrelam-se a um direito penal de autor. Deste modo, o injusto material deve ser perspectivado numa postura unificadora destas duas desvalorizações como correta (leia-se legítima) apreensão do ilícito penal ambiental.

A jurisprudência relativa ao art.34, parágrafo único, inciso II, *in fine*, da Lei 9.605/98 considerou os elementos legitimadores do ilícito penal ambiental, reconhecendo a inexistência de crime na pesca com apetrechos proibidos sem qualquer ofensa ao bem jurídico:

“*Ementa: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Crime ambiental. Uso de apetrecho de pesca proibido. Conduta que não pressupôs mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado. Princípio da insignificância. Atipicidade material da conduta. 1. E de se reconhecer a atipicidade material da conduta de uso de apetrecho de pesca proibido se resta evidente a completa ausência de ofensividade, ao menos em tese, ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a fauna aquática. 2. Ordem concedida para trançar a ação penal por falta de justa causa.*”⁽⁶⁾

A análise da ofensividade provoca um necessário afastamento do mero desvalor da ação, agregando uma análise do potencial lesivo do resultado (injusto material), o que torna a ofensa elemento indispensável nos delitos ambientais ao promover o enlace entre a proteção de bens jurídicos e o desvalor do resultado da conduta.

Com o fito de manter-se dentro de uma órbita de identidade, ainda que mínima, o Direito Penal Ambiental deve se afastar daquelas propostas de duvidosa idoneidade penal, a exemplo dos *Kumulationsdelikte* (nos moldes propostos por **Kuhlen**), sendo indispensável conservar seus elementos de legitimidade: (i) a proteção de bens jurídicos

ambientais; (ii) a aplicação inescusável do princípio da ofensividade; e (iii) a vinculação ao injusto material. Acredita-se, desta forma, ter indicado, ao menos, alguns parâmetros do que não serve para um Direito Penal Ambiental no Estado Democrático de Direito.

NOTAS

- (1) **KUHLEN, Lothar.** *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB).* *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1986, p. 389-408.
- (2) Não se intenta aqui classificar os delitos de acumulação como um grupo autônomo em relação aos delitos

de lesão ou de perigo concreto. O intuito é apenas indicar as diferenças daqueles em relação à versão tradicional dos delitos de perigo abstrato (baseados na mera perigosidade sem ofensa ou como delitos de mera atividade, ambos sem arrimo na ofensividade, propostos em termos meramente formais). Os *Kumulationsdelikte* pertencem à categoria receptora dos delitos de perigo abstrato, destarte contêm suas especificidades.

- (3) **D'AVILA, Fabio Roberto.** *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico).* *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Editora Universidade de Coimbra, 2005, p. 391.
- (4) **FARIA COSTA, José de.** *O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreen-*

são dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 634.

- (5) **D'AVILA, Fabio Roberto.** *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.
- (6) STJ, HC 93.859-SP, 6ª T, rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, j. 13.08.2009, DJe 31.08.2009.

Matheus Almeida Caetano

Mestrando em Direito pela UFSC. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA). Bolsista CAPES-Brasil. Especialista em Ciências Penais pela UNISUL. Advogado e consultor jurídico.

APLICA-SE O ART. 366 DO CPP AOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS?

Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Jr.

Não encontrado o acusado para citação pessoal, a competência será declinada ao Juízo Comum. Esta regra, inserida pela Lei n. 9.099/95 (art. 66, parágrafo único) continua sendo aplicada até hoje. A pergunta que se faz é: qual o sentido da declinação de competência se o processo fica suspenso no juízo ordinário por força do art. 366 do CPP? Qual o fundamento jurídico-processual que legitima a criação de uma causa de modificação da competência – com evidente risco para a garantia do juiz natural – que tenha por fundamento exclusivamente a inatividade processual ficta (ou o não comparecimento) do réu?

Para chegar-se à resposta, é fundamental retroceder a 1995. A Lei 9.099 representou, na época, a maior alteração já feita no processo penal brasileiro desde a edição do Código de Processo Penal em 1941. Foi um marco, pois, rompendo com a estrutura tradicional de solução de conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente, através de suas medidas despenalizadoras e descaracterizadoras. Juntamente com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inseriu os institutos da composição dos danos civis, da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Outro ponto importante a ser recordado é que, naquela época, o processo contra o acusado citado por edital (e que não comparecia), transcorria normalmente “à revelia”. Era uma época em que as pessoas eram condenadas sem que sequer soubessem que tinham sido acusadas...

Mas isso mudou no ano seguinte, com o advento da Lei n. 9.271/96, que, alterando a redação do art. 366, inseriu a nova sistemática de suspensão do processo e da prescrição em face do acusado citado por edital. A Lei n. 11.719/08 deu nova redação ao dispositivo e manteve tanto a suspensão da prescrição como a do processo.

A conjugação do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 com o art. 366 do CPP acabou gerando a seguinte situação: quando o imputado não é encontrado para citação pessoal, isso é certificado e o juiz encaminha todas as peças

existentes ao juízo comum, no qual, então, é providenciada a citação por edital. Os problemas começam aqui.

Por que enviar o processo para o juízo comum se o acusado, citado por edital, pode comparecer? O ideal é que essa última tentativa de citação seja feita ainda no Juizado.

Sob outro aspecto, com a alteração do art. 366 do CPP, não há qualquer óbice a que a suspensão do processo e da prescrição se dê no âmbito do Juizado Especial Criminal e, caso o acusado apareça, o feito volte a tramitar no juízo natural, ou seja, no Juizado.

