

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

JULGAMENTOS VIRTUAIS NO TJSP: UM DESAFIO NÃO SÓ PARA OS ADVOGADOS

Como uma bomba que cai do céu. Foi deste modo que muitos receberam a Resolução 548/11 do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual instituiu os denominados julgamentos virtuais. A critério da turma julgadora, agravos internos ou regimentais e embargos de declaração poderão ser julgados virtualmente. Caberá ao relator determinar a prévia ciência das partes pela imprensa oficial “para o fim de preparo de memoriais ou eventual oposição em cinco dias, à forma de julgamento, bastando a de qualquer delas, sem necessidade de motivação, para impedi-la”.

A Resolução, porém, foi mais longe: admite a possibilidade de apelações, mandados de segurança e *habeas corpus* também serem julgados de maneira virtual, desde que, para eventual oposição ou sustentação oral, seja concedido o prazo de dez dias às partes.

Há ao menos duas questões que merecem ser destacadas. A primeira diz respeito à cautela com que se procura introduzir a inovação. Qualquer *veto* das partes — sim, é disso que se trata, porque oposição sem fundamentação é veto — impede o julgamento virtual. Isso já revela que se trata de um experimento. Portanto, parte-se do princípio que a aceitação dos envolvidos domina a aplicação da virtualidade, o que revela o caráter democrático da proposta.

A segunda questão atina com a validade da realização dos julgamentos virtuais. Em recente discussão que a *Folha de S. Paulo* propiciou, na prestigiada seção “Tendências e Debates”, de 22.10.2011, o Presidente do Conselho Federal da OAB, Ophir Cavalcanti, manifestou-se contrariamente à proposta, afirmando que “o problema é estrutural e não virtual”. Partindo da premissa de que a Resolução em questão escamoteia as deficiências estruturais e crônicas do Judiciário, passou a criticar abstratamente seus “hábitos” e sua “estrutura”. Por outro lado, o Desembargador Renato Nalini, do TJSP, defendendo o novo método de realizar julgamentos, começou com um desafio: só pode ser contra a Resolução “quem não conhece — ou não interessa conhecer — como são decididas as causas” (“deixem a justiça evoluir”).

Os atores da cena forense parecem não se ouvir. Sim, a Justiça tem problemas estruturais, mas a inovadora proposta não os escamoteia e, tampouco, os perpetua. Joga a favor da celeridade e, por pa-

radoxal que seja, favorece também a qualidade das discussões públicas nos casos em que os profissionais atuantes (advogados, membros do Ministério Público e desembargadores) assim o exigirem. De fato, com

O que não se pode admitir é que o tempo da sessão pública seja tomado por julgamentos que, na verdade, só na aparência são colegiados. (...) Não é incomum, nas justiças estadual e federal, presenciarmos julgamentos em bloco (...).

o desafio da pauta de julgamentos, será possível discutir, com mais tempo e mais aprofundadamente, as questões de maior relevo e nas quais há dissenso. O que não se pode admitir é que o tempo da sessão pública seja tomado por julgamentos que, na verdade, só na aparência são colegiados. Hoje, os julgamentos de agravos processam-se mecanicamente e podem funcionar muito bem no ambiente virtual. Não é incomum, nas justiças estadual e federal, presenciarmos julgamentos em bloco, por exemplo: do número 7 ao 32 da pauta, “estou negando provimento”, diz o relator; ao que o presidente responde: “é o resultado que se proclama”. Não é para isso que os juízes se devem reunir em sessões públicas. Estas devem ser reservadas para os casos que reclamem discussões

e nas quais as partes queiram intervir com suas sustentações orais e eventuais questões de ordem, aliás, tão importantes para evitarem-se erros judiciais.

É preciso ter claro que a inovadora proposta do TJSP pode, *sim*, representar um avanço, porque, no caso, salvo o desinteresse da parte, não atinge compulsoriamente os processos nos quais caiba a defesa oral. Assim, sem prejuízo para a defesa dos litigantes, a Justiça porá à prova um método que representa a consagração de algo que já ocorre na prática com a prévia troca de votos. Se funcionar bem, a experiência poderá ser ampliada, sempre respeitando o sagrado direito constitucional à ampla defesa.

Por fim, uma palavra sobre a publicidade dos julgamentos. Decisões monocráticas ganham vida quando publicadas. Hoje, quando, no Tribunal, um punhado de casos é decidido em bloco, só se terá efetivo conhecimento do conteúdo das decisões com a publicação. No julgamento virtual, valerá a mesma coisa. Dessa forma, se, amanhã ou depois, ações penais originárias também forem julgadas no ambiente virtual, terá que mudar o entendimento de que o marco interruptivo da prescrição é o do dia em que se finalizou o próprio julgamento e não o da publicação do acórdão, pois, naquela data, a decisão tornou-se pública (RTJ, 87/828; RSTJ 30/104). No julgamento virtual, a publicidade dar-se-á com a publicação no Diário Oficial.

EDITORIAL

- JULGAMENTOS VIRTUAIS NO TJSP:
UM DESAFIO NÃO SÓ PARA OS
ADVOGADOS 1
- O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE
Juarez Tavares 2
- AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E A
POSTURA DO JUIZ À LUZ DO ART. 212
DO CPP
Aury Lopes Jr. 3
- O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E
COISAS COMO UM MEIO DE PROVA
IRREPETÍVEL E URGENTE. NECESSIDADE
DE REALIZAÇÃO ANTECIPADA
Mariângela Tomé Lopes 6
- DOLO E GESTÃO TEMERÁRIA (ART. 4º,
PARÁGRAFO ÚNICO, LEI 7.492/86)
Luís Greco 7
- O STF E O HOMICÍDIO CULPOSO NO
TRÂNSITO: O DIREITO PENAL AINDA
É A “INSUPERÁVEL BARREIRA”
DA POLÍTICA CRIMINAL!
Gisele Mendes de Carvalho 9
- LEI MARIA DA PENHA EM
FAVOR DO HOMEM
Iara Boldrini Sandes 10
- LOMBROSO ENTRE NÓS: A
PERSISTÊNCIA DA PERSONALIDADE
COMO CRITÉRIO DE AUMENTO DE
PENAL NO DIREITO BRASILEIRO
Marcel Soares de Souza 12
- PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO
MANIFESTAR-SE SOBRE A
RESPOSTA À ACUSAÇÃO ANTES DE O
JUIZ A APRECIAR?
Luiz Guilherme Rorato Decaro 13
- A PRISÃO PREVENTIVA PARA A
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA
NA LEI 12.403/11
Gabriel Bertin de Almeida 14
- RELEITURA DO CRIME PREVISTO NO
ART. 89 DA LEI DE LICITAÇÕES
Rodrigo Gomes Monteiro 16
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE
EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO
RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO
DO PRETENSO OBJETIVO PUNITIVO: O
DESVELAMENTO DO LIMITADO PODER
DO CONTROLE PENAL
Vinicius Gomes de Vasconcellos 18
- DESCASOS
OS TRÊS P'S... E MAIS ALGUNS
Alexandra Lebelson Szafir 19
- CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
- O DIREITO POR QUEM O FAZ 1513
- JURISPRUDÊNCIA ANOTADA
- Supremo Tribunal Federal 1516
 - Superior Tribunal de Justiça 1517
 - Tribunal Regional Federal 1518
 - Tribunal de Justiça 1519

O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

Juarez Tavares

Quando falamos de “reprovação” no âmbito do Direito e, especificamente, do Direito Penal, a questão que se coloca diz respeito à possibilidade ou não de se estabelecer uma base sólida para se imputar a alguém determinado fato e se, ainda, isso é suficiente para legitimar todo o aparato punitivo do Estado. Tendo em vista as controvérsias que se vão criando em torno da relação entre Estado Democrático de Direito e poder punitivo, a doutrina tem caminhado entre duas perspectivas: elaborar um modo de justificar, a todo custo, um sistema de punição existente, apenas sob argumentos morais ou extrajurídicos, ou buscar os fundamentos científicos ou racionais de imposição de responsabilidade. A primeira perspectiva corresponde aos juristas de plantão, dos quais se vale o Estado para expressar o aspecto manifesto e ocultar o sentido latente de suas disposições punitivas. Quando se faz uma opção pela segunda perspectiva, que parece fugir da justificação argumentativa de sentido moral, poder-se-ia pensar, à primeira vista, que uma assertiva dessa ordem seria mais uma repetição incessante de um inconformismo diante do poder ou até mesmo a consequência de um sentimento de angústia pessoal. A busca de uma racionalização objetiva da responsabilidade é própria, porém, da argumentação jurídica, que quer dar ao Estado o fundamento científico para sua imposição. Com outras palavras, sob esse argumento desenvolve-se a necessidade de promover-se uma análise neutra e científica de todo arcabouço da estrutura da culpabilidade, como elemento indeclinável do fato punível. Apesar de haver uma desproporção entre o sentimento moral e a argumentação racional, devemos observar que a invocação da ciência ou da razão, como fundamento de qualquer formulação jurídica, não deve ser sentida como isenta de defeitos. Na verdade, a questão científica não é uma questão definitiva. Analisando, por exemplo, os problemas inerentes ao método científico, o filósofo **Paul Feyerabend**, um dos mais conceituados intelectuais do século XX, ressalta o seguinte: “*A ciência não é sacrossanta. O mero fato de que existe, é admirada e tem resultados não é suficiente para fazer dela uma medida de excelência*”.⁽¹⁾ Justamente em face dessa observação e das indagações que se seguem, que põem em dúvida a excelência do método manejado pelas ciências em geral, inclusive, pela ciência jurídica, é que se deve também verificar se todos esses argumentos em torno do processo de repressão e da determinação de responsabilidade não devam passar pelo crivo de uma análise crítica, que ponha à mostra seu lado oculto, dissimulado pelo uso de hermenêutica e técnicas de persuasão comunicativa. Quando, por exemplo, verificamos o teor das campanhas contra a degradação ambiental e o surto

dos políticos em torno do combate às drogas, podemos recordar que a grande degradação foi produzida pelo processo de industrialização e continua a sê-lo, nas cidades e no campo, e que a esquizofrenia das drogas não passa mesmo de um modelo repressivo da chamada civilização cristã ocidental, sedimentado em interesses maiores do que um simples enunciado moral. O próprio **Levy-Strauss** lembra-nos como a civilização provoca a degradação das áreas desérticas, anteriormente habitadas por povos autóctones, que chamamos de selvagens, e **Sebastian Scheerer** mostra-nos como se manifestam os interesses industriais da Convenção de Haia de 1912, que disciplina a proibição do ópio e da cocaína, e como isso se transforma em problema ético.⁽²⁾ Ao analisar a instituição da repressão e de seus fundamentos no Direito, será relevante partir de uma observação de **Wolfgang Kersting** de que a responsabilidade moderna, pela exclusão de sua base causal, é agora “(...) *produto de uma construção*”.⁽³⁾ Em face disso, o que se observa é que o conceito de responsabilidade aflora quando são postas em questionamento as vinculações normativas do comportamento, quando não bastam as constatações causais, mas sim aquilo que está invisível: os interesses que animam a produção legislativa. Portanto, o princípio da responsabilidade não é simplesmente uma expressão de regras morais ou jurídicas, claras e determinadas, nem um indício de correção ou confiabilidade, senão um sintoma da desordem normativa que se instala na sociedade contemporânea. Mas, como predica **Heidbrink**, a desordem precisa também ser legitimada.⁽⁴⁾ O princípio da responsabilidade é, assim, uma reação legitimadora do poder e não a consequência da produção de efeitos indesejáveis de comportamento do sujeito. Se passarmos os olhos pela evolução do conceito de responsabilidade, podemos sentir como se processa essa reação legitimadora. No Direito romano, a responsabilidade decorre de um processo de explicação. O autor do fato não era responsável porque o havia praticado, mas porque deveria justificá-lo diante do pretor. Mesmo no empirismo, há uma dicotomia entre o fato e a responsabilidade. **Hume** sempre distinguiu entre a causalidade e a responsabilidade pelo cometimento do fato.⁽⁵⁾ **Kant** igualmente procedeu à distinção entre a responsabilidade como atribuição causal e a responsabilidade como juízo de atribuição jurídica.⁽⁶⁾ **Hegel**, por seu turno, partiu de uma responsabilidade

pela manifestação da vontade: responsável é apenas quem atua com consciência e vontade de produzir o resultado.⁽⁷⁾ Já **Habermas** pretende regular a responsabilidade em função de seu momento comunicativo e perlocutório: será responsável aquele que se desvia do processo de comunicação racional e vem a frustrar os compromissos assumidos na elaboração da norma em face da atividade dos demais.⁽⁸⁾ No fundo, a responsabilidade não é fruto de uma atribuição moral, de qualificação do indesejável, mas a consequência da própria assunção pelo sujeito dos limites impostos em torno de sua atividade, daí não haver responsabilidade quando a pessoa imputada não tenha podido participar consensualmente do

processo de sua geração por meio da norma. Poderíamos concluir dizendo que a atribuição de responsabilidade não pode se esgotar em ato puramente argumentativo do julgador nem se fundar exclusivamente na capacidade pessoal do sujeito de atuar de outro modo, mas sim, principalmente, na avaliação do contexto em que ele se encontra, de seus compromissos diante da lesão ou do perigo ao bem jurídico, sob o ângulo de um Estado que lhe assegure um mínimo de subsistência e que o acolha dentro de um processo de comunicação, de modo a permitir-lhe participar também, em igualdade de condições, da elaboração das normas que imponham os limites a sua própria conduta. Se isso parece uma utopia, porque, na verdade, o poder é exercido sem o consenso real dos demais, tem razão **Fabricius**: em qualquer caso, entre culpabilidade e pena subsiste sempre uma absoluta antinomia.⁽⁹⁾

NOTAS

- (1) *Contra o método*, São Paulo, 2003, p. 289.
- (2) Die Ohnmacht der Rechtsgutidee und die Dominanz der Problemdefinition. In: *Aufgeklärte Kriminalpolitik*. Frankfurt am Main, 1998. t. I, p. 179.
- (3) Verantwortliche Verantwortung. In: **HEIDBRINK, L.** *Kritik der Verantwortung*, 2003, p. 11.
- (4) *Kritik der Verantwortung*, 2003, p. 19.
- (5) *A Treatise of Human Nature*, p. 508.
- (6) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 18.
- (7) *Grunlinien der Philosophie des Rechts*, p. 138.
- (8) *Philosophische Texte*, v. 1, p. 209.
- (9) *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, 2006, p. 39.

Juarez Tavares

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Subprocurador-geral da República.

AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E A POSTURA DO JUIZ À LUZ DO ART. 212 DO CPP

Aury Lopes Jr.

I. O papel do juiz na audiência de instrução após a reforma de 2008

Com a Reforma Processual de 2008, o art. 212 foi substancialmente alterado, não sendo mais atribuído ao juiz o papel de (inquisitorial) protagonismo na coleta da prova produzida em audiência. A mudança foi muito importante e adequada para conformar o Código de Processo Penal à estrutura acusatória desenhada na Constituição. Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no Processo Penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num Processo Penal acusatório e democrático.

Neste novo modelo, o juiz abre a audiência, compromissando (ou não, conforme o caso) a testemunha, oportuniza-lhe expor espontaneamente o que sabe do caso penal, e passa a palavra para a parte que a arrolou (Ministério Público ou defesa), cabendo a ela efetivamente produzir a prova, sendo o juiz – neste momento – o fiscalizador do ato, filtrando as perguntas ofensivas, sem relação com o caso penal, indutivas ou que já tenham sido respondidas pela testemunha. Após, caberá a outra parte fazer suas perguntas. O juiz, como regra, questionará ao final, perguntando apenas sobre os pontos relevantes não esclarecidos. É, claramente, uma função completiva e não mais de protagonismo.

Sem embargo, tal cenário está muito longe de colocar o juiz como uma “samambaia” na sala de audiência, como chegaram a afirmar maldosamente alguns, no pós-reforma, demonstrando a virulência típica dos adeptos da cultura inquisitória e resistentes à mudança alinhada ao sistema constitucional acusatório. Nada disso.

