

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

OBRIGATORIEDADE DE VOTO DO PRESO PROVISÓRIO

Em outubro de 2008, haverá eleições para escolha de prefeito, vice-prefeito e vereador, em todo o Brasil. A preparação das eleições é, sem dúvida, complexa. Os Tribunais Eleitorais devem garantir que todos aqueles que têm o direito e a obrigatoriedade de voto possam concretizar esse ato essencial à democracia.

Os presos provisórios não votam em todos os Estados, no Brasil. A Associação dos Juízes para a Democracia, bem como outras entidades não-governamentais, têm trabalhado para que o direito de voto do preso provisório seja exercido. Nos Estados de Amazonas, Ceará, Pará, Espírito Santo, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Sergipe já têm sido adotadas medidas para que o direito de voto seja assegurado ao preso provisório. Recentemente, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro instituiu seção eleitoral em delegacia policial.

Em São Paulo, Estado em que os centros de detenção provisória têm superlotação evidente, não está planejado o exercício de voto pelo preso provisório. O Código Eleitoral prevê expressamente, no artigo 136, que deverão ser instaladas seções eleitorais nos estabelecimentos de internação coletiva onde haja pelo menos cinquenta eleitores. A Resolução do Superior Tribunal Eleitoral nº 22.712/08 dispõe, no artigo 19:

“Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, poderão criar seções eleitorais especiais em penitenciárias, a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto.

§ 1º Na hipótese deste artigo, será permitida a presença de força policial e de agente penitenciário a menos de 100 metros do local de votação.

§ 2º Aos mesários da seção referida no caput não se aplicará o disposto no § 4º do art. 10.

Art. 20. Para votar nas mesas receptoras relacionadas nos arts. 15 e 19, o alistamento deverá ser solicitado para aquelas seções até o dia 7 de maio de 2008 (Lei nº 9.504/97, art. 91, caput). ”

Não obstante as disposições legais e regulamentares, não obstante pedidos expressos da Procuradoria Regional Eleitoral e da Defensoria Pública ao Tribunal Regional Eleitoral em São Paulo, não foram instaladas seções

eleitorais nos estabelecimentos prisionais que abrigam presos provisórios no Estado.

O voto do preso provisório é importante sob diversos aspectos da democracia: 1) O preso provisório tem preservados os direitos políticos e está, portanto, obrigado a votar. O Estado não pode suprimir a obrigatoriedade do voto estabelecida no artigo 14, I, da Constituição; 2) Por meio do voto, os presos provisórios podem escolher o representante que afirme e reafirme posturas que viabilizem condições dignas de encarceramento, que se comprometa com a inclusão do egresso no mercado de trabalho, com a viabilização de medidas alternativas à privação da liberdade; 3) A representatividade, concretizada pelo voto, tira os presos de asilo social que vai muito além da privação à liberdade.

Na medida em que os presos não votam, deixam de despertar a atenção daqueles que realizam as políticas públicas. A exclusão social e política dos privados de liberdade acarreta despersonalização e desumanização proibidas em sociedade que tem como ideal o respeito à integridade e à dignidade da pessoa.

No dia 19 de junho de 2008 realizou-se, na Procuradoria Regional da República em São Paulo, audiência pública para a “Inclusão Eleitoral do Preso Provisório”, para a coleta de informações e subsídios que possibilitem atuação que resulte na implantação de urnas nos estabelecimentos prisionais.

Espera-se que o trabalho e a reunião de esforços resultem em providências efetivas do Tribunal Regional Eleitoral e dos juízes eleitorais, garantindo-se à população carcerária ainda não definitivamente condenada representatividade capaz de impulsionar reformas e medidas que lhe proporcionem a conservação da dignidade. O Estado tem o dever de viabilizar o voto do preso provisório. O dever decorre da Constituição, pois o voto é obrigatório e a prisão não tem como releva a obrigação de votar daquele que mantém, íntegros, os direitos políticos. Com a prisão, a obrigatoriedade de voto do maior de dezoito anos transmite-se ao Estado que guarda a pessoa presa, obrigado a criar condições para o cumprimento do dever de voto.

A exclusão social e política dos privados de liberdade acarreta despersonalização e desumanização proibidas em sociedade que tem como ideal o respeito à integridade e à dignidade da pessoa.

EDITORIAL:

- **OBRIGATORIEDADE DE VOTO DO PRESO PROVISÓRIO** 1
- **O ABSURDO “SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES” APÓS DENÚNCIA OFERECIDA**
Délío Lins e Silva Júnior 2
- **NOVO MARCO DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL: UMA NECESSÁRIA LEITURA GARANTISTA**
Alamiro Velludo Salvador Netto e Luciano Anderson de Souza 4
- **A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES FALENCIAIS**
André Adriano do Nascimento Silva 6
- **O RASGO NA REDE DE PROTEÇÃO - UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS RESPOSTAS DO ESTADO BRASILEIRO AOS FENÔMENOS DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO**
Domingos Barroso da Costa 7
- **AS GARANTIAS “FORA DO LUGAR”**
Juliana Cardoso Benedetti 9
- **EM BUSCA DA RACIONALIDADE PERDIDA**
Cristiano Ávila Maronna 10
- **PECULATO-FURTO E CONCURSO DE AGENTES**
Mohamad Ale Hasan Mahmoud 11
- **SOBRE DIONÍSIO E A SERPENTE**
Guilherme Messas 13
- **DELITO DE PERIGO ABSTRATO - UM RETRÓCESSO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**
André Luís Callegari 14
- **NOVO ARTIGO 296, CTB: A PENA OBRIGATORIA DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR**
Eduardo Luiz Santos Cabette 15
- **O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O “BAFÔMETRO”: ALGUMAS OBSERVAÇÕES**
Vinicius de Toledo Piza Peluso 16
- **O BAFÔMETRO E A “LEI SECA”**
Sérgio Dualibi e Ronaldo Laranjeira 17
- **AS INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI SECA**
Roberto Delmanto 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **ESTADO DE INOCÊNCIA E REJEIÇÃO DA ACUSAÇÃO NOS CRIMES DOLOSOS** 1185

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1187
- Superior Tribunal de Justiça 1188
- Tribunais Regionais Federais 1188
- Tribunais de Justiça 1190

O ABSURDO “SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES” APÓS DENÚNCIA OFERECIDA

Délio Lins e Silva Júnior

O julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do famoso *Habeas Corpus* 82.354, onde concedida a ordem para permitir o acesso aos autos de um inquérito policial por parte dos nele investigados, mesmo estando o procedimento em curso sob sigilo, significou um golpe fortíssimo no sentido de impor limites aos descabidos excessos que vêm sendo cometidos por autoridades responsáveis pelo andamento de investigações criminais. Naquele julgamento, restou assentado que tudo o que já incorporado aos autos do inquérito policial deve ser mostrado à defesa, resguardando-se, contudo, o sigilo das diligências ainda em curso. A jurisprudência da Corte Suprema passou a seguir de forma unânime tal posicionamento, sendo hoje inúmeros os acórdãos nesse sentido.

Ocorre, porém, que tão certo quanto afirmar que aquele julgamento significou um efetivo avanço no sentido de preservar garantias básicas previstas em nossa Constituição Federal, é também dizer que as autoridades persecutórias já encontraram brechas no referido entendimento para continuarem com as práticas arbitrárias de outrora. Deixar de “incorporar” formalmente aos autos do inquérito policial diligências relacionadas a quebras dos mais variados sigilos se tornou a manobra ideal para garantir o segredo. Hoje, pode-se dizer sem medo de errar que as investigações seguem um mesmo roteiro padrão: iniciam-se as investigações com quebras de sigilos bancário, fiscal, telefônico, telemático etc.; após, com base nos resultados, requer-se a busca e apreensão nas residências e escritórios dos investigados; diligência esta quase sempre acompanhada da prisão temporária que legitima a tortura, pois para nada mais serve esse tipo de encarceramento provisório do que pressionar os “presos” a “entregarem” os demais “membros da organização criminosa” sob a promessa de “premição”; e, por fim, “monta-se” um “inquérito” com peças pinçadas, de interesse único e exclusivo da acusação, e tão-somente destas é que se dá acesso aos advogados de defesa. As demais diligências apartadas não são mostradas, como se simplesmente não existissem, como se não fossem importantes, como se fossem de propriedade exclusiva do órgão acusador, isso tudo sob o argumento de que as diligências ainda se encontram em curso e não foram “incorporadas” aos autos do inquérito policial.

Em uma operação realizada pela Polícia Civil do Distrito Federal, em conjunto com o órgão do Ministério Público com atribuições naquele Estado da Federação,

batizada sob um daqueles nomes tradicionalmente estapafúrdios, chegou o órgão acusador ao cúmulo de, além da realização das manobras acima narradas, sem encerrar o inquérito policial, oferecer duas denúncias contra alguns dos supostamente envolvidos nos pretensos crimes e anunciar pela imprensa que ainda apresentaria “várias” outras denúncias com relação à mesma operação. O órgão julgador, por sua vez, recebeu as denúncias e designou os interrogatórios dos acusados. O acesso aos autos, contudo, apenas foi franqueado à defesa com relação ao já mencionado “inquérito” pinçado, ao passo que o acesso aos autos relativos às referidas quebras de sigilos foi peremptoriamente negado à defesa sob dois argumentos básicos: as investigações continuam em curso e a quebra do sigilo seria prejudicial ao seu bom andamento; e que a denúncia teria sido oferecida com lastro em documentos outros que não aqueles referentes às quebras de sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático.

Tais justificativas levam às seguintes indagações: podem as investigações continuarem a correr sob sigilo, sem que a defesa tenha acesso a todos os elementos probatórios nelas já produzidos, mesmo após o oferecimento e recebimento da denúncia? Quais os limites do sigilo das investigações? Quando o acusado passa a ter direito de conhecer as provas que foram responsáveis pelas decretações de sua prisão, tenham elas ou não importância para o convencimento do Juízo? De quem é esta decisão?

Um bom ponto de partida para responder a tais questionamentos é inverter a ordem de suas respostas e deixar desde logo registrado que o princípio da comunhão das provas, brilhantemente definido pelo ministro **Celso de Mello** como sendo aquele pelo qual se “*assegura, ao que sofre investigação penal – ainda que submetida esta ao regime de sigilo –, o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da auto-defesa, quer para desempenho da defesa técnica*”⁽¹⁾, é responsável por garantir à defesa que tenha acesso aos autos, apensos, apartados, anexos e tudo o mais que diga respeito à investigação levada a cabo contra determinada pessoa, pouco importando se entende a Polícia, o Ministério Público ou o próprio Juízo que aquelas provas a que a defesa pretende acesso não possuem o condão de influenciar o convencimento do órgão julgador. À defesa deve ser dada a prerrogativa de escolha, mormente se as medidas constritivas de direitos e garantias

constitucionalmente consagradas foram decretadas umas com base nas outras, de forma umbilicalmente ligada, como sói acontecer na grande maioria das investigações.

Delimitado, portanto, que o princípio da comunhão de provas deve ser o fio condutor a ser seguido no sentido de garantir que a todas as partes envolvidas seja permitido o acesso aos elementos probatórios colhidos durante a investigação, impõe-se retornar aos questionamentos já expostos para tratar da questão do sigilo de todas essas provas que devem ser compartilhadas entre acusação, defesa e órgão julgador.

A questão do acesso aos autos em fase de inquérito, como já dito, encontra-se pacificada de há muito na jurisprudência da nossa Corte Suprema, pois ali já assente o entendimento pelo qual o acesso deve ser dado com a ressalva de que sejam preservadas as diligências ainda em curso, sob pena de frustrar as investigações. Mas o que se dizer quando já instaurada a ação penal? O que se dizer quando o então investigado é denunciado e encontra-se com seu interrogatório designado? Deve permanecer o sigilo? Pensamos que não.

Não se trata de fazer aqui uma apologia ao banimento do sigilo das investigações. Longe disso. É inegável que a tônica das investigações policiais realmente deve ser o segredo, sob pena de se verem precocemente frustradas. Ocorre que nem o sigilo e nem as garantias fundamentais individuais devem possuir caráter absoluto. Ambos devem ser sopesados de forma que se atinja um certo ponto de equilíbrio que, se ultrapassado, deve ser realinhado.

É essa a linha mestra a ser seguida. E dentro dela não poderia ser outra a conclusão que não aquela pela qual, já havendo denúncia, a balança deve ser muito mais cuidadosamente controlada. Quando instaurada uma ação penal, o acusado, além de geralmente já ter tido mitigadas várias garantias fundamentais, encontra-se submetido a uma acusação formal da qual terá que se defender. Este deve ser o divisor de águas. Nesse ponto não vale mais usar do supostamente necessário sigilo das investigações para impedir que o acusado tenha acesso aos elementos probatórios colhidos contra sua pessoa. As investigações já deveriam estar encerradas; a ampla defesa e o contraditório a partir daí devem ter um grau quase absoluto de respeito, a ser mitigado tão-somente dentro do mais estrito e devido processo legal; antes de submetido a interrogatório, o acusado tem o direito de

conhecer as provas contra si produzidas, sob pena de se ver dentro de um processo verdadeiramente kafkaniano. Se as investigações ainda estão em curso, que se aguarde para denunciar e condenar.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se pronunciar em caso análogo quando do julgamento do HC de número 92.331, pela Primeira Turma daquela Corte Suprema, no dia 18/03/2008. Na Segunda Turma o tema será tratado nos autos do HC 93.767, onde já concedida liminar pelo ministro Celso de Mello no sentido de sustar o interrogatório e, con-

seqüentemente, o andamento da ação penal oferecida contra o acusado, até julgamento de mérito da questão. Aguardemos a evolução da jurisprudência.

NOTA

(1) Inquérito 2.248/DF.

Délio Lins e Silva Júnior

Advogado em Brasília; mestre em Ciências Jurídico-Criminais e especialista em Direito Penal Econômico, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

PARTICIPE POR ACREDITAR

CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS - SC

Data: 20 a 22 de agosto de 2008

Local: Auditório da Reitoria – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Inscrições: www.nepe.ufsc.br/congresso/inscricao.html

Informações: www.nepe.ufsc.br/congresso

Contatos: nepe_ufsc@yahoo.com.br - (48) 37219287 (com Fernanda, à tarde).

FORUM ON-LINE IBCCRIM

Veja, abaixo, a programação para os próximos encontros do Fórum On-line e participe!

Dia 6 de agosto de 2008: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (professora doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP; diretora do Instituto Manoel Pedro Pimentel e membro da Comissão de História do IBCCRIM), conversando sobre: “Direito Penal de Emergência”.

Dia 13 de agosto de 2008: Luiz Antônio Bogo Chies (professor adjunto da Universidade Católica de Pelotas – UCPel/RS; doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social Argentino - Buenos Aires - AR); doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; membro do Grupo Interdisciplinar de Trabalhos e Estudos Criminais-Penitenciários - GITEP/UCPel e coordenador da pesquisa: “A prisão dentro da prisão - uma visão do encarceramento feminino na 5ª região penitenciária do Rio Grande do Sul”, conversando sobre: “Remição e Trabalho na Prisão”.

Dia 20 de agosto de 2008: Guilherme Madeira Dezem (mestre em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP; juiz de Direito em São Paulo e coordenador-chefe do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM), conversando sobre: “Novo Procedimento do Júri”.

Dia 27 de agosto de 2008: Sylvia Steiner (juíza do Tribunal Penal Internacional; ex-desembargadora federal; ex-membro do Ministério Público Federal; mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP e sócia fundadora do IBCCRIM), conversando sobre: “O Tribunal Penal Internacional”.