Logo, a justificativa para o deslocamento da competência se desfaz. Isto porque, quando da edição da Lei n. 9.099/95, entendia-se que os institutos da conciliação e da transação eram incompatíveis com o processo que transcorria em situação de não comparecimento (impropriamente chamada de revelia), bem como com os princípios informadores dos Juizados (art. 2º) e, por estes motivos, havia o deslocamento da competência, excepcionando o Juiz Natural. Essa exceção, embora justificável quando da elaboração da Lei n. 9.099/95, deixou de ter qualquer sentido quando no Juízo ordinário o processo também era suspenso após a citação editalícia.

Cabe destacar que a Lei n. 11.719/08 deu nova redação ao art. 394, § 5º, do CPP, determinando expressamente que se aplica subsidiariamente ao procedimento sumário as disposições do procedimento ordinário, dentre elas o novo regime da citação por edital.

Antes da suspensão da prescrição e do processo (anterior à nova redação do art. 366 do CPP), não encontrado o acusado para citação no regime dos Juizados Especiais, a competência era deslocada e o processo seguia adiante até a sentença. Desde 1996, o processo não segue adiante, mas apenas se realiza o ato burocrático da citação por edital com a suspensão do processo. Uma vez encontrado o acusado ou vindo este aos autos através de defensor, o Juízo Ordinário analisa a possibilidade de aplicação dos institutos dos Juizados Especiais (conciliação e

transação), seguindo o processo até a decisão.

Quando se desloca a competência, há uma subversão do Juiz Natural. Lembre-se que o Juiz Natural se fixa quando do cometimento da infração, e não há sentido, pois, na subversão do princípio quando não encontrado o acusado, dado que as razões sistemáticas para tal acontecer deixaram de existir. Dito de outra maneira: somente fazia sentido deslocar-se a competência quando o processo seguia adiante. Com o novo regime de suspensão da prescrição e do processo, os Juizados Especiais Criminais devem permanecer com a competência e aplicar o art. 366 do CPP, citando o acusado por edital.

Anote-se, também, que as repercussões são ainda maiores, uma vez que o regime recursal é diverso e, enquanto um acusado encontrado não pode interpor recurso especial, aquele que não foi encontrado poderá fazê-lo. Imagine-se uma situação de coautoria em que o processo é cindido em relação a um dos acusados. O primeiro não possui direito ao recurso ao STJ, contudo aquele que não foi encontrado e teve a competência deslocada poderá interpor uma gama maior de recursos, tratando-se diversamente os sujeitos em face da mesma infração.

Desta forma, a partir de uma leitura sistemática, não encontrado o acusado no processo sumaríssimo, esse deve ser citado por edital, aplicando-se a regra do art. 366 do CPP nos processos de competência dos Juizados Especiais, porque o parágrafo único do art. 66 da Lei 9.099/95 foi revogado implicitamente. Descabe, pois, declinar-se em favor do Juízo Comum.

Alexandre Moraes da Rosa

Doutor em Direito (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC. Juiz de Direito (TJSC).

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal (Univ. Complutense de Madrid). Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUC/RS. Advogado criminalista.

O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS DURANTE BUSCAS DOMICILIARES

Fábio Motta Lopes

No estudo das provas na esfera criminal, um dos aspectos que geram controvérsia, diante da ausência de regulamentação, diz respeito à licitude ou não da apreensão, em domicílio, de objeto ou documento que não esteja previamente especificado no mandado judicial. É, pois, o que se pretende analisar no presente artigo, perquirindo-se se pode ser admitida no processo penal a prova encontrada por policiais de maneira fortuita.

Antes de qualquer coisa, é necessário verificar se existe a necessidade de o juiz competente especificar ou não no mandado de busca e apreensão os objetos que deverão ser procurados. Para **Rogério Lauria Tucci**, por exemplo, a ordem de busca pode ser genérica, ou seja, sem a necessidade de a autoridade judicial explicitar o que deve ser procurado e apreendido, dada a impossibilidade de sempre se definir previamente o objeto da busca.⁽¹⁾

Entretanto, como regra, deve o magistrado especificar no mandado de busca e apreensão os objetos que deverão ser apreendidos.⁽²⁾ Conforme estabelece o art. 243, inciso II, do CPP, o juiz terá que mencionar o motivo e a finalidade da diligência, razão por que a ordem deverá precisar a coisa a ser procurada.⁽³⁾

Pode acontecer, porém, de o magistrado não apontar no mandado documento ou objeto que se relacione com a prática de infração penal e que tenha sido localizado de modo ocasional, durante as buscas, pela polícia judiciária. Surgirão, então, as seguintes dúvidas: os policiais, nessas circunstâncias, podem realizar a apreensão? Havendo a apreensão, a prova será lícita?

Preliminarmente, destaca-se que, caso os agentes estejam diante de um crime permanente, os tribunais entendem inexistir óbice para a apreensão dos objetos que não foram detalhados no mandado, e sequer haveria a necessidade de nova autorização judicial. Nessa hipótese, que caracteriza a situação de flagrância (art. 5º, XI, da CF e art. 303 do CPP), o próprio mandado de busca e apreensão se torna dispensável.⁽⁴⁾

Mas qual o caminho a ser seguido se os executores se depararem com papéis ou coisas que evidenciam crime que não seja permanente? O que devem fazer os policiais se, em cumprimento a mandado que determine a apreensão de armas de fogo usadas em roubos qualificados e do dinheiro subtraído, localizam aparelhos celulares na casa do investigado, sem que ele saiba dizer sequer o número das linhas e a origem dos objetos? Como devem agir os investigadores se não há, no momento da busca, a certeza de que os telefones são produtos dos crimes sob apuração?