O juiz preside o ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal. Ademais, poderá fazer perguntas para complementar os pontos não esclarecidos. Jamais se disse que o juiz não poderia perguntar para as testemunhas na audiência. O ponto nevrálgico é: poderá o juiz fazer perguntas para a testemunha, mas não como protagonista da inquirição(s).

Muito já se tem discutido na jurisprudência sobre as consequências do descumprimento desta regra, cabendo sublinhar a decisão proferida pelo STJ, 6ª Turma, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 27.555/PR, da relatoria do Min. Og Fernandes, julgado em 11.05.2010. Neste caso, afirmou a decisão que o Código de Processo Penal adotara – após a reforma de 2008 – o sistema de *cross examination*, com a assunção do

papel de protagonismo das partes e subsidiário do juiz, inclusive para garantia da imparcialidade do julgador (e, recordemos, a íntima relação entre sistema acusatório e imparcialidade, pois somente este modelo processual cria condições de eficácia da garantia da imparcialidade). Noutra dimensão, entendeu o STJ – neste julgamento – que a inversão da ordem de formulação das perguntas geraria uma nulidade relativa. Mas, em momento algum, autorizou-se o juiz a ter protagonismo na inquirição como no modelo anterior.

Na mesma linha de interpretação do art. 212, mas reputando como absoluta a nulidade pela inversão da ordem de inquirição, a decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, relatoria do Ministro Felix Fischer, no *HC* 153.140/MG, julgado em 12.08.2010. Entendeu o STJ que, “se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em error in procedendo, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade”. A ordem foi concedida para anular “a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo”.

Neste caso, além de reafirmar o papel subsidiário, completivo, da inquirição do juiz, considerou o STJ como absoluta a nulidade pela inversão da ordem de formulação de perguntas. Sabe-se que, no Processo Penal, forma é garantia, sendo a categoria “nulidade relativa”, estruturada sobre a teoria do prejuízo, uma fraude a serviço do punitivismo.⁽¹⁾

II. E quando a testemunha foi arrolada pelo Ministério Público e ele está ausente? O que deve fazer o juiz?

Essa foi a questão discutida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.259.482, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, no qual foi anulada, desde a audiência de instrução, o processo contra um acusado de tráfico de drogas no qual o Ministério Público estava ausente na audiência e o juiz o substituiu, formulando desde o início as perguntas.

Mais do que protagonista, o juiz assumiu uma postura substitutiva do acusador, em flagrante incompatibilidade com o sistema acusatório, a imparcialidade e a própria igualdade de armas.

O processo já tinha sido anulado pelo TJRS por violação do art. 212 e houve recurso do Ministério Público, alegando que a nulidade seria relativa e não teria ocorrido demonstração do prejuízo. O Ministro Bellizze entendeu que a nulidade é



(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 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:

Adriano Galvão

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo

Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira

Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho

Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

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

Vitto

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

relativa, mas neste caso “a inquirição pelo juiz não se deu em caráter complementar, mas sim principal”. O descumprimento da ordem de inquirição do juiz não levou à nulidade, mas sim à violação de seu caráter complementar, diante da ausência do Promotor. A sentença, ainda, condenou o réu com base nestas testemunhas arroladas pelo Ministério Público e para as quais o juiz formulou todas as perguntas. Diante disso, afirmou o Ministro que “*configura indisfarçável afronta ao sistema acusatório e evidência o prejuízo efetivo*”. O Ministro disse, ainda, que a anulação do processo não seria necessária caso a sentença condenatória tivesse se baseado em outros elementos de prova.⁽²⁾

A decisão do STJ é melhor compreendida quando lida à luz do acórdão originário, proferido pela 3ª Câmara Criminal do TJRS, na Apelação Criminal 70038050605, j. 28.10.2010, cujo revisor e redator do acórdão foi o Desembargador Nereu Giacomolli. Eis a ementa:

“Apelação. Tráfico de drogas. Preliminar. Nulidade. Artigo 212 do Código de Processo Penal.

“1. A nova sistemática adotada à inquirição das testemunhas pela legislação processual brasileira, através da Lei 11.690, de 09 de junho de 2008 alterou, substancialmente, a metodologia da colheita da prova testemunhal. Além da ordem da inquirição das testemunhas (primeiro as arroladas pela acusação e após as arroladas pela defesa), houve importante modificação no que tange à ordem de formulação do questionamento. A literalidade legal é clara, encontrando suporte e aderência constitucional.

“2. Segundo essa nova sistemática, as partes formulam as perguntas antes do magistrado, diretamente à pessoa que estiver prestando o seu depoimento, pois a parte que arrolou o depoente, através da iniciativa das perguntas, demonstrará o que pretende provar. Após, a parte adversa exercitará o contraditório na metodologia da inquirição, formulando as perguntas de seu interesse. Porém, antes das perguntas das partes, a vítima ou a testemunha poderá narrar livremente o que sabe acerca dos fatos. Com isso se garantem o equilíbrio e o contraditório na formação da prova, através de uma previsão clara e objetiva, nos moldes do adversary system, com regramento acerca das funções entre os sujeitos processuais.

“3. Primeiramente a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito; em seguida, garante-se o contraditório e, por último, o magistrado, realiza a complementação, na esteira da situação processual formada com as perguntas, com o objetivo de esclarecer situações que, a seu juízo, não restaram claras. Caminha-se na esteira de um sistema democrático, ético e limpo de processo penal (fair play). Evitam-se os intentos inquisitoriais, o assumir o lugar da

parte, a parcialização do sujeito encarregado do julgamento.

“4. A nova sistemática exige a presença do acusador e do defensor na audiência e, deste, efetividade, sob pena de ofensa às garantias constitucionais. Não se retira o comando da audiência e a valoração da prova ao magistrado, na medida em que este continua controlando as perguntas, pois a prova se destina a seu convencimento, podendo formular questões suplementares, ao final. Essa é a nova metodologia legal, inserida no devido processo constitucional, em seu aspecto formal e substancial, a ser observado.

“5. Caso não seja declarada a nulidade neste grau de jurisdição, correremos o risco de anular o processo, a sentença e este acórdão, num grau de 50%, no futuro, diante da divergência no STJ. É muito cômodo sobrecarregar o juiz e atribuir-lhe a morosidade do processo, exigir-lhe que inicie a perguntar, tome as iniciativas no processo, mesmo na inércia das partes, faça as perguntas, todas, inclusive as que as partes fariam, desonerando os demais sujeitos do dever de comparecer nas audiências e de preparar o processo antes dos atos judiciais. Do juiz sim, exigir tudo e das partes nada, nem sequer que se interessem pela inquirição das testemunhas. Preliminar acolhida. Mérito prejudicado.”

O voto do relator, Desembargador Newton Brasil Leão, rejeitava a preliminar de violação do art. 212 sob o argumento de que “*inexiste norma expressa que proíba seja o início da inquirição das testemunhas procedido pelo Magistrado. Além disso, porque na busca da verdade real, cabe ao Julgador formular os questionamentos que entender cabíveis à elucidação do fato, visando, assim, formar sua convicção. Por fim, porque se permitida a inquirição pelo Magistrado ao final, o resultado será absolutamente o mesmo, inexistindo, portanto, prejuízo em função da ordem de formulação das perguntas*”.

Esse argumento, que bem se perfila na linha do senso comum teórico, ainda adepto da mitológica verdade real, foi rebatido e acabou vencido.

O voto divergente, condutor da decisão por maioria, foi da lavra do Desembargador Nereu Giacomolli e partiu da assunção do modelo acusatório nos termos anteriormente expostos, sustentando que o juiz deveria qualificar a testemunha (tomando compromisso conforme o caso), deixando, a seguir, que ela

narrasse livremente o que sabia sobre o fato. Como se pode ler no corpo do voto, “*antes das perguntas das partes, a vítima ou a testemunha poderá narrar livremente o que sabe acerca dos*

fatos. Com isso se garantem o equilíbrio e o contraditório na formação da prova, através de uma previsão clara e objetiva, nos moldes do adversary system, com regramento acerca das funções entre os sujeitos processuais. Primeiramente a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito; em seguida, garante-se o contraditório e, por último, o magistrado, realiza a complementação, na esteira da situação processual formada com as perguntas, com o objetivo de esclarecer situações que, a seu juízo, não restaram claras. Caminha-se na esteira de um sistema democrático, ético e limpo de processo penal (fair play). Evitam-se os intentos inquisitoriais, o assumir o lugar da parte, a parcialização do sujeito encarregado do julgamento. A

nova sistemática exige a presença do acusador e do defensor na audiência e, deste, efetividade, sob pena de ofensa às garantias constitucionais”.

Portanto, como explica Giacomolli, “*nenhum vício ocorrerá quando o magistrado, após qualificar a testemunha ou a vítima e dar-lhes conhecimento da situação processual, instá-los a narrar, livremente, o que sabem sobre os fatos, sem formular perguntas*” (grifamos).

Após essa exposição breve e totalmente espontânea feita pela testemunha – sem a intervenção do juiz, que apenas dá o “starter” – deve ser consignada a ausência do Ministério Público e passada a palavra para defesa. E se o defensor nada perguntar? Deve o juiz dar por encerrado o ato. Simples assim.

Mas não pode o juiz substituir a figura do promotor e formular perguntas? Elementar que não. E perguntas para esclarecer os pontos relevantes, sobre os quais não se está suficientemente esclarecido? Também não, pois o juiz pode pedir esclarecimentos a partir do que foi produzido pelas partes e, neste caso, nada foi produzido. Portanto, não há o que ser esclarecido.

Do contrário, ele estaria “produzindo de ofício a prova”, imiscuindo-se na arena das partes, desequilibrando o contraditório e ferindo de morte a estrutura acusatória (e, portanto, fulminando o princípio supremo do processo: a imparcialidade). Há que se compreender que atividade probatória, seja pela iniciativa ou gestão, é das partes e não do juiz. O ativismo judicial nesta seara (juiz-ator) é ranço do passado. Como também é (ou deveria ser) o juiz que condena diante

Há que se compreender que atividade probatória, seja pela iniciativa ou gestão, é das partes e não do juiz. O ativismo judicial nesta seara (juiz-ator) é ranço do passado. Como também é (ou deveria ser) o juiz que condena diante do pedido de absolvição do Ministério Público, aplicando o art. 385.

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 Vilares

COORDENADORES ADJUNTOS:Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun,
Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira**COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA**
IBCCRIMAllan Aparecido Gonçalves Pereira, Alberto Alonso Muñoz,
André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo,
Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda
Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi,
Daniel Del Cid, Débora Thais de Melo, Diogo H. Duarte de
Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos,
Edmundo Bustani, Fernanda Carolina de Araujo, Giancarlo
Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella
Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique
Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leandro César
dos Santos, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Marcela
Venturini Diorio, Marcos Murrdoch, Mônica Tavares,
Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Náides Eunice
da Silva, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da
Paixão, Paulo Godinho, Paulo Victor Freire Ribeiro, Priscila
Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães,
Renato Watanabe de Morais, Ricardo Stuchi Marcos,
Roberta Werlang Coelho, Thaisa Bernhardt Ribeiro**PRODUÇÃO GRÁFICA:**

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

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344"O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre
os associados e membros de entidades conveniadas".
"As opiniões expressas nos artigos publicados res-
ponsabilizam apenas seus autores e não representam,
necessariamente, a opinião deste Instituto".**TRAGEM:** 11.000 exemplares**CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM**Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

do pedido de absolvição do Ministério Público, aplicando o art. 385. Mais do que insustentável à luz do modelo acusatório (até porque ignora o alcance do *ne procedat iudex ex officio*), é flagrantemente incompatível com o objeto do Processo Penal (pretensão acusatória, pouco estudada e, menos ainda, compreendida)⁽³⁾ e com o próprio princípio da correlação.

Concluiu o relator, Desembargador Giacomolli, que "no caso em apreço, o magistrado a quo iniciou os questionamentos acerca das testemunhas (fls. 162 a 174), passando, depois de satisfeito, a palavra às partes, e o fez nitidamente em substituição à atuação do Ministério Público, que estava ausente do ato processual. A audiência de instrução ocorreu em 09.02.2010, quando a Lei 11.690/08 já estava em vigor (desde 09.08.2008). Assim, impõe-se o reconhecimento da invalidade da prova e, via de consequência, a anulação da sentença para que outra seja proferida sem a sua utilização, determinando-se, outrossim, a renovação do ato processual, agora sob a égide do artigo 212 do CPP".

Dessarte, ambas as decisões demarcam a postura constitucional-acusatória que o juiz deve assumir, ainda que, por evidente, isso possa causar algum

mal-estar entre aqueles ainda adeptos do modelo (inquisitório) anterior. No fundo, o grande problema é cultural, é mudar cabeças. Já dizia Einstein, "que época triste essa nossa, em que é mais fácil quebrar um átomo do que um preconceito". Há um preconceito imenso em relação ao novo e, principalmente, quando o novo significa – ao menos em parte – um certo esvaziamento de poder, de protagonismo, principalmente para aqueles que creem dever corresponder à expectativa de defesa social.

NOTAS

- (1) Sobre o tema, vide nossa obra *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Lumen Juris, v. 2.
- (2) Fonte: *Assessoria de Imprensa do STJ*, em 18.10.2011.
- (3) Sobre o objeto do Processo Penal e "porque o juiz não pode condenar quando o MP pedir a absolvição", consulte-se o volume 1 de nossa obra *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, publicado pela Editora Lumen Juris.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal.

Professor do mestrado e do doutorado em Ciências

Criminais da PUC/RS.

Advogado.

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Lavagem de dinheiro: a responsabilidade penal do advogado pelos honorários recebidos.**Data:** 14/12/2011 (quarta-feira)**Horário:** 9h30 às 12h30**Local:** Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar - Centro - São Paulo - SP**Inscrições:** gratuitas no Portal IBCCRIM (www.ibccrim.org.br)**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 14/12/2011 itv.netpoint.com.br/ibccrim**Expositores:****Helena Regina Lobo da Costa**

Professora de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;

Professora de Pós Graduação na Fundação Getúlio Vargas – GVLaw;

Advogada criminalista.

Rodrigo De Grandis

Procurador da República em São Paulo;

Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público/SP, do Curso de Especialização em Direito Penal Econômico GVLaw e do Curso de Capacitação e Treinamento para o Combate à Lavagem de Dinheiro PNLD, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça.

Presidenta de Mesa: Claudia Barrilari

A Mesa de Estudos e Debates sobre o tema "Lavagem de dinheiro: a responsabilidade penal do advogado pelos honorários recebidos" tem por objetivo destacar qual é a garantia que o sistema confere à relação estabelecida entre o advogado criminal e o réu por ele representado. Por um lado, ao advogado a Constituição da República atribui o importante papel de indispensável à administração da Justiça, conferindo para tanto prerrogativas indissociáveis ao exercício da profissão. De outro lado, cada vez mais se discute se o advogado deve certificar-se da procedência lícita dos honorários profissionais, sob pena de passar de defensor a acusado.

O tema está na ordem do dia, tanto que o PL 3.443/2008, que promove profundas alterações na Lei 9.613/1998, Lei da Lavagem de Capitais, foi recentemente aprovado em votação simbólica na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal.

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS COMO UM MEIO DE PROVA IRREPETÍVEL E URGENTE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO ANTECIPADA

Mariângela Tomé Lopes

Um dos meios de prova previstos expressamente no Código de Processo Penal brasileiro é o reconhecimento de pessoas e coisas. O reconhecimento é meio de prova utilizado com a finalidade de obter a identificação de pessoa ou coisa por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado. O reconhecimento tem a natureza jurídica de meio de prova. Realizado na presença do juiz e com a participação das partes, formará elemento de prova e poderá ser levado em consideração pelo julgador na sentença.