Dia 03 de setembro de 2008: Stella Maris Martínez (doutora em Direito pela Universidade de Salamanca; professora de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Buenos Aires, Universidade Nacional de Lomas de Zamora, Universidade de Belgrano e Universidade do Museo Social Argentino; coordenadora em Criminologia da Universidade Nacional de Lomas de Zamora; coordenadora-geral da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF) e Defensora Oficial da Corte Suprema de Justiça da Nação), conversando sobre: “Bioética”.
LEMBRE-SE: QUARTA-FEIRA, SEMPRE ÀS ONZE, É O FÓRUM QUE VAI ATÉ VOCÊ.

EVITE PAGAMENTOS EM ATRASO IMPRIMINDO O SEU BOLETO ON-LINE PELO SITE DO IBCCRIM!

Desde o mês de julho de 2008, o IBCCRIM disponibiliza no site (www.ibccrim.org.br), o boleto on-line para impressão, facilitando o pagamento da sua mensalidade na data de vencimento.

Para gerar o seu boleto on-line, acesse o site (www.ibccrim.org.br) e selecione o link “autenticação”, disposto no canto superior direito de seu monitor. Depois disso, é só digitar seu número de sócio, senha e clicar em “entrar” para ser direcionado à página principal do site, já autenticada. Nela, logo abaixo do link “autenticação”, haverá um botão laranja chamado “extrato financeiro”.

Clicando no “extrato financeiro” todo associado do IBCCRIM poderá visualizar o histórico de pagamento, solicitar quitação de mensalidades em aberto e gerar a cobrança do mês em vigor, desde que ela esteja no prazo de vencimento.



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1ª VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2ª VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2ª SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2ª TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Marcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhorotto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc:

Flávia D'Urso,

Glauber Callegari

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Maurício Genofre

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Renata Flores Tibyriçã

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

NOVO MARCO DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL: UMA NECESSÁRIA LEITURA GARANTISTA

Alamiro Velludo Salvador Netto e Luciano Anderson de Souza

No final do ano passado foi publicada mais uma alteração legislativa atinente ao Código Penal brasileiro, qual seja, a Lei nº 11.596/2007. Dessa vez, o objeto da reforma cingiu-se à matéria da prescrição, modificando a redação original conferida pela reforma da Parte Geral de 1984, concernente ao inciso IV do artigo 117. Cuida este dispositivo das denominadas causas interruptivas da prescrição, ou seja, o artigo enumera os marcos que definem a interrupção do lapso temporal transpassado e, em regra, determinam o reinício imediato da contagem.

O texto modificativo apregoa que a prescrição passa a ser interrompida *pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis*. Anteriormente, o diploma legal apontava a interrupção tão-somente em razão da *sentença condenatória recorível*. Uma leitura superficial, meramente textual, transmite a impressão de que a nova fórmula acrescenta mais um momento interruptivo, dificultando, evidentemente, o total transcurso do prazo prescricional e a subsequente extinção da punibilidade nos termos do artigo 107, inciso IV, do *Codex*⁽¹⁾. Aliás, tal conclusão não foge dos perfunctórios diagnósticos vulgares a respeito da contenção da criminalidade. A demanda punitiva que emerge da sociedade exige do Poder Público maior eficiência, celeridade e rigidez com os supostos delinquentes⁽²⁾. Na medida em que o Estado é incapaz de apresentar qualquer proposta de compatibilidade entre eficiência e um sistema criminal racional, a resposta ao anseio popular sempre surge nas pontuais alterações legislativas, tais como a supressão de recursos, a vinculação sumulada de tribunais, o acréscimo de novos crimes e penas mais severos. A modificação do termo interruptivo prescricional, a propósito, insere-se neste mesmo e exato contexto.

Ocorre, todavia, que a leitura mais atenta do dispositivo talvez não permita atingir as mesmas conclusões obtidas pelos mais afoitos. A avaliação dos precedentes judiciais sobre o tema propicia uma percepção, ou interpretação, diferenciada. Nesse sentido, já se adianta, não aparenta qualquer equívoco a assertiva de que o texto modificativo apenas expressou — sob a linguagem legal — aquilo que há muito já estava consolidado na jurisprudência brasileira, nada mais⁽³⁾.

A aplicação judicial e corrente do inciso IV em foco, em sua literalidade originária, havia deturpado, desde tempos, o conceito preciso do que se quer dizer *sentença*.

Duas consolidações jurisprudenciais exemplificam, com rigor, esta constatação. Em primeiro lugar, nos processos de competência originária dos tribunais firmou-se o entendimento de que o acórdão, passível de recursos especial e extraordinário, possuía o condão de interromper a prescrição, pois supostamente onde a lei dizia “sentença condenatória” deveria ser lido “decisão condenatória”⁽⁴⁾. Com isso, evitava-se a ocorrência da extinção da punibilidade em razão da lentidão dos julgamentos e da interposição posterior de recursos aos órgãos jurisdicionais superiores. Para sustentar tal tese, em que pese um notório alargamento de norma material penal, argumentava-se acerca de um conceito amplo de sentença que, por isso mesmo, compreenderia a condenação criminal no foro privilegiado, ainda que não proferida por julgador monocrático.

Um outro exemplo, talvez mais paradigmático, residia na hipótese do acusado absolvido em primeira instância. Nestes casos, a condenação surgiria apenas posteriormente, isto é, com o provimento do recurso de apelação inconformado com o édito absolutório. Percebe-se que, sob tais circunstâncias, o conceito de sentença é, ainda mais, alargado. O acórdão que reformou a sentença absolutória, em sentido estrito, assume a natureza de marco processual capaz de acionar o termo interruptivo previsto no artigo 117. Cuida-se, tal circunstância, de verdadeiro desvirtuamento das palavras da lei, criando, jurisprudencialmente, regra jurídica material causadora de notório prejuízo ao réu.

A presente alteração legislativa, assim, pretende *legalizar* estes entendimentos, tendo em vista que, a partir de sua edição, desnecessários serão os apelos a argumentos pouco convincentes ou mesmo ao elenco de precedentes que seguiram o mesmo traçado. Em outras palavras, a legislação sedimentou um entendimento que já existia, substituindo tão-somente o alvitre casuístico dos julgadores pela abstração e suposta racionalidade da lei. Neste cenário, a pergunta que verdadeiramente deve ser feita é: além da consolidação da jurisprudência de então, alterou a nova lei algum outro aspecto? A resposta indica um sentido negativo.

O erro do entendimento jurisprudencial majoritário anterior, consistente no vilipêndio da regra de que norma restritiva interpreta-se restritivamente não pode prevalecer em outros aspectos diante da novel legislação. Explica-se: não é porque a pos-

tura repressora foi legitimada pela lei editada que se abrirá o leque de iniquidades. Tal observação é necessária porque uma leitura superficial do dispositivo poderia transmitir a falsa impressão de que se o agente foi condenado em primeira instância (tendo sido prolatada uma *sentença*), em caso de manutenção da reprimenda em segundo grau (por meio de um *acórdão*), permitir-se-ia novo marco interruptivo. Ledo engano, por variadas razões.

Em primeiro lugar, frisa-se, jamais se deve olvidar que regra restritiva de direitos, como *in casu*, interpreta-se de modo estrito⁽⁵⁾. Na hipótese, o preceito legislativo limita o espectro de liberdade do indivíduo, tendo em vista que alarga o lapso temporal autorizador da repressão penal. Nesse influxo, deve ser aferido com reservas e do modo mais literal possível.

E assim é que o sentido da norma, aliando duas hipóteses (sentença e acórdão condenatórios recorríveis) pela conjunção alternativa *ou*, aponta que tal se concretizará em situações únicas que se excluem (em um caso ou outro). Do contrário, a dicção legal deveria utilizar-se de conjunção aditiva ou frisar as hipóteses com uma expressão, *e.g.*, *bem como*. Poderia, ainda, estipular um novo inciso no artigo, com claro significado de enumeração, o que tampouco foi feito.

Por fim, a análise histórica jurisprudencial — vista acima — confirma a convergência do entendimento legal consoante tal lastro na concretude social no tempo, não podendo o secular instituto da prescrição⁽⁶⁾ transformar-se em uma bula.

O que se demonstra, desse modo, é que a lei estabelece como marco interruptivo da prescrição a primeira condenação judicial do sujeito inculcado, seja em primeiro grau de jurisdição, seja em segundo (vale dizer, nos casos de competência originária dos tribunais).

Interpretação diversa fere nosso ordenamento jurídico⁽⁷⁾, o qual, é sempre bom repetir, tem um comprometimento ideológico com as liberdades públicas⁽⁸⁾, agasalhando em sua plenitude o Estado *Democrático* de Direito.

NOTAS

(1) Argumentando favoravelmente à interpretação extensiva do dispositivo: **BARBAGALO, Fernando Brandini**. “A interrupção da prescrição penal pela publicação de acórdão condenatório recorível”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 15, nº 185, p. 16, abr. 2008.

(2) V., dentre outros, **SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria**. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Trad. **Luiz**

- Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 27 e ss.
- (3) **DELMANTO, Fábio de A.; RASSI, João Daniel & D'ELIA, Fábio Suardi.** "Lei nº 11.596/07: alterações ao art. 117 do Código Penal". *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 15, nº 182, p. 7, jan. 2008.
- (4) Cf., a respeito: **PORTO, Antonio Rodrigues.** *Da Prescrição Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 71; **JESUS, Damásio E. de.** *Prescrição Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 85.
- (5) **MAXIMILIANO, Carlos.** *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263.
- (6) A perda do sentido da repressão criminal, ensejando-se a extinção da pena pelo decurso do tempo, já fora explicitada no século XVI por **Deciano**. Cf. **SCHAFFSTEIN, Federico.** *La Ciencia Europea del Derecho Penal en la Epoca del Humanismo*. Trad. **Jose Maria Rodriguez Devesa**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 116.
- (7) Pois a metodologia empregada é a interpretativa con-

forme a Constituição. Nesse sentido, v. **BARROSO, Luís Roberto.** *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 371-372.

(8) Sobre o rico tema, por todos, veja-se a obra de **REALE, Miguel.** *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP; pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha); coordenador-adjunto de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM; e advogado

Luciano Anderson de Souza

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP; coordenador-adjunto de cursos do IBCCRIM; professor coordenador do curso de pós-graduação "lato sensu" em Direito Penal da ESA/OAB-SP e advogado

PARTICIPE POR ACREDITAR

TV IBCCRIM: CONHEÇA A NOVA SÉRIE "SALA DOS PROFESSORES"

A TV IBCCRIM, hospedada no site do Instituto, lançou em julho de 2008 uma nova seção reservada aos associados do **IBCCRIM**.

É a série **Sala dos Professores**, que consiste num espaço de entrevistas exclusivas da TV IBCCRIM com importantes e renomados pensadores das ciências humanas, entrevistas inteiramente voltadas aos debates de temas atuais que têm surgindo nas mais diversas áreas do conhecimento.

No tom de um casual encontro acadêmico, **Sala dos Professores** visita e explora — sempre de modo aberto e descomprometido — as fronteiras mais adiantadas da pesquisa e do debate científico. Sobre objetivar respostas precisas, **Sala dos Professores** é um *locus* privilegiado para as perguntas mais inquietantes das Ciências Criminais e, sobretudo, para redefinir os papéis e compromissos do pensamento perante a sociedade contemporânea. Destina-se, portanto, a professores, pesquisadores, estudantes e todos que — para além de verdades tidas como consagradas e inquestionáveis — buscam conhecer as experiências científicas de ponta e, a partir delas, saborear o exercício da dúvida e da crítica. A entrevista piloto da série já está no ar e foi feita com o prof. dr. José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalista da Universidade de Coimbra (Portugal), versando sobre problemas contemporâneos dos direitos fundamentais. **Sala dos Professores** ficará permanentemente acessível pelo site do Instituto para, assim, moldar-se às disponibilidades de agenda dos nossos associados. Além disso, os associados também podem obter, por empréstimo junto à videoteca do Instituto, os volumes gravados em DVD, inclusive para exibição em salas de aula ou em grupos de discussão. Novas entrevistas, com pensadores brasileiros e estrangeiros, estarão sempre enriquecendo esse autêntico e precioso catálogo de questionamentos críticos que somente o **IBCCRIM**, com seu denso projeto científico e seu estatuto de interdisciplinariedade, pode oferecer a professores, pesquisadores e estudantes de todo o País.

COLÓQUIO EM HOMENAGEM A COIMBRA: DOGMÁTICA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA NA PERSPECTIVA DO SÉCULO XXI

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (**IBCCRIM**) promoverá, nos dias 15 e 16 de setembro de 2008, um evento em homenagem ao IDPEE, reunindo professores portugueses e brasileiros, para debater o tema: Dogmática Penal, Política Criminal e Criminologia na Perspectiva do Século XXI. Tal iniciativa será realizada em retribuição ao Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: Tendências de Reforma, realizado nos dias 13 e 14 de abril de 2007 no Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal.

Entre os professores brasileiros estão Alberto Silva Franco, Alvinio Augusto de Sá, Carlos Vico Mañas, Edson Luís Baldan, Fábio Roberto D'Ávila, Fernando Fernandes, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Zanoide de Moraes, Salo de Carvalho e Sérgio Salomão Shecaira.

Do IDPEE estão confirmados os professores Cláudia Cruz Santos, Jorge de Figueiredo Dias, José Francisco de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade.

O evento será realizado no Riema Paulista Classic Flat Service, localizado na Rua Bela Cintra, 672 - Cerqueira César - São Paulo - SP. As inscrições

estarão abertas a partir da primeira quinzena de agosto.

Mais informações por telefone (11 3105-4607 - ramais 125 ou 140) ou e-mail (curso@ibccrim.org.br).

COORDENADORES REGIONAIS:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andre Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana
e Renato Stanzola Vieira

"A relação completa dos colaboradores do **Boletim do IBCCRIM** encontra-se em nosso site."

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax (11) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

"O **Boletim do IBCCRIM** circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas."

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto."

TIRAGEM: 15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e	
boletim@ibccrim.org.br	

A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES FALENCIAIS

André Adriano do Nascimento Silva

Nos termos do art. 183 da Lei n. 11.101/2005, “*competete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta lei*”.

Esse dispositivo é, atualmente, objeto de grande celeuma em São Paulo, já que persiste a aplicação do art. 15 da Lei Estadual 3.947/83 (Lei de Organização Judiciária do Estado), que designa como juízo competente para a apreciação dos crimes falenciais o juízo universal da falência (de competência cível por origem).

Nesse sentido, veja-se trecho do acórdão do Conflito de Jurisdição n. 133.863-0/3-00, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, onde se decidiu que “(...) o artigo 183 da Lei de Recuperações Judiciais e Falenciais não pode ser interpretado em sua literalidade, devendo ser levados em consideração os artigos 24, da Constituição Federal e 74, do Código de Processo Penal (...). Ante a expressa permissão constitucional e legal, foi editada a Lei Estadual nº 3.947/83 que em seu artigo 15 dispõe: ‘As ações por crime falimentar e as que lhes sejam conexas passam para a competência do respectivo juízo universal da falência.’ Tal disposição — de caráter organizacional dos procedimentos judiciais locais — permanece em vigor, mesmo com o advento do artigo 183, da Lei 11.101/05, (...)” (TJ-SP, Câmara Especial, rel. José Cardinale, j. 24.07.2006)⁽¹⁾.