Para **Guilherme de Souza Nucci**, se houver a descoberta de provas desvinculadas, a polí-

cia deve preservar o local, solicitando ao juiz competente autorização específica para apreensão do material encontrado casualmente.⁽⁵⁾ A sugestão apresentada pelo autor é uma das soluções adequadas para o caso, sendo lícita a prova se assim agir a polícia judiciária. Não obstante, na prática, esse procedimento nem sempre será ágil, o que pode restringir, com a permanência da polícia na casa, a privacidade do investigado por tempo exagerado, motivo pelo qual outra saída se apresenta como mais viável.

Sabidamente, nem sempre se sabe de antemão o que se vai encontrar em uma busca domiciliar, não podendo os policiais ignorar informações que interessem à Justiça⁽⁶⁾ e que foram localizadas no desenvolvimento de uma investigação formal e regular, exercida com controle e autorização judicial. E é neste ponto que reside um aspecto que é fundamental: a

restrição à vida privada e à intimidade, direitos fundamentais protegidos pela inviolabilidade de domicílio, já ocorre quando o juiz autoriza o ingresso na casa do investigado. Como explica **Eugênio Pacelli de Oliveira**, ao analisar o encontro casual em busca domiciliar, “*uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos*”.⁽⁷⁾ Com isso, não se vê impedimento legal para a apreensão, no exemplo citado, dos telefones celulares, independentemente de nova e específica permissão judicial.

Aliás, os nossos tribunais vêm adotando idêntico posicionamento quando esse encontro fortuito acontece em interceptações telefônicas, principalmente se existe conexão entre as provas localizadas e as circunstâncias que originaram as escutas das conversas. Assim, havendo autorização judicial para se interceptar, por exemplo, diálogos de traficantes, as gravações nas quais se constate que os monitorados também são responsáveis por outros crimes devem ser admitidas no processo, sobretudo se houver conexão entre os delitos, ainda que sejam punidos com pena de detenção.⁽⁸⁾ A propósito, o STF tem admitido a utilização dessa prova até mesmo em procedimentos administrativos por entender, em síntese, que a restrição ao direito fundamental da intimidade é feita de forma lícita e de que não se pode impedir o Estado, conhecedor do fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminoso, de aplicar

sanção administrativa na tutela de relevante interesse público e na restauração da integridade do ordenamento jurídico.⁽⁹⁾

Destarte, buscando-se a harmonia que sempre deve existir em um sistema jurídico, não haveria sentido em admitir como lícita a prova obtida fortuitamente durante interceptações telefônicas e considerar-se como ilícita a encontrada, nos mesmos moldes, no cumprimento de um mandado de busca e apreensão. De acordo com o STJ, não se pode desprezar, ainda que não especificados no mandado de busca e apreensão, “*objetos que, flagrantemente, são utilizados para o cometimento de outros crimes*”.⁽¹⁰⁾ Portanto, por se tratar de uma atividade lícita do Estado, amparada em decisão judicial que autoriza o ingresso em domicílio, é possível a apreensão de coisas localizadas pela polícia judi-

ciária ocasionalmente, até porque o CPP não estabelece um rol taxativo no art. 240. É assim que funciona, v.g., na Alemanha.⁽¹¹⁾

Todavia, uma ressalva deve ser feita. É necessário que exista relação entre aquilo que o magistrado determinou que se buscasse com as coisas que foram, de fato, encontradas.⁽¹²⁾ Do contrário, se a localização casual de objetos estiver dissociada do contexto que originou a busca, a prova deverá ser classificada como ilícita, sob pena de se admitir que a simples emissão de um mandado judicial autorizaria, como já decidiu o STF, uma ampla devassa no interior da residência, permitindo a apreensão de tudo que fosse encontrado pela frente.⁽¹³⁾

Cabe referir, outrossim, que outro argumento poderia ser lançado para considerar a prova lícita: a incidência da teoria da boa-fé (*good faith exception*), aplicável nos Estados Unidos como uma das exceções à ilicitude por derivação quando os policiais agem pensando que seguem o caminho da legalidade.⁽¹⁴⁾ Dessa maneira, partindo-se da premissa de que os agentes não podem arrecadar algo que não conste no mandado, aplicando-se a boa-fé, seria lícita eventual apreensão feita nessas circunstâncias, desde que a localização estivesse relacionada, ainda que minimamente, com o objeto da investigação criminal. Reconhecesse, contudo, que essa alegação, no Brasil, seria discutível, tendo em vista que a Lei 11.690/08, que reformou o CPP no âmbito das provas, não contemplou a boa-fé. Somente instituiu, com confusão terminológica, a fonte indepen-

Sabidamente, nem sempre se sabe de antemão o que se vai encontrar em uma busca domiciliar, não podendo os policiais ignorar informações que interessem à Justiça e que foram localizadas no desenvolvimento de uma investigação formal e regular, exercida com controle e autorização judicial.

dente e a descoberta inevitável (art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP).