Trata-se de um meio bastante polêmico, tendo em vista diversos aspectos que podem influenciar no seu resultado. É, talvez, o meio de prova que resulte no maior número de erros.⁽¹⁾ Conforme ensina **Gustavo Badaró**, “o reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas”.⁽²⁾

Para se ter uma idéia da grande possibilidade de erros ou falhas no reconhecimento, foi criada, em 1992, nos Estados Unidos da América, a “The Innocence Project”. Trata-se de uma ONG especializada em pedir indenização ao Estado americano por condenações de pessoas inocentes. Esta ONG fez uma pesquisa e constatou que 75% das condenações de inocentes se devem a erros cometidos pelas vítimas e testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento.⁽³⁾

Também **Anna Maria Capitta** ressalta que “o reconhecimento possui quase sempre um alto grau de falibilidade e, portanto, um valor probatório de escassa consistência” (tradução livre).⁽⁴⁾

Bernasconi resume que a confiabilidade de um reconhecimento deve ser mínima, visto que a “moderna psicologia confirma portanto os resultados das pesquisas: os percentuais de reconhecimentos corretos continuam a ser extremamente baixos” (tradução livre).⁽⁵⁾

No entanto, ainda assim, por estar o reconhecimento dotado de força “impressionística”, o seu resultado positivo influencia profundamente a decisão do juiz.⁽⁶⁾ Observa **Alessandro Bernasconi** que, mesmo estando comprovadas as falhas desse meio de prova, os juízes “continuam a ser inconscientemente influenciados pela identificação positiva computada pela testemunha” (tradução livre)⁽⁷⁾ e, ainda, que os resultados positivos do reconhecimento “quase equivalem a uma pacífica indicação de culpa” (tradução livre).⁽⁸⁾

Para evitar-se a ocorrência dos erros, e considerando-se tratar de um meio de prova irrepitível e urgente, conforme a seguir timidamente desenvolvido, deve sempre ser produzido com a participação das partes e do juiz,

como um dos primeiros atos de investigação, observando rigorosamente o rito existente na lei para a sua realização, como uma produção antecipada de prova.

Este meio de prova, em razão da especial natureza que o reveste, é um ato definitivo e irrepitível, pois não pode ser repetido em condição idêntica, constituindo-se, portanto, em meio de prova irrepitível. Esta irrepitibilidade está “derivada do fator psicológico preponderante na pessoa chamada a reconhecer” (tradução livre).⁽⁹⁾

Gustavo A. Arocena,⁽¹⁰⁾ ao referir-se à doutrina jurídica argentina, afirma ser unânime naquele país o entendimento de que o reconhecimento pessoal é prova irrepitível, porque não se pode repeti-lo em idênticas condições. Para **Eduardo M. Jauchen**,⁽¹¹⁾ o fato de o reconhecedor expressar um juízo de identidade quando lhe são exibidas

pessoas ou coisas, configura experiência que, uma vez efetuada, e obtido um resultado, positivo ou negativo, tornará ineficaz uma nova realização, pois a imagem incorporada nesse ato interferirá na cadeia de memória da pessoa. Assim, perderia toda a eficácia probatória eventual realização de um segundo reconhecimento.

Assim, o reconhecimento é irrepitível, pois não pode ser renovado nas mesmas condições. Qualquer novo reconhecimento estará viciado, pois influenciado pelo primeiro.⁽¹²⁾

A partir do momento que o reconhecedor teve contato com a pessoa a ser reconhecida, a imagem guardada na memória influirá no segundo reconhecimento. Assim, estará o ato viciado. É, portanto, meio irrepitível de prova.

Assim, deve sempre ser produzido com todas as cautelas e observando o procedimento existente em lei para sua realização (arts. 226 e ss. do Código de Processo Penal). Em resumo, por somente ser produzido uma única vez, para que forme elementos de prova, deve ser realizado de forma perfeita, respeitando rigorosamente o procedimento legal e sempre na presença das partes e do juiz, em respeito ao princípio do contraditório.

É também um meio de prova urgente e, por isso, deve ser realizado antecipadamente. Levando em conta a influência que a memória produz no reconhecimento, deve-se refletir o

caráter de urgência existente na sua produção.

O reconhecimento deve ser um dos primeiros atos de investigação de um fato criminoso, pois, para a sua adequada realização, exige-se que o sujeito ativo recorde muito bem a imagem da pessoa ou da coisa envolvida.

Tendo em vista a grande influência do tempo na memória do ser humano, para que esta prova tenha maior efetividade, há necessidade de ser realizada o mais rápido possível. A memória sofre alterações dependendo de dois aspectos: 1) o estado psicológico que a pessoa se encontrava no momento dos fatos; 2) o passar do tempo é capaz de apagar informações importantes ou de criar falsas memórias.

Assim, tendo em vista o fato de o tempo afetar diretamente a capacidade de armazenamento de informações, deve o reconhecimento ser realizado como um dos primeiros atos

de investigação, antecipando-se a realização do meio de prova.

Em resumo, tendo em vista que o reconhecimento se trata de um meio de prova irrepitível, pois somente pode ser produzido uma vez, deve sempre ser realizado de acordo com o procedimento previsto em lei e com a participação das partes e do juiz, em respeito ao princípio constitucional do contraditório. Por ser meio de prova urgente, tendo em vista a influência negativa que o tempo acarreta na memória, deve ser realizado o mais rápido possível, preferencialmente na fase de investigação, antecipando-se a sua produção, com respeito ao rito e com a participação das partes e do juiz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AROCENA, Gustavo A.** El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles. In: *Temas de derecho procesal penal (contemporáneos)*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy Badaró.** *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Elsevier/Campus, Jurídico, 2008. t. I.
- BERNASCONI, Alessandro.** *La ricognizione di personene nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*. Turim. G. Giappichelli Editore, 2003.
- BERNASCONI, Alessandro.** *La ricognizione di personene nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*. Turim. G. Giappichelli Editore, 2003.
- CAFERRATA NORES, José I.** *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. Córdoba: Marcos Lerner Edito-

ra, 1980, p. 66; TSJ Cba, Sala Penal, "Ocampo", 19/3/71, Sent. 254; Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 6/3/93.

CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali.* Università degli studi di Milano, Milão: Editora Guffrè, 2001.

JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal.* 2. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2009.

NUÑEZ, Ricardo C. *Código Procesal Penal Anotado.* Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1986, p. 187, nota 6 al art. 208.

TRIGGIANI, Nicola. *Ricognizione mezzo di prova nel nuovo processo penale.* Milão: Editora Giuffrè, 1998. www.innocenceproject.org/.../What_is_the_Innocence_Project_How_did_it_get_started.php - Acessado em 30 de dezembro de 2010.

NOTAS

(1) **TRIGGIANI, Nicola.** *Ricognizione mezzo di prova nel nuovo processo penale.* Milão: Editora Giuffrè, 1998, p. 263. Segundo **Triggiani**, levando-se em conta a experiência judiciária e os efeitos da memória, o reconhecimento pessoal é o meio de prova que pode apresentar o maior número de erros (**TRIGGIANI**,

Nicola. *Ricognizione...cit.*, p. 263).

(2) **BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy Badaró.** *Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro/São Paulo: Elsevier/Campus, Jurídico, 2008, t. I, p. 259.

(3) www.innocenceproject.org/.../What_is_the_Innocence_Project_How_did_it_get_started.php - Acessado em 30 de dezembro de 2010.

(4) **CAPITTA, Ana Maria.** *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali.* Università degli studi di Milano. Milão: Editora Guffrè, 2001, p. 108.

(5) **BERNASCONI, Alessandro.** *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio.* Turim. G. Giappichelli Editore, 2003, p. 21.

(6) **TRIGGIANI, Nicola.** *Ricognizione...cit.*, p. 263.

(7) **BERNASCONI, Alessandro.** *La ricognizione...cit.*, p. 14.

(8) **BERNASCONI, Alessandro.** *La ricognizione...cit.*, p. 14.

(9) **JAUCHEN, Eduardo M.** *Tratado de la prueba en materia penal.* 2. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2009, p. 463.

(10) El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irre-

productibles. In: *Temas de derecho procesal penal (contemporâneos)*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 97.

(11) *Tratado...cit.*, p. 463.

(12) Nesse sentido: **NUÑEZ, Ricardo C.** *Código Procesal Penal Anotado.* Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1986, p. 187, nota 6 al art. 208; **CAFERRATA NORES, José I.** *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1980, p. 66; TSJ Cba, Sala Penal, "Ocampo", 19/3/71, Sent. 254; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 6/3/93; "Albarracín"; Tribunal Oral en lo Criminal 1, 30/12/92, "P.G.E." (citado por **AMADEO, Sergio L.; PALAZZI, Pablo Andrés.** *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado con jurisprudencia.* Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 344).

Mariângela Tomé Lopes

Mestre e Doutora em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

Professora de Direito Penal e Processual Penal.

Advogada.

Membro do Instituto ASF de Estudos

Avançados de Processo Penal.

DOLO E GESTÃO TEMERÁRIA (ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI 7.492/86)

Luís Greco

O *Habeas Corpus* 125.853/SP (2009/0004088-6), cujo objeto era um processo por fatos de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86), foi deferido pelo STJ em acórdão relatado pelo Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Uma das principais razões do deferimento foi a ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo em questão. Esse julgado serve de boa oportunidade para refletir a respeito do conteúdo do dolo no delito de gestão temerária.

O acórdão afirma: "Para que se verifique o elemento volitivo do tipo – o dolo eventual próprio da gestão temerária – é necessária a demonstração de que os acusados anteviram e aceitaram o risco lesivo" (ementa, item 02). No voto, diz-se que "o elemento volitivo apto a embasar a imputação pelo crime de gestão temerária é o dolo indireto na modalidade eventual" (voto, item 15).⁽¹⁾ A denúncia, após descrever condutas de agentes que conscientemente teriam deixado de observar "procedimentos básicos de sua profissão", referira-se a esses agentes como "no mínimo, desiduosos, irresponsáveis, impetuosos e indáveis" (voto, item 18), com o que lhes estaria imputando mera culpa, deixando de indicar "de que maneira os acusados, embora não desejando necessariamente o resultado lesivo, anteviram-no e aceitaram-no" (voto, item 19).

As presentes reflexões deixarão de lado as diversas questões de fato e de direito relativas ao tipo objetivo da gestão temerária para concentrar-se no problema do conteúdo do tipo subjetivo. O acórdão afirma que a gestão temerária exige um suposto "dolo indireto",

cujo conteúdo seria *previsão e aceitação do "resultado"*. Já aqui surgem as primeiras dúvidas.

De início, pergunta-se a que resultado se refere o acórdão. Afinal, a gestão fraudulenta/temerária, cujos tipos objetivos são descritos de modo lacônico e um tanto impreciso como "gerir fraudulentamente/temerariamente instituição financeira" (art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei 7.492), não são delitos que descrevem um resultado, no sentido de uma alteração no mundo exterior espaço-temporalmente diversa da conduta do agente. O tipo objetivo realiza-se com a prática da conduta de gestão, de maneira que se trata de um delito de mera conduta e não de um delito de resultado.

É de antever-se a réplica de que "resultado", segundo o acórdão, seria o "resultado jurídico", a lesão ao bem jurídico, enquanto o resultado de que acima falei seria meramente o chamado "resultado naturalístico". Essa distinção, no entanto, é confusa e de duvidosa utilidade. Além disso, o que aqui interessa é que o art. 4º tampouco exige a ocorrência desse chamado "resultado jurídico". O tipo objetivo realiza-se independentemente da lesão ao bem jurídico protegido, seja ele o funcionamento do sistema financeiro nacional, seja ele o patrimônio da instituição financeira temerariamente gerida. Tem-se, aqui, um delito

de perigo abstrato e não um delito de lesão.

Com o que se observa o quão pouco técnica foi a argumentação do acórdão. Porque o objeto do dolo não é, a rigor, o resultado e sim o tipo objetivo.⁽²⁾ Ainda que o art. 18, I, do CP defina o crime doloso como aquele em que "o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo", o termo resultado, aqui, deriva da compreensão causalista subjacente ao Código Penal de 1940, que continha idêntico dispositivo (art. 15, I), por entender que os tipos da Parte Especial nada mais seriam do que descrições de causalidades de resultados. Com razão, entende a doutrina mais moderna, portanto, que o objeto do dolo é o tipo objetivo como um todo, o que pode ser mais, mas também menos, do que o resultado no sentido "naturalístico" ou "jurídico". Noutras palavras, resultado, na linguagem do art. 18 do CP, significa tipo objetivo.

O acórdão, ao referir o dolo ao resultado "jurídico", isto é, à lesão ao bem jurídico, transformou a gestão temerária em um tipo "incongruente", ou seja, em um tipo em que aspecto subjetivo e objetivo não têm o mesmo alcance. A rigor, o entendimento do acórdão é o de que, além do dolo, que, como dito, compreende os elementos do tipo objetivo, é necessário um elemento subjetivo especial, o

(...) a elementar "temerariamente" não é mero elemento normativo em sentido tradicional, e sim um elemento valorativo global do fato. Afinal, não é possível qualificar uma gestão de temerária sem, simultaneamente, declará-la antijurídico.

antigo “dolo específico”, que vai além do tipo objetivo, e se dirige à lesão ao bem jurídico (como é o caso na extorsão - Art. 158, *caput*: “...intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica...”). Ocorre que a postulação de um tal elemento subjetivo especial exigiria uma fundamentação própria. Essa fundamentação não é oferecida em lugar algum, nem pela decisão ora comentada, nem pelas decisões a que ela se reporta. É compreensível que, diante de um dispositivo penal que descreve o ilícito punível apenas por meio de um elemento valorativo, abundem os esforços no sentido de antepor a esse dispositivo todas as barreiras imagináveis. A constitucionalidade do tipo em questão permanece duvidosa e vem sido incansavelmente posta em cheque pela doutrina mais autorizada. Ainda assim, a motivação louvável não dispensa da obrigação de formular argumentos consistentes e fundados.

É possível, assim, formular uma *primeira conclusão intermediária*: o dolo no delito de gestão temerária não tem de se referir a qualquer resultado exterior ao tipo objetivo, mas apenas e unicamente ao comportamento de gestão temerária.

Coloca-se, agora, um segundo problema, a saber, precisar o conteúdo do dolo diante da elementar “temerariamente”. Tem o agente de saber que seu ato de gestão é temerário? Será necessário que o próprio agente valore o fato como temerário?

A doutrina nacional dominante parece conhecer, fundamentalmente, duas categorias de elementos do tipo objetivo: os *descritivos* e os *normativos*.⁽³⁾ Quanto aos primeiros, exige ela para o dolo que o autor apreenda, por meio de seus sentidos, a existência do elemento: por exemplo, que o autor veja estar diante de um ser humano vivo (“alguém”, art. 121, *caput*, CP). Quanto aos segundos, seria necessário que o autor agisse de posse de um conhecimento “leigo” do conteúdo do elemento normativo: por exemplo, o autor sabe que o quadro subtraído é “alheio”, quando sabe que ele pertence a outra pessoa, ainda que desconheça as regras de aquisição e transmissão da propriedade contidas no Código Civil. Desde a tese de doutorado de Roxin, no final da década de 1950, sabe-se, contudo, da existência de pelo menos mais uma categoria de elementos do tipo, os chamados *elementos valorativos globais do fato*.⁽⁴⁾ Estes elementos são diversos dos tradicionais elementos normativos, porque eles são elementos cuja admissão necessariamente antecipa o juízo de antijuridicidade. Não é possível afirmar a realização de uma tal elementar e, em

momento posterior, considerar justificado o fato. Qualquer justificação significaria, já de antemão, a negação da própria existência da elementar de valoração global. Um exemplo claro no direito positivo brasileiro é a elementar “indevidamente”, constante no crime de violação de correspondência (Art. 151, *caput*, CP: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”). Se o agente atua, por exemplo, em estado de necessidade (justificante), não age indevidamente. E se ele age indevidamente, não há espaço lógico-conceitual para afirmar um estado de necessidade (justificante).