Tal entendimento baseia-se, remotamente, em precedente da Corte Suprema (que valida a determinação da lei estadual) assim ementado: “*Processo por crime falimentar. Atribuição de competência ao juízo da falência. Matéria de organização judiciária. Competência legislativa estadual — A atribuição de competência ao juízo de falência para a ação penal por crime falimentar, acrescentando-lhe essa competência criminal em razão da matéria, é típica norma de organização judiciária reservada privativamente, ao legislador estadual (...) sem invasão da área de competência federal para a edição de normas de processo*” (STF, 1ª T., RHC 63.787, rel. Rafael Mayer, j. 27.08.86, DJU 22.08.1986, p. 14.520).

Tal entendimento pretoriano é correto, pois de acordo com a estrutura normativa brasileira cabe à Constituição Federal a definição das normas de competência — mesmo porque um de seus princípios é o do juiz natural, que torna necessária a prévia existência de um juiz legalmente competente para julgamento da lide (excluindo-se, conseqüentemente, a existência de juízos ou tribunais de exceção — cf. art. 5º,

XXXVII). Nesse sentido, *v.g.*, a Constituição determina no art. 102 a competência do Supremo Tribunal Federal, no art. 105 a competência do Superior Tribunal de Justiça etc.

Não havendo determinação pela Norma Fundamental, compete à lei federal a definição da **competência** (nos termos do art. 22, I da CF só a União pode legislar sobre processo). Cabendo, *concorrentemente*, à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre **procedimentos** em matéria processual (art. 24, XI, CF).

Desse modo, em obediência ao ditame constitucional, o Código de Processo Penal estabeleceu as regras de competência (arts. 69 a 91), transferindo aos Estados e ao Distrito Federal a atribuição de legislar sobre a competência em razão da natureza da infração, afirmando que esta será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri (art. 74, CPP), que já é determinada constitucionalmente (e essa determinação, como vimos, é prevalente).

Assim, podia o Estado — como fez São Paulo com a edição do art. 15 da Lei Estadual nº 3.947/83 — determinar qual seria o juízo competente para julgamento dos crimes falenciais.

No entanto, com o advento da Lei n. 11.101 em 9 de fevereiro de 2005, esse entendimento não pode mais subsistir. Afinal, além de tal opção legislativa ter sido conscientemente tomada pelos representantes dos Estados⁽²⁾ ao editar a nova Lei de Falências — não cabendo ao intérprete deixar de aplicá-la —, sua aplicação decorre diretamente das regras básicas para resolução das denominadas antinomias jurídicas.

Resumidamente, pode-se dizer que são três os critérios para a resolução do conflito de leis no tempo: o hierárquico, o temporal e o da especialidade, sendo que, sob a luz dos três critérios, deve ser aplicado o art. 183 da Lei n. 11.101/2005 em detrimento da Lei de Organização Judiciária estadual.

Assim, temos que, hierarquicamente⁽³⁾, a lei falencial é superior à lei estadual de organização judiciária; é ela também *especial* no que toca à matéria de que trata, e *posterior*, pois mais recente.

Entretanto, entendo que a discussão não deve se situar nesse ponto, afinal, pela citada estrutura normativa vigente no Brasil, o fundamento de validade de uma lei ou de um ato normativo encontra-se na lei ou ato normativo que lhe é hierarquicamente superior (daí a hierarquia ser um

dos critérios para resolução das antinomias). Assim, o fundamento de validade do art. 15 da Lei Estadual nº 3.947/83 é o art. 74 do Código de Processo Penal, que por sua vez se fundamenta no art. 22, I da Constituição Federal.

Por isso não se deve falar em uma revogação direta do art. 15 da lei estadual pela nova lei falencial, mas sim que o art. 183 da Lei n. 11.101/05 derogou o art. 74 do CPP, pois especial e posterior a ele, e apenas *indireta e conseqüentemente* foi o dispositivo estadual revogado, eis que não mais subsiste o seu fundamento de validade.

Pode-se, como fazem alguns, taxar tal alteração de indevida ou mesmo de incorreta, porém não há como negar-se sua validade e aplicabilidade, já que além de formal e materialmente constitucional, é norma especial e posterior às regras até então vigentes, tendo de ser obrigatoriamente aplicada.

NOTAS

- (1) No mesmo sentido, *v.g.*, conflitos de jurisdição ns. 136.707-0/4-00, 134.639-0/9-00 e 134.348-0/0-00, todos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
- (2) Com efeito, tal matéria foi discutida pelo Senado Federal que modificou o projeto original da Câmara dos Deputados, afirmando: “*Ao contrário da visão acolhida no PLC nº 71, de 2003, julgamos excessiva a acumulação, por parte do juiz da falência, das funções de persecução criminal. Na verdade, nas comarcas que possuem varas criminais especializadas, é desejável que estas assumam plenamente o processo penal. É que os objetivos da ação penal e da ação de falência são muito distintos. No primeiro caso, o órgão julgador está preocupado em verificar a consistência da acusação, avaliar provas, fazer observar as garantias constitucionais e, se for o caso, condenar. Nos processos de recuperação judicial ou de falência, o juiz, o quanto possível, deve envidar esforços para o soerguimento da empresa e satisfação dos credores habilitados. São lógicas distintas e que, não raro, podem entrar em rota de colisão. Ademais, o comportamento do falido como devedor no processo de falência pode afetar a sua condição de réu, o que favorece toda sorte de prejulgamentos*” (Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/plc_712003.doc; acesso em 18.04.2008).
- (3) Não se trata aqui de falar em hierarquia simplesmente por uma lei ser federal e outra estadual, pois o âmbito de competências dos entes federativos é delimitado pela Constituição; fala-se em hierarquia porque a lei federal (o art. 74 do CPP) fundamenta a existência da lei estadual (o art. 15 da Lei Estadual 3.947/83).

André Adriano do Nascimento Silva

Pós-graduado em Direito Penal Econômico Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; pós-graduando em Direito Penal pela Escola Superior da Advocacia da OAB-SP e advogado

O RASGO NA REDE DE PROTEÇÃO – UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS RESPOSTAS DO ESTADO BRASILEIRO AOS FENÔMENOS DA VIOÊNCIA E DA CRIMINALIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Domigos Barroso da Costa

Como se pode antever pelo título acima proposto, o cerne do trabalho que ora se inicia gravita principalmente em torno do conceito de sociedade de consumo e do estudo de seus efeitos na dinâmica social. Ou seja, está-se diante de fenômenos que se desenvolveram num processo histórico que culminou com a consolidação de um modelo de sociedade fundado no consumo, o qual, para ser melhor compreendido, depende de uma exposição comparativa em relação a seu paradigma antecessor, que tinha por esteio um corpo social *amarado* aos processos de produção.

E, para falar em sociedade de produção, deve-se partir do início do processo de desencantamento do mundo⁽¹⁾, que se deu com a Revolução Copernicana (séc. XVI), a qual, ao deslocar o centro do universo para o Sol, despejou o Homem do cosmo organizado que pensava habitar, de uma Terra que seria o fim último de toda a Criação. Ou seja, perdeu o indivíduo todas as certezas que norteavam sua existência até então, e, tendo a consciência de que sua morada já não era o centro de tudo, deixou de situar-se de forma absoluta no mundo, passando a relativizar a Natureza que antes lhe era dada como o modelo de existência organizada de forma absoluta e acabada (Ferry, 2004).

Assim, se a Natureza já não gozava do mesmo *status* divino de imutabilidade e perpetuidade de outrora, conclui-se que poderia ser instrumentalizada e posta a serviço do ser humano, o que foi viabilizado pela Razão, que passou a reger o mundo, a partir da ciência e da técnica. Pela Razão, todas as coisas ganharam ares de relatividade, só se comprovando como verdades se submetidas a métodos que assim o permitissem, conforme defendeu **Descartes** no século XVII.

E, a partir dos métodos técnicos e científicos, sem os quais nada se legitimava, observa-se que a sociedade passou a ter todo o seu funcionamento regido por leis humanamente criadas com vistas à facilitação e à organização da vida sobre a Terra. Para tudo havia uma teoria, um método que melhorasse as condições e o aproveitamento de determinada atividade humana, do que não fugiria a indústria em franca expansão, que passou a valer-se das técnicas disponíveis para estabelecer *modos racionais* que pudessem levar sua produção a extremos.

Neste contexto, movido pela primazia da Razão, o mundo assistiu a vários progressos científicos. E, tendo na Indústria seu projeto mais grandioso e lucrativo, deu

azo ao estabelecimento de uma sociedade de produção, firmada sobre rígidas leis técnicas que organizavam e sistematizavam suas linhas de funcionamento, como bem demonstra, por exemplo, o filme *Tempos Modernos*, de Chaplin. Cumpre ressaltar, ainda, que todo o processo até agora descrito também trata do que se denominou Modernidade, um tempo encastelado em métodos e leis que dirigiam o mundo, numa rotina segura e cronometrada.

Portanto, tratando-se de uma sociedade que se fundava e movia a partir de processos de produção, tem-se que, para integrá-la, o indivíduo haveria de produzir. Ou seja, deveria submeter-se às rígidas leis que sustentavam suas principais instituições — família, indústria, Estado e Igreja⁽²⁾ — e trabalhar ordenadamente com vistas ao progresso pessoal e social. Em suma, para não ser tratado como um marginal, o sujeito deveria apresentar-se ao mundo como alguém que produzia, daí porque durante muito tempo no Brasil, já no crepúsculo deste modelo de sociedade, um dos documentos mais importantes do cidadão — inclusive perante a polícia, haja vista a contravenção de vadiagem, art. 59 do Decreto-lei 3.688/41, assinado por Vargas — tenha sido a CTPS.

Ocorre que, com o progressivo incremento das técnicas de produção — com destaque para a automação que sucedeu à Segunda Guerra Mundial —, a Indústria começou a produzir um excesso que não encontrava vias de escoamento. Observa-se, então, o ápice de um processo de substituição do homem pelas máquinas nas linhas de produção industrial, com o deslocamento do indivíduo para outras atividades e seu reposicionamento social na condição de consumidor (Bauman, 1999). Consoante se verifica, trata-se da única forma de o mercado manter-se, garantindo o escoamento dos bens cuja produção fora levada a extremos a partir da automação.

Tem-se, pois, consolidado um modelo de sociedade que se funda e movimenta a partir do consumo contínuo e ininterrupto dos infinitos bens postos e substituídos diariamente nas vitrines pela progressiva automação. Eis a sociedade de consumo, que sedimenta a mudança do paradigma de sociedade que se quer apontar: de um que se fundava no excesso de leis ordenador do processo de produção, para outro cuja manutenção depende justamente do afrouxamento destas leis e laços, de modo a levar o indivíduo a *cair na tentação* de consumo dos infinitos objetos diários, precária e ininterruptamente postos à sua disposição, sob a

implícita promessa de satisfazer todas suas necessidades.

Consoante antecipado, o declínio das leis que antes garantiam a estabilidade e a ordem da sociedade de produção provocou o enfraquecimento das instituições que garantiam sua base, como família e Igreja, refletindo-se ainda na soberania dos Estados economicamente mais fracos, que, por imposição do mercado, tiveram de afrouxar suas fronteiras, viabilizando a entrada maciça dos bens de consumo produzidos pelos países mais industrializados. É o que se intitula de *neocolonialismo* ou *neo-imperialismo*, que nada mais é senão o domínio exercido sobre os países mais fracos a partir da cooptação de seus mercados consumidores por meio de bens de consumo a eles impostos pelos países em posição de superioridade econômica.

Trata-se da mais franca expansão do capitalismo, em síntese, da globalização, que contou com especial impulso após a queda do Muro de Berlim e o fim incontestável da antiga divisão dual do mundo em capitalista e comunista, ocidental e oriental. Pode-se afirmar, inclusive, que este processo refletiu nas idéias mais rígidas que se tinha de bem e mal, provocando uma nova relativização dos valores, talvez tão impactante, embora mais sub-reptícia, quanto a que decorreu da Revolução Copernicana.

Em suma, está-se no ponto máximo de uma crise de valores que marca a passagem de um modelo de sociedade fundado na produção para um que se arrima no consumo e, se o mal-estar do indivíduo formado no modelo anterior decorria da opressão claustrofóbica, atribuível ao excesso da lei (Freud, 1997), a angústia do sujeito contemporâneo — por alguns chamado pós-moderno (Kumar, 1997) — decorre justamente do contrário, ou seja, da agorafobia provocada pelo afrouxamento das leis que o situavam na sociedade e da falta de gravidade que este vácuo impõe. Na bela frase de Bauman (1998, p. 10), “*se obscuros e monótonos dias assombraram os que procuravam segurança, noites insones são a desgraça dos livres*”. Ou seja, o indivíduo contemporâneo encontra-se numa espécie de queda totalmente desprotegida, já que assiste ao progressivo enfraquecimento dos pontos que antes apoiavam sua vida e permitiam-no situar-se no mundo.

Uma boa metáfora para esta realidade simboliza-se no rasgo da rede de proteção pela qual foi atirada a menina Isabella há alguns dias⁽³⁾. Sem adentrar este caso especificamente — já explorado de forma aviltante por grande parte da imprensa —, per-

cebe-se que, na contemporaneidade, todos nós, em certa medida, nos sentimos sem as *redes* de proteção que antes nos amparavam. O emprego já não é garantido, o minuto seguinte mostra-se mais imprevisível que naturalmente já é e, confirmando o que já havia dito **Kierkegaard**, com intensidade nunca antes observada, a angústia tem se apresentado como a vertigem da liberdade. É a insustentável leveza do ser pós-moderno, que já não conta com o peso das estruturas para poder saber-se vivo e *amarrado* a uma estrutura social.

Tal liberdade é *conditio sine qua non* à existência e manutenção de uma sociedade fundada no consumo, que depende de um sujeito livre de freios ou impedimentos que o estabilizem. Afinal, o consumo desenfreado funda-se na variedade, na renovada sedução, no gozo ininterrupto e, logo, na perene e progressiva frustração. Ou seja, para que o sujeito consuma cada vez mais, na tentativa de suprir a falta que lhe é estrutural, faz-se necessário que lhe sejam impostas cada vez mais *necessidades*, de modo que este vazio sempre aumente, o que fatalmente ocorrerá, já que é inerente à condição humana e tão mais angustiante quanto menos aceitos são os limites de uma existência finita.

Se a condição de pertencimento à sociedade de produção era produzir, o que implicava o respeito à ordem e às instituições que a sustentavam, o pertencimento do sujeito à sociedade de consumo dependerá de sua condição de consumidor (**Bauman**, 1999). Ou seja, de sua capacidade de deter renovadamente os objetos de sedução expostos nas vitrines. Assim, se antes o que importavam eram os *meios* — o engajamento num processo de produção —, contemporaneamente, o *status* de não-marginal depende muito mais da ostentação e do alcance dos fins a que conduzia aquele processo. Em síntese, não importa que você trabalhe para ter, importa que você tenha; mais ainda, importa que você pareça ter, não importa como, já que, se assim não for, será marginalizado.

E, diante dessas circunstâncias, há de se reconhecer o caráter criminógeno da sociedade de consumo, ou seja, o potencial da sociedade contemporânea de, a partir de suas próprias bases — principalmente econômicas e políticas —, difundir a possibilidade de escolha de meios e intuítos criminosos para alcance dos objetivos e objetos postos à disposição do sujeito, incentivando, assim, a prática massiva de delitos, geralmente motivados pelo ganho econômico ou outras vantagens que possam facilitar o acesso a tais ganhos. Com mais certeza que em outros tempos, pode-se afirmar que o *dinheiro não tem cheiro* (*pecunia non olet*), o que significa que não importa como foi ganho, desde que seja logo consumido, ainda que em produtos falsificados ou contrabandeados, ou a partir de crediários infundáveis.