Ressalte-se, por derradeiro, que o PLS 156/09 mantém a omissão legislativa com relação ao encontro fortuito de provas. No art. 262 do Projeto, apenas consta uma determinação genérica de que a polícia judiciária, caso descubra, através de interceptações telefônicas, crime diverso do objeto da investigação, deverá enviar a documentação pertinente ao Ministério Público para as “providências cabíveis”, sem especificá-las. Espera-se que essa questão, com as discussões do projeto na Câmara dos Deputados, seja, enfim, regulamentada.

NOTAS

- (1) **TUCCI, Rogério Lauria.** *A polícia civil e o Projeto de Código de Processo Penal*, in **MORAES, Bismar B.** (coord.). *A polícia à luz do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 117.
- (2) Nesse sentido: **BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy.** *Direito processual penal* – tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 277; **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137; **MISSAGGIA, Clademir.** *Da busca e apreensão no processo penal brasileiro*. Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n. 48, jul.-set. 2002, p. 236.
- (3) Essa exigência também consta no art. 234 do texto final do PLS 156/09, que visa instituir um novo Código de Processo Penal.
- (4) STF, HC 84.772/MG, rel. Min. **Ellen Gracie**, j. 19.10.2004, DJ 12.11.2004, p. 41; STJ, HC 109.966/BA, rel. Min. **Jorge Mussi**, j. 26.08.2010, DJe 04.10.2010; STJ, HC 131.018/SP, rel. Min. **Felix Fischer**, j. 19.08.2009, DJe 13.10.2009.
- (5) **NUCCI**, op. cit., p. 137.
- (6) TRF da 3ª Região, MS 247.735, Processo 2003.03.00.017120-6, rel. **Ramza Tartuce**, j. 21.05.2003.
- (7) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.** *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 323. Na mesma linha: **GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães.** *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 234-235; **SILVA, Eduardo Araujo da.** *Crime organizado: procedimento investigatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 122-123.
- (8) STF, Pleno, HC 83.515/RS, rel. Min. **Nelson Jobim**, j. 16.09.2004, DJ 04.03.2005, p. 11; STJ, RHC 13.274/RS, rel. Min. **Gilson Dipp**, j. 19.08.2003, DJ 29.09.2003, p. 276; STJ, HC 33.462/DF, rel. Min. **Laurita Vaz**, j. 27.09.2005, DJ 07.11.2005, p. 316; STJ, HC 33.553/CE, rel. Min. **Laurita Vaz**, j. 17.03.2005, DJ 11.04.2005, p. 338; TRF da 4ª Região, HC 2002.04.01.007778-6/RS, rel. Des. Fed. **Vladimir Passos de Freitas**, j. 04.06.2002, DJ 19.06.2002, p. 1.214; **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.
- (9) STF, Inquérito 2.424 QO/RJ, rel. Min. **Cezar Peluso**, j. 25.04.2007, DJe 24.08.2007.
- (10) STJ, HC 151.530/PB, rel. Min. **Laurita Vaz**, j. 18.05.2010, DJe 14.06.2010.
- (11) **NICOLITT, André.** *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 453-454.
- (12) **OLIVEIRA**, op. cit., p. 322.
- (13) STJ, HC 95.009/SP, rel. Min. **Eros Grau**, j. 06.08.2008, DJe 19.12.2008.
- (14) **GIACOMOLLI, Nereu José.** *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39. Nos Estados Unidos, a boa-fé foi admitida pela Suprema Corte em dois casos. No primeiro deles (*U.S. v. Leon*, 1984), em razão da confiança que a polícia teve na decisão judicial que autorizou uma busca domiciliar, considerou-se lícita a apreensão baseada em mandado de busca e apreensão expedido por juiz neutro e imparcial, mesmo que se tenha verificado, posteriormente, que não estava fundado na *probable causae*. No outro (*Ill v. Krull*, 1987), reconheceu-se como lícita a prova lastreada em busca concedida com base em lei estadual que foi, adiante, declarada inconstitucional. A respeito do assunto, cf. **FEITOZA, Denilson.** *Direito processual penal – Teoria, crítica e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 696-697.

Fábio Motta Lopes

Mestre em Direito.

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Professor de Direito Penal da UNISINOS.

Professor de Direito Processual Penal nas especializações da UNISINOS e da Fundação do Ministério Público/RS. Delegado de Polícia.

PARTICIPE

POR ACREDITAR

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – Porto Alegre/RS

Local: PUCRS

Data: 06 a 08 de abril de 2011

Realização: Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS

Inscrições e informações: www.pucrs.br/eventos/cienciascriminais

Programação completa no **Portal IBCCRIM**.

CIÊNCIAS CRIMINAIS EM FOCO

Seminário Regional do IBCCRIM em Sergipe

Data: 05 e 06 de maio de 2011

Local: Teatro Tobias Barreto – Aracaju/SE

Informações: (79) 3211-3273

Inscrição on-line: www.seminarioibccrimsergipe.com.br

Consulte programação completa, valores e preços promocionais para associados ao **IBCCRIM** no site www.seminarioibccrimsergipe.com.br.

III CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DE “DIREITOS FUNDAMENTAIS” REALIZADO EM PARCERIA COM A FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O **IBCCRIM** e o Instituto de Direito Internacional e da Cooperação com os Estados e Comunidades Lusófonas “Ius Gentium Conimbrigae” – IGC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, reunirão professores brasileiros e portugueses para realizar a terceira edição do curso de atualização em Direitos Fundamentais.

O curso acontecerá entre os dias 02 de junho e 30 de julho de 2011 em São Paulo.