A importância dessa distinção revela-se no momento de fixar o conteúdo do dolo referido a tais elementos. O dolo referido a elementares de valoração global do fato não pode conter uma valoração leiga da existência dessa elementar, como no caso das tradicionais elementares normativas. Afinal, como a elementar de valoração global já encerra o juízo de antijuridicidade, exigir que o agente a conheça, ainda que de forma leiga, é transformar o dolo em *dolus malus*, exigir para o dolo o conhecimento da antijuridicidade. Por isso é que, na esteira do proposto por Roxin, distinguem-se os pressupostos fáticos da valoração em si mesma. O dolo refere-se apenas a esses pressupostos fáticos e não à própria valoração.⁽⁵⁾

Retornando a nosso tipo em questão: a elementar “temerariamente” não é mero elemento normativo em sentido tradicional, e sim um elemento valorativo global do fato. Afinal, não é possível qualificar uma gestão de temerária sem, simultaneamente, declará-la antijurídico. O caráter temerário da gestão adianta o juízo de antijuridicidade. Com isso, fica claro qual o conteúdo do dolo em relação a este elemento: o agente tem de conhecer os atos que está praticando, bem como todas as circunstâncias que fundamentarão o caráter temerário de seu agir. Por exemplo, ele tem de saber que está concedendo empréstimos sem as garantias necessárias, que está ignorando dados relevantes, tem de conhecer a dimensão do risco a que está expondo a instituição etc. É irrelevante para o dolo, contudo, que o agente considere ainda assim defensável, não temerário, o seu agir – aqui haveria no máximo um erro de proibição (art. 21, CP). A valoração do ato de gestão como temerário é de competência exclusiva da ordem jurídica e não do agente.

Em síntese: 1) no tipo de gestão temerária, o dolo não tem de se dirigir a um resultado qualquer, porque o tipo não prevê resultado

algum, e o objeto do dolo é a realização do tipo objetivo; 2) o agente tampouco tem de valorar a sua conduta como temerária, bastando que ele conheça as circunstâncias com base nas quais a ordem jurídica realizará essa valoração.

Se isso significa que a concessão do *habeas corpus* foi, ao fim, incorreta, depende em parte de valoração da matéria de fato, tarefa que não compete ao doutrinador. Ainda assim, quem “deixa de observar procedimentos básicos de sua profissão”, se o faz com *consciência e vontade*, apresenta já, *eo ipso*, o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em questão.⁽⁶⁾

NOTAS

- (1) São citados como precedentes os acórdãos RESp 706.005/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.05.2005, e RHC 6.368/SP, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 22.09.1997 (voto, item 15).
- (2) Cf. **SANTOS, Cirino dos**. *Direito Penal, Parte Geral*. Curitiba: IPCP; Lumen Iuris, 2006, p. 132; **DIAS, Figueiredo**. *Direito Penal, Parte Geral*. 2. ed. portuguesa/1. ed. brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2007, t. I, p. 349 (13º cap., § 4º).
- (3) Por todos **SANTOS, Cirino dos**. *Direito Penal...cit.*, p. 134.
- (4) No original: “gesamtatbewertende Umstände”. **ROXIN**. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*. Berlin: DeGruyter, 1. ed., 1959; 2. ed., 1970, p. 76 e ss. (há tradução para o espanhol: *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Trad. Bacigalupo. Buenos Aires, 1979). A respeito dessas ideias, cf. **GRECO/LEITE**. Claus Roxin, 80 anos. In: *Revista Liberdades* 7 (2011), p. 97 e ss. (99 e s.).
- (5) **ROXIN**. *Offene Tatbestände...cit.*, p. 135.
- (6) Isso não porque, como por vezes se escuta, o tipo seja, em verdade, culposo, e sim porque, como o dolo se refere aos elementos do tipo objetivo, todo comportamento violador de dever objetivo de cuidado, isto é, materialmente culposo, se tipificado autonomamente, configurará em princípio (por força do art. 18, parágrafo único, CP, segundo o qual os tipos descrevem, salvo disposição em contrário, fatos dolosos) um tipo doloso. Se tivéssemos um tipo: “ultrapassar sinal vermelho”, o dolo de realizar esse tipo exigiria apenas conhecimento e vontade de ultrapassar sinal vermelho. Essa consideração é desconhecida pelo acórdão em questão (e também, por exemplo, pelos votos vencedores do precedente RHC 7.982 / RJ, Min. Gilson Dipp; correto os votos vencidos do rel. Min. Félix Fischer e do Min. J. Arnaldo da Fonseca).
Mais uma observação: falo, aqui, em conhecimento e vontade por não ser este o lugar adequado para defender um conceito meramente cognitivo de dolo (uma tal defesa em **GRECO**. Dolo sem vontade. In: **SILVA DIAS** e outros [coords.]. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885 e ss.)

Luís Greco

Doutor e LL.M. em Direito pela
Universidade Ludwig Maximilian (Munique).
Assistente científico junto à cátedra do
Professor Doutor H. C. Mult. Bernd Schünemann.

O **IBCCRIM** disponibiliza espaço para os interessados manifestarem suas opiniões, críticas ou sugestões sob o ponto de vista exposto no **Boletim**. Participe: envie-nos sua contribuição em 6.700 toques.

O STF E O HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO: O DIREITO PENAL AINDA É A “INSUPERÁVEL BARREIRA” DA POLÍTICA CRIMINAL!

Gisele Mendes de Carvalho

É por todos conhecido o fato de que **Franz Von Liszt**, fundador da moderna Política Criminal, nascida graças aos seus estudos no final do século XIX, deu à ciência do Direito Penal uma nova e mais complexa estrutura, ao procurar fazer dela uma disciplina completa, resultante da fusão de outras ciências heterogêneas, como a Dogmática Penal, a Criminologia e a Política Criminal: a *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do Direito Penal).⁽¹⁾ Contudo, ao instituir a novel disciplina, **Von Liszt** também tratou de deixar claro o papel a ser desempenhado por cada uma dessas ciências, estabelecendo as diferenças entre Direito Penal e Política Criminal, mediante afirmações clássicas como “o Código Penal é a Magna Carta do delinquente” e “o Direito Penal é a insuperável barreira da Política Criminal”.⁽²⁾

Pois bem, no último dia 06 de setembro, a 1ª Turma do STF concedeu *Habeas Corpus* (107.801-SP) a um motorista que, ao dirigir em estado de embriaguez, teria provocado a morte de vítima em acidente de trânsito. A decisão da turma desclassificou a conduta imputada ao acusado de homicídio doloso para homicídio culposo na direção de veículo, obrigando a recondução do crime do art. 121 do Código Penal para o art. 302 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), com a consequente declaração da incompetência do Tribunal do Juri para seu julgamento. Ao expor seu voto-vista, o Ministro Luiz Fux afirmou que “o homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção perante a embriaguez alcoólica eventual”. Conforme o entendimento do Ministro, a embriaguez que conduz à responsabilização a título doloso é aquela em que o sujeito tem como objetivo se encorajar para praticar o ilícito (embriaguez preordenada, que permite a aplicação da chamada teoria da *actio libera in causa*, agravando a pena nos termos do art. 61, II, I, CP) ou aquela em que o agente assume claramente o risco de produzir o resultado (é dizer, quando o autor atua com dolo eventual, tal como o conceitua o art. 18, I, CP).

Por trás dessa desclassificação, que gerou intensa polêmica jurídica e social, existem pelo menos duas importantes questões a serem levantadas e debatidas. A primeira delas diz respeito ao próprio conceito de dolo eventual adotado pelo Código Penal, que, como já se sabe, se refere exclusivamente ao fato de o agente “assumir o risco” de produzir o resultado lesivo. A esse respeito, tem-se que a lei penal brasileira adotou a *teoria do consentimento, da assunção ou da aprovação*, segundo a qual o dolo eventual exige que o autor tenha efetivamente consentido em causar o resultado, além de considerá-lo como possível. Essa teoria, porém, é alvo de severas críticas por parte dos estudiosos do tema, pois uma coisa é assumir apenas o *risco* de se causar o resultado, e outra bem diferente é assumir

o *próprio resultado* em si mesmo.⁽³⁾ Dito de outro modo, quem com dolo eventual assume a *probabilidade* de o resultado ocorrer, em um primeiro momento, assume o *risco* de o mesmo se verificar ou não, e somente num segundo momento, diante de tal dilema, prefere continuar a agir a se abster de realizar o comportamento perigoso, aceitando assim a própria ocorrência do resultado. O primeiro momento deste raciocínio, portanto, é idêntico ao raciocínio que antecede a verificação da culpa consciente, pois também nela o autor assume a existência do mero risco, mas calcula de forma imprudente que o mesmo não se verificará no resultado, ou seja, o risco não se transformará em uma lesão. Destarte, só naquele segundo momento, em que o autor assume o *próprio resultado*, é que ele age com dolo eventual, ignorando a necessidade de interromper o curso causal que o provocará, e decide continuar a agir. Assumir o risco do resultado e assumir que o mesmo ocorra como consequência direta de um comportamento são, portanto, coisas distintas. Se o autor não considera como certa, mas apenas como provável, a ocorrência do resultado lesivo, não é possível afirmar que atuou necessariamente com dolo eventual. Nesse último caso, tem-se apenas culpa consciente, pois o agente representa a probabilidade do resultado (elemento cognitivo do dolo), mas não o aceita como consequência de sua ação ou omissão (elemento volitivo). Sem o elemento volitivo, verdadeira *ratio* da incriminação dos comportamentos dolosos,⁽⁴⁾ o dolo eventual transforma-se em mera culpa consciente, devendo ser reputada injusta qualquer condenação a título doloso.

Nessa linha, entende-se que deve ser afastado o conceito de dolo eventual constante do art. 18, I, do CP, pois ele dá margem a interpretações desastrosas que motivam a condenação por dolo eventual quando o que se tem, na verdade, é imprudência consciente (seja por excesso de velocidade, embriaguez eventual ou outra forma de atuação com falta do cuidado objetivamente devido). Contudo, o esclarecimento de uma segunda questão põe em evidência a razão pela qual essas interpretações têm prevalecido em nossos tribunais. Trata-se de um produto da inadvertida confusão entre as funções do Direito Penal e da Política Criminal, provocando uma autêntica “invasão” da Dogmática Penal pelos objetivos de combate ao crime, com grave risco para os direitos e garantias fundamentais do réu. Como é sabido, a Política Criminal, desde sua criação por **Von Liszt**, tem por finalidade a elaboração de estratégias de prevenção e combate ao crime, a partir dos estudos científicos elaborados pelos criminólogos, com base em critérios axiológicos de conveniência e oportunidade (ou seja, dependendo das necessidades do momento histórico em que a política se converte em lei). Ao transformar a culpa consciente em dolo eventual com o obje-

tivo de punir de forma mais severa os autores de crimes imprudentes no trânsito, reduzindo assim sua incidência, o aplicador da lei penal confunde as funções das ciências que compunham a *gesamte Strafrechtswissenschaft* de **Von Liszt**, permitindo que as necessidades da Política Criminal (isto é, a prevenção e o combate da imprudência no trânsito) se imiscuem na determinação de conceitos basilares da Dogmática Penal, verdadeiros baluartes da responsabilidade penal subjetiva, como são os conceitos de *dolo* e *culpa*, colocando em grave risco os direitos e garantias constitucionais do acusado (entre eles, o princípio *in dubio pro reo*, que impõe a condenação por culpa quando o dolo não reste inexoravelmente comprovado). Trata-se de mais uma manifestação funcionalista do Direito Penal, que se olvida da importância de que conceitos ontológicos como *dolo eventual* e *culpa consciente* nunca se confundam, sob pena de retorno aos tempos da responsabilidade penal objetiva que a Parte Geral do Código Penal brasileiro de 1984 tratou de condenar a um salutar esquecimento. Sob o pretexto de ser cada vez mais “funcional”, o Direito Penal torna-se aos poucos um instrumento da política e de sua volatilidade, buscando a todo preço a garantia da eficácia do sistema, como se o homem devesse converter-se em espécie de “guardião” da ordem jurídica, e não a ordem jurídica a guardiã dos direitos do homem.⁽⁵⁾

Como bem salienta **Gracia Martín**, “*toda pretensão de solucionar problemas axiológicos com instrumentos ontológicos só pode levar a um agravamento do problema axiológico*”.⁽⁶⁾ É o que se vê acontecer. Salve a decisão do STF no HC 107.801-SP, que (ainda) situa o Direito Penal como “insuperável barreira” da Política Criminal!

NOTAS

- (1) Vide, a respeito, **PRADO, Luiz Regis**. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 93.
- (2) **VON LISZT, Franz**. *La teoria dello scopo nel Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1962, p. XXI.
- (3) Vide, nessa linha, **CEREZO MIR, José**. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2000, t. II, p. 148.
- (4) Vide **DÍAZ PITA, María del Mar**. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 300-301.
- (5) Nas palavras de **Claus Roxin**, no Direito Penal orientado axiologicamente, “*as finalidades reitoras que constituem o sistema jurídico-penal só podem ser do tipo político-criminal, já que naturalmente os pressupostos da punibilidade devem ser orientados aos fins do Direito Penal*” (*Derecho Penal*, Parte General. Madrid: Civitas, t. I, 1997, p. 217). A citação demonstra graficamente a confusão entre os fins do Direito Penal e da Política Criminal.
- (6) **GRACIA MARTÍN, Luis**. *Fundamentos de Dogmática Penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 139-140.

Gisele Mendes de Carvalho

Doutora e Pós-doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha.
Professora adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR).

LEI MARIA DA PENHA EM FAVOR DO HOMEM

Iara Boldrini Sandes

A Lei Maria da Penha buscou tutelar de forma específica a mulher, vítima de violência doméstica, familiar e de relacionamento íntimo, instituindo tratamento jurídico diverso daquele contido no Código Penal, porque delimita, quanto à sua aplicação, o sujeito passivo das modalidades de agressão, que só pode ser a mulher.

Não se pode deduzir, porém, que a mulher seja a única e exclusiva vítima potencial ou real de violência doméstica, familiar ou de relacionamento íntimo. Também o homem pode sê-lo, tanto empírica quanto normativamente, conforme, aliás, se depreende da redação do § 9º do art. 129 do Código Penal, que não faz restrição a respeito das qualidades de gênero do sujeito passivo, o qual pode abranger ambos os sexos.⁽¹⁾ O que a lei delimita são as medidas de assistência e proteção, as quais, em princípio, são aplicáveis somente à vítima mulher.

Souza traduz, em sua obra, o conceito de sujeito passivo e sujeito ativo, assinalando para este último duas correntes. A lei, em várias partes de seus dispositivos e, especialmente, em seu preâmbulo, deixa claro que o sujeito passivo reconhecido por ela é apenas a mulher. Tanto a mulher que já não mais conviva com a pessoa responsável pela agressão quanto aquela que nunca tenha convivido, mas que tenha mantido ou mantenha uma relação íntima com o agressor ou agressora, podem figurar no polo passivo, não importando que ocorra somente no âmbito doméstico, mas fora dele. Quanto ao sujeito ativo, há divergências. Uma primeira corrente defende que, por tratar-se de crime de gênero cujos fins principais estão voltados para a proteção da mulher vítima de violência, no polo ativo pode figurar apenas o homem e, quando muito, a mulher que, na forma do parágrafo único do art. 5º da Lei, mantenha uma relação homoafetiva com a vítima.⁽²⁾ Já a segunda corrente, que é a defendida por **Souza**, juntamente com **Gomes e Bianchini**,⁽³⁾ entende que será mais coerente incluir-se como sujeito ativo tanto o homem quanto a mulher. Com isso se dará menos ensejo a possíveis arguições de inconstitucionalidade, pois passa a tratar igualmente homens e mulheres, quando vistos sob a ótica do polo ativo, resguardando a primazia à mulher apenas enquanto vítima. Essa corrente defende que a ênfase principal da lei não está na questão do gênero do agressor, que tanto pode ser homem como mulher.

Aqui, defende-se uma terceira corrente. A Lei deve ser tratada como uma lei de gênero,

que se destina a proteger a mulher, em face de sua fragilidade dentro de um contexto histórico, social e cultural. Mas admite-se estender suas medidas protetivas, também, em favor de qualquer pessoa (sujeito passivo), desde que a violência tenha ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo. Nesse caso, a pessoa a ser protegida pode ser tanto o homem quanto a mulher.