Esse contexto também explica o aumento vertiginoso de crimes como roubo, seqüestro, tráfico de entorpecentes, bem como de todas as práticas que podem ser definidas como corrupção, o que foi especialmente observado no Brasil a partir da década de 90 do século passado, sendo desnecessário que aqui se apresentem dados oficiais que comprovem tal fenômeno. Já não se considera a lei ou o outro — semelhante — como empecilhos à consecução do ganho ou dos objetos a que se almeja. Aliás, pode-se afirmar que, no Brasil, a expansão da criminalidade e a cultura do *lucro fácil* têm terreno fértil para desenvolver-se, já que impulsivadas pelo nosso característico desrespeito à lei, pelo culto ao *jeitinho* e nossa tradição de exploração colonial, contrária à ordem industrializante e apegada a *aventurismos* como o tráfico negreiro (**Faoro**, 2001), que já anunciava o sucesso contemporaneamente observado de empreendimentos ligados ao tráfico de drogas.

Mas, em se tratando de Brasil, o que realmente causa espanto a quem consegue observar a situação em perspectiva — para além da criminalidade cada vez mais violenta — é o oportunismo com que a questão é tratada por nossos representantes políticos. Não se buscam soluções legítimas para a violência e para a criminalidade, limitando-se nosso legislador à criação desenfreada de leis penais de caráter eleitoral, que prometem apagar o fogo — mas nem isso fazem —, sem cuidar da causa das chamas. E o interessante é que os crimes mais severamente punidos sempre são aqueles em regra praticados por membros das classes econômica e socialmente mais desfavorecidas da sociedade. O roubo, via de regra, tem como vítima imediata uma pessoa, enquanto a sonegação fiscal prejudica toda a coletividade; contudo, basta observar as penas cominadas no art. 157 do Código Penal em cotejo com os benefícios previstos para os agentes que praticam delitos contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 c/c art. 9º da Lei 10.684/2003) para se verificar quem o legislador pretende marginalizar. Ou seja, nossa legislação penal há muito cuida de assegurar a proteção de uma mesma elite, que não comete o roubo previsto no art. 157 do CP, mas que abusa dos desfalques vinculados à sonegação, bem como outras práticas que vulgarmente também são encampadas pela idéia de *roubo* ou corrupção.

Alguns prometem e fazem campanha a favor da pena de morte ou da prisão perpétua, convencendo a muitos que não sabem da expressa vedação constitucional a estas penas. Anunciam a redução da maioridade penal, mas não informam que as penitenciárias e cadeias públicas já não comportam ninguém; que não haveria espaço nem mesmo para a custódia daqueles que já têm contra si expedidos mandados de prisão. Auxiliados pela imprensa alarmista, muito

desses nossos representantes políticos continuam a fazer de palanque essa verdadeira *nomorréia penal*⁽⁴⁾, que além de recrudescer o processo de exclusão social dos que já eram marginalizados, aumenta a sensação de impunidade, já que problemas como a criminalidade e a violência têm raízes culturais e não se resolvem a partir da simples criação de leis penais.

Embora seja claro que a solução de problemas tão complexos não possa limitar-se a um único foco, pode-se concluir que um dos caminhos a serem adotados diz respeito à maior intervenção do Estado no sentido de garantir a toda população o mínimo necessário a uma digna existência. O desenvolvimento de políticas públicas de base, que privilegiem a Educação e possibilitem a todos os cidadãos o acesso aos meios legítimos de desenvolvimento das suas potencialidades é caminho que, a longo prazo, pode representar a diminuição da criminalidade e da violência no Brasil. Reflexamente, pode ainda simbolizar a emancipação de um país que até hoje se comporta como colonizado, repetindo internamente as formas de exploração a que um dia foi submetido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt.** *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BAUMAN, Zygmunt.** *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- FAORO, Raymundo.** *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3ª ed. rev., São Paulo: Globo, 2001.
- FERRY, Luc.** *O Que é Uma Vida Bem-Sucedida?: Ensaio*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.
- FREUD, Sigmund.** *O Mal-Estar na Civilização*. Rio de Janeiro: Imago Ed. 1997.
- KUMAR, Krishan.** *Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna: Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo*. Jorge Zahar, 1997.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro.** *Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à Luz da Lei 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro e da Jurisprudência Atual*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NOTAS

- (1) Expressão filosófica empregada para designar o progressivo avanço da razão e dos processos de instrumentalização do mundo em detrimento dos ideais e valores que antes conduziam e limitavam o sujeito e a sociedade ocidental.
- (2) Aqui abrangendo a institucionalização de toda religião, não só da Católica.
- (3) Abordagem metafórica empreendida pelo psiquiatra e psicanalista **Stélio Lage** no programa *Nós*, exibido pela Rede Minas na noite do dia 11/05/2008.
- (4) Expressão atribuída a **Francesco Carrara**, citada por **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**, in *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2000. p. 80.

Domingos Barroso da Costa

Bacharel em Direito pela UFMG; especialista em Criminologia pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas/Acadepol-MG e em Direito Público, pela Unigranrio/Praetorium; mestrando em Psicologia pela PUC/Minas

AS GARANTIAS “FORA DO LUGAR”

Juliana Cardoso Benedetti

Ao examinar o cenário cultural brasileiro do século XIX, **Roberto Schwarz** (1977) argumentou que as noções liberais, importadas do contexto europeu e norte-americano, figuravam nas nossas paragens, defrontadas, sobretudo, com a instituição da escravidão e com a prática arraigada do favor, como “idéias fora do lugar”. Sugeriu **Schwarz** que o liberalismo foi assimilado à moda brasileira; uma vez aqui chegado, não se chocou com particularidades em princípio opostas a ele, mas foi a elas conjugado, muitas vezes com o fito de revestir de um verniz liberal práticas antiliberais em essência. As idéias liberais teriam sido, em alguns casos, torcidas para caberem em molduras que, de fato, nada tinham de liberais. Ao se encaixarem às realidades locais dessa maneira, tais idéias terminavam se desfigurando e deixavam, assim, de servir aos propósitos para os quais foram concebidas originalmente, passando a legitimar procederes que lhes eram, na verdade, antípodas. Daí a perplexidade, por exemplo, de se ter fundado a permanência da escravidão no caráter absoluto do direito de propriedade, havendo-se valido de uma noção de teor liberal para defender uma medida marcadamente antiliberal.

Um fenômeno semelhante parece ocorrer quando as garantias penais e processuais são transplantadas da letra da lei para a realidade policial, judiciária ou penitenciária. O modo pelo qual algumas dessas garantias são efetivadas tende a distorcer sua finalidade, a ponto de implicar, na prática, resultados diametralmente opostos aos que se pretendia com a sua previsão legal. Ao invés de proteger o acusado do rigor da intervenção penal, a concretização torta de certas garantias, no dia-a-dia da justiça criminal, acaba por expô-lo à sua crueza de modo muito mais perverso. É o que acontece, por exemplo, na efetivação do direito de permanecer calado, uma garantia consagrada, no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Não obstante a inclusão do dispositivo que manda que o silêncio não seja interpretado em prejuízo da defesa, no parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal, a fragilidade dessa garantia se revela no cotidiano forense, especialmente no âmbito da infância e da juventude. Os dados etnográficos colhidos por **Paula Miraglia** junto às Varas Especiais da Infância e da Juventude da capital de São Paulo (2005) dão conta de que adolescentes em conflito com a lei são instados a “revelar a verdade”, a fim de não se “prejudicarem”. Com efeito, o silêncio costuma ser interpretado como relutância em reconhecer os próprios erros, como se significasse falta de maturidade, de maneira que mesmo os defensores acabam reco-

mendando aos jovens que confessem o cometimento do ato infracional.

Se algumas garantias, na sua aplicação, são desvirtuadas, também é comum que medidas de caráter restritivo sejam subvertidas e adquiram, assim, um *status* de garantia que não possuem — ou que não deviam possuir. É o caso da imposição de internação provisória a adolescentes que tenham sido ameaçados de morte ou que, simplesmente, vivam em lugares considerados perigosos à sua integridade física. A segregação é interpretada como uma medida de proteção aplicada no interesse do adolescente. Um outro exemplo promete vir da introdução de pulseiras e tornozeleiras eletrônicas para a vigilância de detentos em saídas temporárias ou em regime aberto. Uma iniciativa extremamente invasiva, que melindra algumas das mais caras garantias individuais consignadas pelo direito, é vista com benevolência pelos próprios presos, como uma proteção contra as arbitrariedades do sistema penal. Uma reportagem publicada no jornal *O Estado de S. Paulo* (“Presos testam e aprovam tornozeleiras”, *Metrópole*, p. C4, 07/05/2008) traz o relato de um detento que participou da testagem desses equipamentos em São Paulo e que considerou positivo o fato de a polícia ter ciência de seu paradeiro por meio de aparelhos eletrônicos. Segundo ele, em uma saída temporária, havia sido acusado de ter praticado um roubo e só não sofreu uma regressão de pena porque os verdadeiros autores do crime foram encontrados posteriormente. Ele afirmou que “se tivesse essa caixinha, eles saberiam que não fui eu quem havia cometido aquele crime”. Outro detento disse, a respeito, que “Se for para a gente se garantir na redução de pena, será muito bom”. Talvez se a concessão dos benefícios legais da execução penal fosse a regra, e não a exceção, não se encararia a medida como “muito boa” para o apenado.

As razões dessas distorções certamente não podem ser elucidadas em poucas linhas. Uma boa pista pode ser encontrada no caráter disjuntivo da democracia brasileira, identificado por **Teresa Caldeira** (2003), segundo a qual o reconhecimento institucional de certos direitos, no Brasil, convive com a ampla inobservância de outros tantos. De qualquer modo, esses exemplos alertam para a necessidade de se examinar com cuidado o modo como novas medidas, entendidas como mais benéficas a acusados ou condenados, acomodam-se de fato nas práticas penais. Já se chamou atenção para o fato de iniciativas como a Justiça Restaurativa, em princípio uma medida de despenalização, implicarem, na verdade, a extensão da rede de controle

penal (o chamado efeito *net-widening*). A avaliação de projetos-piloto de Justiça Restaurativa no Brasil, realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Ilanud) detectou tendências nesse sentido, na medida em que casos que antes não passavam pelo crivo do Poder Judiciário, agora chegam, pela mão da Justiça Restaurativa e sem necessidade justificável, até juízes de Direito (**Raupp; Benedetti**, 2007). Nessa toada, uma iniciativa que deveria consistir em um exercício inovador de autonomia pelas partes, a ser levado a cabo fora das instâncias formais de controle penal, pode terminar, uma vez acoplada a essas instâncias, transformando-se em apenas mais um instrumento na caixa de ferramentas do Estado na coibição da criminalidade. Algo análogo pode ocorrer se as discussões a respeito da pena mínima, inauguradas recentemente pelo Ministério da Justiça, culminarem na eliminação dos limites mínimos da pena abstratamente cominada de alguns crimes. Em vez de induzirem, como pretendido, a uma individualização mais adequada da pena, proporcionando uma dosimetria mais ajustada ao caso concreto, a ausência de parâmetros mínimos pode levar a um incremento médio da pena-base estipulada pelos juízes e aumentar o tempo de prisão. Em vista disso, é recomendável que iniciativas jurídicas sejam acompanhadas de estudos de impacto que se aproveitem das vantagens da interdisciplinaridade que deve existir entre Direito e Ciências Sociais. A dimensão da eficácia do direito não pode ser negligenciada e, para colocar as garantias no seu lugar, é fundamental olhar para a realidade que transborda das leis e dos manuais.

BIBLIOGRAFIA

- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio.** *Cidade de Muros: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo*. 2ª ed., São Paulo: Edusp e Editora 34, 2003.
- MIRAGLIA, Paula.** “Aprendendo a lição: uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude”, *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, nº 72, jul. 2005, pp. 79-98.
- RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso.** “A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre”, *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro, a. 1, nº 1, 2007, pp. 3-36.
- SCHWARZ, Roberto.** *Ao Vencedor as Batatas: Forma Literária e Processo Social nos Inícios do Romance Brasileiro*. São Paulo: Duas Cidades, 1977.

Juliana Cardoso Benedetti

Advogada, pesquisadora, graduanda em Ciências Sociais pela USP e mestranda em Direito pela USP e pelo programa “Sistema Penal e Problemas Sociais” da Universidade de Barcelona

EM BUSCA DA RACIONALIDADE PERDIDA

Cristiano Avila Maronna

A política planetária de proibição das drogas ilegais é uma profissão de fé, um dogma religioso sem nenhum alicerce na razão. Bem por isso, qualquer tentativa de discutir a questão sob prisma diverso da proibição é imediatamente identificada como apologia do crime (como ficou claro no lamentável e perigoso precedente que culminou na autoritária e ilegal decisão de proibir o direito de protestar por direitos em praça pública em diversas capitais brasileiras, à honrosa exceção da progressista Porto Alegre, única cidade brasileira a permitir a marcha da maconha 2008).

Em qualquer sociedade democrática, a autolesão é impunível, como no caso da tentativa de suicídio. Ora, se a tentativa de suicídio representa o que há de mais grave em termos de autolesão e ainda assim não se cogita de punição, como é possível justificar a punição do consumo pessoal de drogas ilegais? Não convence o malabarismo criado para permitir a incriminação do uso de drogas ilegais, no sentido de que haveria nesta conduta um perigo potencial de expansão do consumo que ofenderia a saúde pública. É evidente o antagonismo existente entre a destinação pessoal do uso e a proteção à saúde pública. Ora, se o uso é pessoal, não afeta a saúde pública, mas apenas a saúde individual do usuário.

Nesse sentido, é solar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, em boa hora reconhecida por recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa é a seguinte: *“O art. 28 da Lei nº 11.343/06 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.”*

Ainda que não se reconheça a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, é possível sustentar, como pioneiramente defendeu **Maurides de Melo Ribeiro** em sua dissertação de mestrado *“Políticas públicas e a questão das drogas: o impacto da política de redução de danos na legislação penal”*, com a qual obteve o título de mestre em Direito Penal e Criminologia pela Universi-

dade de São Paulo, que, sob a égide da nova lei, só é possível incriminar o uso de drogas ilegais quando ele se dá em local público. No âmbito privado, o uso de drogas ilegais não constitui crime, na medida em que inexiste expansibilidade do perigo potencial.

Isso porque a Lei nº 11.343/06 deixou de incriminar a conduta de utilizar local de que tem a propriedade, posse, guarda, etc. ou consentir que outrem dele se utilize para uso de drogas ilegais, prevista como crime equiparado ao tráfico de drogas na Lei nº 6.368/76 (art. 12, § 2º, inciso II). Com isso, reconheceu a nova lei a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que no Brasil possui assento constitucional (art. 5º, inciso X, da CF).

Além disso, em razão de o uso de drogas ilegais ser crime de mínimo potencial ofensivo (punido com sanções não privativas de liberdade), não cabe prisão em flagrante. No local público, o usuário de drogas ilegais pode ser conduzido ao distrito policial para lavratura de termo circunstanciado, comprometendo-se a comparecer ao juizado especial criminal. No âmbito privado, prevalece a inviolabilidade do domicílio, salvo no caso de mandado judicial de busca, sendo incabível a prisão em flagrante.

Os defensores do proibicionismo alegam que “a primeira vítima do uso de drogas ilegais é a liberdade”. Esse argumento, muito difundido, é falso. Pesquisas demonstram que a grande maioria das pessoas que usam drogas (legais ou ilegais) não desenvolvem dependência.

Além disso, ninguém nega que álcool e tabaco, que são substâncias igualmente nocivas à saúde de uso permitido (drogas institucionalizadas), possuem potencial de adição superior ao da maconha, por exemplo. E, no entanto, ninguém sugere a proibição do álcool e tabaco, nada obstante a existência de risco efetivo de dependência. A única coisa que justifica a divisão das drogas em legais e ilegais é o entorpecimento da razão.