Informações e inscrições a partir de março no **Portal IBCCRIM**.

DA RESPONSABILIDADE PENAL DO FARMACÊUTICO NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Anderson Pires Giampaoli

O raciocínio aparenta ser simples, entretanto, muitos magistrados, promotores de justiça, advogados e autoridades policiais têm demonstrado o desconhecimento na matéria relativa ao tráfico de drogas, na modalidade de fabricação e dispensação de medicamentos sujeitos a controle especial pelo órgão sanitário federal, vale dizer, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia criada por intermédio da Lei federal n. 9.782, de 26 de janeiro do ano de 1999.

Desde o início do curso de formação, ensinam os mestres que a conduta daquele que vende ou expõe à venda droga (a Lei anterior, qual seja, n. 6.368/76, fazia menção à substância entorpecente), tal como ocorre com a cocaína, tecnicamente conhecida como *éster metílico da benzoilecgonina*, ou a maconha, outrossim, identificada por *Cannabis sativa* L., o fazendo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, se enquadra perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei federal n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, sendo do conhecimento daqueles que labutam na seara penal que o referido dispositivo legal, consoante o disposto nos arts. 1º, parágrafo único, e 66 do mesmo ato normativo, depende de complementação, vale dizer, está-se diante de norma manifestamente em branco.

Inicialmente, dispõe o parágrafo único do art. 1º: “*Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*”.

Diz o art. 66 que, “*para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998*”.

Nessa esteira de raciocínio, o ato normativo que define o que venha a ser droga, na atualidade, é a Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio do ano de 1998, a qual vem sendo atualizada desde então.

Dessa forma, das duas substâncias acima referidas, quais sejam, *éster metílico da benzoilecgonina* e *Cannabis sativa* L., respectivamente, a primeira encontra-se inserida na lista F da Portaria 344/98, sendo considerada, portanto, de uso proscrito no Brasil, enquanto a segunda está inclusa na lista E do ato complementar, vale dizer,

trata-se de uma planta da qual a substância entorpecente ou psicotrópica é produzida.

É certo, ademais, que muitas das substâncias encontradas nas listas da referida Portaria, consoante o entendimento do órgão que a complementa (o qual considera, dentre outros fatores, o risco da utilização da droga, os seus efeitos adversos e a sua eficácia no tratamento de doenças), têm a sua produção e comercialização autorizada, entretanto, com restrições, tais como as que serão mencionadas abaixo.

Pois bem, voltando à questão colocada no início deste artigo, a indagação a ser feita recai sobre o seguinte ponto: medicamento é droga? Para responder a tal pergunta, tome-se como exemplo uma substância muito conhecida, qual seja, a anfepramona, um anorexígeno muito usado em tratamentos para emagrecimento, eis que inibe o apetite.

Tal substância encontra-se inserida na lista B2 (lista das substâncias psicotrópicas anorexígenas, todas sujeitas à notificação de receita) do anexo da Portaria SVS/MS 344/98, portanto, deve ser tratada como droga, sujeita, assim, a controle específico.

Ora, em sendo utilizada para a formulação de um produto farmacêutico tornar-se-á um medicamento e, em razão da substância química que o compõe, passível de rígida fiscalização.

Medicamento, de acordo com o art. 4º, inciso II, da Lei federal n. 5.991, de 17 de dezembro do ano de 1973, é todo “*produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico*”.

Prosseguindo no raciocínio, para que uma indústria farmacêutica produza, ou para que uma distribuidora de medicamentos comercialize, ou, ainda, para que uma farmácia, de manipulação ou não, prepare, exponha à venda ou venda o medicamento que contenha a anfepramona, à luz do disposto no art. 2º da Portaria 344/98, necessário se faz que o ente cumpra uma série de requisitos, destacando-se a necessidade de uma autorização especial de funcionamento, a ser concedida pela Agência Nacional de Vigila-

lância Sanitária, ou, dependendo da espécie de atividade, a exigência de uma licença de funcionamento junto ao órgão sanitário municipal, que deverá especificar o ofício de dispensação de remédio sujeito a controle diferenciado.

No mais, necessário se faz que o ente moral promova a abertura de um livro específico de controle de entrada e saída do produto, o qual permite que a autarquia federal monitore o fabrico e a dispensação não apenas do medicamento em discussão, bem como de todos os produtos sujeitos a controle especial e listados no ato normativo infralegal já referido.

Ora, se, a título de exemplo, um farmacêutico, que, consoante o disposto no art. 15 da Lei federal n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, é a pessoa responsável por toda

a assistência conferida no estabelecimento onde exerce o seu labor, entrega, de forma gratuita ou não, uma caixa de um medicamento que contenha a anfepramona, o fazendo sem deter a licença específica exigida pela legislação sanitária vigente e acima indicada, incorre, *ab initio*, nas penas do delito capitulado no art. 33, *caput*, da Lei federal n. 11.343/06, infração essa, conforme o art. 5º, inciso XLIII, da Carta Republicana e o art. 2º da Lei federal n. 8.072/90, equiparada a delito hediondo.

Isso porque, consoante o pensamento defendido neste escrito, em não havendo a autorização específica ou a licença municipal, a venda do referido medicamento estará em desacordo com a determinação legal ou regulamentar vigente no País.