Dias prevê a possibilidade de o sujeito passivo não ser necessariamente a mulher, quando a lei institui mais uma majorante ao crime de lesão corporal em sede de violência doméstica, se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. Justifica que, em se tratando de deficiente físico, como sujeito passivo de uma lesão corporal, a pena será aumentada de um terço, seja aquele homem ou mulher.⁽⁴⁾

A finalidade da posição aqui adotada é considerar como sujeito passivo tanto homem quanto a mulher, independentemente de tratar-se de pessoa portadora de deficiência. Para dar efetividade à lei, no sentido de conferir mais garantias aos sujeitos passivos, a doutrina, a jurisprudência e as autoridades competentes atuam de forma positiva diante das novas necessidades que surgem. A Lei foi criada nos termos do art. 226, § 8º, da CF/88, que inseriu em seu texto a proteção à família, na pessoa de cada um dos que a integram, quanto à criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não é a entidade familiar, em si, a que o Estado prestará assistência, mas ao marido, à mulher, aos filhos, segundo as necessidades de cada um, até mesmo em contraposição aos outros membros familiares.⁽⁵⁾ A sociedade deve cobrar do Estado atuação efetiva na implementação de medidas que promovam a extinção da violência. Em alguns Estados, Varas Especializadas de Violência Contra a Mulher já se encontram em funcionamento para dar efetividade à proteção constitucional, conferindo ao Legislativo a possibilidade de criação de norma específica, capaz de garantir as condições para cancelar determinadas situações cautelares a serem providas pelo Judiciário. O Estado passa a atuar no combate à violência contra a mulher, propondo alternativas para essas

demandas; alternativas estas, não só para as mulheres vítimas de violência e que precisam de proteção, mas também para todos os membros que integram a família, sob o respeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É imperioso que se estendam os benefícios da Lei aos discriminados que solicitarão proteção ao Judiciário, caso a caso, pois há interesse de agir, e o Judiciário não pode negar a prestação jurisdicional. Ademais, será que existe a possibilidade de aplicação analógica das medidas protetivas da Lei em favor do homem? Ou será caso de uma interpretação extensiva? A analogia no Direito Penal é proibida quando for utilizada de modo a prejudicar o

agente, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, uma vez que um fato não definido em lei como crime estaria sendo considerado como tal, seja estendendo seus elementos para além de sua própria natureza. Ainda que o fato possa ser moralmente reprovável, ou que os enunciados normativos sejam dúbios ou insuficientes em face dos objetivos sociais ou morais, o direito não pode servir de instrumento da política, da ideologia ou mesmo dos sentimentos; só pode atuar de conformidade com os estritos limites da legalidade e conforme a natureza das coisas. Atendendo a uma forma precisa de interpretação, nada impede que as medidas protetivas da lei sejam aplicadas. Isto porque se as medidas de proteção de natureza penal devem englobar a pessoa, como tal, será possível estender seus benefícios igualmente a todos os que se situem no mesmo contexto de proteção.

Tais medidas não têm um caráter efetivamente penal, mas sim civil, com abrangência no direito de família e no direito administrativo, setores esses que admitem uma interpretação extensiva ou até mesmo uma criação analógica com mais facilidade do que no Direito Penal. Não há impedimento que faça com que o Judiciário não atenda a quem está sendo ameaçado ou lesado de seus direitos. A primeira sentença proferida nesse sentido foi em Cuiabá, Mato Grosso, e, em decorrência dela, no mesmo Estado, surgiu posicionamento jurisprudencial que caminhou de forma inovadora, quando confirma e justifica

O sentido conferido pela CF/88 à proteção dos membros familiares conduziria à extensão da norma em favor do homem como consequência de um processo comparativo interpretativo, ainda que analógico.

até uma proteção futura para as partes, ao coibir, desde logo, com as medidas protetivas da Lei, possíveis violências e ameaças que possam surgir. Há, também, decisão em Minas Gerais, pronunciamento do Ministério Público de Santa Catarina, decisão do Juiz da mesma localidade, no Espírito Santo e no Rio Grande do Sul. Hoje, a extensão de aplicação da Lei é bem significativa. No Rio Grande do Sul, foi aplicada a Lei em favor de dois homens que mantinham uma união homoafetiva. As medidas foram deferidas a um dos homens, porque sofria ameaças de seu companheiro. Na decisão do Espírito Santo, a juíza argumentou que a sua decisão fora tomada com base no poder geral de cautela do juiz. “*Se ao juiz coubesse uma aplicação fria da lei, sem uma análise do caso concreto, bastaria ele lançar o problema para um computador resolvê-lo matematicamente*”, justificou a magistrada.⁽⁶⁾ O poder geral de cautela tem como finalidade afastar situações periclitantes e perigosas que poderiam pôr em risco o desenvolvimento ou o resultado finalístico do processo no qual se busca a satisfação material do direito pleiteado, sempre que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum damnum irreparabile*, a determinado caso fático, cuja previsão específica escapou ao legislador.⁽⁷⁾

Na Espanha, a lei sobre violência familiar tem gerado muita discussão e polêmica quanto à sua constitucionalidade, tal como a Lei Maria da Penha. A lei espanhola prevê penas mais rigorosas para homens que agridem mulheres. Mas, ao contrário, para as mulheres que agridem homens prevê também punição, só que menos rigorosa. Lá, diferentemente do Brasil, há legislação aplicável aos casos de violência contra o homem. Na ausência de lei aplicável, por que não se valer, aqui, de uma interpretação extensiva ou mesmo de uma analogia para a proteção civil dos necessitados? À primeira vista, poder-se-ia tratar de criação analógica, porque a lei não prevê expressamente que o homem seja beneficiário de tais medidas. Nesse caso, tomando-se em conta a semelhança de situações, criar-se-ia uma norma capaz de abarcá-las quando se tratasse de uma violência praticada contra o homem. Mas será que se trata mesmo da criação de uma norma? Na criação analógica, a norma não existe; só existe a situação de fato não regulada normativamente. Então, o julgador cria a norma, em face da semelhança de situações e a aplica ao caso concreto. No âmbito do contexto situado pela Lei, há referência a uma situação de fato semelhante: o ambiente familiar, doméstico ou de relacionamento íntimo, no qual se desenvolve a violência. Por outro lado, a norma do art. 226, § 8º,

da CF/88 confere proteção não apenas à mulher, como também a todos os membros de uma família. Vê-se, assim, que as medidas de proteção instituídas pela Lei são consequência de uma regulamentação constitucional. A Lei nada mais faz do que tornar eficaz o enunciado constitucional, conferindo-lhe aplicabilidade. Com isso, a norma constitucional deixa de ser de eficácia contida e passa a tornar-se de eficácia plena com relação à mulher.

Normalmente, diz-se que, na analogia, o elemento novo (no caso, o homem) não está compreendido como elemento positivo da norma (no caso, a mulher), mas sim como seu elemento negativo, enquanto que, na interpretação extensiva, seria meramente um elemento neutro. **Hassemer** afirma categoricamente que “*aplicar o direito é sempre um processo analógico. Uma norma jurídica não pode se estender sem recorrer a seu sentido, ao tertium comparationis, que serve de união dos diversos casos e possibilita sua comparação como casos da norma*”.⁽⁸⁾ Na visão tradicional, afirma-se que a proibição da analogia visa a comparar o fato com a descrição literal da lei, vedando que essa descrição literal seja ampliada. Mas, como leciona **Hassemer**, a descrição literal não pode ser apreendida sem que esteja associada ao sentido da norma. Diz ele que, “*uma vez que qualquer aplicação do direito é analogia e uma vez que não é possível entender a norma, salvo que se trate de uma questão trivial, se se renuncia ao tertium comparationis, não há possibilidade de assinalar limites claros entre interpretação permitida e analogia proibida*”.⁽⁹⁾ **Tavares** assinala que “*no fundo, todo processo de interpretação é um procedimento analógico. Negar esse fato não ajuda em nada para limitar o poder estatal. Pelo contrário, se se deixa a proteção vinculada unicamente ao plano conceitual abstrato, converte-se em letra morta o princípio da legalidade*”.⁽¹⁰⁾ Atendendo a isso, propõe **Hassemer** que a chamada proibição de analogia deve ser reservada àqueles casos em que se afetem direitos do acusado, em seu âmbito de liberdade, pois, então, estaria, nesse caso, também vedada uma interpretação extensiva. Uma vez que não se trate de restringir direitos subjetivos de liberdade do réu, mas conferir proteção ao homem, vítima de violência, tanto a analogia quanto a interpretação extensiva estariam permitidas. Haverá analogia se se entender que a Lei deva ser interpretada em seus estritos limites literais, que inclui apenas a mulher como sua beneficiária; nesse caso, a inclusão do homem, como elemento positivo da norma implica um nítido procedimento analógico. Haverá, porém, interpretação

extensiva, se entender que a Lei deva ser interpretada de acordo com seu sentido constitucional, estendendo sua proteção também ao homem. O sentido conferido pela CF/88 à proteção dos membros familiares conduziria à extensão da norma em favor do homem como consequência de um processo comparativo interpretativo, ainda que analógico. Mas como as medidas são de caráter civil e não penal, não estão vedadas ao serem estendidas ao homem. É garantir segurança a esses indivíduos, cessando futuras ameaças, lesões e até a morte. O que se busca é que, por meio do deferimento, a vítima se resguarde do bem maior que ela tem que é a vida.

Dessa forma, pode-se deduzir que a aplicação das medidas protetivas cautelares em favor do homem não implica inseri-las no procedimento específico criminal, pois, então, estar-se-ia diante de uma interpretação criadora, o que conduziria a uma analogia *in malam partem*. Se, no curso de um julgamento de um processo principal, aplicar-se, por exemplo, a Lei em favor do homem e em desfavor da mulher em todos seus efeitos, mais especificamente, retirando-lhe a possibilidade de composição civil dos danos, a transação penal com a possibilidade de cumprimento de penas não privativas de liberdade e a suspensão condicional do processo, estar-se-ão restringindo direitos relativos aos autores de crimes de menor potencial ofensivo, o que deve ser vedado, porque a inserção de um não legitimado de tal tutela não pode eliminar as garantias e prerrogativas conferidas pela Lei 9.099/95. Somente no caso da violência doméstica tratada no art. 129, § 9º, do Código Penal, que não limita os sujeitos passivos, é que se pode admitir uma exceção à regra da proibição da analogia ou da chamada interpretação extensiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto.** Abrangência da definição de violência doméstica. *Boletim IBCCRIM*, ano XVII, n. 198, Maio/2009.
- CARPENA, Márcio Louzada.** *Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DIAS, Maria Berenice.** *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice.** *Competência Criminal da Lei de Violência Contra a Mulher*. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060904210631861.
- HASSEMER, Winfried.** *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- PRADO, Luiz Regis.** *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.
- SILVA, José Afonso da.** *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de.** *Comentários a Lei de Combate à Violência Contra a Mulher*. Curitiba: Juruá, 2007.
- TAVARES, Juarez.** Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: INEJ, 1987.

NOTAS

- (1) **BITENCOURT, Cezar Roberto.** Abrangência da definição de violência doméstica. *Boletim IBC-CRIM*, ano XVII, n. 198, Maio/2009; da mesma forma, **PRADO, Luiz Regis.** *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, v. 2, p. 142.
- (2) **SOUZA, Sérgio Ricardo de.** *Comentários a Lei de Combate à Violência Contra a Mulher*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 46.
- (3) **GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice.** *Compe-*

- tência Criminal da Lei de Violência Contra a Mulher.* Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060904210631861. Acesso em 22.02.2009.
- (4) **DIAS, Maria Berenice.** *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.
- (5) **SILVA, José Afonso da.** *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 854.
- (6) Fonte: clipping@tj.es.gov.br.
- (7) **CARPENA, Márcio Louzada.** *Do Processo Cautelar*

- Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 162.
- (8) **HASSEMER, Winfried.** *Fundamentos del Derecho Penal*. Madrid, 1984, p. 336.
- (9) Idem.
- (10) **TAVARES, Juarez.** *Interpretación, principio de legalidade y jurisprudencia*, Madrid, 1987, p. 758.

Iara Boldrini Sandes

Professora de Direito Penal no Estado do Espírito Santo.
Advogada.

LOMBROSO ENTRE NÓS: A PERSISTÊNCIA DA PERSONALIDADE COMO CRITÉRIO DE AUMENTO DE PENA NO DIREITO BRASILEIRO

Marcel Soares de Souza

Eternizado como precursor da Criminologia, o médico italiano **Cesare Lombroso**, ao lado de **Raffaele Garofalo** e de **Enrico Ferri**, inaugurou a chamada Escola Positiva, movimento intelectual caracterizado pela tentativa de elaboração de uma etiologia do crime.

Os representantes de tal Escola, ao intitulá-la “positiva”, buscavam afirmar-se em contraposição à hegemonia que se dava até então no campo penal, no qual predominava um estudo formalista e abstrato do crime, preocupado em assentar os fundamentos filosóficos de um sistema lógico baseado no livre arbítrio, em que o crime figurava como *ente jurídico*.

Lombroso, entretanto, afirmava o caráter natural e ontológico do crime, buscando identificar os sinais físicos e antropológicos de um indivíduo delinquente, caracterizado por um processo de regressão atávica, da qual resultariam a rudeza dos traços, desproporções e deformidades físicas, propensões ao uso de tatuagens, agressividade e uma certa distorção na personalidade. Tornaram-se ícones, nesse contexto, os instrumentos de medição de crânio expostos hoje ao redor do mundo em museus dedicados a **Lombroso** e à história do que ficou conhecido como antropologia criminal.

Em que pesem as diferentes orientações da Escola Positiva – ênfase na determinação social (**Ferri**) ou psicológica (**Garofalo**) – **Lombroso** é a grande matriz metodológica de tais abordagens, caracterizadas pelo determinismo, pela crença na existência de leis naturais e imutáveis a governar os fenômenos e pela indução das conclusões a respeito das causas do crime.

No Brasil, o pensamento lombrosiano fez-se chegar por **João Vieira de Araújo**, que, do Recife, se encarregou de divulgar as ideias do médico italiano pelo Brasil (notadamente em São Paulo), e, posteriormente, por **Nina Rodrigues**, em seus estudos sobre as “raças humanas”.

As críticas a **Lombroso** são de todo conhecidas, e, de suas ideias, pode-se afirmar, até certo ponto, estarem superadas.

Lombroso compartilhou de uma orientação positivista e evolucionista que justificou a tomada violenta da África no século XIX, com base na inferioridade das raças que habitavam as colônias. O argumento era preciso: os negros, atávicos e involuídos, dotados de cérebros menores, só teriam por destino lógico o subjuço ao homem branco, europeu, *normal*. Seus métodos de pesquisa e observação partiam do estudo de presos já selecionados pelo sistema penal, o que lhe dava um ponto de partida limitado ao ignorar a seletividade prévia dos processos criminais, em uma confusão entre *causas de criminalidade* e *condições de criminalização*, como astutamente percebeu **Zaffaroni**. Ademais, uma questão epistemológica grave: como extrair da ordem do *natural*, do *fisiológico*, do *psíquico*, os fundamentos e o conceito do crime, sendo este pertencente a uma ordem humana e preso a um *dever-ser*?

Em grande medida superado nos meios acadêmicos, **Lombroso** ainda se faz sentir quando, por exemplo, percebemos a persistência da *personalidade* no art. 59 do Código Penal (bem como em demais diplomas vigentes, como é o caso da Lei 11.343/06) e a insistência dos tribunais em seguir lhe dando ouvidos.

É verdade que a Súmula 444/STJ vem sendo apropriadamente usada para impedir que inquéritos e processos inconclusos sejam usados para fins de aferição da personalidade, na primeira etapa do sistema trifásico de dosimetria penal. O problema, entretanto, não reside exatamente em *como* se determinar a

personalidade legalmente prevista, mas na questão da personalidade *em si*.

Nesse sentido, questões de três ordens deveriam recomendar o imediato afastamento do conceito de nosso corpo legislativo penal.

Não há qualquer consenso mínimo no terreno das ciências do comportamento que autorize uma visão razoável sobre o conteúdo de uma “personalidade desajustada”. É justamente por isso que, ironicamente, a Itália de Lombroso proíbe (...) o exame criminológico no curso do processo.

A primeira é intrassistêmica e diz respeito a certa incoerência. Em rápida análise, temos, no Brasil, um sistema legal penal baseado na dicotomia pena-medida de segurança, esta associada a uma noção de recuperação/tratamento de patologias que, à revelia da vontade pura de um agente, determinariam uma prática criminosa, e aquela derivada da responsabilidade (imputabilidade) do sujeito. A seguirmos tal distinção, se uma conduta é determinada por uma personalidade “desajustada”, “deformada”, ou mesmo “voltada à prática criminosa” – como constantemente se lê em decisões – qual a pertinência

da categoria *personalidade* dentro de um sistema de penas fundamentado na imputabilidade? Faz sentido que alguém tenha sua pena exacerbada com base em seu caráter ou seus traços de comportamento? Em um nível intrassistêmico, portanto, trata-se da incompatibilidade de um *direito penal do autor*, em uma principiologia orientada para um *direito penal do fato*.

Uma segunda ordem de questões toca à inconstitucionalidade da influência da *personalidade* no momento da fixação das penas. Ao estatuir a liberdade de consciência, a vedação da discriminação e a presunção de inocência, a Constituição Federal aponta para uma dupla proibição. A primeira delas diz respeito à impossibilidade de o Estado valer-se de juízos morais ou “moralizadores”

no campo jurídico. Ninguém pode ser, assim, penalizado por aquilo que é em termos políticos, religiosos, ideológicos, étnicos. O Estado não é somente laico, mas também amoral. A segunda de tais proibições é a de considerar-se elementos anteriores à prática do delito como critérios de exacerbação de pena. Explica-se: àquele que comete um homicídio simples deve corresponder exatamente a mesma pena daquele que, em condições idênticas, cometeu exatamente o mesmo crime, independentemente de juízos morais que possam recair sobre uma suposta “personalidade” essencial ou tendencialmente criminosa. Surge uma impossibilidade objetiva de atender-se ao princípio constitucional da fundamentação das decisões, sendo que, não raro, se faz referência em sentenças e acórdãos a uma personalidade “voltada à

prática de delitos”, em uma tautologia lógica e constitucionalmente inadmissível.

A terceira ordem de questões é, por assim dizer, externa. Não há qualquer consenso mínimo no terreno das ciências do comportamento que autorize uma visão razoável sobre o conteúdo de uma “personalidade desajustada”. É justamente por isso que, ironicamente, a Itália de **Lombroso** proíbe, em seu atual Código de Processo Penal, o exame criminológico no curso do processo. Ademais, as únicas consequências práticas da previsão de atribuir-se à personalidade o poder de elevar uma pena são a perpetuação de uma mentalidade evolucionista arcaica e o cultivo de um preconceito maniqueísta que divide o mundo entre amigos e inimigos, cidadãos de bem e criminosos, condutas normais e personalidades “desajustadas”.

Sobre esse pequeno termo escondido sob o art. 59 do Código Penal, doutrina e jurisprudência, salvo exceções, têm-se mantido silentes, ou assumido uma postura racionalizadora, amparada no mito de um legislador *a priori* sábio e infalível que, por algum motivo, deve ter feito constar no ordenamento positivo a referência à personalidade do agente.

À revelia da completa deslegitimação da busca pela etiologia do “homem delinquent” e da “personalidade criminosa”, **Lombroso** teima em “dar as caras” entre nós, discreto, mas presente, como a rua que leva seu nome na maior cidade brasileira.

Marcel Soares de Souza

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO MANIFESTAR-SE SOBRE A RESPOSTA À ACUSAÇÃO ANTES DE O JUIZ A APRECIAR?

Luiz Guilherme Rorato Decaro

Com o advento da Lei 11.719/08, o Código de Processo Penal sofreu profundas alterações em relação ao procedimento que deve ser adotado nas ações penais de ritos ordinário e sumário, dentre as quais se destaca a necessidade de o acusado, após o recebimento da denúncia, apresentar resposta à acusação,⁽¹⁾ nos termos do art. 396-A do CPP.

Ofertada a peça defensiva, os autos devem ser remetidos ao juiz oficiante, que poderá: *i*) absolver o acusado sumariamente, se presente uma das hipóteses do art. 397 do CPP; ou *ii*) dar seguimento à ação penal designando audiência de instrução, debates e julgamento, nos termos do art. 399 e seguintes do CPP. Nesse contexto, surge uma questão interessante, mas ainda pouco discutida pelos Tribunais pátrios: *quando o acusado apresenta defesa preliminar nas ações penais de ritos ordinário e sumário, os Magistrados têm determinado que os autos do processo sejam remetidos ao Ministério Público para que ele se manifeste sobre a peça defensiva e, feito isso, proferem sua decisão sem antes oportunizar nova vista à defesa. Será que isso é possível à luz do ordenamento jurídico brasileiro?*

A resposta é eloquentemente negativa! Por dois motivos:

Primeiro porque, quando se permite ao Ministério Público se manifestar após a defesa, compromete-se o pleno exercício do contraditório (art. 5º, LV, CF), o qual, na visão do Supremo Tribunal Federal, “*pressupõe o direito de a defesa falar por último, a fim de poder, querendo, reagir à opinião do Parquet. Afinal, na lição velha e clássica de Joaquim*

Canuto Mendes de Almeida, contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los, ou seja, ordem que implica possibilidade estrutural de realizar ações linguísticas ou reais de contradição, a título de reação regrada a ações da outra parte”.⁽²⁾

No mesmo sentido é o entendimento de **Rogério Schiatti Machado Cruz**, para quem “*o acusado (...), deve ter sempre assegurada a palavra por último (...) enquanto exteriorização concreta do princípio do favor defensionis. Isso porque, considerando-se a ação penal em sua inteireza, e não apenas em suas fases procedimentais estanques, o acusado estará sempre na posição defensiva, rebatendo a imputação que lhe foi endereçada pelo órgão acusatório (...)*”.⁽³⁾

Em outras palavras, se o Ministério Público rebate as teses suscitadas pela defesa em sua resposta à acusação, e, logo após, os autos são remetidos ao Magistrado oficiante, sem que seja oportunizada nova vista à defesa, o *Parquet* acaba falando por último e o acusado fica impossibilitado de replicar as novas considerações feitas pelo órgão acusatório, as quais, sem sombra de dúvidas, influenciarão o Magistrado na decisão quanto ao recebimento da denúncia e eventual absolvição sumária do acusado (art. 397 do CPP). Ou seja, além

do contraditório, também se viola o direito à ampla defesa.

Certamente não é esse o espírito da lei. Para chegar-se a tal conclusão, basta a simples leitura do Código de Processo Penal, que, em diversos dispositivos legais, deixa clara a ideia de que a defesa deve sempre falar por último. A título de exemplo: *i*) as testemunhas da acusação são ouvidas antes das arroladas pela defesa (art. 400, *caput*, do CPP); *ii*) é conferida vista dos autos ao Ministério Público, e, só depois, à defesa, para requerer diligências complementares (art. 402 do CPP); *iii*) bem como para memoriais (art. 403, *caput*, do CPP).

Portanto, quando o Ministério Público se manifesta sobre a resposta à acusação e o Magistrado não abre nova vista à defesa antes de apreciá-la, fulmina-se num só golpe o exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), direitos fundamentais cuja violação, por si só, constitui causa de nulidade absoluta.

Não obstante, ocorre também o desrespeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), uma vez que o Código de Processo Penal não faz qualquer previsão de, nos ritos ordinário e sumário, o Ministério Público se manifestar sobre a resposta à acusação

(...) o Código de Processo Penal não faz qualquer previsão de, nos ritos ordinário e sumário, o Ministério Público se manifestar sobre a resposta à acusação apresentada pelo acusado antes de ela ser apreciada pelo juiz oficiante.

apresentada pelo acusado antes de ela ser apreciada pelo juiz oficiante. Basta a leitura dos arts. 396-A e seguintes do CPP para chegar-se a essa conclusão. Inexiste qualquer previsão nesse sentido. Aliás, foi por esse motivo que o Superior Tribunal de Justiça, em duas ocasiões,⁽⁴⁾ entendeu que tal prática, além de ser vedada, também constitui causa de nulidade absoluta.

No julgamento do HC 172.345, o Desembargador convocado Celso Limongi deixou assentado em seu voto: “A manifestação do Ministério Público sobre a defesa preliminar – não prevista na legislação –, é causa de nulidade processual (...). E isto, porque houve inversão processual, com afronta ao devido processo legal. E não importa se os fundamentos apontados pelo Ministério Público Federal influíram, ou não, na decisão do MM. juiz de ratificar o recebimento da denúncia. Basta a inversão, com inoportuna manifestação do ‘parquet’, para caracterizar a nulidade argüida”.⁽⁵⁾

Nessa mesma linha, a Sexta Turma do STJ concedeu ordem de *habeas corpus* no HC 128.591, para desentranhar dos autos a manifestação ministerial, pois: “A não observância ao devido processo legal, na forma como previsto em lei, constitui ofensa ao preceito que veicula norma de direito fundamental, e, portanto, a nulidade que daí decorre jamais pode ser tida como meramente relativa. O desrespeito a direito fundamental tem por nota prejuízo ínsito e impossibilidade de convalidação”.⁽⁶⁾

Em que pese a clareza e a acuidade dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, Guilherme de Souza Nucci sufraga entendimento diverso, no sentido de que “antes de tomar eventual decisão absolutória, deve o magistrado determinar a oitiva do órgão acusatório, garantindo-se a aplicação do princípio do contraditório”,⁽⁷⁾ com fulcro no disposto no art. 409⁽⁸⁾ do CPP, aplicado por analogia aos ritos ordinário e sumário.

Com o devido respeito, esse argumento não prospera. A razão é simples: em 2008, o Código de Processo Penal passou por uma reforma drástica em relação aos seus procedimentos comum ordinário, sumário e, ainda, ao procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri.

Se o legislador realmente quisesse que, nos ritos ordinário e sumário, a exemplo do que ocorre no procedimento do Júri, o Ministério Público se manifestasse sobre as preliminares suscitadas pelo acusado na resposta à acusação, antes de os autos irem para o juiz oficiante, certamente tal previsão teria sido incluída nos arts. 396 e 397 do CPP, os quais foram alterados na mesma época que o art. 409 do CPP.⁽⁹⁾ Como isso não ocorreu, claro está que não era essa intenção do legislador e, por conseguinte, não há que se falar em aplicação analógica de referido dispositivo legal. Persiste, portanto, a ofensa ao devido processo legal.

Nessa conformidade, têm-se as seguintes conclusões:

i) Nos ritos ordinário e sumário, quando a resposta à acusação é ofertada, deve ela ser prontamente apreciada pelo Magistrado oficiante, sem que antes haja intervenção do Ministério Público sobre a peça defensiva;

ii) Quando os autos são remetidos ao Ministério Público para que ele se manifeste sobre a resposta à acusação e, feito isso, o Magistrado profere decisão sem antes abrir nova vista à defesa, há violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF);

iii) E se fosse aberta nova vista à defesa logo após o Ministério Público se manifestar sobre a resposta à acusação, a nulidade estaria sanada? Não, pois, nessa hipótese, muito embora o contraditório e a ampla defesa estejam sendo respeitados, persiste a violação ao devido processo legal que, na visão do STJ, representa causa de nulidade

absoluta, e, portanto, insanável.

NOTAS

- (1) No decorrer deste artigo utilizaremos as expressões “resposta à acusação” e “defesa preliminar” como sinônimas da manifestação prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal.
- (2) HC 87.926, Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 24.04.2008.
- (3) **CRUZ, Rogério Schietti Machado.** *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 94-95.
- (4) Essas foram as únicas decisões do col. STJ sobre o tema até a data em que este artigo foi concluído, 12 de outubro de 2011. O Pretório Excelso ainda não se posicionou sobre o tema.
- (5) Des. conv. Celso Limongi, Decisão Monocrática, Sexta Turma, DJe 19.08.2010.
- (6) Min. Arnaldo Esteves Lima, votação unânime, Quinta Turma, DJe 01.03.2010. No mesmo sentido, ver os seguintes precedentes de Cortes Estaduais: TJPR, Apelação Criminal 718.667-4, juiz Raul Vaz da Silva Portugal, DJPR 08.06.2011; TJDF, HC 2010.00.011599-1, Des. Alfeu Machado, j. 16.09.2010.
- (7) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 728. No mesmo sentido: **TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues.** *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 695; e **CAPEZ, Fernando.** *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 539, no entanto, com a seguinte ressalva: “Se o juiz abre vista para a acusação se manifestar sobre documento juntado pela defesa, não poderá sentenciar logo em seguida (RT, 650/279), pois a prerrogativa de falar por último constitui, para a defesa, manifestação natural da amplitude garantida pela Constituição, razão pela qual o seu desatendimento importa em nulidade absoluta do feito (RT, 615/348)”.
- (8) Art. 409 do CPP: “Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos em 05 (cinco) dias”.
- (9) Quando se diz que esses dispositivos foram alterados na mesma época, na verdade, a intenção é dizer que a modificação ocorreu na mesma reforma processual, no caso, a de 2008.

Luiz Guilherme Rorato Decaro

Advogado.

A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA LEI 12.403/11

Gabriel Bertin de Almeida

A recente Lei 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal, introduziu importantes novidades em nosso sistema de medidas cautelares. Quanto a uma dessas espécies de medidas, isto é, às prisões cautelares, as mudanças também foram significativas. O tema tem sido objeto de intenso debate.

Quanto à prisão preventiva, vê-se que foi finalmente elevada à posição de protagonista das prisões cautelares, passando a prisão em

flagrante a ter papel pré-cautelares, como já defendiam, há muito, boa parte da doutrina e da jurisprudência. Aliás, a possibilidade de sobrevida da prisão em flagrante, antes de julho de 2011, por tempo indeterminado, sem sua conversão em preventiva (e, portanto, sem a análise da existência do *periculum libertatis* e demais requisitos desta espécie de prisão), acabava penalizando justamente os mais pobres (nem sempre efetivamente assistidos pelas defensorias públicas), já que

aqueles com condições de contratar advogados, ao requerer sua liberação, acabavam obrigando os juízes e tribunais a tratarem da necessidade da manutenção da prisão. Atualmente, nos termos do art. 310, o juiz deve tomar uma entre três alternativas possíveis: relaxar o flagrante, convertê-lo em preventiva ou conceder a liberdade provisória. Não há mais a quarta hipótese, tão comum na prática forense: a manutenção do sujeito preso indefinidamente, deixado no limbo,

até que alguém reclamasse.

Voltando à preventiva, percebe-se que houve sensível modificação no art. 313. Em seu inciso primeiro, está prevista a necessidade de que o crime seja doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos. Antes, era possível a prisão nos crimes dolosos punidos com reclusão, seja qual fosse a quantidade de anos previstos como pena. A mudança reflete elementar juízo de razoabilidade e proporcionalidade, pois o acusado de crime com pena máxima de até 04 anos muito provavelmente não será encarcerado ao final do processo, seja porque terá direito a regime aberto, seja porque é possível, em tese, a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. Se assim não fosse, o processo passaria a ser mais gravoso ao acusado do que a própria pena, o que evidentemente não se pode admitir.

Nesse novo contexto, crimes como furto, receptação, homicídio culposo, entre muitos outros, não permitem, como regra, a prisão preventiva, salvo se o acusado já tiver sido condenado definitivamente por outro crime doloso (art. 313, inc. II). Há ainda a possibilidade de prisão, independentemente da pena prevista, quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

O parágrafo único do art. 313, por sua vez, inovou e criou novas hipóteses de cabimento da preventiva (quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação), visivelmente desnecessárias, pois que já eram contempladas pela prisão temporária (art. 1º, II, da Lei 7.960/89).

O art. 312, *caput*, porém, infelizmente não sofreu modificação. Interpretando-o literalmente, a prisão continua cabível como medida de garantia da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Sobretudo quanto à famigerada “ordem pública”, perdeu o legislador uma grande chance de evitar novas discussões sobre a prisão nessa hipótese. Como se sabe, é esse o requisito legal mais incompreendido e controverso de todo o sistema brasileiro de prisões cautelares.

Para além da manutenção do *caput*, criou o legislador um perigoso e desnecessário parágrafo único: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”. Perigoso porque sua redação pode sugerir, para algum

desavisado, uma medida natural, automática, decorrente do simples descumprimento de outras cautelares. Desnecessário porque o art. 282, § 4º, cumpre, com mais propriedade, a função pretendida pela lei, isto é, a de deixar claro que a prisão é a *ultima ratio*. Da leitura deste último dispositivo percebe-se o caráter excepcional da prisão preventiva, cabível em situações graves, que não podem ser tuteladas por nenhuma outra medida, e desde que ponderadas e justificadas cautelosamente suas hipóteses de cabimento.

De todo modo, apesar da manutenção da velha redação do *caput* do art. 312, sobretudo porque mantida a hipótese de prisão para a garantia da “ordem pública” (e da ordem econômica), é possível, nessa questão específica, apontar uma novidade na atual redação do Código de Processo Penal, que não tem sido objeto de devida reflexão. Trata-se da prudente previsão, nos incisos do art. 282, dos requisitos *gerais* das medidas cautelares. A redação é a seguinte: “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Como se vê, a partir de julho de 2011, todas as “medidas cautelares previstas neste Título”, inclusive a prisão preventiva do art. 312 e todas as novas medidas do art. 319, passaram a ter os requisitos *gerais* acima mencionados (art. 282, I e II, CPP). A prisão preventiva possui ainda seus requisitos *específicos*, previstos nos arts. 312 e 313 do mesmo Código.

Porém, quanto à prisão ora em discussão, a análise sistemática dos arts. 282, I, e 312 mostra uma discrepância, uma falta de sintonia entre eles. Ambos falam em cabimento da medida para a eficiente aplicação da lei penal e para a conveniência da instrução criminal (ou para a investigação antecedente). Essas duas hipóteses clássicas dizem respeito, como se sabe, à possibilidade de fuga e à possibilidade do investigado ou acusado intervir deletariamente na investigação ou na instrução penal, respectivamente. A terceira hipótese é a problemática. Enquanto o art. 282, I, fala do cabimento das medidas para “evitar a prática de infrações penais”, o

art. 312 fala em prisão para a “garantia da ordem pública” (ou econômica). Esta é a discrepância.

Sobretudo quanto à famigerada “ordem pública”, perdeu o legislador uma grande chance de evitar novas discussões sobre a prisão nessa hipótese. Como se sabe, é esse o requisito legal mais incompreendido e controverso de todo o sistema brasileiro de prisões cautelares.

Utilizar uma medida cautelar para evitar a prática de crime é algo bem diferente de sua utilização para garantir-se a tal ordem pública. A primeira hipótese é bem mais clara e, ainda, menos abrangente. Quando se fala em prisão preventiva para a garantia da ordem pública, os juízes e tribunais utilizam diversos fundamentos, sendo comuns os seguintes: o clamor público, a gravidade do crime, a necessidade de acautelar-se o meio social, a finalidade de restaurar a credibilidade da justiça, entre outras. Não raro tais expressões aparecem juntas. Porém, é sabido que estes fundamentos não têm acolhida pacífica em nossos tribunais. Muito ao con-

trário, como já tivemos oportunidade de argumentar, os tribunais, sobretudo os superiores, em regra, rejeitam a prisão nessas hipóteses, por considerarem inexistir motivo cautelar efetivo.⁽¹⁾ Situações de falta de tranquilidade social, decorrentes de crimes graves e da falta de confiança no sistema judiciário como um todo, não podem embasar decreto de prisão preventiva. Esse é o entendimento do STF há mais de uma década, que continua em plena vigência: “Prisão preventiva – Inadmissibilidade se ausente a demonstração, em concreto, do periculum libertatis do acusado. Irrelevância da gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, da reprovabilidade do fato e do conseqüente clamor público”.⁽²⁾ Ou, mais recentemente: “A gravidade do crime e o clamor social não servem à decretação da prisão cautelar”.⁽³⁾ E ainda: “2. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no tocante à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social alusivo à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública). 3. Não

se acha devidamente motivado o decreto de prisão que, quanto à ordem pública, sustenta risco à credibilidade da justiça e faz do clamor público fundamento da custódia preventiva. É que tais fundamentos não se amoldam ao balizamento constitucional da matéria".⁽⁴⁾

Assim, segundo esse entendimento, apenas outro fundamento, isto é, a periculosidade do agente, fundado na prevenção especial negativa, é motivo idôneo da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, já que apenas nessa hipótese o chamado *periculum libertatis* se faz presente. Nesse caso, a inocuidade, isto é, a prisão, teria caráter instrumental, impedindo que o agente perigoso praticasse novos crimes. Esse é o entendimento amplamente predominante nos tribunais superiores.

No contexto apresentado, nada mais natural, para adequar a lei à boa doutrina e à boa jurisprudência, e, sobretudo, para evitar a continuação da grave divergência, que a prisão preventiva deixasse de ser cabível "para a garantia da ordem pública" e passasse a caber tão somente "para evitar a prática de infrações penais", justamente porque o sujeito é perigoso. Se o legislador perdeu uma grande chance de adequar o art. 312 aos moldes constitucionais, excluindo a expressão "para a garantia da ordem pública",

é certo que a redação dada ao art. 282, I, através de uma simples interpretação sistemática, pode resolver a questão.

Essa trivial interpretação tem apoio no princípio que diz que a espécie não pode ser mais abrangente do que o gênero. Assim como os gatos não abrangem um universo maior do que o dos felinos, ou como as lagostas não se sobrepõem aos crustáceos, a prisão cautelar não pode ser mais abrangente do que as medidas cautelares em geral. Muito menos a subespécie prisão preventiva para a garantia da ordem pública pode abranger um universo maior do que aquele formado por todas as medidas cautelares. Em outras palavras, se as medidas cautelares (gênero) cabem para evitar a prática de infrações penais, não poderia a prisão preventiva (espécie) continuar cabendo para garantir a ordem pública, na multiplicidade de fundamentos que ainda encontramos, sobretudo nas instâncias inferiores, pois teríamos uma espécie se sobrepondo ao gênero, já que a segunda hipótese é sabidamente muito mais abrangente do que a primeira. Se é certo que uma medida cautelar não cabe para restaurar a credibilidade da justiça, ou em razão da gravidade do crime ou do clamor público, porque a prisão caberia nessas hipóteses?

Assim, ou interpreta-se sistematicamente o art. 312, em conformidade com o art. 282, I (que não só o antecede, mas que também lhe impõe limites, pois traz normas gerais), para que só se admita a prisão preventiva para a garantia da ordem pública com o fim específico de evitar novos crimes, ou continuamos tratando o Direito como uma ciência menor, alheia aos princípios mais gerais e universais do conhecimento humano, solidificados na história.

NOTAS

- (1) ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 44, São Paulo: RT, jul.-set./2003, p. 71-85.
- (2) STF, Recurso Ordinário em HC 79.200-6-BA, 1ª T., j. 22.06.1999, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
- (3) STF, HC 99.072-PI, 2ª T., j. 08.09.2009, rel. Min. Eros Grau.
- (4) STF, HC 102.065-PE, 2ª T., j. 23.11.2010, rel. Min. Ayres Britto.

Gabriel Bertin de Almeida

Mestre e Doutor em Filosofia pela USP.

Professor de Direito Penal e

Processual Penal na PUC/PR.

Membro do IBCCRIM e do IDDD.

Advogado.

RELEITURA DO CRIME PREVISTO NO ART. 89 DA LEI DE LICITAÇÕES

Rodrigo Gomes Monteiro

Há tempos vêm decidindo nossos Tribunais que o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 é de mera conduta, sufragando o entendimento segundo o qual seria dispensável a prova do prejuízo para atrair a incidência da lei penal.⁽¹⁾

Sob os auspícios da mais moderna doutrina, essa visão formalista do Direito Penal deve ceder espaço ao conceito de tipicidade penal de cunho constitucionalista, a exemplo do que vem sendo sustentado por **Luiz Flávio Gomes**,⁽²⁾ conquanto não mais se coaduna com o Estado constitucional, democrático e garantista de Direito.

Em sendo assim, faz-se de suma importância a verificação do resultado da conduta, vale dizer, aferir se houve ou não lesão concreta ao bem jurídico protegido (prejuízo ao erário), para perfazer a tipicidade da conduta glosada pela norma penal especial, qual seja, a de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Coerentemente com o princípio da ofensividade,⁽³⁾ quando ausente dano ao erário,

não haverá espaço para se falar em tipicidade material do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações.

Tal entendimento, aliás, encontra ressonância não só na doutrina,⁽⁴⁾ como na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, como se extrai, exemplificativamente, dos seguintes precedentes: APN 261, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 05.12.2005; APN 323, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 05.10.2005, DJU 13.02.2006; APN 375, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 04.04.2006.

E nem poderia ser diferente.

Na perspectiva da tipicidade conglobante,⁽⁵⁾ o exercício do poder punitivo não pode se tornar uma irracionalidade. Diz-se mais. Deve existir coerência na aplicação do Direito, considerado como um todo.

Não é o que se vê na hipótese em exame.

O próprio STJ,⁽⁶⁾ assim como o TJSP,⁽⁷⁾ na análise do ilícito civil (art. 10, inc. VIII, da Lei 8.429/92) cuja conduta reprimida é a mesma, vem decidindo que sem a prova do prejuízo concreto ao erário e do dolo do agente não há que se falar em improbidade

administrativa.

Dáí porque, longe de querer contornar a independência das instâncias (realmente não é essa a lógica do raciocínio), mas enfatizando a subsidiariedade do Direito Penal e a própria necessidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é que se sustenta a superação da classificação do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações como sendo de mera conduta.

A confirmar a coerência dessa exegese (mesma interpretação para as leis ordinárias de 1992 e 1993), de exigir-se prova do dano ao erário para configuração do ato de improbidade e do crime, convém salientar disposição da Lei das Inelegibilidades (LC 64/90) com redação dada pela LC 135/10 (Lei da "Ficha Limpa"), que considera inelegível para qualquer cargo "os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 08 (oito)

anos após o cumprimento da pena” (art. 1º, inc. I, alínea *h*).

Se o legislador considerou o dolo e o prejuízo ao erário como requisitos para ensejar a hipótese de inelegibilidade por ato de improbidade (como já sedimentado pela jurisprudência do STJ), por razões lógicas, os mesmos requisitos devem ser observados na hipótese de crime, que igualmente traduz causa de inelegibilidade (art. 1º, inc. I, alínea *e*, número 1).

Essa, em nossa opinião, a melhor hermenêutica para aplicação das normas restritivas de direitos no âmbito cível e criminal que deságuam no cerceamento de direitos políticos: prova do dolo e do prejuízo ao erário são indispensáveis para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, inc. VIII, da Lei 8.429/92 e do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93.

Outra questão interessante que merece maiores reflexões diz respeito à aplicação da norma diante de condutas praticadas por prefeitos ou vereadores.

Parece-nos clara a inconstitucionalidade da pena prevista no art. 89 da Lei 8.666/93, por ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade ao dispensar tratamento mais severo para conduta idêntica à prevista no Dec.-lei 201/67 (art. 1º, inc. XI).

Efetivamente, o bem jurídico protegido tanto pela Lei 8.666/93 (art. 89) como pelo Dec.-lei 201/67 (art. 1º, inc. XI, § 1º) é o mesmo: o patrimônio público.

Nesta ordem de ideias, revela-se de patente inconstitucionalidade o preceito secundário do art. 89 da Lei de Licitações, ao punir mais severamente a conduta daquele que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à

inexigibilidade (detenção de 03 a 05 anos, e multa), do que de quem adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei (detenção de 03 meses a 03 anos), conforme redação do art. 1º, inc. XI, em combinação com o § 1º, do Dec.-lei 201/67.

Não bastasse a ofensa ao princípio da isonomia, o vício de inconstitucionalidade também se revela pela afronta ao princípio da proporcionalidade, ínsito ao Estado Democrático de Direito.

Por tais breves considerações, conclui-se que o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 é de resultado e não de mera conduta, não se olvidando que o preceito secundário do dispositivo legal em questão padece de inconstitucionalidade, por ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, ao dispensar tratamento mais severo para conduta idêntica àquela prevista no art. 1º, inc. XI, do Dec.-lei 201/67.

(...) mas enfatizando a subsidiariedade do Direito Penal e a própria necessidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é que se sustenta a superação da classificação do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações como sendo de mera conduta.

lidade, ao dispensar tratamento mais severo para conduta idêntica àquela prevista no art. 1º, inc. XI, do Dec.-lei 201/67.

NOTAS

- (1) O tipo previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 é delito de mera conduta, não exige dolo específico, mas apenas o genérico, representado, portanto, pela vontade de contratar sem licitação, quando a lei expressamente prevê a realização do certame (STJ, 6ª Turma, HC 113.067/PE, rel. Min. Og Fernandes, j. 21.10.2008). Em igual sentido, dentre tantos outros precedentes: TJSP, 15ª Câmara de Direito Criminal, Apelação 0002763-72.20058.26.0430, rel. Des. J. Martins, j. 22.09.2011; TJRS, 4ª Câmara Criminal, Ação Penal - Procedimento Ordinário n. 70043547785, rel. Des. Gaspar Marques Batista, j. 29.09.2011.
- (2) *Direito penal, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 268 e ss.
- (3) Partindo-se da premissa de que o desvalor do resultado (resultado jurídico) é o fundamento primordial do delito (do injusto penal), não há dúvida de que esse Direito Penal (da ofensividade) não se coaduna com o perigo abstrato (que é

inconstitucional e inválido dentro do Direito Penal) (GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal...cit.*, p. 283).

(4) Quando a conduta realiza formalmente o tipo penal (caso do art. 89, *caput*), mas não produz nenhum resultado jurídico desvalioso, não há que se falar em lesão ao bem jurídico. A contratação sem licitação fora das hipóteses autorizadas por lei é formalmente típica, mas não materialmente típica quando não produz lesão ao bem jurídico protegido (erário público). Por falta de ofensa concreta ao bem jurídico, não há que se falar em tipicidade penal (GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal...cit.*, p. 285-286). “Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação direta, mas na produção de um resultado final danoso (...). Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração” (FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*, 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 830).

(5) ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 46q e ss.

(6) “Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo” (2ª Turma, REsp 621.415/MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.05.2006, p. 134). No REsp 480.387/SP, relatado pelo Min. Luiz Fux, 1ª Turma, está confirmado o entendimento acima enfocado, isto é, não demonstrado o prejuízo ao patrimônio público não há improbidade administrativa.

(7) As condutas tipificadas no art. 10 da Lei 8.429/92 exigem que o autor demonstre a lesão efetiva ao erário, não bastando a lesão presumida (TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível com Revisão 603.922-5/2-00, rel. Des. Torres de Carvalho). Ainda: “Sem um ato intencional e a ocorrência de enriquecimento ilícito do agente ou de prejuízo ao erário, a terceiro, ou de ofensa aos princípios da administração pública não se há falar em ato ilícito que imponha o dever de reparar” (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, AC 56.235-5, Rel. Des. Rui Stoco, j. 21.03.2000).

Rodrigo Gomes Monteiro

Especialista em Direito Penal
pela Escola Paulista da Magistratura.
Advogado.

PARTICIPE
POR ACREDITAR

ACOMPANHE O IBCCRIM

twitter

facebook

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO DO PRETENSO OBJETIVO PUNITIVO: O DESVELAMENTO DO LIMITADO PODER DO CONTROLE PENAL

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Desde a primeira edição do livro que é tido como fundante em matéria de expansão do Direito Penal, em 1999, **Silva Sánchez** aponta e descreve tal fenômeno como marcante na sociedade contemporânea. Na terceira edição desta obra, publicada em 2011, ou seja, mais de uma década decorrida, o autor continua categórico ao afirmar no seu inédito epílogo: “*Não se discute a constatação fundamental de que o direito penal cresce por todas as partes*”.⁽¹⁾ É neste mesmo período – e até alguns anos antes – que se percebe, no Brasil, uma instigante produção legislativa em matéria criminal, a qual se apresenta essencialmente marcada por uma postura punitivista.

Diversas são as circunstâncias que permeiam tal cenário, de modo que a busca por uma causa em específico se caracteriza como reducionista, visto que tanto a violência como a sua tutela estatal são fenômenos densamente complexos. Sustenta-se, portanto, que o estudo desta matéria deve ser direcionado em diversos sentidos, de modo a elucidar os inúmeros pontos que a influenciam.

Neste diapasão, o presente artigo pretende demonstrar uma motivação do crescimento excessivo do âmbito de atuação punitiva estatal que pode ser auferida a partir da constatação justamente de suas limitações na tutela das relações sociais em geral. O Direito Penal sempre sustentou um pretense discurso de máxima eficácia no controle dos cidadãos de modo a, frequentemente, ser apontado como o melhor, se não único, meio de “proteger” a sociedade. Tal ideia é basilar desde os primórdios da dogmática penal, mas tornou-se praticamente uníssona a partir do clamor punitivista e do medo generalizado que têm tornado a tutela penal em *prima ratio* e renegado o princípio da intervenção mínima. Surgem, então, diversos questionamentos a respeito da legitimidade de tal expansão e, também, sobre os fundamentos do poder punitivo em aspecto amplo: “*Como resultado da magnitude destes problemas, a sociedade acaba por viver uma intensa fase de insegurança, clamando por maior rigidez de controle, no intuito de reduzir as margens dos riscos através de decisões punitivas, clamando o direito penal a expandir suas áreas já contempladas de atuação, iniciando, no âmbito da esfera jurídico-penal, um verdadeiro conflito sociológico, gerando muitas controvérsias acerca da legitimidade desta proteção*”.⁽²⁾

Inicialmente, devemos analisar o discurso teórico que sustenta o ideal de eficiência do controle punitivo da criminalidade, pois percebe-se no Direito Penal moderno a cren-

ça em sua capacidade de controlar e assim proteger a sociedade a partir da repressão às condutas criminalizadas. Neste ponto, **Salvo de Carvalho** elucida a “primeira ferida narcísica do Direito Penal” que se tornou cristalina com a definição de cifra oculta: “*(...) os estudos da etnometodologia e do interacionismo simbólico relativos às cifras ocultas da criminalidade revelaram que, apesar do poder criminalizador das agências penais, não há mínima correspondência, no plano da eficácia, entre o processo de criminalização primária e de criminalização secundária. Assim, existe inevitável diferença entre a seleção das condutas criminalizadas pelo Poder Legislativo (criminalização primária) e a efetiva atuação dos aparelhos repressivos na dissuasão de delitos praticados pelas pessoas vulneráveis à incidência do mecanismo penal*”.⁽³⁾

A ideia de cifra oculta em âmbito penal firmou-se especialmente a partir da obra de **Edwin Sutherland**, intitulada *White Collar Crime*. Em tal livro, o autor busca a desmitificação da premissa de que crimes são cometidos com maior frequência por pessoas de classes socioeconômicas mais baixas e, com isso, sustenta a invalidação das teorias criminológicas que afirmam ser a pobreza e as patologias a essa relacionadas as causas primárias da criminalidade, ou seja, uma ruptura com o paradigma etiológico-positivista. Para tanto, **Sutherland** realiza pesquisa empírica em diversas das mais importantes empresas da época nos Estados Unidos e conclui que em sua grande maioria já havia ocorrido crimes, embora tenham existido mecanismos de seleção que evitaram a persecução e punição em tais casos. Ele afirma que “*muitos tipos de violações legais são comuns em toda a área industrial, de modo que praticamente todas as firmas na indústria violam a lei*”.⁽⁴⁾ Partindo-se desse pensamento, tem fundamento a ideia de que o delito é um fato normal da sociedade, e que a persecução estatal não consegue dar conta de tal complexidade, pois, segundo **Alessandro Baratta**, “*a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos*

estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade”.⁽⁵⁾

Portanto, pensava-se que o Direito Penal era capaz de tutelar com isonomia todas as formas de criminalidade e assim controlar as relações sociais para proteger a sociedade das atividades delitivas. Mas, com o apontamento das diversas possibilidades de seleção, assentou-se a definição de cifra oculta, o que acabou por questionar toda a fundamentação do poder punitivo como repressor homogêneo de condutas criminalizadas: “*A anamnese realizada pela criminologia evidencia, portanto, ser puramente retórico o discurso da reprodução igualitária da criminalização, pois apesar de estabelecer universalmente (igualdade formal) as normas definidoras de ilícitos, a atuação das agências ocorre, invariavelmente, de forma seletiva (desigualdade material)*”.⁽⁶⁾

Conclui-se, desse modo, que o Direito Penal não apresenta de fato a capacidade de responder adequadamente aos conflitos que teoricamente pretende solucionar, pois sua real atuação é direcionada e seletiva, devendo, portanto, ser subsidiária e pautada pelo princípio da intervenção mínima, zelando pelos diversos direitos e garantias fundamentais.

Como consequência desta primeira ferida narcísica, **David Garland**⁽⁷⁾ sustenta que a expansão do Direito Penal se apresenta como uma adaptação irracional por parte do Estado, que teve seus limites expostos pelo constante aumento nas taxas de criminalidade e pela sua incapacidade em controlar tal fato. Neste sentido, percebe-se a resposta estatal não como sinal de força do poder estatal, mas, na verdade, como uma demonstração de sua fraqueza, pois o aumento da criminalização e de suas políticas relacionadas seriam uma tentativa de reforçar o que já é, há muito tempo, ineficaz na prática.

Embora se tenha como conclusiva a crítica criminológica realizada em relação à real eficácia do poder punitivo, há quem ainda sustente e reproduza o discurso potencializador do sistema criminal, negando a cristalina disfunção entre o pretendido e o real fim do Direito Penal. Especialmente com a

Neste sentido,
percebe-se a resposta
estatal não como
sinal de força do
poder estatal, mas,
na verdade, como
uma demonstração
de sua fraqueza,
pois o aumento da
criminalização e
de suas políticas
relacionadas seriam
uma tentativa de
reforçar o que já é,
há muito tempo,
ineficaz na prática.

concepção da “sociedade do risco”, ressurgiu o ideal de máxima prevenção e controle por meio do poder estatal, de modo ainda mais exorbitante em sua autoimagem: “A *potência narcísica do discurso é exposta quando da atribuição ao direito penal da responsabilidade de garantir a proteção dos principais interesses da Humanidade, inclusive dos interesses das gerações futuras*”.⁽⁸⁾

Percebe-se, portanto, a necessidade de distinção entre as pretensas e as reais funções do Direito Penal. Conclui-se que, no cenário atual, com a crescente definição de riscos e medos, o poder punitivo ressurgiu na figura de solução dos problemas sociais, mas, na verdade, acaba por reproduzir de modo mais exasperado as desigualdades sociais, pouco ou nada contribuindo para a redução da criminalidade. Com a sua expansão acrítica e a relativização infundada de suas garantias, o Direito Penal perde a sua característica mais

admirável – ser uma das expressões do processo civilizatório da humanidade. Neste sentido, aponta **Fabio D’Avila**: “*O direito penal não é, definitivamente, apenas um instrumento de solução de conflitos. Ele é muito mais do que isso. O direito penal consiste em um verdadeiro legado civilizacional. Foi no âmbito do direito penal e por meio dele que foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, em termos axiológicos, inúmeras constituições ao redor do mundo*”.⁽⁹⁾

NOTAS

- (1) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María**. *La expansión del Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011, p. 189.
- (2) **GUZELLA, Tathiana Laiz**. A expansão do Direito Penal e a sociedade do risco. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 3073. Disponível em: <<http://www.docstoc.com/docs/25011277/3070>>. Acesso em 24 de junho de 2011.
- (3) **CARVALHO, Salo**. *Antimanual de criminologia*. Rio

de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.

- (4) **SUTHERLAND, Edwin**. *White Collar Crime*. New Haven: Yale University Press, 1983, p. 228 (tradução livre).
- (5) **BARATTA, Alessandro**. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/ Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 103.
- (6) **CARVALHO, Salo**. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.
- (7) **GARLAND, David**. *Culture of Control*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 103-110.
- (8) **CARVALHO, Salo**. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.
- (9) **D’AVILA, Fabio Roberto**. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 41, abr.-jun./2011, p. 96.

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS.

Bolsista de iniciação científica

PBIC/CNPq desde 2009.

Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUC/RS.

DESCASOS

OS TRÊS P’S...E MAIS ALGUNS

Alexandra Lebelson Szafir

Uma velha anedota de gosto duvidoso diz que, no Brasil, só vão para a cadeia os famosos três p’s: pretos, pobres e prostitutas. Se há alguma verdade nisso, pode-se dizer que o destino conspirou contra Ademir, pois ele era um verdadeiro P ambulante, Predestinado, Portanto, à Prisão: era Preto, Pobre e Pintor de Paredes. Tomou uma Pinga e Procurou uma Prostituta, que furtou todo o seu dinheiro enquanto ele cochilava. Procurou a Polícia, que nada fez para ajudá-lo, limitando-se a dizer que aquele tipo de ocorrência era comum na região. Então, decidiu agir por si próprio.

Procurou a moça e tomou-lhe a carteira. Ela fez um escândalo, e aí, sim, a Polícia agiu. Ele foi preso em flagrante e processado por roubo.

Quando o conheci, eu visitava um cliente no 11º Distrito Policial, em cuja carceragem ele estava preso.

Enquanto eu conversava com meu cliente, um oficial de justiça chegou para intimá-lo da sua sentença. Vi que ele tinha um olhar esperançoso, e baixou a cabeça, profundamente decepcionado, quando tomou ciência de que fora condenado. Não é uma reação comum. Quando o sujeito é culpado, embora, evidentemente, não fique feliz com a condenação, de certa forma sabe que ela poderá vir, não se podendo dizer que fique *desapontado*.

Não resisti e perguntei-lhe o que tinha acontecido. Quando ele me contou a sua história, comentei que era uma pena não haver provas de ele ter chamado os policiais antes de cometer o suposto “roubo”, pois isso

teria sido uma importante evidência em seu favor. Afinal, qual é o assaltante que chama a polícia antes de cometer o crime?

Ele respondeu-me que, na verdade, os policiais *tinham* deposto, confirmando a história dele perante o juiz.

Confesso que achei que ele estava se confundindo: decerto, os policiais tinham falado informalmente com o Delegado de Polícia no momento da prisão e não perante o juiz. Afinal, repita-se: que juiz o condenaria se estivesse provado que Ademir chamara a polícia antes do suposto assalto?

Fui ver o processo e, estupefata, verifiquei que Ademir tinha razão: os policiais tinham, mesmo, confirmado

perante o juiz que ele os havia procurado, dizendo que tinha sido roubado. Confirmaram, ainda, que nada fizeram.

Mas o magistrado o condenara mesmo assim.

É óbvio que Ademir se viu naquela situação por ser pobre, a começar pelo “crime” em si: se, ao invés de um pobre pintor, os policiais tivessem sido procurados, por exemplo, por um “*mauricinho*”, ou qualquer outra pessoa em condições de exigir seus direitos,⁽¹⁾ certamente eles teriam atendido

ao chamado e procurado a prostituta.

A cadeia de consequências por ele ter cometido o pecado mortal de ser

Enquanto eu conversava com meu cliente, um oficial de justiça chegou para intimá-lo da sua sentença. Vi que ele tinha um olhar esperançoso, e baixou a cabeça, profundamente decepcionado, quando tomou ciência de que fora condenado. Não é uma reação comum.

profissional desinteressado foi terrível: sem condições financeiras de constituir advogado particular, foi-lhe nomeado um defensor dativo, com quem ele nunca chegou a conversar (os fatos aqui narrados ocorreram antes da existência da Defensoria Pública no Estado de São Paulo).

O juiz, pelo visto, também não estava muito interessado, pois *ignorou* o depoimento dos policiais na parte em que eles contaram terem sido chamados por Ademir *antes* que este cometesse o suposto “*assalto*”.

Fizemos a apelação, e, finalmente, com a concordância do Procurador de Justiça, Ademir foi solto, não sem antes ter passado cerca de um ano na cadeia.

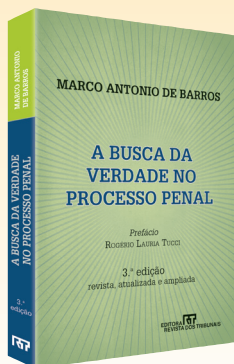
NOTAS

- (1) A rigor, toda a população deveria estar em condições de exigir seus direitos. Mas, infelizmente, não temos ainda uma cultura de cidadania, especialmente nas camadas sociais mais humildes.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada (aleszafir@uol.com.br).

LANÇAMENTO

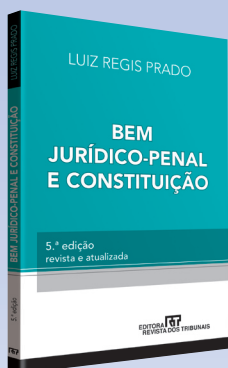


A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

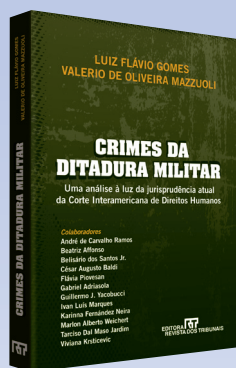
AUTOR:
MARCO ANTONIO DE BARROS

Obra essencial para os que lidam no foro criminal, o autor dedica-se à sua busca e análise, nesse sentido, a atuação de todos os envolvidos – imputado, ofendido, juiz, MP, defensor, perito, testemunhas, servidores da Justiça, polícia judiciária –, as causas que limitam o uso da prova – como a ilicitude de sua obtenção e os direitos invioláveis –, as que interferem no seu exame, a questão do princípio da proporcionalidade e as formas de estímulo à produção da verdade (delação premiada e programas de assistência a vítimas e testemunhas que colaboram com a investigação).

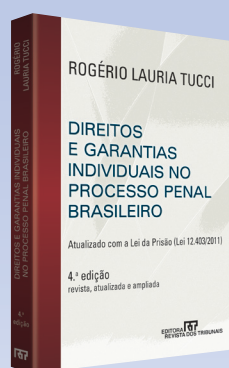
CONHEÇA TAMBÉM



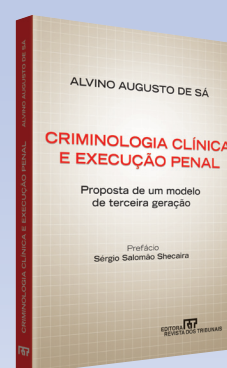
▲ **Bem Jurídico-penal e Constituição**
Luiz Regis Prado



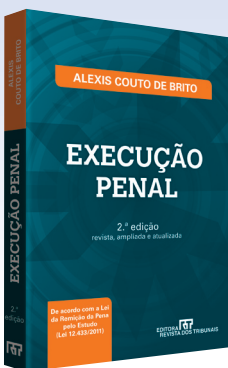
▲ **Crimes da Ditadura Militar**
Luiz Flávio Gomes e
Valerio de Oliveira Mazzuoli



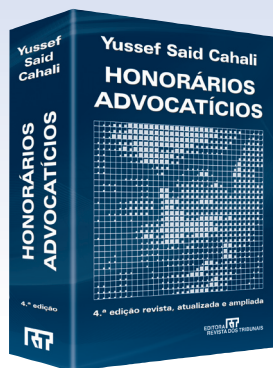
▲ **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**
Rogério Lauria Tucci



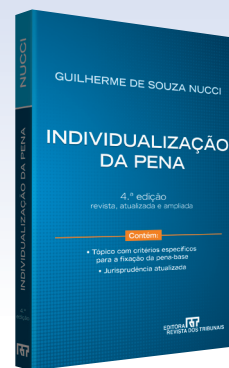
▲ **Criminologia Clínica e Execução Penal**
Alvinho Augusto de Sá



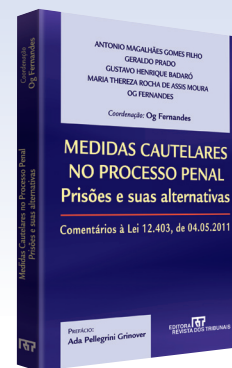
▲ **Execução Penal**
Alexis Couto de Brito



▲ **Honorários Advocáticos**
Yussef Said Cahali



▲ **Individualização da Pena**
Guilherme de Souza Nucci



▲ **Medidas Cautelares no Processo Penal**
Coordenador: Oq Fernandes

Nov/17/P.NL/CF/L/I

livraria
RT

www.livrariart.com.br

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

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