Quando se tenta discutir a necessidade de adoção de uma política pública realista e eficiente para as drogas em geral — as legais e as ilegais — fora do campo da proibição, o primeiro obstáculo é justamente superar o moralismo. O proibicionismo é uma manifestação radical do moralismo, que há muito não tem razão de existir (se é que teve um dia). A incriminação do uso de drogas — legais ou ilegais — é inadmissível, na medida em que o Estado e o Direito não

possuem legitimidade para exercer a educação moral de pessoas adultas. O proibicionismo é, em realidade, pura ortopedia moral.

O fracasso do proibicionismo é evidente: apesar dos muitos bilhões desperdiçados na fogueira inquisitorial da guerra às drogas, estas nunca foram tão acessíveis, tão abundantes e tão baratas como na atualidade. O proibicionismo produziu males ainda mais deletérios do que o suposto mal que se propôs a evitar: incremento da violência ínsita ao modelo bélico; encarceramento em massa; e corrupção de agentes públicos, entre muitos outros danos sociais.

Os efeitos deletérios das drogas — legais e ilegais — jamais serão atingidos pela proibição. Somente uma política de saúde pública honesta, que opere, de um lado, a prevenção por meio de campanhas educativas e de informação, e de outro, o tratamento daqueles que dele realmente necessitam e que a ele aceitem se submeter, é capaz de produzir algum resultado positivo. O resto é propaganda enganosa, demagogia, parolagem.

Países importantes como Portugal e Espanha optaram pela não incriminação do uso de drogas, adotando controles extrapenais que têm se mostrado mais eficientes e menos traumáticos do que o proibicionismo-punitivo.

No editorial do **Boletim IBCCRIM** nº 187 (junho/2008), intitulado *“As marchas e contra-marchas da política mundial de drogas”*, o assunto é tratado com o necessário realismo: *“Estamos numa encruzilhada da história: ingressaremos numa nova Idade das Trevas ou numa Idade da Razão!”*

Nesse sentido, é curial a adoção de uma postura contra-hegemônica: deve-se analisar a questão das drogas não do ponto de vista da droga como problema, mas do ponto de vista da proibição como problema, com vistas à construção de uma verdadeira racionalidade fora da proibição. Assim como outras substâncias que podem causar prejuízo à saúde, as drogas ilegais devem ser objeto de preocupação não do sistema de justiça criminal, mas do sistema de saúde. Prevenir e controlar é melhor, mais eficiente e mais razoável do que proibir e reprimir, conforme se depreende da experiência da Lei Seca nos EUA. Só não vê quem está alheio à realidade.

Cristiano Avila Maronna

Advogado criminalista; mestre e doutor em Direito Penal pela USP

PECULATO-FURTO E CONCURSO DE AGENTES

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Do exame dos manuais de Direito Penal, percebe-se que a matéria dos crimes contra a Administração Pública é enunciada de um modo quase padronizado. Por um lado, tal constatação revela que os respectivos temas, em certa medida, já se encontram pacificados. Por outro, infelizmente, indica certa repetição de obras consagradas, sem o necessário refletir dogmático sobre alguns aspectos.

Antes de entrar, propriamente, no tema deste ensaio, destaca-se uma referência reiterada que não resiste a um olhar mais atento. Ao tratar do art. 327 do Código Penal, os autores costumam reproduzir a seguinte passagem de Hungria:

*“É preciso, porém, não confundir função pública com **múnus público**. Assim, não são excentres de função pública os tutores ou curadores dativos, os inventariantes judiciais, os síndicos falimentares.”*⁽¹⁾

A partir de tal excerto, afirma-se, às vezes com alguma alteração, que não se estende o teor do art. 327 àquelas pessoas ligadas ao **múnus público**. Tem-se como exemplo: **Helena Cláudio Frago**⁽²⁾, **Magalhães Noronha**⁽³⁾, **Luiz Regis Prado**⁽⁴⁾, **Cezar Roberto Bitencourt**⁽⁵⁾, **Júlio Fabbrini Mirabete**⁽⁶⁾ e **Rui e Tatiana Stocco**⁽⁷⁾. Contudo, ao se examinar qual é o conceito de **múnus público**, conclui-se que se trata de encargo atribuível a particular para o especial exercício de função pública, extraíndo-se como exemplo: o jurado e o mesário⁽⁸⁾. Estes, aliás, são dois casos clássicos de funcionários públicos, para os efeitos do art. 327 do Código Penal. Os autores, de maneira sinuosa, indicam que nos casos de exercício de **múnus público**, em que a atuação colimar preponderantemente interesses individuais, particularizados, não incidirá o art. 327. Não se aclara a amplitude do conceito, repetindo-se — de forma sibilina — o tratamento da matéria.

É sobre caso semelhante a este, em que a doutrina não se houve com a devida atenção exegética, que recai o objeto deste Trabalho. Refere-se ao **peculato-furto**⁽⁹⁾, no qual o funcionário público, valendo-se das facilidades que seu cargo proporciona, subtrai bem móvel, particular ou público, ou concorre para a subtração de outrem.

A *vexata quaestio* reside na segunda figura, em que o funcionário público *concorre* para a subtração efetuada por terceiro. Pelo que se depreende das lições doutrinárias, o tipo penal indica a ocorrência de *ajuste* entre o funcionário público que *concorre* e o terceiro que, efetivamente, *subtrai* o bem. Por todos, cite-se este tre-

cho dos *Comentários* de Hungria:

*“(...) na segunda, concorre, conscientemente para a subtração de outrem (ex.: o servente da delegacia fiscal, incumbido de fechar o edifício, deixa apenas cerrada uma das portas, por onde tiveram ingresso os ladrões, com os quais se achavam conluídos). Nesta segunda hipótese, o que se identifica é uma aplicação particular da regra sobre o **concurso delinquentium**, devendo ficar esclarecido que a **qualidade de funcionário**, embora de caráter pessoal, é elementar do crime e, portanto, **comunicável**.”*⁽¹⁰⁾

Para todos os autores listados na nota anterior, na conduta em estudo, há *acordo* entre o funcionário que tem facilidade de acesso ao bem e o terceiro que não dispõe de tal peculiaridade. Cuida-se de hipótese em que se eleva à categoria de crime autônomo comportamento que seria, em princípio, apenas *participação* em crime de furto. No entanto, em razão dos deveres ínsitos à condição funcional, o legislador reconheceu maior reprovabilidade em seu agir e, deste modo, atribuiu-lhe pena maior do que aquela prevista no art. 155 do Código Penal.

Da apreciação da segunda parte do § 1º do art. 312 do Código Penal, duas questões avultam. Passa-se ao exame de cada uma, individualizadamente.

1. A imputação àquele que, efetivamente, subtrai

Caso a subtração do bem móvel situado na repartição pública seja perpetrada por particular ou funcionário público sem facilidade de acesso, ausente o concurso do sujeito ativo especial do § 1º, a imputação será de furto.

Por outra volta, com o *auxílio* do *intra-neus*, de acordo com os autores citados, o agente da ação principal — subtrair — seria deslocado para o comportamento secundário do *partícipe*, funcionário público. É claro que esta análise é global, do fato como um todo. Isto porque, o funcionário público (com facilidade de acesso ao bem) é *autor* do crime do art. 312, § 1º, segunda parte.

Assim, acolhendo o posicionamento majoritário, de que se comunica a condição funcional da parte final do § 1º, chega-se à seguinte inusitada situação: o agente da subtração responderá como *partícipe* de sua própria ação; pois, o tipo diz “concorrer”, e, via de consequência, é promovida a atração para o comportamento do funcionário, que auxilia na subtração de outrem.

Mutatis mutandis, chega-se à mesma si-

tuação ilógica de se comunicar ao mandante a qualificadora “mediante paga” do homicídio qualificado. O motivo, aqui, é praticamente mercantil, ou seja, aquele que recebe o preço mata pelo *recebimento* do dinheiro. Em se transmitindo a circunstância subjetiva do agente-mercenário para o autor-mandante, culmina-se por apenas mais severamente por *receber dinheiro de si mesmo*⁽¹¹⁾.

Para solucionar o impasse do § 1º do art. 312, é imperioso ter presente a lição de **Nilo Batista**, exposta em sua excelente obra sobre concurso de agentes: “O *extra-neus* não pode ser autor de um crime especial, e convém observar que a **comunicabilidade opera num fluxo do autor para o partícipe, e não o contrário**. (...) Nos crimes especiais, o autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever. Se o não qualificado conhece a idoneidade do autor, responderá: 1. nos crimes especiais puros, como *partícipe*, mesmo se interveio na execução do delito (não supre o requisito típico da autoria).”⁽¹²⁾

Assim, com amparo no *escólio* do nobre monografista do tema, pensa-se que, na hipótese da segunda parte do § 1º do art. 312 do Código Penal, o funcionário responde por **peculato-furto**, e, o agente da subtração por furto. Tal solução encontra colorido sistemático caso se tome como parâmetro a relação entre os delitos previstos nos arts. 318 e 334 do Código Penal. Na facilitação de contrabando ou descaminho, o funcionário público também *concorre* para a prática de outrem que, efetivamente, promove a realização das figuras do art. 334. Ninguém ousa, em tal contexto, afirmar que a condição de funcionário público se comunicará ao particular: cada qual responderá pela sua conduta. E tal se justifica graças às características do vetor em que opera o princípio da comunicabilidade: do autor para o *partícipe*.

Portanto, repise-se, na segunda figura do **peculato-furto**, havendo conluio entre o funcionário público e o agente da subtração, o primeiro responde por **peculato** e o segundo por furto.

2. A ausência de ajuste

A doutrina, ao cuidar da segunda parte do § 1º, sempre pressupõe *concurso de agentes*. Não se faz referência à ação do funcionário público que, dolosamente, contribui para que qualquer terceiro tenha maior facilidade na subtração. Tome-se o caso do funcionário que, revoltado com o órgão em que trabalha, deixa, deliberadamente, a porta destrancada, na esperança, firme, de que outrem venha a

furtar os computadores que aparelham o recinto. Ao, simplesmente, passar-se ao largo da hipótese, despreza-se a significativa existência da previsão de tal comportamento, na modalidade culposa, disciplinada sob a rubrica de peculato culposo, no § 2º.

Aí, então, surgem três possibilidades para se encarar a omissão de cautela dolosa:

- a) é atípica;
- b) encontra-se, implicitamente, prevista no § 2º; ou,
- c) está disciplinada na segunda figura do § 1º.

Admitindo-se, dada a maneira como tratada a matéria pela doutrina, que o § 1º pressupõe ajuste entre o funcionário e aquele que subtrai, e que, portanto, a omissão de cautela dolosa é atípica, chega-se a um grave quadro de provável impunidade. Refere-se à conseqüente imprestabilidade do § 2º. Caso se reconheça a atipicidade, bastaria se afirmar, nos casos de imputação de peculato culposo, que o agente atuou com dolo para que, então, safe-se da responsabilidade penal.

Além disso, há outro relevante problema na opção pela atipicidade. De acordo com o parágrafo único do art. 18 do Código Penal, a punição do crime culposo é extraordinária, dependendo sempre de referência expressa do legislador. O correto é criar-se a figura dolosa e, se for o caso, também se incrimina a forma culposa. É difícil conceber um delito que é punido apenas na modalidade culposa, a não ser que se remeta à ridícula figura do *crime mula-sem-cabeça*: art. 40-A da Lei n. 9.605/98, em que o *caput* foi vetado, mantendo-se, todavia, no § 3º, a surreal modalidade culposa de *nihil*.

Passa-se, então, para a segunda posição. Pode-se cogitar que a modalidade dolosa estaria prevista também no § 2º. Tal posição estaria, em certa medida, em sintonia com a concepção presente na Exposição de Motivos da Parte Especial, apresentada na apreciação do art. 130 do Código Penal (perigo de contágio venéreo). Ao se tratar de tal crime de perigo, viu-se na expressão *que sabe dolo*, e, na locução *que deve saber culpa*, admitindo-se, com reproável técnica legislativa, num único tipo, a cominação de idêntico intervalo sancionatório para os modelos doloso e culposo de um mesmo agir.

Poderia, ainda, vir em abono a tal entendimento, o reconhecimento de relação de subsidiariedade entre dolo e culpa, calçada

no exame do erro de tipo. Segundo o art. 20 do Código Penal, diante da falsa representação das elementares se exclui o dolo, mas, permite-se a punição a título de culpa. No entanto, por mais que se admita a relação de subsidiariedade, ela existiria no sentido dolo-culpa; ou seja, a culpa seria o acessório em relação ao dolo, desde que haja a

previsão legal da categoria culposa. Assim, não aproveitaria o argumento. Por outro ângulo, poderia ainda ser lembrada a relação do dolo de perigo e o advento do resultado não querido pelo agente, o qual lhe viria a ser atribuí-

do a título de culpa. No caso em questão, entretanto, o dolo do sujeito seria de dano e, não, de perigo, visto que ele *deseja* o resultado.

Por fim, deve-se abordar a inteligência de que a omissão de cautela dolosa estaria no âmbito do § 1º. Então, restaria ao magistrado proceder ao acerto da reprimenda, pois a hipótese tradicionalmente tratada pela doutrina é mais grave, merecendo, na fixação da pena-base, mais intensa resposta punitiva, em razão da maior culpabilidade. Esta parece ser a explicação que implica menor esforço exegético, apesar de não ser a mais benéfica para o agente.

Das posições todas apresentadas, de fato, a mais garantista é a primeira. No entanto, ela acarreta a daninha conseqüência de aniquilar a figura culposa. A segunda padece de sensíveis entraves dogmáticos.

De qualquer forma, se, diante do ajuste, já se defende que o *extraneus* responde por furto, é evidente que, na ausência do conluio, por maior soma de motivos, também responderá ele pelo disposto no art. 155 do Código Penal, visto que o princípio da comunicabilidade requer o encontro de vontades.

Com tais considerações, busca-se contribuir para a análise, mais detida, dos crimes contra a Administração Pública.

NOTAS

- (1) *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. IX, p. 400.
- (2) *Lições de Direito Penal: Parte Especial*. 6ª ed. rev. e atual. por **Fernando Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, p. 405.
- (3) *Direito Penal*. 24ª ed. atual. por **Adalberto José Camargo Aranha**. São Paulo: Saraiva, vol. 4, p. 214.
- (4) *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 453.
- (5) *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 5, p. 149.