Pois bem, com a edição, em São Paulo, do Decreto estadual n. 54.359, de 20 de maio do ano de 2009, a Polícia Civil passou a contar com um Departamento de Polícia Especializado, intitulado Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, sendo criada, dentre outras unidades, uma congênere voltada à prevenção e à repressão de delitos contra a saúde pública, sobretudo aqueles cujo objeto material da conduta delituosa venha a ser o medicamento.

Desde então, o que se vem observando na rotina do trabalho da polícia judiciária

Medicamento,
de acordo com
o art. 4º, inciso II,
da Lei federal
n. 5.991, de 17
de dezembro
do ano de 1973,
é todo “produto
farmacêutico,
tecnicamente
obtido ou elaborado,
com finalidade
profilática, curativa,
paliativa ou
para fins de
diagnóstico”.

é o aumento do número de farmacêuticos e técnicos responsáveis por distribuidoras e indústrias do setor cuja conduta se enquadra perfeitamente no tipo penal supramencionado.

No primeiro caso, as condutas que se destacam são o oferecimento, a venda ou a manutenção em depósito, para fins de comércio, do medicamento tido como droga, enquanto que, na segunda conjuntura, os verbos que se sobressaem são o produzir e o fabricar, tudo, conforme delineado acima, em desacordo com a determinação legal.

Outra prática notada, outrossim, penalmente relevante, é o preparo, por parte de farmacêuticos e representantes de estabelecimentos de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, comumente conhecidas por farmácias de manipulação, de medicamentos sujeitos ao controle da Portaria 344/98, tal como ocorre com a substância conhecida por sibutramina, princípio ativo do cloridrato de sibutramina, também utilizada no tratamento de obesidade e inserta na lista C1

da norma complementar, sujeita, assim, a receita de controle especial em duas vias.

Pois bem, em alguns casos observados, tal como mencionado anteriormente, os estabelecimentos não detêm a autorização exigida por lei, portanto, consoante o raciocínio delineado, preparam e, posteriormente, vendem a droga, o fazendo em desacordo com a determinação legal vigente. Por outro lado, há inúmeras outras farmácias de manipulação devidamente credenciadas que, por intermédio do seu técnico responsável ou representante legal, promovem o preparo e a posterior venda, sem, entretanto, exigir, do consumidor, o receituário médico que prescreveu a droga.

Ora, nesta última hipótese, em havendo, por parte do ato infralegal, a exigência de receita de controle especial em duas vias, aquele que não o observa, em o fazendo de forma dolosa, incorre, outrossim, na prática do delito ora em discussão, vale dizer, tráfico de drogas. Já aquele que adquire, para fins de consumo pessoal (no exemplo citado,

o consumidor que deseja perder peso), o mencionado medicamento, perpetra a infração penal capitulada no art. 28 da Lei n. 11.343/06, ou seja, é tratado como usuário de droga.

Eis, assim, algumas considerações teóricas e práticas a respeito da responsabilidade penal do farmacêutico no delito de tráfico de drogas, ressaltando que tal obrigação se estende a todos aqueles que fabricam, fornecem, transportam e vendem os medicamentos sujeitos a controle especial, o que implica afirmar que o regramento deve ser respeitado pelas indústrias farmacêuticas, distribuidoras e transportadoras de produtos farmacêuticos, além de farmácias, sejam elas de manipulação ou não.

Anderson Pires Giampaoli

Especialista em Direito Constitucional
pela Escola Superior de Direito Constitucional.
Professor de Direito Constitucional.
Analista criminal.
Delegado de Polícia em São Paulo.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE A PROBLEMÁTICA ACERCA DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA DA LAVAGEM DE CAPITAIS

Felipe Faoro Bertoni

O presente artigo possui como escopo realizar uma breve análise a respeito do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s)⁽¹⁾ pela Lei n. 9.613/98.⁽²⁾ Primeiramente, antes de adentrar de forma específica na problemática tocante ao bem jurídico tutelado pela citada norma, cumpre tecer breves considerações acerca do próprio conceito de bem jurídico.

Nesse sentido, impende registrar algumas ideias centrais que contribuam para o desenvolvimento da discussão. **Liszt**⁽³⁾ definia bem jurídico como um valor preestabelecido, de vital relevância, variável de acordo com aspectos determinados de cada sociedade.

Aprofundando a discussão, **Pierangeli** e **Zaffaroni** emprestam à definição de bem jurídico o sentido de relação de disponibilidade. Conceituam: “*Bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam*”.⁽⁴⁾ Segundo os autores, o que é tutelado pela norma penal, por exemplo, não é a propriedade, mas sim o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais.

Em suma, é necessário que se tenha em mente, para compreensão do que será exposto a seguir, que a existência da norma penal refere-se sempre à proteção de valores

essenciais à manutenção da ordem social, depreendidos do contexto histórico no qual a sociedade está inserta.

Acerca da lavagem de capitais, não há consenso na doutrina quanto ao bem ou bens jurídicos aos quais a norma, em tese, ofereceria proteção.

Mesmo com o delito possuindo estrutura essencialmente similar em diversos ordenamentos jurídicos, é curioso analisar a volubilidade do discurso no que tange à esfera de sua proteção.

No direito suíço,⁽⁵⁾ a doutrina majoritária entende que a tutela prestada pelo tipo penal recai sobre a administração da justiça, tendo em vista que o objetivo do delito é ludibriar a ação estatal.

Na Alemanha, ao contrário da Suíça, a doutrina demonstra bastante divergência sobre o assunto. Existem registros de posicionamentos que defendem: a) o mesmo bem jurídico tutelado pelo delito antecedente; b) a administração da justiça, corrente defendida por grande

parte da doutrina alemã, influenciada pelas ideias suíças; c) a luta contra a criminalidade organizada, no sentido de objetivar o desmantelamento de estruturas criminosas atuantes na macrocriminalidade econômica, cujo crescimento e avanço formal acarretariam extrema potencialidade lesiva à sociedade; d) a ordem econômica, pois a circulação de dinheiro lavado na economia formal pode acarretar diversos prejuízos às instituições sociais.

A doutrina italiana é preponderante em reconhecer como objeto jurídico da norma penal a administração da justiça.

Por fim, no direito espanhol,⁽⁶⁾ tal qual ocorre no direito alemão, não existe consenso. Alguns acreditam ser desígnio da norma a mesma tutela ofertada ao delito anterior, outros consideram a administração da justiça, assim como outros entendem que ambos os valores sejam objetos de tutela. Ainda, parte da doutrina defende

Em suma, é necessário que se tenha em mente, para compreensão do que será exposto a seguir, que a existência da norma penal refere-se sempre à proteção de valores essenciais da ordem social, depreendidos do contexto histórico no qual a sociedade está inserta.

que há proteção ao princípio da livre concorrência ou à circulação de bens no mercado.

No cenário nacional, a situação é a mesma. Existem diversas segmentações doutrinárias com pontos de vistas distintos e de grande expressão.

Parte da doutrina se posiciona no sentido de que a norma possui autonomia e o bem destinatário de sua proteção é específico, podendo ser a administração da justiça ou a ordem socioeconômica.

Por outro lado, há posicionamento no sentido de que o delito pode ser classificado como dotado de pluriofensividade, ou seja, seu cometimento afronta, ao mesmo tempo, mais de um bem jurídico penalmente relevante.

Nesse sentido, **Márcia Monassi Mougenot Bonfim** e **Edílson Mougenot Bonfim**⁽⁷⁾ filiam-se à corrente que considera a pluriofensividade do delito, atestando que a norma da lavagem de dinheiro tutela de uma só forma a administração da justiça e os sistemas financeiro e econômico do país. Entendem que a inserção de dinheiro sujo na ordem econômica oficial trata-se de uma afronta à livre concorrência e acaba por desestabilizar e subverter as regras do mercado. Da mesma forma, **Marco Antônio de Barros**⁽⁸⁾ também considera a lavagem de dinheiro um delito multifacetado, entretanto, para o autor, o delito não oferece afronta direta à administração da justiça, mas possui como bens jurídicos tutelados a estabilidade e a credibilidade dos sistemas econômico e financeiro do país.

Rodolfo Tigre Maia⁽⁹⁾ adota o posicionamento de que a tutela penal é prestada exclusivamente à administração da justiça, vez que a prática do ilícito possui o condão de ludibriar a ação estatal acerca da proveniência dos bens, identidade dos criminosos, persecução penal e demais fatores relativos ao fato delituoso, o que acaba por atingir o sistema judiciário como instituição.

André Luis Callegari,⁽¹⁰⁾ **Cesar Antônio da Silva**,⁽¹¹⁾ **Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo**⁽¹²⁾ e **William Terra de Oliveira**,⁽¹³⁾ por outro lado, acreditam que a finalidade precípua da norma é proteger a ordem socioeconômica do país.

Ainda, **Carla Veríssimo de Carli**⁽¹⁴⁾ aponta a lesividade social da conduta delituosa como justificativa da incriminação. Segundo a autora, esta lesividade pode ser consubstanciada em quatro principais aspectos. São eles: a) distorções econômicas; b) risco à integri-

dade e à reputação do sistema financeiro; c) redução dos recursos governamentais; d) repercussões socioeconômicas.

A autora explica que diversas (a) distorções econômicas podem ocorrer em virtude da prática do delito, pois a participação dos criminosos no setor da economia privada acabaria por subverter a lógica mercantil, tendo em vista que suas atitudes empresariais não seriam pautadas pelas leis comuns do mercado, mas sim objetivariam fundir o capital lícito com o ilícito. Esta prática proporciona grande concorrência desleal aos comerciantes que agem em conformidade com os ditames legais.

Ademais, (b) o risco à integridade e à reputação do sistema financeiro seria levado a efeito quando, por exemplo, viesse a público o fato de que alguma instituição financeira de expressiva representatividade dentro do país estivesse envolvida com operações atinentes à lavagem de dinheiro. Tal fato geraria diversas consequências: imposição de penalidades, multas, inabilitação temporária, dentre outras, de modo que, direta ou indiretamente, o sistema financeiro seria atingido.

Nesse compasso, segundo a autora, o delito provoca (c) a diminuição dos recursos governamentais, pois as operações financeiras inerentes aos crimes contra o Sistema Financeiro, em sua grande maioria, ocorrem à marginalidade da economia formal, o que diminui a receita tributária.

Referente (d) às repercussões socioeconômicas, explica a autora que a sensação de impunidade proporcionada pela falta de efetividade do sistema penal incentiva a atuação de organizações criminosas.

Destarte, levando em conta todas as considerações acima tecidas, assim como a extrema complexidade do tema, considera-se que o bem jurídico que mais se adequa à proteção prestada pela norma penal é a ordem socioeconômica do país, eis que a movimentação financeira ocorrida à margem dos aparatos estatais oficiais pode ocasionar, sem dúvidas, consequências previsíveis e imprevisíveis ao correto andamento e planejamento econômico e financeiro.