- (6) *Código Penal Interpretado*. 5ª ed. atual. por **Renato N. Fabbrini**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.399.
- (7) *Código Penal e sua Interpretação*. 8ª ed. rev., atual. e ampl., coord. **Alberto Silva Franco e Rui Stoco**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 1.526.
- (8) É Interessante transcrever o seguinte ensinamento de **Hely Lopes Meirelles**: “Agentes honoríficos: são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honrabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Tais serviços constituem o chamado *mínus público*, ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza. Os agentes honoríficos não são servidores públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um pro labore e contar o período de trabalho como de serviço público. (...) Somente para fins penais é que esses agentes são equiparados a funcionários públicos quanto aos crimes relacionados com o exercício da função, nos expressos termos do art. 327 do CP.” *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79.
- (9) “Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. **Peculato culposo** § 2º Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. (...)” (10) *Op. cit.*, pp. 348-349. Seguem no mesmo trilho: **Helene Cláudio**, *op. cit.*, p. 419; **Magalhães Noronha**, *op. cit.*, p. 227; **Luiz Regis Prado**, *op. cit.*, p. 320; **Rui e Tatiana Stoco**, *op. cit.*, p. 1.438. **Celso Delmanto**, *et al.*, *Código Penal Comentado*. 7ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 779. **Damásio Evangelista de Jesus**, *Código Penal Anotado*. 9ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 883. **Júlio Fabbrini Mirabete**, *op. cit.*, p. 2.327. **Guilherme de Souza Nucci**, *Código Penal Comentado*. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, p. 1.009.
- (11) **Júlio Fabbrini Mirabete** entende que se comunica tal qualificadora, *op. cit.*, p. 916. Neste sentido, no longínquo ano de 1993, o Supremo Tribunal Federal também entendeu de haver a comunicabilidade: HC 69.940/RJ – relator min. **Sepúlveda Pertence** – Primeira Turma – DJ 02-04-1993. No sentido contrário, entendendo que não se comunica a qualificadora: **Luiz Regis Prado**, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2007, vol. 2, p. 70. Em igual norte, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça: RHC 14.900/SC – rel. min. **Jorge Scartezzini** – Quinta Turma – DJ 09.08.2004, p. 277; REsp. 467.810/SP – rel. min. **Felix Fischer** – Quinta Turma – DJ 19.12.2003 p. 576.
- (12) *Concurso de Agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 170, o destaque não consta do original.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Mestre e doutor em Direito Penal pela USP

SOBRE DIONÍSIO E A SERPENTE

Guilherme Messas

A visão de mundo renascentista de **Montaigne**, embora considerasse a embriaguez grosseira e brutal, acreditava-a menos perversa e nefasta do que outros vícios, por não prejudicar diretamente a sociedade. A embriaguez seria bestial e aviltante, mas concernente exclusivamente ao rebaixamento desumanizador do próprio embriagado, fazendo com que fosse um vício não muito condenado na Antiguidade.

Tivesse diante de si os dados de mortalidade no trânsito brasileiro, talvez reformasse parte de seu pensamento, clivando a embriaguez em um grupo de auto-aviltamento e em outro, nefando para a sociedade. O incremento do poderio tecnológico de nossa era, ironicamente, ao conceder maior mobilidade e autonomia ao indivíduo, elevou sua letalidade social. As consequências dos prazeres etílicos privados se fizeram transmitir mecanicamente à totalidade do corpo da coletividade, impondo a esta uma incômoda posição de escolha entre os direitos e liberdades do indivíduo e a preservação da coletividade. Premida entre a cruz e a espada, a Lei 11.705 não hesita. Privilegia o direito à vida de todos, à custa da relativa redução do direito individual. Em nome da vida, nada a objetar a essa peça jurídica. Os dados estatísticos colhidos já logo após a implantação da lei ratificam sua função protetora dos direitos de terceiros.

Em nome da mesma vida, contudo, gostaria de realizar alguns apontamentos provenientes da história recente da Medicina, sugerindo muita prudência na apreciação dos resultados e atenção nos efeitos de médio ou longo prazo da lei. Todas as vezes que a serpente Leviatã despertou de seu sono febril e embriagado no fundo do mar para atormentar a liberdade individual, nos últimos cento e cinquenta anos, observou-se a mesma marola intelectual na superfície das águas. Todas as vezes, esse sismo foi interpretado como mera vitalidade das águas e saudado como uma espécie de “mar bom para surfe”. Devido às limitações deste artigo, veremos apenas duas características desse movimento intelectual:

1. A simplificação de conceitos complexos

Nada mais difícil de se definir do que a embriaguez. O fenômeno do êxtase, etimologicamente significando “saída de si mesmo”, apresenta-se sobre milhares de formas. No orgasmo sexual, no desvario do poder, nas libações alcoólicas, na violência desmesurada, no delírio carnavalesco, no júbilo artístico e em tantas outras situações, a consciência humana tende a dissolver-se em uma experiência de fusão com a totalidade, perdendo suas feições individuais e sua história própria. A bebida alcoólica é,

portanto, apenas uma das situações nas quais o êxtase dilui e assimila a potência do indivíduo. A cultura clássica, sabedora do caráter global, intrincado e incontornável da embriaguez, reuniu suas múltiplas formas no mito de Dionísio, constituinte fundamental da humanidade.

A época contemporânea, talvez marcada pela inocência cabotina do positivismo, procurou reduzir essa complexidade da embriaguez a comportamentos simples e unitários, facilmente definíveis, como as toxicomanias e dependências de drogas. Com essa facilitação, pensou qualificar-se para domar um fenômeno que se ancora no mais profundo e perene da natureza humana. Basta um rápido olhar nos dados internacionais recentes, revelando aumento no uso recreativo de álcool e outras substâncias, para uma primeira constatação da irrelevância da pretensão.

Essa simplificação injustificada, no entanto, traz outros problemas, de natureza pragmática, ligados à definição dos conceitos. Limite-me aqui a explicitar apenas um deles, contido na lei. Assim determina a lei, em seu art. 165: “*Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência ...*”, leva a determinadas punições. Ora, existe uma grave falha técnica, no sentido psicopatológico, neste ponto. Inexiste uma associação necessária entre produção de dependência e a embriaguez propriamente dita que a lei pretende coibir. Por exemplo, um uso eventual abusivo de suco de maracujá pode causar uma sonolência suficiente para inviabilizar a capacidade de condução de veículos automotores. No entanto, até o presente momento, o uso desta fruta não foi inventariado entre as substâncias determinantes de dependência e tampouco proibido pela autoridade legal. O ponto de corte a partir do qual uma substância passa a ser nociva tem pouco a ver com seu poder de vício. A letra da lei, ao preocupar-se excessivamente com a dependência, recende a um moralismo ultrapassado e tecnicamente risível. Seriam inúmeras as situações nas quais comportamentos de risco extremo a terceiros não estariam contemplados pela lei.

Foi esse mesmo princípio de simplificação de conceitos complexos que levou, no século XIX, à tentativa de redução dos enigmas da criminalidade ao aspecto externo das fisionomias, à moda de **Lombroso**. O século XXI, um tanto mais abstrato, deflaciona as mil faces da embriaguez ao denominador comum do álcool e de algumas drogas psicoativas, esquecendo, por exemplo, que o furor de redenção da sociedade também radica, em última análise, em um entusiasmo dionisíaco.

2. A supressão como solução

A simplificação da visão de mundo, no entanto, seria inócua se encerrada em si mesma. As próprias dificuldades advindas da renitência da realidade fariam com que fossem gradualmente sendo abandonadas medidas como, por exemplo, a Lei Seca norte-americana.

O aspecto nocivo da simplificação mora no favorecimento da noção de supressão como a melhor solução. A lógica é óbvia: uma vez isolado um fato simples como o elemento indesejável a ser debelado, basta extirpá-lo que a solução estará dada. Desta maneira, as concepções eugênicas das primeiras décadas do século XX, ao situarem equivocadamente na germinação humana os defeitos da raça, acabaram levando ao próprio exterminio dos ditos tarados, como no nazismo, ou à esterilização de doentes mentais, como nos atualmente insuspeitos Estados Unidos e Suécia. São consequências naturais de certos esquemas de pensamento que, uma vez utilizados irrefletidamente, acabam por arruinar as muitas vezes boas intenções dos seus portadores.

O mesmo se dá no campo da embriaguez. De seu berço hipocrático até meados do século XIX, a medicina interpretou a embriaguez imoderada como fruto da desmesura, da desarmonia das proporções antropológicas. Apenas com o século XX esta passou a ser um simples comportamento indesejável, desligado da noção de adequação ou de proporção, apto, portanto, para ser banido do corpo social. A mesma linha de raciocínio fundamenta as proibições ao tabagismo, à ingestão de certos nutrientes, a certas formas de publicidade etc., numa crescente e perigosa ampliação de comportamentos simplificados tomados como repudiáveis.

Obviamente, a condução de veículos sob o efeito de álcool deve ser catalogada como desmesurada e inapropriada. Porém, a concepção de alcoolemia zero aproxima-se perigosamente da noção de purificação, que tantos efeitos desastrosos impingiu no século XX. Receba-se, portanto, a Lei 11.705 como um ajuste exato às necessidades da sociedade de garantia do direito à vida. No entanto, cautela redobrada, pois qualquer dilatação sua para além do restrito perímetro em que é fecunda pode causar fissuras na superfície — viva como nunca — do ovo da serpente.

Guilherme Messas

Médico psiquiatra; mestre, doutor e pós-doutor na Faculdade de Medicina da USP; e presidente da Sociedade Brasileira de Psicopatologia Fenômeno-Estrutural (SBPFE)

DELITOS DE PERIGO ABSTRATO – UM RETROCESSO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

André Luís Callegari

A criminalidade no trânsito está sendo declarada como um dos principais fatores de problemas sociais dentro do nosso País. Diante deste problema, novamente o legislador socorre-se, sem critérios, do Direito Penal para a “solução” dos crimes de trânsito.

A medida que mais se destaca nas modificações introduzidas pela Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, foi o retorno à utilização do delito de perigo abstrato, tão contestado pela doutrina no passado.

É notório que a Política Criminal expansiva está tomando conta das reformas operadas pelo governo, utilizando-se cada vez mais tipos penais abertos e de perigo abstrato, que permitem o fechamento pelo juiz e a antecipação das barreiras de punição.

Assim, os delitos contra a segurança do trânsito pertencem ao grupo dos denominados “delitos de perigo comum”, expressão com que um setor doutrinário vem designando uma série de figuras delitivas caracterizadas não pelo mero fato de nos encontrarmos ante a descrição típica de uma estrutura de delito de perigo, senão pela circunstância de referir-se o perigo a uma coletividade indeterminada de pessoas⁽¹⁾. A criação desses tipos responde a uma opção político-criminal a favor do adiantamento de barreiras de proteção, que dá lugar a configuração de bens jurídicos espiritualizados, de natureza supra-individual, como é o da segurança do trânsito⁽²⁾.

Dado que o âmbito ao que se refere à empresa de proteção, que é um âmbito de proteção massiva de processos de risco, em que se produzem múltiplos comportamentos lícitamente perigosos e múltiplos processos ilícitamente perigosos de diferentes entidades, a tarefa do legislador penal afronta o desafio fundamental de selecionar unicamente as condutas mais graves e de selecioná-las com precisão⁽³⁾. Vai nisso, ademais da própria eficácia da intervenção penal, a vigência dos elementares princípios de intervenção mínima e legalidade.

Para a consecução do objetivo citado de intervenção mínima, precisa e eficaz na proteção da segurança do trânsito, conta o legislador, em princípio, com diversas técnicas de tipificação: pode exigir, em primeiro lugar, através de cláusulas de resultado, que a conduta haja provocado certa situação de perigo: neste caso pode requerer que o risco gerado tenha uma determinada intensidade ou pode conformar-se com que traspasse a fronteira do permitido; pode optar, assim mesmo, pela descrição de uma conduta cuja realização impli-

que necessariamente na geração de um risco relevante — com o auxílio ou não de cláusulas de idoneidade ou de não exclusão da perigosidade —; pode, finalmente, limitar-se a definir uma conduta que, frequentemente ou em certos casos, é perigosa ou pode gerar riscos⁽⁴⁾.

A utilização de uma ou outra técnica, ou de uma ou outra variante dentro das mesmas, não é inócua. No caminho que vai da primeira à última ganhamos precisão e facilidades para a constatação judicial do fato delitivo; em contra perde-se no caminho tanto o princípio da intervenção mínima como o argumento de lesividade frente à legitimação da norma⁽⁵⁾.

A técnica de tipificação buscada pelo legislador no Código de Trânsito até a presente reforma foi a de tipificar as condutas como sendo de perigo concreto (arts. 306, 308, 309, 310 e 311), isso porque ao final dos tipos penais encontram-se os termos: “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”; “desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada”; “gerando perigo de dano”; etc.

Com as recentes modificações introduzidas pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, retornamos à utilização de delitos de perigo abstrato, isto porque basta a mera condução do veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência (art. 306, CTB) para que se configure o crime.

Portanto, o motorista que for flagrado dirigindo embriagado, de acordo com a nova lei, já cometeu o crime de trânsito, pois se trata de mera presunção de perigo (perigo abstrato). Ainda que o motorista esteja conduzindo o veículo corretamente, isto é, na mão correta de direção, em velocidade compatível, com o uso correto do cinto de segurança, respeitando a sinalização etc., estará sujeito à pena prevista no Código de Trânsito Brasileiro.

Como a pena permite a prisão em flagrante, por sorte o legislador não alterou a possibilidade de fiança, o motorista, sem a prova do perigo, deverá submeter-se à prisão e, após o pagamento da fiança, posto em liberdade. Num País em que o sistema penitenciário é caótico, faltam milhares de vagas, o legislador propõe mais uma forma de ingresso naquele sistema.

No sentido de defesa dos delitos de perigo abstrato, afirma-se que o adiantamento da barreira de intervenção penal inclusive aos momentos anteriores a colocação

em perigo, obedece-se a uma regra de experiência, neste caso empiricamente contrastada, que permite afirmar a perigosidade inerente a determinados comportamentos. Isso foi explicado, no delito de dirigir embriagado, por **Silva Sánchez** a partir da consideração da conduta típica como um caso de “imprudência sem resultado” criminalizada excepcionalmente ao menos por duas razões: em primeiro lugar, por tratar-se de uma imprudência permanente, que se prolonga no tempo, o qual a torna mais perigosa que um ato isolado; em segundo lugar, a situação descrita admite uma maior objetivação da infração do dever de cuidado em comparação com outras formas de condução perigosa (cansaço ou sono, por exemplo)⁽⁶⁾.

O problema referido de adiantamento das barreiras de proteção penal parece contrastar com a antijuridicidade material, é dizer, estaríamos desvalorando a simples ação do sujeito, independentemente da produção do resultado. Assim, nos delitos de perigo abstrato não se faz necessária a verificação de um resultado de perigo concreto para a vida ou integridade física das pessoas, posto que o perigo é presumido. Basta a condução do veículo com a concentração superior de álcool prevista na lei.

Concepción Salgado menciona que a maioria da doutrina reconhece a necessidade de que o legislador empregue a técnica de tipificação dos delitos de perigo; em geral, resulta modificada a opinião quanto à forma em que este se apresente, pois enquanto para alguns a modalidade abstrata deve seguir mantendo-se dentro do texto punitivo no marco dos delitos de trânsito, com o efeito de lograr a maior garantia possível para a sua segurança, outros, pelo contrário, censuram sua presença ao entender, bem que o tipo de injusto não admite mais que a categoria de delitos de perigo concreto, bem que resultam incompatíveis com o princípio da legalidade ou dificilmente reconduzíveis ao conceito de culpabilidade⁽⁷⁾.

Quanto a este problema, merece procedência a distinção e a crítica de **Bustos Ramírez** quando leciona que são delitos de perigo concreto aqueles em que a probabilidade da lesão concreta implica de algum modo uma comoção para o bem jurídico, é dizer, que temporal e espacialmente o bem jurídico provavelmente afetado esteve em relação imediata com a colocação em perigo; isto tem importância desde o ponto de vista processual-penal, pois é necessário então provar que um bem jurídico foi posto

em perigo, que houve uma relação entre o comportamento típico do sujeito e o bem jurídico. Nos delitos de perigo abstrato, em troca, presume-se *ipso iure* o perigo para o bem jurídico, não havendo, pois, possibilidade de prova em contrário, basta comprovar a realização do comportamento típico, desde então que a doutrina se há declarado contra (cf. Barbero), pois se opõe ao princípio garantidor de *nullum crimen sine iniuria*, que surge de uma concepção material da antijuridicidade e do injusto. No fundo, mediante o recurso ao delito de perigo abstrato pode-se estar castigando criminalmente em razão a uma determinada visão moral, política ou social, ou bem, uma mera infração administrativa⁽⁸⁾.