Por fim, importante ressaltar que, não obstante às considerações doutrinárias acerca da ofensividade do delito, não se pode cair no lugar comum – típico dos regimes autoritários – de conflagrar e dar azo a políticas repressivas exacerbadas que promovem a repressão ao delito em verdadeiro espetáculo

mediático de “guerra” à criminalidade. A razoabilidade e o respeito aos princípios e garantias fundamentais devem sempre se sobrepor a qualquer arbitrariedade, sob pena de afronta direta aos sustentáculos basilares do Estado Democrático de Direito.

NOTAS

- (1) Admitindo, apenas para a presente análise, a finalidade do Direito Penal de tutelar bens jurídicos. Em sentido contrário, adota-se posicionamento defendido por: **CANTERJI, Rafael Braude**. *Política criminal e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75 e seguintes.
- (2) Para melhor compreensão acerca do tema, indicamos as seguintes leituras: **PRADO, Luiz Régis**. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; **CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José** (orgs.); **ROXIN, Claus**. *Proteção de bens jurídicos como função do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; e **BATISTA, Nilo**. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- (3) **LISZT, Franz Von**. *Tratado de direito penal alemão*. Traduzido por **José Hygina Duarte**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.
- (4) **ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique**. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 399.
- (5) **CORDERO, Isidoro Blanco**. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. [s.l.]. Arazandi, 2002, p. 183-185.
- (6) Idem, p. 193-196.
- (7) **BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot**. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.
- (8) **BARROS, Marco Antônio de**. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53-56.
- (9) **MAIA, Rodolfo Tigre**. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.
- (10) **CALLEGARI, André Luis**. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 85.
- (11) **SILVA, Cesar Antonio da**. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38-39.
- (12) **PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes**. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.
- (13) **CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio**. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 321-323.
- (14) **CARLI, Carla Veríssimo**. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 105-107.

Felipe Faoro Bertoni

Acadêmico de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

Você, que não concordou com o ponto de vista exposto no **Boletim**, por que não escreve, fundamentando sua divergência? Para propiciar espaço aos outros colaboradores, sintetize sua participação em 6.700 toques, em trabalho inédito.

Faça como eles. Participe por acreditar.

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

de 23 a 26.08.11 no Hotel Tivoli São Paulo Mofarrej

... escritórios apoiadores ...

Almeida Castro Advogados Associados • Bitencourt & Naves Advogados Associados • Clodomir Araujo Advogados Associados • Coelho, Costa, Alves e Zaclis Advogados • Dias e Carvalho Filho Advogados • Gamil Föppel Advogados Associados • Joyce Roysen Advogados • Law & Liberatore Advogados • Márcio Thomaz Bastos Advogados • Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados • Moraes Advogados Associados • Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados • Oliveira Campos Advogados • Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados • Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal • Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados • Silvio & Gustavo Teixeira Advogados Associados • Siqueira Castro Advogados • Tofic e Fingermann Advogados • Toron, Torihara e Szafir Advogados • Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados • Zenkner Schmidt, Poeta & Feldens Advogados Associados

saiba como apoiar o evento

(11) 3111-1040 ramal 175 . Seção de Comunicação

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ PARANÁ

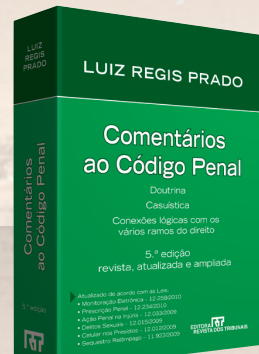
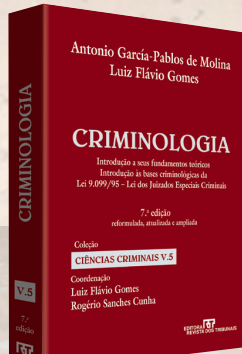
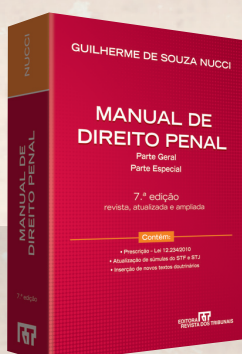
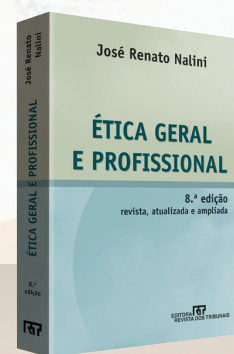
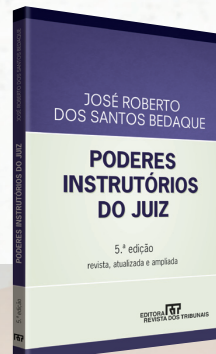
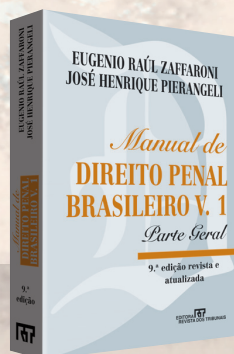
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ SÃO PAULO

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

LANÇAMENTOS

*Aproveite!
Volta às Aulas 2011
na Livraria RT!
Pagamento em
até 10x sem juros.***



**livraria
RT**

Siga-nos



EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

www.rt.com.br
0800 702 2433

*Campanha válida até 31/03/2011. **Parcela mínima de R\$ 50,00 nos cartões Amex, Mastercard, Visa e Diners.