Conclui Bustos Ramírez que se deve comprovar uma determinada relação de cominação ao bem jurídico, sendo suficiente falar de delitos de perigo concreto. Diferente é rebaixar a hipótese de probabilidade

de a simples possibilidade, pois conceitualmente então tudo é possível, não há conceitualmente nem ontologicamente nenhuma determinação; em tal caso a tendência é voltar aos delitos de perigo abstrato em que a prova do comportamento típico implica já o perigo, pois justamente essa foi a razão que inspirou o legislador, a razão legislativa (ou estatal) se converte *ipso iure* em constitutiva do injusto sem mais⁽⁹⁾.

Portanto, nas modificações introduzidas pelo legislador através da Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, retornou-se à utilização dos delitos de perigo abstrato no art. 306 do CTB, o que significa dizer que não é mais necessária a prova da existência do perigo. Tal modificação representa um retrocesso do legislador, tendo em vista a natureza material da antijuridicidade e também a moderna visão do Direito Penal implica em levar em conta não só o desvalor da ação, mas, também, o desvalor do resultado.

NOVO ARTIGO 296, CTB: A PENALIDADE OBRIGATÓRIA DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR

Eduardo Luiz Santos Cabette

O artigo 296, CTB, foi objeto de reforma pela Lei 11.705/08. O legislador incrementou a repressão nos casos de condenações de reincidentes em crimes de trânsito. Anteriormente a lei dispunha uma *faculdade* ao juiz de impor, além das outras sanções penais cabíveis, a pena adicional de “suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor”⁽¹⁾. Atualmente o artigo 296, CTB, em sua nova redação, não mais permite uma *faculdade* do julgador, determinando *de forma imperativa* que o juiz “aplicará” a referida sanção sempre que o réu for reincidente em crimes de trânsito. Não existe mais nenhuma margem disponibilizada ao magistrado para avaliação de eventuais características peculiares de cada caso concreto submetido à sua análise.

Observe-se que a reincidência que ocasiona a pena adicional sob enfoque é a específica em crimes de trânsito (artigos 302 a 312, CTB). Eventual reincidência em outros tipos criminais não ensejará a aplicação dessa penalidade⁽²⁾. Não obstante, é desnecessário que o agente tenha sido condenado exatamente no mesmo crime de trânsito anterior. Por exemplo, um indivíduo condenado anteriormente por lesão culposa no trânsito que vem a cometer o crime de embriaguez ao volante. Não há necessidade, para que a reincidência específica se configure, que o crime anterior fosse também de embriaguez ao volante. Isso porque a lei utiliza a expressão “reincidente na prática de crime previsto neste Código”, claramente abrangendo todos os

crimes de trânsito indistintamente.

Outra faceta importante quanto ao tema objeto deste trabalho é que a pena de suspensão acima mencionada não poderá ser imposta em casos de condenações por crimes de trânsito que já a estabelecem como pena principal no preceito sancionador dos tipos penais. Nessas circunstâncias, de que são exemplos os artigos 302, 303, 306, 307 e 308, CTB, a reincidência será considerada como “circunstância agravante preponderante”, de acordo com o artigo 61, I, CP. Nas outras situações, em que os crimes de trânsito não consignam em seus preceitos secundários a penalidade em destaque de forma principal (artigos 304, 305, 309, 310, 311 e 312, CTB), o juiz *será obrigado* a aplicar a suspensão, sendo que nesses casos a reincidência não poderá ser mobilizada como agravante genérica de acordo com o artigo 61, I, CP para evitar dupla apenação pelo mesmo fato⁽³⁾.

A reincidência específica em crimes de trânsito, por óbvio, somente se operará e gerará as consequências em destaque quando a condenação anterior for transitada em julgado, em respeito ao Princípio da Não-Culpabilidade (artigo 5º, LVII, CF e artigo 63, CP). Também não será atingido pela reincidência específica sobredita aquele condenado, ainda que por sentença definitiva, cuja data de cumprimento ou extinção da pena distar mais de cinco anos da infração posterior. Trata-se da chamada “Prescrição da Reincidência”, prevista no artigo 64, I, CP.

Além disso, é preciso notar que, como

NOTAS

- (1) SUMALLA, Jose Maria Tamarit. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Arazandi Editorial, 1996, p. 1.042.
- (2) SUMALLA, Jose Maria Tamarit. Ob. cit., p. 1.042.
- (3) LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Civitas, 1997, p. 1.039.
- (4) LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 1.039.
- (5) LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., pp. 1.039/1.040.
- (6) SUMALLA, Jose Maria Tamarit. Ob. cit., p. 1.044.
- (7) CARMONA SALGADO, Concepción. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Editoriales de Derecho Reunidos, p. 94.
- (8) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*. Ariel Derecho, p. 191.
- (9) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 192.

André Luís Callegari

Advogado; doutor em Direito Penal na Universidad Autónoma de Madrid; coordenador executivo do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e professor nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) na mesma Universidade.

se trata da aplicação de uma pena que se agrega àquelas já previstas no preceito sancionatório dos respectivos tipos penais, não se trata de efeito automático da condenação a imposição da suspensão do direito de dirigir. Para que o infrator seja submetido a essa penalidade, mister se faz menção expressa na sentença. Acaso o juiz não conste de sua decisão a imposição da penalidade sobredita, nem mesmo o juízo da execução poderá incluí-la posteriormente. Se a sentença condenatória que não impõe a suspensão ao reincidente específico em crime de trânsito transitar em julgado, tal pena deixará de ser aplicada, inobstante o imperativo legal. Assim sendo, caberá ao Ministério Público, em caso de omissão da sentença ou do acórdão, utilizar-se dos meios recursais adequados para a correção da situação, ou seja, deverá valer-se dos embargos de declaração (artigo 382, 619 e 620, CPP) e/ou da apelação (artigo 593, CPP).

NOTAS

- (1) RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 620.
- (2) Op. cit., p. 620.
- (3) CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 15-16.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia; Mestre em Direito Social; pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia; e professor de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na Unisal

O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O “BAFÔMETRO”: ALGUMAS OBSERVAÇÕES

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Recentemente foi editada a Lei nº 11.705/08, que, em seu art. 5º, VIII, alterou a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que tipifica o crime de embriaguez ao volante.

A nova redação dada a referido artigo excluiu do tipo penal a circunstância “*expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*” e incluiu a circunstância “*estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*”, inserido, ainda, o parágrafo único, que determina que “*o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo*”.

A regulamentar a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito, o Poder Executivo Federal fez publicar o Decreto nº 6.488/08, que, em seu art. 2º, determina que: “*Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.*”

Pois bem, diante de tal novidade legislativa, é imperioso analisar se o popularmente conhecido “bafômetro” (etilômetro) é meio penalmente idôneo a comprovar o crime de embriaguez ao volante e a resposta, s.m.j., deve ser negativa.

Em um Estado Democrático de Direito, é elementar que o Direito Penal seja limitado, já que o *ius puniendi* estatal não é um poder absoluto, mas, sim, um poder submetido a controles e limites⁽¹⁾, e, dentre tais limites, um dos mais antigos e famosos é o princípio da legalidade penal, que, entre nós, tem natureza constitucional (art. 5º, XXXIX, da CF).

O princípio da legalidade penal, em última instância, visa a impedir a insegurança jurídica (*ius incertum*) e a arbitrariedade estatal, objetivando e determinando clareza, certeza e limites precisos à intervenção punitiva do Estado⁽²⁾, constituindo-se, pois, como “*a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo*”⁽³⁾.

Por sua vez, tal princípio constitucional possui diversas funções, merecendo destaque o mandato de taxatividade (*lex certa*) sobre o legislador, que, assim, deve descrever o tipo penal incriminador de forma clara, inequívoca e exaustiva para que to-

dos — cidadãos e juízes — possam conhecer com a certeza e segurança necessárias o conteúdo da proibição e seus precisos contornos⁽⁴⁾.

Inegável que em relação à nova redação dada ao crime de embriaguez ao volante, tipificado pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o legislador brasileiro obedeceu ao mandato constitucional da *lex certa*, descrevendo com clareza e rigor o pressuposto da incriminação penal, apresentando com segurança seus elementos constitutivos, inclusive fazendo constar explicitamente do *caput* do artigo o elemento descritivo “*estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*”.

Entretanto, não se pode dizer o mesmo em relação à regulamentação da equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos da configuração do referido crime ao estipular, no art. 2º, II, do Decreto nº 6.488/08, que o “bafômetro” (etilômetro) é equivalente ao exame de sangue, estando, pois, tal método apto a comprovar a embriaguez e, conseqüentemente, a comprovar a materialização do tipo penal.

Ora, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é claro e explícito ao determinar a concentração superior de 06 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, e, assim, o crime só se configurará com a comprovação de tal quantidade de álcool no sangue do condutor do veículo, o que, por sua vez, somente poderá ser averiguado — o que me parece bastante óbvio —, através do competente exame de sangue, aliás, como corretamente observado pelo inc. I, do art. 2º do Decreto nº 6.488/08.

Já o “bafômetro” (etilômetro) não é o meio correto e eficaz para comprovar e aquilatar a quantidade de álcool no sangue, pois, nos termos da própria regulamentação, o etilômetro utiliza meio e medida diversos ao analisar a quantidade de álcool por litro de ar expelido dos pulmões do condutor.

Tratam-se, portanto, de coisas absolutamente diversas, pois álcool no sangue é uma coisa e álcool no ar expelido dos pul-

mões é outra.

Assim, se o tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é taxativo ao mencionar que o crime se configura com determinada quantidade de álcool no sangue do condutor do veículo e que tal prova, por questões óbvias, somente pode ser feita através de exame do sangue daquele, impossível a responsabilização penal através do teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), mediante o exame do ar expelido dos pulmões, já que, mediante a escrupulosa observação do princípio constitucional da legalidade, tal crime não existe.

Dessa forma, a adoção do “bafômetro” (etilômetro) como meio de prova para a configuração do crime de embriaguez ao volante, como pretende ver reconhecido e legitimado o Decreto nº 6.488/08, é clara e patente afronta ao art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e que, portanto, deve ser energeticamente rechaçado pelo Poder Judiciário, pois “*las negaciones del principio de legalidad pueden acabar transformando un régimen de Derecho en un sistema de ‘terror penal’. Porque cuando se habla de terror penal no debe pensarse en que se manifiesta solo a través de guillotinas y pelotones de ejecución, porque terror es una leve condena pronunciada por el juez cuando no se señalan límites precisos a su arbitrio*”⁽⁵⁾.

NOTAS

- (1) Cfr. GARCIA PABLOS, Antônio. *Derecho Penal – Introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995.
- (2) Cfr. GARCIA PABLOS, Antônio. *Op. cit.*, p. 233.
- (3) Cfr. BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, p. 65.
- (4) Cfr. GARCIA PABLOS, Antônio. *Op. cit.*, p. 248.
- (5) In COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal – Parte General*. 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, p. 74.

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Juiz de Direito/SP; professor de Direito Penal da Universidade Católica de Santos e da Escola Paulista da Magistratura; membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP).

O BAFÔMETRO E A “LEI SECA”

Sérgio Duailibi e Ronaldo Laranjeira

Os problemas decorrentes do consumo de álcool entre condutores de veículos têm sido amplamente estudados e considerados um importante problema de saúde pública *em todo o mundo*. Tais problemas geram elevados custos sociais e conseqüências para os acidentados, resultando em danos socioeconômicos pela soma dos prejuízos materiais, médicos e os referentes à perda de produtividade. Com base em modelos econômicos vigentes, o custo total dos acidentes no tráfego é de 1,0% do total do Produto Interno Bruto (PIB) em países de baixa renda, 1,5% em países com renda média e 2,0% naqueles de alta renda. O espaço urbano e particularmente o trânsito são cenários de muitas conseqüências do uso indevido do álcool sendo que aproximadamente um quarto a metade dos acidentes automobilísticos com vítimas fatais estão associados ao uso do álcool por algum dos responsáveis pela ocorrência. O setor público provém de medidas de controle e atenuação desses efeitos e a OMS sugere quatro ações para controlar os problemas relacionados ao consumo de álcool e direção: redução do limite de concentração sanguínea do álcool permitida para dirigir; suspensão administrativa da licença de motoristas que dirigem intoxicados; fiscalização com bafômetros e uma política de “tolerância zero” para motoristas novatos.

Existem amplas evidências científicas na literatura internacional que estabelecem uma relação inversamente proporcional entre a utilização de etilômetros e acidentes de trânsito relacionados ao álcool: quando a fiscalização com testes respiratórios intensifica-se, o número de acidentes com motoristas alcoolizados diminui proporcionalmente.

Esta abordagem mostrou-se altamente efetiva, e nas cidades onde testes com bafômetros são realizados semanalmente há uma redução de cerca de 20% dos acidentes fatais relacionados ao álcool. Pudemos experimentar alguns destes efeitos em poucas semanas da “lei seca”, com diminuição do número de acidentes, atendimentos a urgências e emergências em várias cidades do país.

Pesquisa nacional da Uniad/Unifesp realizada em 2006-2007, com 6.356 motoristas em várias capitais, apontou que 1/3 dos condutores avaliados apresentava positividade nos bafômetros. Estes valores são sete vezes maiores que os obtidos internacionalmente. Este comportamento de beber e dirigir só se sustenta quando em consonância com as normas culturais vigentes em uma comunidade. Poucas restrições às propagandas nos meios de comunicação a tornam eficiente em seduzir o público, prin-

cipalmente o jovem, para o consumo de bebidas alcoólicas, citando inocuamente reiteradas vezes o bordão “se beber não dirija”. Ou seja, os valores que imperam são: o *lobby* das indústrias de bebidas alcoólicas, o descontrole social em relação ao consumo elevado do álcool a baixos preços, com sua ampla disponibilidade nos mais variados ambientes, banalizando o seu consumo e a tolerância em relação à transgressão legal. De fato, a magnitude do resultado obtido também seria improvável na presença de uma eficiente fiscalização e punição por parte dos agentes de trânsito.

Neste estudo também constatamos que em 56% dos casos não havia correspondência correta entre a avaliação prévia de entrevistadores treinados para analisar o estado de embriaguez do condutor e os resultados posteriormente obtidos nos testes respiratórios. Isto ocorreu porque boa parte dos motoristas com álcool positivo no bafômetro não estava obviamente intoxicada, o que vai de acordo com a literatura internacional e certamente faz com que o agente de trânsito tenha grandes dificuldades de identificar um motorista alcoolizado sem a utilização destes aparelhos. O maior obstáculo para a implementação de testes com bafômetros no Brasil, sempre foi a possibilidade de recusa por parte do condutor suspeito, alegando que a Constituição Brasileira lhe dá este direito, face ao princípio constitucional da não-obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo. Salientamos que tal recusa é permitida em vários países do mundo, porém o motorista sofrerá várias penalidades administrativas, tais como a aplicação de multas, retenção da carteira de motorista e do veículo.

No Brasil, o álcool responde por cerca da metade dos acidentes graves de trânsito e os adultos menores de 30 anos são suas maiores vítimas. O ato de dirigir após o consumo de bebidas é percebido como uma prática comum, que precisa ser controlada. Mortes e inaptidões causadas por uma combinação de consumo de álcool e direção podem ser prevenidas. Para tal, políticas públicas relevantes e sustentadas revelam-se imprescindíveis.

Tais políticas e leis, ao promoverem modificações estruturais no ambiente onde usualmente se bebe, provocam mudanças no comportamento relacionado ao consumo de álcool. As leis federais e estaduais estabelecem as bases para políticas locais. Estas têm como desafio a implantação e o cumprimento dessas leis existentes e a adaptação às características locais (recursos, vigilância e particularidades).

Nacionalmente, a “lei seca” é um tipo de política de prevenção coletiva que muda

o comportamento populacional, e é mais eficaz que somente campanhas educativas isoladas (do tipo “se beber não dirija” ou “piloto da vez”). Quanto à rigidez da lei temos a acrescentar que não há limites seguros para consumo de bebidas alcoólicas em motoristas. Mesmo em baixas doses o álcool provoca prejuízos visuais, nos reflexos e visão periférica, comprometimento da noção de distância, velocidade, atenção, coordenação e tempo de reação, além da alteração na capacidade de controle dos impulsos e aumento da impetuosidade. O risco de acidentes aumenta uma vez e meia após consumir uma dose e dobra após duas. Um único episódio de consumo pode acarretar efeitos, mesmo que o indivíduo não beba com frequência. Isto é particularmente importante na população que bebe preferencialmente nos finais de semana, como os adolescentes e adultos jovens, que costumam ser as maiores vítimas de acidentes de trânsito.

A “lei seca” não está proibindo as pessoas beberem e não é rígida demais ao estipular que o consumo de uma quantidade de álcool equivalente a dois chopes seja suficiente para a prisão do condutor. Basta, na maioria das vezes, alterar alguns hábitos e aguardar mais antes de conduzir um veículo. Este, talvez, seja um dos principais pontos a serem enfatizados. Apesar de existirem pessoas mais tolerantes ao álcool, infelizmente, não dá para fazer uma lei baseada no metabolismo individual, próprio de cada pessoa. O importante a ser preservado seriam o interesse e a segurança coletiva e a mudança do comportamento em relação ao beber e dirigir.

REFERÊNCIAS

01. The Royal Society for the Prevention of Accidents Drinking and Driving. *Policy Paper Updated May 2005*.
02. CHOU, S.P.; GRANT, B.F.; DAWSON, D.A.; STINSON, F.S.; SAHA, T.; PICKERING, R.P. Twelve-month pre-valence and changes in driving after drinking: United States, 1991-1992 and 2001-2002. *Drug and Alcohol Dependence*, vol. 80 (2005) 223-230.
03. BABOR, T.; CAETANO, R.; CASSWELL, S.; EDWARDS, G.; GIESBRECHT, N.; GRAHAM, K.; GRUBE, J.; GRUENEWALD, P.; HILL, L.; HOLDER, H.; HOMEL, R.; ÖSTERBERG, E.; REHM, J.; ROOM, R.; ROSSOW, I. *Alcohol: no ordinary commodity: research and public policy*. 2003, Oxford; New York: Oxford University Press. xiv, 290 p.
04. SHULTS, R.A., et al., Reviews of evidence regarding interventions to reduce alcohol-impaired driving. *Am J Prev Med*, 2001. 21 (4 Suppl): pp. 66-88.
05. Insurance Institute for Highway safety. *Status Report*, Vol. 40, No. 4, April 2, 2005.
06. AMERATUNGA, S.; HIJAR, M.; NORTON, R. *Road-traffic injuries: confronting disparities to address a global-health problem*. *Lancet* 2006; 367:1533-40. + 14, 38-42.
07. Dept of Transportation (US), National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA). *Traffic safety facts 2003: overview*. Washington (DC): NHTSA; 2004b

[cited 2004 Oct 19]. Available from URL: www-nrd.nhtsa.dot.gov/pdf/nrd-30/NCSA/TSF2003/809767.pdf.

Sérgio Duailibi

Médico do Trabalho, especialista em Dependência Química e doutor em Ciências da Saúde pelo

Departamento de Psiquiatria, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, Brasil; pesquisador em Políticas Públicas do Álcool e Prevenção Comunitária na Unidade de Pesquisa em Álcool e outras Drogas (Uniad) da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), São Paulo, Brasil

Ronaldo Laranjeira

Médico psiquiatra, professor doutor, titular do Departamento de Psiquiatria da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), São Paulo, Brasil; PHD em Dependência Química pela Universidade de Londres. Coordenador Geral da Unidade de Pesquisa em Álcool e outras Drogas (Uniad)

AS INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI SECA

Roberto Delmanto

Duas importantes modificações feitas no Código de Trânsito Brasileiro pela Lei nº 11.705, de 19 de junho último — a que acrescentou um § 3º ao art. 277 e a que alterou o *caput* do art. 306 — são manifestamente *inconstitucionais*.

Dispõe o art. 277, *caput*, do Código de Trânsito, não modificado pela nova lei, que “*Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidentes de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob a suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitam certificar seu estado*”.

Tais “aparelhos” são os chamados “bafômetros”, que, no caso de recusa do condutor em usá-los, são substituídos pelo exame de sangue.

Já o § 3º acrescentado a esse artigo 277 pela *Lei Seca* preceitua que “*Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput desse artigo*”.

As “penalidades e medidas administrativas” previstas no art. 165 são: infração gravíssima (sete pontos), multa de R\$ 955,00, suspensão do direito de dirigir por um ano, retenção do veículo e recolhimento do documento de habilitação. Ou seja, quem se recusar a usar o “bafômetro” ou fazer exame de sangue sofrerá essas punições administrativas.

Sucedo, porém, que o Brasil é signatário de dois tratados internacionais — o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica — cujos direitos e garantias individuais estão no *mesmo* patamar daqueles constantes de nossa Constituição, por força do art. 5º, § 2º, desta.

E ambos tratados estabelecem, entre as “garantias mínimas” de toda pessoa acusada de um delito, o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada” (PIDCP, art. 14,3,g e CADH, art. 8º, 2g).

Trata-se do direito do acusado de não se auto-incriminar, de não fazer prova contra

si mesmo, inclusive não se submetendo ao bafômetro ou a exame de sangue.

Em decorrência desse direito, erigido em garantia de nível constitucional, o novo § 3º de art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro é **inconstitucional**, pois ninguém pode ser punido, ainda que apenas administrativamente, por ter exercido um direito. Em consequência, a recusa em se submeter ao bafômetro ou exame de sangue também não configurará crime de desobediência (CP, art. 330), por não haver dever jurídico de obedecer.

Inconstitucional é igualmente o art. 306 do Código de Trânsito, que, alterado pela *Lei Seca*, dispõe ser crime, apenado com 6 meses a 3 anos de detenção e multa, além da suspensão ou proibição de dirigir, o ato de “*Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*”.

Tal artigo fere o princípio da ofensividade, princípio este que só permite penalizar criminalmente a conduta de quem, ao menos, exponha a incolumidade de outra pessoa a um dano *potencial*.

Com efeito, não se admite em Direito Penal a punição de alguém por um perigo abstrato, presumido, hipotético, exigindo-se seja o perigo *concreto, real e efetivo*.

Exatamente como dispunha o antigo art. 306 do Código de Trânsito que apenas considerava crime a conduta do motorista que, estando com 0,6 gramas de álcool por litro de sangue ou mais, expusesse “a dano *potencial* a incolumidade de outrem”, como, por exemplo, dirigindo em ziguezague ou na contramão.

Em resumo: nenhum motorista pode ser punido administrativa ou criminalmente por se recusar a fazer o teste do “bafômetro” ou exame de sangue, nem punido criminalmente por dirigir alcoolizado sem, entretanto, colocar em risco de perigo *concreto* a incolumidade alheia.

Por força do direito de não se auto-incriminar também não será obrigado a colaborar com eventual exame médico, *v.g.*, fazendo posições corporais para mostrar equilíbrio.

Restará, portanto, à autoridade policial valer-se de “outras provas em direito per-

mitidas, acerca dos *notórios* sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor”, como prevê o § 2º do art. 277 do Código de Trânsito.

Tais provas - lícitas, ao contrário dos ilícitos bafômetro e exame de sangue *não voluntários* - consistirão, principalmente, nas declarações de testemunhas e em parecer médico. Essas provas poderão dizer se o motorista estava ou não alcoolizado, mas *não em que grau*, frustrando os objetivos da nova lei de punir administrativamente quem estivesse com 2 decigramas ou mais, de álcool por litro de sangue e, penalmente, aquele que estivesse com 6 decigramas ou mais.

Melhor seria que o legislador houvesse optado por punir apenas administrativamente, embora com severidade, o motorista que, embriagado de acordo com o relato de testemunhas e parecer médico ou por resultado de teste de bafômetro ou exame de sangue *voluntários*, expusesse a incolumidade de outrem a perigo real, concreto e efetivo.

E só viesse a penalizá-lo criminalmente se descumprisse as sanções administrativas impostas ou causasse lesão corporal ou homicídio culposos, nestes casos com aumento de pena pela embriaguez como já consta dos arts. 303, parágrafo único, e 302, parágrafo único, inciso V, do Código de Trânsito Brasileiro.

O Direito Penal só deve ser aplicado em último caso, quando os demais ramos do direito se mostrem incapazes de solucionar graves conflitos sociais, e não como solução primeira e “mágica” para eles.

A *Lei Seca* teve o mérito de conscientizar a todos da incompatibilidade entre o álcool e ato de dirigir. Seus autores tiveram a melhor das intenções, mas, infelizmente, trilharam por caminho legalmente equivocado, que precisará ser refeito dentro dos princípios constitucionais, para o bem comum.

Todavia, a Suprema Corte, como de costume, haverá de dizer a última palavra na ação direta de inconstitucionalidade que está prestes a julgar.

Roberto Delmanto

Advogado criminalista, foi membro do Conselho de Política Criminal do Estado de São Paulo e do Ilanud - Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente

PARTICIPE

POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES -

"JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: REPARAÇÕES ÀS VÍTIMAS DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS COMETIDAS PELOS REGIMES MILITARES DO CONE SUL"

Data: 07 de agosto de 2008 (quinta-feira).

Horário: 10h00

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

Expositora: Kathryn Sikkink - professora de Ciência Política da Universidade de Minnesota/EUA.

Inscrições: gratuitas, por e-mail (mesas@ibccrim.org.br) ou por telefone (11 - 3105 4607, ramal 174)

14º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Confira, abaixo, os parceiros que aderiram a colaboração do **14º Seminário Internacional do IBCCRIM!**

Escritórios Colaboradores:

- Advocacia Mariz de Oliveira S/C (SP)
- Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho - Advocacia Criminal (RS)
- Almeida Castro Advogados Associados S/S (DF)
- Azevedo e Azevedo Advogados Associados (SP)
- Barandier Advogados Associados (RJ)
- Bottari e Oliveira Advogados (RJ)
- Campos Costa, Turbay Freiria Advogados (DF)
- Caon & Advogados Associados (SC)
- Carlos Eduardo Machado & Advogados (RJ - DF)
- Daniel Gerber & José Henrique Salim Schmidt, Advocacia Criminal (RS - SP - DF)
- David Teixeira de Azevedo Advogados Associados (SP)
- Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
- Eduardo A.L. Ferrão e Paulo R. Baeta Neves Advogados Associados (DF)
- Escritório Professor René Dotti (PR)
- Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE)
- J. N. Miranda Coutinho & Advogados (PR)
- Joyce Roysen Advogados S/C (SP)
- Luis Guilherme Vieira Advogados Associados (RJ - DF)
- Malheiros Filho - Camargo Lima - Rahal Advogados (SP)
- Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
- Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados (SP)
- Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP)
- Martins & Salvia Advogados (SP - RJ - DF - PR - MG)
- Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
- Moraes Pitombo Advogados (SP)
- Muylaert, Livingston e Kok Advogados (SP)
- Nilo Batista & Advogados Associados (RJ)
- Odilon Pereira de Souza Advogados Associados S/C (MG)
- Oliveira Lima, Hungria, Dall'Acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
- Pinheiro Neto Advogados (SP - RJ - DF)
- Podval, Rizzo, Mandel, Antun, Indalecio e Advogados (SP - DF)
- Paschoal Advogados (SP)
- Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
- Rão, Cavalcanti & Pacheco Advogados (SP)
- Rassi & Gomes Advogados Associados (DF - GO - PR)
- Reale e Moreira Porto Advogados Associados (SP)
- Rechulski e Ferraro, Advogados (SP)
- Thompson & Moraes Advogados (RJ)
- Toron, Torihara e Szafir Advogados (SP)
- Vilardi e Advogados Associados (SP)
- Zanoide de Moraes Advogados Associados (SP)

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

BM&FBOVESPA
A Nova Bolsa

 **Banco**
Votorantim

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDFPF-MG

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

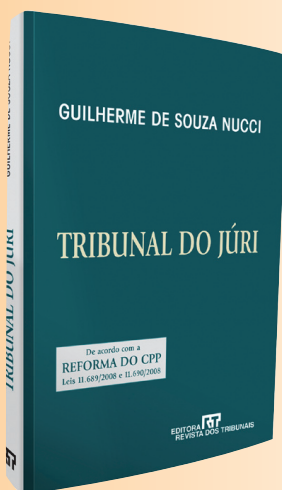
■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

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

REFORMA DO CPP 2008



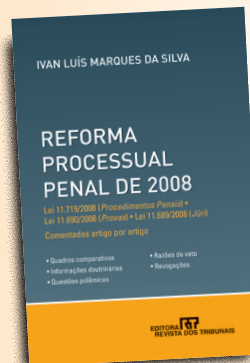
TRIBUNAL DO JÚRI

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

- Contém as recentes Leis 11.689/2008 e 11.690/2008
 - Vasto conteúdo doutrinário acerca da prática do Tribunal do Júri
 - Quadros com os principais destaques da reforma processual penal
 - Autor renomado com grande aceitação no mercado
- 512 páginas • brochura

Reforma Processual Penal de 2008

Ivan Luís Marques da Silva



Lei 11.719/2008
(Procedimentos Penais)
Lei 11.690/2008 (Provas)
Lei 11.689/2008 (Júri)

Comentadas artigo
por artigo

190 páginas
brochura

Volta às Aulas RT



Coleção Direito Penal da RT de Luiz Regis Prado

- Principais temas da Parte Geral e da Parte Especial do Direito Penal
- Completa e Atualizada
- Compacta e Portátil

V. 1 – 224 páginas • brochura
V. 2 – 144 páginas • brochura
V. 3 – 128 páginas • brochura
V. 4 – 144 páginas • brochura

Vade Mecum RT, 3ª edição Atualização 100% garantida

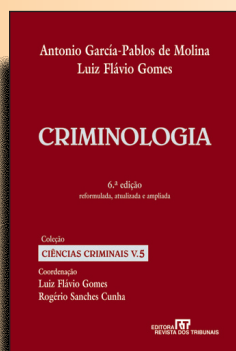
lançamento julho 2008



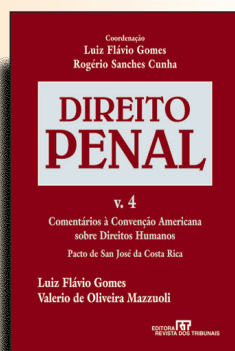
Brinde exclusivo:
Lápis Destaca Texto.
Retire na livraria no
ato da compra

2.272 páginas
capa flexível

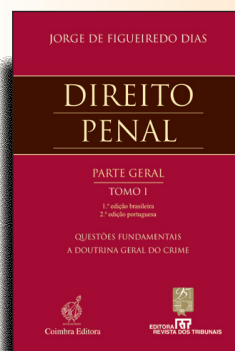
Contém
Reforma do
CPP 2008



2.ª edição • 384 páginas
capa flexível



320 páginas
capa flexível



co-edição Editora RT e Coimbra Editora
1.106 páginas • cartonado



co-edição Editora RT e Coimbra Editora
272 páginas • brochura

www.rt.com.br

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS