

## Editorial

# Os desafios da política de drogas no Brasil e no mundo

A falência da guerra às drogas e suas nefastas consequências para os indivíduos e para a sociedade não podem mais ser escondidas. Em todo o mundo, as drogas proibidas circulam livremente, sem qualquer regulação, sob o monopólio de organizações criminosas transnacionais. Na América Latina, especialmente, a proibição vem promovendo violência, corrupção e superencarceramento, o que contribui para aprofundar a já profunda exclusão social que caracteriza a região.

Recentemente, os presidentes do Uruguai, da Colômbia, da Guatemala e do México conclamaram seus pares a debater francamente novos enfoques que possam afastar a política de drogas do sistema de justiça criminal e aproximá-la de uma abordagem fundamentada na saúde pública, nos direitos humanos e na redução de danos.

A terceira Reunião Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS), que acontecerá em abril de 2016, em Nova Iorque, para debater a questão global das drogas, é uma janela de oportunidade inédita para avaliar novos paradigmas. Em 1990 e em 1998, na primeira e segunda UNGASS, respectivamente, não houve espaço para debates a respeito de novos enfoques, prevalecendo a quixotesca ideia de que é possível construir um mundo livre de certas drogas.

Entre os temas-chave dessa discussão estão a redução da demanda (drogas e saúde), a redução da oferta (drogas e crime), modelos de desenvolvimento alternativo e os impactos entre crianças, jovens, mulheres, além de outras populações especialmente vulneráveis. A revisão dos tratados internacionais deve levar em conta os novos desafios e as novas experiências, combinando-se a importância da soberania com o princípio da responsabilidade compartilhada entre as nações. Nessa terceira UNGASS, o sistema global de controle de drogas terá sua performance avaliada, oportunidade para aperfeiçoar os marcos normativos internacionais.

Em sintonia com seus princípios fundantes e com seu histórico de ações temática, o IBCCRIM foi escolhido para sediar a Secretaria Executiva da Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD), rede com mais de 30 organizações da sociedade civil que, em comum, compartilham o diagnóstico de que a política de drogas no Brasil e no mundo precisa mudar.

A PBPD tem o papel de potencializar as iniciativas de seus membros e sistematizar o conhecimento sobre as substâncias, seus usos e impactos sociais, qualificando a discussão sobre o tema por meio de argumentos baseados em evidências científicas.

A PBPD vem trabalhando, ao lado de parceiros e aliados, para que as novas abordagens sejam inseridas na agenda do processo UNGASS, de forma a garantir um debate aberto, sem interdições e preconceitos.

Temas controversos, como a regulação da cannabis, devem constar da agenda de uma declaração política orientada por um esforço negociado.

Algumas reformas de tratados e convenções, por outro lado, independem de consenso, como no caso da reclassificação de substâncias.

No âmbito interno, a PBPD acompanha Projetos de Lei e iniciativas governamentais relacionadas com políticas de drogas e está diretamente envolvida no julgamento do Recurso Extraordinário 635659, que deve ocorrer em breve no Supremo Tribunal Federal, no qual se discute a (i) legitimidade da intervenção penal em relação à posse para uso de (certas) substâncias proscritas.

Na circunvizinhança sul-americana, além do Brasil, apenas na Venezuela o porte de drogas para consumo pessoal é tipificado pela lei penal. As Supremas Cortes de Colômbia (por duas vezes) e a Argentina já declararam inconstitucionais normas semelhantes.

Não foram raras as oportunidades em que o IBCCRIM manifestou sua posição institucional favorável a não incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, como imperativo de um Direito Penal de mínima intervenção que seja digno dessa qualificação.

Nesse sentido, o IBCCRIM foi ao STF, como *amicus curiae*, posicionando-se a favor do provimento do referido recurso extraordinário. Ainda em 2012, publicamos uma edição especial do *Boletim* dedicada ao assunto, em parceria com a Rede de Justiça Criminal, com resumos dos memoriais dos *amici curiae* e referências jurisprudenciais nacionais e estrangeiras a respeito da matéria. Esse boletim se mantém atual e pode ser acessado livremente no nosso website.

Entre os temas a serem debatidos pelo tribunal no julgamento da constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, merece destaque a problemática envolvendo a ausência de critérios legais objetivos diferenciadores das condutas de uso e tráfico, baseados em quantidades máximas de cada substância que poderiam ser portadas por cada indivíduo, de modo a reduzir a elevada subjetividade que impulsiona o encarceramento. Hoje, um em cada quatro prisioneiros, no Brasil, respondem por tráfico, sendo que entre as mulheres encarceradas essa proporção é de uma em cada duas.

Em uma perspectiva de médio prazo, portanto, abre-se a possibilidade de extirpação do delito de porte de drogas para consumo pessoal do ordenamento jurídico pátrio, em consonância com a tendência do direito comparado, ao mesmo tempo em que surge a oportunidade de o Brasil fortalecer a posição regional que postula mudanças de enfoque na política de drogas, de modo a torná-la menos injusta, desumana e irracional.

O atual paradigma de guerra às drogas se esgotou. Chegou a hora de reduzir os danos e iniciar a construção de um novo desenho regulatório, com ênfase na educação, na prevenção e no cuidado.

## | Editorial

Breves considerações sobre a extradição de Pizzolato  
Rui Carlo Dissenha \_\_\_\_\_ 2

Da visibilidade das violências protagonizadas à invisibilidade das violências sofridas:  
a juventude popular nas trincheiras  
Rômulo Fonseca Moraes \_\_\_\_\_ 4

Calúnia em desfavor do Presidente da República: crime ou exercício democrático da livre manifestação do pensamento?  
Olavo Evangelista Pezzotti \_\_\_\_\_ 6

Considerações sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória  
Bruno Rodrigues Moreira Georgeto \_\_\_\_\_ 8

O uso de álcool por criança e adolescente e a nova Lei 13.106/2015  
Mauro Argachoff \_\_\_\_\_ 9

*Swissleaks*, repatriação de ativos e anistia penal  
Alexandre Wunderlich e  
Antonio Tovo Loureiro \_\_\_\_\_ 10

A influência da pronúncia sobre a decisão dos jurados  
Galvão Rabelo e  
João César Bicalho Costa Assis \_\_\_\_\_ 12

Efeitos giratórios sobre o possível rebaixamento da maioria penal  
Eduardo Viana \_\_\_\_\_ 13

Quanto custa progredir de regime?  
Leonardo Isaac Yarochevsky \_\_\_\_\_ 15

## | Com a Palavra, o Estudante

Análise crítica da utilização das condutas alternativas conforme o Direito como critério de imputação do resultado  
Letícia Bürgel \_\_\_\_\_ 17

## | Descasos

Wagner  
Alexandra Lebelson Szafir \_\_\_\_\_ 18

## | Caderno de Jurisprudência

JO DIREITO POR QUEM O FAZ  
Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 1869

JURISPRUDÊNCIA  
Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 1870  
Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1871  
Superior Tribunal Militar \_\_\_\_\_ 1872  
Tribunais Regionais Federais \_\_\_\_\_ 1872  
Tribunais de Justiça \_\_\_\_\_ 1873

# Breves considerações sobre a extradição de Pizzolato<sup>(1)</sup>

Rui Carlo Dissenha

A Ação Penal 470 do STF (“Mensalão”) e o recente processo de extradição de um dos seus condenados, Henrique Pizzolato, despertaram o interesse nacional de forma importante. O que se pretende aqui é tecer algumas breves considerações sobre as decisões italianas no caso, em especial aquela da *Corte de Cassazione* que autorizou a extradição (depois confirmada no plano político) porque representa uma substancial novidade que reverte contundente jurisprudência anterior e prestigia o *ius puniendi* brasileiro. Sem que se ignore a recente decisão administrativa italiana de suspensão da extradição, é certo que se demonstram os contemporâneos complexos efeitos da internacionalização do Direito Penal.

Como se sabe, Pizzolato foi condenado pelo STF à pena de reclusão por diversos crimes, fugiu do território brasileiro e chegou à Itália, país de que também é cidadão. Localizado, Pizzolato foi preso e submetido a processo de extradição requerido pelo Brasil para cumprimento da sentença ministerial. Em outubro de 2014, a *Corte d’Appello di Bologna* negou o pedido de extradição por conta do risco de submissão do extraditando a tratamento desumano ou degradante, pois seria incluído no sistema carcerário brasileiro, notoriamente violador dos direitos humanos. Em 11.02.2015, a *Corte de Cassazione*, decidindo o recurso interposto da decisão bolonhesa, reverte o mérito no caso, autorizando a extradição. Recentemente, todavia, e no plano administrativo, suspendeu-se a extradição determinada que ficou dependente de decisão a ser tomada em breve.

Importa à presente discussão a surpresa causada pela nova decisão da *Corte de Cassazione* ao modificar sua própria jurisprudência. De fato, em novembro de 2013, a *Corte* decidiu um caso muito similar: o pedido de extradição brasileiro de um holandês (condenado a 17 anos de reclusão no Brasil por crimes financeiros) foi negado porque “(...) a situação dos cárceres brasileiros é há muito tempo endemicamente caracterizada (...) pela prática de violência e pelo abuso de poder contra os condenados (...); tudo isso diante de um estado de decadência e inadequação estrutural dos edifícios prisionais que são causas visíveis da superlotação e de condições higiênicas e sanitárias que favorecem a propagação de doenças infecciosas graves”. E isso configuraria “tratamento ao menos degradante, senão desumano ou cruel.”<sup>(2)</sup>

Foi seguindo essa posição que a *Corte d’Appello di Bologna* decidiu o caso Pizzolato. Embora a defesa do brasileiro tenha levantado várias exceções à extradição, quase todas foram rejeitadas porque impertinentes ou porque não caracterizavam violações aos direitos do réu. Entre esses argumentos defensivos estavam alegações inerentes ao processo de extradição (e.g., violação do princípio da reciprocidade, falta de documentos essenciais...) e à própria Ação Penal 470 (e.g., rompimento do princípio do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da imparcialidade do julgador e do direito de defesa), bem como a alegação de condenação por crime político. Quase todas as teses foram rechaçadas pelo *giudizio* com argumentos técnicos e apoio substancial na jurisprudência nacional e internacional, reconhecida apenas a inexistência da dupla incriminação no que tocava ao delito de autolavagem de dinheiro – o que, entretanto, provavelmente não afastaria a extradição, por ser apenas uma das condenações que pesavam sobre Pizzolato.

Ainda assim, o tribunal negou a cooperação com base no princípio da humanidade das penas, materializado tanto em determinações constitucionais brasileiras e italianas quanto em tratados internacionais. De fato, o tratado de extradição celebrado entre Brasil e Itália (no art. 5.º, b) veda a extradição se houver risco de a pessoa reclamada ser “submetida a pena ou tratamento que de qualquer forma configura uma violação dos seus direitos fundamentais”. A lei processual penal italiana também veda a extradição quando há risco de tratamento cruel, desumano ou degradante ou de violação dos direitos fundamentais.<sup>(3)</sup>

A decisão bolonhesa se sustentou em relatórios da Anistia

Internacional, *Human Rights Watch* e Conectas Direitos Humanos para reconhecer a caótica situação carcerária pátria. Segundo a decisão, os esforços meramente *formais* realizados pelo Brasil (como vinculação ao protocolo adicional da Convenção da ONU contra Tortura) não foram efetivados para garantir, na prática, a dignidade humana dos detentos. Isso se comprovaria, e.g., com os recentes vídeos de decapitações cometidas no Presídio de Pedrinhas, no Maranhão.

Na tentativa de conseguir a extradição, o Governo brasileiro garantiu que Pizzolato cumpriria sua pena em um ambiente menos hostil (Penitenciária da Papuda ou outras do estado de Santa Catarina). O Ministro da Justiça teria assegurado empenho nacional na garantia constitucional do condenado. Além disso, também o próprio Procurador Geral da República brasileiro teria declarado, em nota nos autos, que o Ministério Público tomaria as providências necessárias para a salvaguarda constitucional de Pizzolato, informando ainda que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) estão atentos à questão carcerária. A decisão italiana não ignora que o CNJ tem obrigação de realizar visitas periódicas nas prisões e que o CNMP deve “monitorar ações do Ministério Público inerentes à verificação das condições do sistema carcerário brasileiro”.<sup>(4)</sup> O Judiciário italiano, naquela decisão, depois revertida, respondeu a essas promessas com dois fortes argumentos: primeiro, simples compromissos não são capazes de mudar o retrato do sistema penitenciário brasileiro; segundo, conforme demonstrou a defesa – sem contestação –, em meados de 2014, internos foram assassinados dentro do próprio presídio da Papuda, o que convenceu as julgadoras de que não há solo seguro em penitenciárias nacionais.

Enfim, ao reconhecer “a situação carcerária do Brasil como dramática”, caracterizada pela violência tanto institucional quanto praticada por grupos criminosos internos,<sup>(5)</sup> a decisão de Bolonha viu o óbvio. Mais do que isso, a decisão fez um juízo de certa forma econômico. Afinal, a jurisprudência criada pela Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH) a partir do caso *Soering v. the United Kingdom* (1989), e suas especificações variantes, confirma como violação de direitos humanos a extradição de qualquer pessoa, por um país membro, a Estado em que haja risco de submissão a tratamento desumano, cruel ou degradante. Ir contra esse posicionamento poderia implicar, portanto, a responsabilização da Itália por violação de direitos humanos, como já ocorrera antes.<sup>(6)</sup>

A própria Itália tem seus problemas. No caso *Torreggiani et Autres c. Italie*, de 08.01.2013, o país foi condenado por violação do art. 3.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção EDH). A CEDH entendeu que a superpopulação carcerária italiana (a cela do autor, dividida com outros dois detentos, tinha apenas 9 m<sup>2</sup>, prejudicados pela mobília e por condições deficientes de ventilação e iluminação) e as instalações sanitárias indignas do presídio (não havia água quente disponível durante longos períodos) caracterizariam tratamento desumano e degradante.<sup>(7)</sup> A decisão é uma sentença-piloto que põe em suspensão outros casos semelhantes e oportuniza ao país sucumbente que tome as medidas necessárias para corrigir a violação – o que foi providenciado recentemente por meio de modificações positivas da execução penal italiana (as chamadas “*misure anti sovrappollamento*”).<sup>(8)</sup>

Por conta dessas condenações, o governo brasileiro chegou a usar o argumento *tu quoque* de que os cárceres italianos eram tão violadores dos direitos humanos quanto os brasileiros. As decisões italianas responderam com o óbvio: “(...) a inaceitável condição de superpopulação que deu causa às menções à Itália por parte da CEDH não parece nem de longe comparável com aquelas de graves ofensas à dignidade humana que emergem dos relatórios dos organismos internacionais a propósito da situação do Brasil”.<sup>(9)</sup> Ademais, não seria

possível que as autoridades italianas se apoiassem em uma violação de direitos humanos cometida na Itália para condicionar as obrigações assumidas internacionalmente.

Ao final, essa decisão foi revertida pela *Corte de Cassazione*, modificando sua posição anterior. Ao que tudo indica, os esforços brasileiros no sentido de fazer os julgadores acreditarem que o extraditando ficaria em um estabelecimento prisional que garantiria a segurança do apenado surtiram efeito. Por conta disso, parece evidente, a Itália passa um *affidavit* formidável de que o sistema carcerário brasileiro não é *sempre* violador da dignidade humana, pois *há exceções* em que as autoridades (expressamente o Ministério da Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério Público) conseguem garantir a dignidade dos apenados. Essa inversão jurisprudencial afasta o risco imediato do reconhecimento universal da Itália como um porto seguro para condenados pela justiça brasileira. Mas a questão está longe de terminar por conta de ao menos dois motivos importantes.

Primeiro, como evidencia a recentíssima decisão administrativa na Itália que suspendeu a extradição, ainda há espaço para debate sobre o assunto por lá. Embora a decisão judicial tenha confirmado estarem presentes os requisitos jurídicos para a cooperação, e essa opção tenha sido confirmada no plano político pelo governo, nada impede que o Poder Executivo italiano volte atrás na sua decisão. Afinal, nessa temática, os embates políticos desempenham um papel fundamental e especialmente no tocante à reciprocidade a história cooperativa sobre extradição entre Brasil e Itália (vejam-se os casos Achille Lollo, Cacciola e, sobretudo, Battisti) está longe de poder ser considerada exemplar. Enfim, embora não se acredite que esse seja o determinante fundamental da decisão final italiana, nada se pode fazer além de especular sobre qualquer resultado.

Em segundo lugar, e mais complexa, é a possibilidade de acesso do extraditando à CEDH. De fato, Pizzolato pode recorrer à Corte Internacional, em caso de extradição, fundamentando-se em farta jurisprudência e alegando a violação do art. 3.º da Convenção EDH. A questão é complexa porque, ao mesmo tempo em que a extradição pode implicar a violação da dignidade do apenado, a sua negativa causaria a certeza da impunidade – o que, por sua vez, poderia contraditar uma série de regras comunitárias que compõem o que se convencionou chamar de Direito Penal europeu de incriminação direta e indireta e que estão fundadas na crença de que punir criminosos é necessário à garantia de direitos humanos (vejam-se, e.g., as decisões-quadro do Conselho da União Europeia no que toca ao crime organizado e ao terrorismo).<sup>(10)</sup> Por fim, dado o modelo penal comunitário vigente, uma decisão da CEDH que termine por reconhecer a extradição italiana de Pizzolato ao Brasil como violadora de direitos humanos faria com que esse posicionamento ecoasse nas cortes de toda a Europa, criando um impeditivo indireto geral de extradição ao Brasil. Certamente, caso ocorra, será um golpe contundente no *ius puniendi* nacional.

De tudo isso, algumas considerações conclusivas merecem relevo:

i) concorde-se ou não com a dimensão e a conformação do poder punitivo, cada vez mais o entrelaçamento jurídico implica cooperação penal internacional para o exercício do *ius puniendi*. Isso demanda a construção de padrões mínimos de direitos humanos e a sua aceitação e efetivação pelos Estados;

ii) mais do que testemunhos, depoimentos e laudos oficiais, especialmente em processos penais internacionalizados as opiniões de organismos independentes são decisivas.<sup>(11)</sup> A atuação da sociedade civil, sobretudo por meio de organismos não oficiais (como organizações não governamentais sérias e reconhecidas), representa fonte essencial de fundamentos para decisões judiciais internacionais. Afinal, a simples interação horizontal entre autoridades públicas de países diversos pode ser prejudicada por interesses oficiais ou extraoficiais, lícitos ou ilícitos, que terminem por prejudicar a certeza dos dados;

iii) é fato internacionalmente notório que o sistema carcerário brasileiro é gravemente violador de direitos humanos. Esse reconhecimento universal revela, internacionalmente, a incompetência pública nacional na gestão carcerária. Aliás, e justamente por tudo isso, não deixa de ser profundamente constrangedor que autoridades

nacionais do mais alto galão precisem prometer que *desta vez, neste caso, para esta pessoa*, a Constituição Federal brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos serão plenamente cumpridos. Afirma-se, portanto, *a contrario sensu*, e com todas as letras, que há condenados que não gozam dessa proteção, sendo de conhecimento geral que estes compõem a *imensa* maioria;

iv) finalmente, a decisão suspende uma tendência de tornar o Brasil reconhecido como pária penal na comunidade internacional: um Estado com o qual não se poderia cooperar judicialmente por estritas razões de garantia de direitos humanos. Reforça-se assim, goste-se ou não, o poder punitivo nacional.

Enfim, diante de todo esse quadro, parece evidente que a decisão carrega consigo uma forte dimensão política, tanto porque atende à pretensão punitivista que se universaliza dia a dia, quanto porque sustenta o poder punitivo brasileiro na sua tendência de manter políticas criminal e carcerária ineptas. Nesse sentido, o reconhecimento das prisões brasileiras como capazes de garantirem os direitos humanos do extraditando confirma também que essa proteção é *oportuna, discricionária* e se constitui em uma *larguíssima exceção à regra*. Trata-se, enfim, de uma decisão que vem, nos termos de **Bobbio**, lembrados por **Lafer**,<sup>(12)</sup> *ex parte principis* e não *ex parte civium*.

## Notas

- (1) Artigo escrito quando da decisão judicial sobre a extradição, antes ainda da decisão final pelo Executivo italiano.
- (2) ITALIA. *Corte Suprema di Cassazione. Sesta Sezione Penale. Sentenza n. 46312/13*, p. 5 (publicação em 18.11.2013).
- (3) *CPP italiano*, art. 705 (2), c, e art. 698 (1).
- (4) ITALIA. *Corte d'Appello di Bologna. Terza Sezione Penale. Sentenza n. 11217/14*, p. 9-10 (publicação em 04.11.2014).
- (5) *Idem*, p. 9.
- (6) E.g.: CEDH. *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Grand Chamber Judgment. Decisão de 23.02.2012.
- (7) CEDH. *Affaire Torreggiani et Autres c. Italie. Deuxième Section*. Decisão de 08.01.2013. Em especial os par. 68 e 77.
- (8) Medidas tomadas pela Itália para diminuir a superpopulação carcerária e garantir os direitos dos detentos a partir de 2010 (antes até da decisão), desde a chamada *Legge Svuota-Carceri (Legge 199/2010* e suas modificações, confirmada pelo *Decreto Legge 146/2013*) até o *Decreto Legge 23 dicembre 2013 n. 146*, denominado “*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*”, convertido na *Legge 10/2014*.
- (9) ITALIA. *Corte Suprema di Cassazione. Sesta Sezione Penale. Sentenza n. 46312/13*, p. 5-6 (publicação em 18.11.2013).
- (10) Ver CAVALIERI, Antonio. A influência do direito penal europeu das organizações criminais sobre o ordenamento italiano. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org). *Direito penal como crítica da pena*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 53-74.
- (11) E.g.: CEDH. *Case of Saadi v. Italy*. Grand Chamber Judgment. Decisão de 28.02.2008. Em especial o par. 131.
- (12) LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005. p. 14.

**Rui Carlo Dissenha**

Doutor em Direito pela USP

(estágio doutoral na *Università di Bologna*).

Professor de Direito Penal na Universidade Positivo e no

Centro Universitário Internacional – UNINTER.

Advogado criminalista.

# Da visibilidade das violências protagonizadas à invisibilidade das violências sofridas: a juventude popular nas trincheiras

Rômulo Fonseca Moraes

É por mais que tentemos explicar, não conseguimos. Tornar concreto o abstrato, visível o invisível, o que a juventude popular brasileira sente na pele (não por acaso escura).<sup>(1)</sup> É como se muitos militantes e intelectuais fossem postos numa espécie de cantinho, como nos revela **Criolo**,<sup>(2)</sup> “(...) *vendo o mundo girar no erro abusivo (...)*”. Extermínios e massacres legitimados pelo racismo, meninos sofrendo violência e sendo jogados na prisão ou na vala, muitas mentes insanas e a *intelligentsia*<sup>(3)</sup> colaboracionista atuando na justificação “científica” (do injustificável) desse terrorismo perpetrado pelo Estado brasileiro, destilando discursos de verdade que matam (que possuem um “estatuto científico” e têm o poder institucional de matar).<sup>(4)</sup> Os extermínios e massacres necessitam sempre de um discurso justificante.<sup>(5)</sup>

O “moinho de gastar gente” ou esse massacre de “brasilíndios” (entre eles os descendentes de escravos), observado na formação do Brasil por **Darcy Ribeiro**,<sup>(6)</sup> continua a todo vapor, movido não só pelo racismo, mas por vários tipos de forças, razões governamentais, dispositivos, discursos e/ou verdades. Por fazer parte de nossa rotina de vida há séculos, bem como funcionar no nosso cotidiano com alguns poucos “grãos” resistentes ou equivocadamente triturados, é que ele continua triturando e descartando seus “farelos”, sem que a sociedade brasileira e o Estado se incomodem ou se envergonhem sequer com a exposição e o acúmulo desses “montes de farelos” ensanguentados nas periferias. “Farelos” que, aliás, são expostos na mídia como troféus e símbolos da vitória do bem contra o mal, da tomada do território, da afirmação da democracia, da pacificação, da paz, dos cidadãos de bem. Maltratar, triturar, moer, matar em defesa da sociedade.

É imperioso destacar que, na contemporaneidade, o progresso e o avanço técnico-científico, o surgimento de novas “fontes de energia” – ou novas racionalidades governamentais (neoliberalismo), substituindo o “vento”, a “água” e a “tração-animal” – fez com que esse moinho passasse a funcionar com mais intensidade e necessidade que, somado à nossa herança racista e classista, acaba tornando o povo brasileiro cada vez mais insensível e brutal, refém da malignidade destilada e instalada em seus corpos e mentes, tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais, quanto pelo exercício da brutalidade sobre os jovens.<sup>(7)</sup>

A “banalidade do mal”, como observou **Hannah Arendt**,<sup>(8)</sup> nunca foi tão precisa para a compreensão da brutal realidade brasileira. A brutalidade sobre a juventude negra/pobre encontra espaço institucional e tem florescido sobre a falta de pensamento crítico. Não é à toa que “intelectuais” e “técnicos” dos mais diversos ramos do saber trabalham lado a lado com governos (à direita e à esquerda) no gerenciamento e governamentalização de um controle social violento que abarca desde as políticas públicas assistenciais – direcionadas a crianças e adolescentes em “vulnerabilidade social” – até as políticas de segurança pública escancaradamente exterminadoras, como são as UPPs na cidade do Rio de Janeiro. Diante de toda essa governamentalidade, a sociedade brasileira não padece simplesmente de pensamento (os especialistas em segurança ou burocratas estão em plena ascensão, colocando a máquina para funcionar), mas sim de pensamento crítico que possa refletir sobre a barbárie.

Isso explica, talvez, o processo de “*adesão subjetiva à barbárie*”<sup>(9)</sup> na sociedade brasileira, em que se observa cada vez mais uma crescente demanda por punição e castigo, fazendo com que uma espécie de “*cultura punitiva*” se espalhe por todas as direções, com ressonâncias principalmente nas políticas e programas (dispositivos) de proteção e assistenciais do Estado para o controle social de crianças e jovens no Brasil.<sup>(10)</sup> Essa judicialização da vida vai atingir de forma maciça a vida dos pobres, seus arranjos familiares e sua forma de viver. As crianças e adolescentes e suas famílias pobres tornam-se alvos preferenciais desses novos dispositivos (Conselho Tutelar) que atuam dentro de uma zona de penumbra entre proteção/punição.<sup>(11)</sup>

**Baumann**,<sup>(12)</sup> de forma mais global, e **Marildo Menegat**,<sup>(13)</sup> com uma abordagem mais próxima das ruínas do capitalismo, conseguiram compreender o funcionamento de algumas engrenagens e lógicas desse sistema no atual estágio neoliberal. A partir de suas reflexões, é possível compreender a necessidade cada vez maior desse “moinho de gastar gente” funcionar com mais intensidade – sem se importar com a dor intencionalmente produzida para doer mais, ou com o barulho dos estalos decorrentes da trituração dos corpos juvenis –, visto que a própria ideia de progresso e modernidade possui como contrapartida a produção de “refugos humanos” e da barbárie. Essa produção de milhares de vidas descartáveis e supérfluas no neoliberalismo vai requerer um intenso processo de controle, aprisionamento e descarte. O “moinho de gastar gente” nunca foi tão necessário.

A produção de “refugos humanos” e a barbárie são elementos intrínsecos do avanço do capitalismo e da perda de seu caráter social e civilizatório – principalmente sob a égide da “nova arte de governar” neoliberal – que tem o mercado como fim (deve-se governar para ele). Tais elementos ajudam no funcionamento das estratégias do *biopoder* atravessados pelo *racismo de estado*,<sup>(14)</sup> pois para que o poder sobre a vida a alongue, mantendo a vida pura e saudável, é preciso que o perigo social/biológico intrínseco aos modos de vida de largos segmentos sociais, como os jovens negros no Brasil, seja eliminado em defesa da sociedade e da pureza das vidas e almas, quase sempre brancas. O racismo no Brasil funciona como um “discurso científico” e legitimador que potencializa demasiadamente o aniquilamento das vidas dos jovens negros.<sup>(15)</sup> Mais do que uma simples variante utilizada para selecionar os indivíduos criminalizados pelo sistema penal, o racismo é o “(...) *fiel da balança que determina a continuidade da vida ou a morte das pessoas*”.<sup>(16)</sup>

Dentro desse cenário, a juventude popular é quem vai se tornar a parcela de grãos mais cobiçada para ser moída e triturada no moinho, visto que ela é quem vai representar o perigo biológico e social na maioria das vezes, pois vai ser associada à violência e à criminalidade (numa naturalização perversa, chancelada inclusive pelo saber “científico” dos que atuam dentro e fora das teias institucionais e acadêmicas), tratada sempre na “falta” (falta pai, falta autoridade, falta disciplina etc.). Não por mera coincidência, a juventude preta/pobre brasileira é ao mesmo tempo a grande fornecedora de corpos para o extermínio e a que mais sofre com os discursos desqualificadores e periculosistas sobre suas vidas (proveniente de família desestruturada, em risco social, propenso ao crime, gosta de vida fácil, não gosta de trabalhar, são perigosos, devem ter limites, pois não conhecem autoridade familiar etc.). Esse quadro, associado à grande taxa de encarceramento e criminalização da juventude brasileira observada nas últimas décadas, representa um “*colossal flicídio*”.<sup>(17)</sup>

Não se pode desvincular o constante extermínio dessa juventude das práticas dos operadores que atuam na justiça da infância e juventude, pois suas práticas e seus discursos parecem marcar os corpos dos meninos pobres, fazendo com que a morte seja elemento intrínseco das engrenagens do próprio sistema, “relatos de terapeutas que trabalham no sistema socioeducativo, em diferentes instituições do Brasil, apontam a morte do paciente como motivo número um de interrupção de tratamentos”.<sup>(18)</sup>

Enfim, não há como entender esse processo de extermínio da juventude popular sem a compreensão das práticas e discursos de verdade (revestidos de “estatuto científico”) no âmbito da justiça da infância e juventude, com seu permanente caráter positivista, naturalizando a associação entre crime e pobreza ou/e crime e patologia biológica. “*Como explicar o número vertiginoso de morte de jovens (muitos no cumprimento de medida socioeducativa), senão também pela ‘autorização/legitimidade*”

de sua morte por um pressuposto de periculosidade?”<sup>(19)</sup>

Talvez “nunca antes na história desse país”, em plena “democracia”, tenham sido moídos tantos descendentes de escravos, a maioria jovens. Se sua força e seus braços já não servem e não são mais úteis como outrora, seus corpos irão servir tanto para encher nossas horrendas prisões, quanto para serem objetos de extermínio, fazendo com que toda uma conflitividade social, agravada por uma formação social rígida e hierarquizada como a brasileira, seja encoberta. A questão criminal e a punição, segundo **Nilo Batista**,<sup>(20)</sup> prestam-se eficientemente a “esconder o debate político sobre os conflitos sociais”. São fetiches que ajudam a camuflar a ligação entre a barbárie que estamos vivenciando e os desdobramentos do capitalismo neoliberal. É genuinamente a leitura da conflitividade social pelo fetiche da punição, o político sequer chega à superfície.

A força e a potência da juventude agora se tornaram nocivas à manutenção da ordem, por isso a juventude é criminalizada pelo que tem de potência e rebeldia, e não pela falta. É a força que ela tem para resistir ao massacre cotidiano que se torna objeto de criminalização. Formas de subjetivação através de manifestações culturais, como o *rap* e o *funk*, que hoje conseguem ressignificar o cotidiano de sofrimento e dor dessa juventude popular, tornam-se alvos das incursões punitivas, sob a justificativa da falaciosa “apologia ao crime”.

Diante deste cenário assombroso, questiona-se: o que somos forçados a enxergar? O que sempre é visível? O que sempre nos dizem sobre a juventude popular brasileira? Que eles são alvos de discursos preconceituosos e racistas, que ajudam a legitimar a violência contra eles; Que eles são todos os dias brutalmente triturados nesse moinho, sofrendo todos os tipos de violência institucional ou não, e mesmo assim conseguem ressignificar seu cotidiano principalmente com a música; ou, ao contrário, que eles representam o perigo da violência e do crime e são os grandes protagonistas da desordem, desde as manifestações de rua (como é o caso dos que aderiram ou não à tática *black bloc*) até os diversos incidentes relacionados com brigas de torcidas, assaltos e comércio de drogas?

Entre a realidade que choca – em que a morte ronda, principalmente, os jovens de pele escura – e a realidade construída pela normalização e produção de “verdades”, as ações do Estado brasileiro, as políticas públicas para juventude e a opinião pública insistem em discutir e enfrentar essa realidade construída (a tão propagada crescente delinquência juvenil), em vez da realidade dos fatos, da qual ninguém procura se aproximar. Uma realidade em que a juventude popular sofre a todo o momento os efeitos do mundo globalizado, seja por sofrerem violências, seja por violentarem uns aos outros. Todavia, apesar de serem as principais vítimas dessa modernidade exterminadora e segregadora, e viverem uma história em que são violentados, são as violências produzidas pela juventude que ganham visibilidade.<sup>(21)</sup>

## Notas

- (1) Segundo dados do Mapa da Violência (2014 – Os jovens no Brasil) 556 mil cidadãos foram vítimas de homicídio no Brasil entre 2002 e 2012, desse total mais de 303 mil eram jovens e mais de 215 mil eram jovens negros. O cenário é tão assombroso que recente estudo publicado (Índices de Homicídio na Adolescência – IHA. 2012) prevê que 42 mil adolescentes com idade entre 12 e 18 anos poderão ser vítimas de Homicídios no Brasil, entre 2013 e 2019, em municípios com mais de 100 mil habitantes.
- (2) CRIOLO. *Plano de voo*. Disponível em: <<http://letras.mus.br/criolo-doido/plano-de-vo/>>. Acesso em: 1.º fev. 2015.
- (3) Cientistas sociais que abandonaram o saber crítico para aderir à gestão

policial da vida, racionalizando o poder punitivo e sua produção de dor e mortes, uma espécie de sociologia funcionalista que atua mascarando e justificando o extermínio contra a juventude. BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 308-309.

- (4) FOUCAULT, Michel. Os anormais. *Curso no Collège de France*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 8.
- (5) ZAFFARONI, E. Raúl. “Introducción” a criminología, civilización y nuevo orden mundial de Wayne Morrison. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 2, p. 10, 2012.
- (6) RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia de Letras, 1995. p. 106-140.
- (7) Idem, *ibidem*, p. 120.
- (8) ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- (9) BATISTA, Vera M. Adesão subjetiva à barbárie. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- (10) RODRIGUES, Rafael C. *Juventude como capital: a questão criminal e os projetos sociais frente as políticas para os jovens vulneráveis*. Curitiba: Juruá, 2014.
- (11) NASCIMENTO, Maria L. do. Crianças e adolescentes marcados pela defesa dos direitos. *Revista Ecológica*, São Paulo, n. 8, 2014.
- (12) BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 12.
- (13) MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.
- (14) FOUCAULT, M. Em defesa da sociedade. *Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 285-315.
- (15) Os dados do Mapa da Violência de 2014 (os jovens no Brasil) demonstram que o índice de vitimização de jovens negros, que em 2002 era de 79,9, sobe para 168,6 em 2012: para cada jovem branco que morre assassinado, morrem 2,7 jovens negros.
- (16) FLAUZINA, Ana L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação apresentada à Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- (17) BATISTA, Vera. M. A governamentalização da juventude: policizando o social. Disponível em: <<http://revistaepos.org/arquivos/01/verabatista.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2013.
- (18) RAUTER, Cristina. Discursos e práticas PSI no contexto do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro V.; BATISTA, Vera. M. (orgs.). *Depois do grande encarceramento, seminário*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 199-200.
- (19) Idem, *ibidem*, p. 200.
- (20) BATISTA, Nilo. Sobre el filo da navaja. *Revista EPOS*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 8, 2011.
- (21) OLIVEIRA E SILVA, Maria L. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores: descontinuidades e continuidades. *Revista Quadrimestral de Serviço Social*, São Paulo: Cortez Editora, ano XXVI – n. 83, p. 34, 2010.

## Rômulo Fonseca Moraes

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA).  
Pesquisador do Centro de Estudos sobre Intervenção Penal (CESIP) vinculado à UFPA.  
Colaborador do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-Pará).



DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

### DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi  
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco  
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna  
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob  
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif  
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares  
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos  
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais Estaduais: Carlos Isa

### CONSELHO CONSULTIVO

Carlos Vico Mañas  
Ivan Martins Motta  
Mariângela Gama de Magalhães Gomes  
Marta Saad  
Sérgio Mazina Martins

### OUVIDOR

Yuri Felix

# Calúnia em desfavor do Presidente da República: crime ou exercício democrático da livre manifestação do pensamento?

Olavo Evangelista Pezzotti

No âmbito de discussões políticas que se desenvolvem em um Estado Democrático, não são poucas as imputações criminosas e as injúrias que, em manifestações públicas feitas por cidadãos ou até mesmo por membros da imprensa, recaem sobre integrantes do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Não é raro que se ouça falar, por exemplo, que o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso determinou a realização de pagamentos indevidos a congressistas, para que estes votassem pela aprovação da Emenda Constitucional 16, tornando viável a reeleição presidencial.

Há exemplos mais recentes e igualmente emblemáticos, que passam pela Ação Penal 470/STF – no bojo da qual se narravam infrações penais relativas ao esquema notoriamente conhecido como “Mensalão” – e pelas recentes investigações decorrentes da denominada “Operação Lava Jato”. Quanto ao primeiro caso, frequentes as imputações criminosas feitas publicamente por cidadãos em desfavor de Luiz Inácio Lula da Silva, presidente da República na época em que os fatos apurados foram praticados. No que concerne à “Operação Lava Jato”, o alvo presidencial das ofensivas populares é a atual mandatária – Dilma Rousseff.

À evidência, pouco importa para a presente análise se os referidos mandatários praticaram ou não os fatos criminosos que lhes foram ou são imputados por críticos cidadãos. Contudo, apenas para ilustrar adequadamente o tema que se quer colocar em debate, vamos supor que eles não tenham qualquer margem de responsabilidade criminal quanto às práticas delitivas citadas e que seja feita uma falsa imputação criminosa específica em desfavor de qualquer um deles. Estaria, assim, formalmente caracterizado o crime de calúnia, à luz do disposto no art. 138 do Código Penal brasileiro.<sup>(1)</sup>

Ocorre que a implementação do Regime Democrático pela Constituição Federal de 1988 consagrou a tutela da livre manifestação do pensamento, ferramenta indispensável ao exercício do *status ativo*<sup>(2)</sup> do cidadão perante o Estado. No atual contexto, qualquer constrição indevida sobre o direito do indivíduo de se manifestar livremente sobre a gestão política do Estado pode representar grave prejuízo à própria estrutura democrática.

Sob esse prisma, a livre manifestação do pensamento se legitima por meio de um argumento democrático, apresentando-se como instrumento necessário à preservação da própria democracia e do pluralismo de ideias a ela inerente.<sup>(3)</sup> Pablo Salvador Coderch,<sup>(4)</sup> sob a mesma ótica, enaltece a “liberdade de criticar governantes” como um meio necessário ao próprio controle da atividade política.

Postos em conflito, portanto, na hipótese, a tutela penal da honra do Presidente da República e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento. Resta-nos perquirir se o manto protetor do referido direito constitucional se irradia, nesses casos, para alcançar eventual prática caluniosa e afastar a tipicidade material da falsa imputação feita em desfavor do Chefe do Executivo.

Para tanto, de grande valia a análise do caso *Watts v. United States*,<sup>(5)</sup> submetido à Suprema Corte dos Estados Unidos em 1969. O recorrente havia sido condenado pela Corte Distrital de Columbia pela prática do crime de ameaça ao Presidente da República. Em 1966, aos 18 anos e no seio de uma discussão política, inconformado com a possibilidade de servir ao exército e de ser enviado à Guerra do Vietnã, Watts afirmou publicamente que, caso o Estado o obrigasse a carregar um rifle, o primeiro homem que ele colocaria sob sua mira seria o próprio presidente da República.

Apesar de o *leading case* referido trabalhar o crime de ameaça, não crimes contra a honra, os fundamentos da decisão que reformaram o decreto condenatório de origem para isentar Watts de qualquer responsabilidade penal aqui se aplicam. Veja-se. Assentou-se,

primeiramente, que a linguagem utilizada na arena política é geralmente ofensiva, insultante e imprecisa. Além disso, em nações comprometidas com o princípio de que questões públicas devem ser debatidas de maneira desimpedida e irrestrita, o discurso político pode normalmente incluir ataques ácidos e veementes ao Governo e aos seus agentes, o que inclui os membros do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

Tais posturas, por si sós, em um Estado Democrático, não justificariam qualquer responsabilização criminal do autor dos dizeres ofensivos. Em verdade, em *Watts v. United States*, contextualizando a discussão, fica claro que o verdadeiro *animus* do indivíduo era de expressar *argumentos de oposição política* à Presidência e à própria guerra do Vietnã, ainda que o agente o tenha feito de maneira desnecessariamente áspera.

Em caso mais recente e contundente – *United States v. Bagdasarian*<sup>(6)</sup> – decidiu-se pela absolvição de cidadão americano que, em 2008, fez veicular, por meio da internet, supostas ameaças e injúrias raciais em desfavor do então candidato à Presidência Barack Obama. O apelante havia dito que, brevemente, Obama seria atingido na cabeça por um projétil de “calibre .50”. Dias após, em cumprimento a mandado de busca e apreensão na residência do sujeito, agentes policiais encontraram um rifle do mesmo calibre mencionado.

A Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Nono Circuito, invocando o supracitado *leading case* – *Watts v. United States* – acrescentou que, nos casos em que palavras podem dar ensejo à responsabilização criminal, as circunstâncias devem ser analisadas para extrair o verdadeiro significado dos dizeres proferidos, sem que o intérprete se prenda às literalidades, notadamente quando se trata de matéria política.

Os julgadores concluíram que, como se tratava de um fórum de internet voltado à discussão política, no qual os usuários não se identificavam pessoalmente, mas por meio de apelidos, não seria razoável aos leitores acreditar que ali fora lançada uma genuína ameaça. Ademais, no mesmo contexto, o autor havia dito que o país continuaria *quebrado* por mais quatro anos e as respostas de outros usuários teriam demonstrado que ninguém havia tomado as mensagens do acusado como uma verdadeira ameaça a Barack Obama.<sup>(7)</sup>

Para o presente ensaio, o que se pode extrair dos julgados mencionados é que o discurso em desfavor do Chefe do Executivo, ainda que formalmente se apresente como crime de calúnia ou como outra ofensa à honra, não poderá ser tocado pelo Direito Penal nas hipóteses em que for revestido de conteúdo crítico-político. Nesse sentido, quando cidadãos atribuem concretamente a liderança do “mensalão” a ex-presidente da República, por exemplo, ainda que ele não tenha participado de qualquer fato criminoso, não há espaço para a caracterização material do crime de calúnia.

Isso porque existe um manifesto conteúdo de indignação política com relação ao fato de dezenas de crimes contra a Administração Pública terem sido perpetrados no âmbito da cúpula do Poder Executivo Federal, do qual o Presidente da República é Chefe. Governar em uma democracia implica estar aberto a receber críticas contundentes, ainda que ofensivas à honra.<sup>(8)</sup>

Situação diversa ocorre se a calúnia proferida em desfavor do Presidente da República possuir caráter predominantemente pessoal, sem qualquer conteúdo crítico-político. Imagine-se, como exemplo, um servidor do Executivo Federal que, desejando unicamente denegrir a imagem pessoal do Chefe do referido Poder, divulga falsamente que este praticou estupro em desfavor de uma servidora do Palácio do Planalto por ele conhecida. Nesse caso, não há como o mencionado *argumento democrático* – legitimador da livre manifestação do pensamento – afastar a tipicidade material do crime de calúnia. Haverá crime, formal e materialmente.

Nesse sentido, o art. 138 do Código Penal só é compatível com a

Constituição Federal se for excluída de sua leitura qualquer interpretação que entenda como crime críticas essencialmente políticas, ainda que acabem por imputar delitos aos Chefes do Executivo.

Nessa mesma linha de raciocínio, o art. 26 da Lei de Segurança Nacional não pode ser lido como ferramenta inviabilizadora do exercício das liberdades democráticas. Esse dispositivo só incidirá nos casos em que a conduta caluniosa tiver como fim principal não criticar o Governo ou seus agentes, mas propagar maliciosamente informações falsas, como meio de promoção de crises institucionais, conforme leitura de **Helene Cláudio Fragoso**.<sup>(9)</sup>

Superada a análise do art. 138, *caput*, do Código Penal, resta por fim questionar se o art. 138, § 3.º, II, foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. A sugestão de **Vicente Greco Filho** é no sentido de que o aludido dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por atentar contra o Regime Democrático.<sup>(10)</sup>

Para a presente proposta, contudo, o legítimo exercício das liberdades democráticas impede a incidência do próprio *caput* do art. 138, afastando a tipicidade material da conduta. Por isso, não há sequer razão, nesse caso, para se aplicar a *exceção da verdade*, procedimento especial que se torna desnecessário diante da reluzente atipicidade material da conduta.<sup>(11)</sup>

Todavia, se a calúnia em desfavor do Presidente da República tiver caráter predominantemente pessoal, conforme dito acima, haverá crime e, então, torna-se relevante questionar a compatibilidade do art. 138, § 3.º, II, do Código Penal, com a Constituição Federal. Ainda assim, deve prevalecer o entendimento de que não há qualquer incompatibilidade. Isso porque o dispositivo em questão apenas se refere a um *procedimento especial incidental* de defesa, mas não altera as elementares exigidas pelo art. 138, *caput*, para a caracterização do delito de calúnia.

Não prospera, assim, o argumento de que é possível haver crime de calúnia diante de imputação *verdadeira* de fato definido como crime.<sup>(12)</sup> Nesse sentido, poderá o acusado comprovar, normalmente, no curso da ação penal, que a elementar *falsamente* não se faz presente no caso concreto – apenas não poderá se valer do *procedimento especial de exceção da verdade*.

Se a imputação for verdadeira, o fato será atípico. Pensar o contrário pode conduzir a uma hipótese de responsabilidade penal objetiva, esta, sim, incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Afirma-se, assim, que o regime democrático deve permear por inteiro a leitura do art. 138 e §§ do Código Penal brasileiro, restringindo o âmbito de incidência da norma penal incriminadora e impossibilitando que se cogite qualquer hipótese de punição por calúnia quando a honra do Presidente da República for afetada pela manifestação de qualquer cidadão que pretenda expressar crítica de conteúdo essencialmente político.

## Notas

- (1) Ou do art. 2.º, I, c.c. o art. 26 da Lei 7.170/1983, caso a calúnia tenha *motivação política*. Vale lembrar que Helene Cláudio Fragoso, em tentativa de leitura democrática da Lei de Segurança Nacional, defendeu que só se

justificaria sua aplicação para a tutela da “*segurança interna*” se a “*ação fosse praticada com propósito político-subversivo*”. Assim, para que a conduta caluniosa seja deslocada do Código Penal para a Lei 7.170/1983, exige-se do agente um especial fim de agir – atingir a estrutura do poder legalmente constituído para substituí-lo por meios ilegais – não bastando o simples desejo de ofender a honra do governante. Isso porque o bem jurídico tutelado pelo ato normativo em questão seria a “*segurança do Estado*”. FRAGOSO, Helene Cláudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. *Jornal O Estado de S. Paulo*, 21.04.1983 (quinta-feira), p. 34.

- (2) No âmbito da teoria dos quatro *status*, de GEORG JELLINEK, o *status ativo* garante ao cidadão participação na vida política do Estado.
- (3) Nesse mesmo sentido, ROBERT POST enaltece a função de “*guardiã da democracia*” que cabe à liberdade de expressão (2012, p. 15).
- (4) Citado por GONET BRANCO e MENDES (2012, p. 297).
- (5) United States. Supreme Court. *Watts v. United States*. 1969. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/case.html>>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- (6) UNITED STATES. Court of Appeals for the Ninth Circuit. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/07/19/09-50529.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- (7) Anote-se que houve voto divergente declarado pela Juíza Kim McLane Wardlaw, para quem o conteúdo racial das ofensas impossibilitava a absolvição. Acrescentou a julgadora que o histórico Norte-Americano de ataques a presidentes e de atentados terroristas precedidos de ameaças não permitiria à Corte receber os dizeres do Sr. Bagdasarian como mera crítica política. Mencionou, como exemplo, os ataques à Columbine High School, promovidos por Dylan Klebold e Eric Harris, que postaram ameaças de morte em seus sites, anteriormente aos ataques.
- (8) Além disso, se o que motiva o agente a imputar crimes ao Presidente é a vontade de criticar o Governo e seus agentes, não haverá *animus caluniandi*. Anote-se, entretanto, que parte da doutrina entende desnecessário tal elemento, o que torna ainda mais importante a análise da existência do elemento democrático no discurso.
- (9) FRAGOSO, Helene Cláudio. Op. e loc. cit. O autor recomendava especial cautela na aplicação de Lei de Segurança Nacional a condutas correlatas à livre manifestação do pensamento.
- (10) GRECO FILHO, Vicente Greco. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 387.
- (11) Nesses casos, a denúncia não deve ser sequer oferecida; se o for, não deve ser recebida. Faltarão justa causa à ação penal.
- (12) Nesse mesmo sentido, apesar de se tratar de posição minoritária: BITENCOURT, Cezar Robert. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 526-527.

## Olavo Evangelista Pezzotti

Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP.

Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho

COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Sugumiori Santos.

### CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, André Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilar, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Sugumiori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu,

Karlís Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Leonardo Biagioli de Lima, Luís Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Maurício, Octávio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinícius Gomes de Vasconcelos, Vinícius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

### COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greycy Tisaka, Guilherme Sugumiori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapur Drummond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

### COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO

CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Giroto do Couto, Renato Watanabe de Moraes e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lili@lungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoroplanmark.com.br

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309 microart@microart.com.br

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

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

### ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP  
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)  
[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

# Considerações sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória

Bruno Rodrigues Moreira Georgeto

A prescrição penal está na pauta do dia em razão do eminente julgamento, pelo Pleno do STF, do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 848.107/DF,<sup>(1)</sup> cuja repercussão geral já foi reconhecida. O julgamento, esperado ainda para o ano de 2015, posicionará a Corte acerca de qual deve ser o termo inicial da prescrição da pretensão executória, bem como poderá influenciar o posicionamento de outros tribunais.

A prescrição da pretensão executória é uma das espécies de prescrição no Direito Penal, juntamente com a prescrição da pretensão punitiva. Em linhas gerais, como o próprio nome já diz, a prescrição executória está relacionada à pretensão de execução da pena aplicada em sentença ou acórdão condenatório transitado em julgado.

Assim, com o comando condenatório, o Estado adquire o poder-dever de impor concretamente a sanção imposta ao autor da infração penal.<sup>(2)</sup> Caso o Estado não execute a pena, nos prazos definidos pelo art. 109 do CP, perderá o poder-dever de executá-la, em razão da extinção da punibilidade pela prescrição (art. 107, IV, do CP).

Ao estudar este tema, é importante diferenciar dois aspectos: o momento em que a prescrição executória pode ser reconhecida (o momento processual em que ela pode ser declarada) e o termo inicial de contagem do prazo (o marco interruptivo que dá início à contagem do prazo). Quanto ao primeiro aspecto, tem-se que prescrição da pretensão executória somente pode ser reconhecida quando houver o trânsito em julgado para ambas as partes, já que apenas neste momento surge para o Estado a pretensão de executar a pena.<sup>(3)</sup> Quanto ao termo inicial de contagem, porém, existe controvérsia, sendo este o ponto central do presente estudo.

Com efeito, o Código Penal prevê expressamente no art. 112, I,<sup>(4)</sup> que o prazo da prescrição executória será iniciado no dia em que transitar em julgado, para a acusação, a sentença condenatória irrecorrível. Ou seja, a partir do momento em que a acusação se conformar com a condenação, ainda que haja recurso por parte da defesa, o prazo prescricional se iniciará.

Na esteira da legislação, parte da doutrina reafirma que o termo inicial deve ser o trânsito em julgado para a acusação. Os eminentes juristas **Zaffaroni** e **Pierangeli** comentam o motivo pelo qual a lei dispõe desta forma:

*“Consequentemente, com o trânsito em julgado da sentença para a acusação, o prazo prescricional começa a fluir, porque já não pode mais piorar a situação do sentenciado, tornando-se a decisão, sob este aspecto, definitiva, razão pela qual são desprezados os marcos mínimo e máximo da pena abstratamente cominada.”<sup>(5)</sup>*

Dois fortes argumentos sustentam esta posição: primeiro, o texto da legislação é claro, taxativo; segundo, a lei prevê uma situação mais benéfica ao réu, já que o prazo da prescrição executória pode se iniciar antes de haver um processo de execução – por exemplo, se a defesa recorrer e a acusação se conformar com a decisão, o Estado não poderá executar a pena, mas, como a acusação não recorreu, haverá o trânsito em julgado para ela, começando a correr o prazo da prescrição executória.

Por esses motivos, alguns juristas defendem que a norma não poderia ser relativizada, vez que outro entendimento resultaria em prejuízo ao réu, além de criar um perigoso precedente de enfraquecimento da legalidade.<sup>(6)</sup>

Não obstante a literalidade da legislação e o suporte doutrinário no mesmo sentido, tal entendimento sofre contestações. A crítica baseia-se no seguinte raciocínio: a prescrição da pretensão executória, como visto, consiste na perda do poder-dever de punir em razão da inércia do Estado em executar a pena. Contudo, o Estado somente pode executar a pena caso haja trânsito em julgado para ambas as partes, em razão do postulado da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF). Dessa forma, seguindo-se a lei, caso haja trânsito em julgado para a acusação, mas não para a defesa, o Estado não poderá executar a pena, mas o prazo prescricional da pretensão executória já estará transcorrendo.

O posicionamento decorrente da interpretação isolada e literal do art. 112, I, cria uma situação jurídica desprovida de lógica, pois faria transcorrer o prazo fatal para execução da pena sem que o Estado tivesse ainda o direito de executá-la. Tal entendimento não faz sentido, inclusive, sob o ponto de vista de política judiciária, vez que obrigaria a acusação a recorrer, ainda que

não quisesse ou não tivesse argumentos para tanto, apenas visando evitar o trânsito em julgado para si e o consequente início da contagem do prazo.<sup>(7)</sup>

Vale relembrar que o referido artigo entrou em vigor antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando ainda não vigorava o entendimento segundo o qual a pena somente poderia ser executada após o trânsito em julgado para ambas as partes, o que desencadeou nesta incongruência jurídica. Tal interpretação só veio a se consolidar na Suprema Corte após o ano de 2009 com o julgamento do paradigmático HC 84.078/MG, em que se declarou que a antecipação da execução penal é incompatível com a Constituição.<sup>(8)</sup>

O entendimento mais coerente, portanto, seria determinar o início da contagem do prazo a partir do momento em que o Estado pudesse executar a pena, ou seja, com o trânsito em julgado para ambas as partes. Contudo, como a lei é taxativa, tal interpretação, segundo **Luiz Flávio Gomes** e **Áurea de Souza**, consistiria em criar um novo marco interruptivo sem previsão legal, o que seria inadmissível.<sup>(9)</sup>

No tocante à jurisprudência, importa esclarecer que o STJ ainda não consolidou seu entendimento, possuindo precedentes, em especial na 6.ª Turma, no sentido de que o prazo se inicia com o trânsito em julgado para a acusação,<sup>(10)</sup> como também precedentes, principalmente na 5.ª Turma da Corte, no sentido de que o prazo se inicia com o trânsito em julgado para ambas as partes.<sup>(11)</sup>

O STF, por sua vez, parece se inclinar à tese do trânsito em julgado para a acusação, conforme recentes julgados.<sup>(12)</sup> Não obstante, vale destacar o julgamento do HC 115.269,<sup>(13)</sup> no qual a Min. Rosa Weber entendeu que, caso prevaleça o trânsito em julgado para ambas as partes como marco inicial da prescrição executória, o STF estaria declarando a não recepção da expressão “para a acusação”, constante do art. 112, I, do CP, em face da ofensa ao princípio da presunção de inocência.

A tese da não recepção, portanto, seria uma alternativa à crítica de **Luiz Flávio Gomes** e **Áurea de Souza**, já que a adoção do trânsito em julgado para ambas as partes não configuraria a criação de um marco interruptivo sem previsão legal, mas seria resultado da incompatibilidade da expressão “para a acusação”, no art. 112, I, com o princípio constitucional da presunção de inocência. Registre-se que o referido *Habeas Corpus* foi conduzido à apreciação do Plenário e ainda não teve o mérito julgado.

Dessa forma, o aguardado julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 848.107/DF certamente será paradigmático, especialmente por se tratar de decisão plenária da Suprema Corte, com repercussão geral, possibilitando maior estabilização da jurisprudência pátria acerca da matéria. De qualquer forma, a melhor solução seria a alteração legislativa, retirando a expressão “para a acusação” do art. 112, I, do CP, a fim de preservar o princípio da legalidade e de consolidar o razoável entendimento de que o prazo inicial da pretensão executória deve ser compatível com a possibilidade de execução da pena.

## Notas

- (1) STF. *STF deve decidir o termo inicial para a prescrição da pretensão executória penal*. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=28255>>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- (2) JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.
- (3) MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. *Prescrição Penal*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 124.
- (4) “Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional.”
- (5) *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- (6) BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Legalidade em xeque: a discussão no STF sobre a prescrição penal*. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-03/direito-defesa-legalidade-xeque-discussao-stf-prescricao>>

- penal>. Acesso em: 19 mar. 2015.
- (7) LIBERATO, Ludgero. *O marco inicial da prescrição da pretensão executória: uma questão de lei*. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211544,81042-O+marco+inicial+da+prescricao+da+preten+ao+executoria+uma+questao+de>>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- (8) STF – HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, DJe-035, divulg. 25.02.2010, publ. 26.02.2010, Ement. vol-02391-05, p. 1048.
- (9) GOMES, Luiz Flávio; SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. Prescrição da pretensão executória: erro do STJ. *Jusbrasil*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121827768/prescricao-da-pretensao-executoria-erro-do-stj->>> Acesso em: 16 mar. 2015
- (10) V. STJ, AgRg no REsp 1.410.028/DF, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04.02.2014.
- (11) V. STJ, REsp 1.335.110/DF, 5.ª T., rel. Des. Convocado Walter de Almeida Guilherme, j. 24.10.2014.
- (12) V. STF, ARE: 767.644/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.06.2014, DJe-

120, divulg. 20.06.2014, publ. 23.06.2014; STF, ARE 828.783/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.08.2014, DJe-157, divulg. 14.08.2014, publ. 15.08.2014.

- (13) V. STF, HC 115.269/RR, 1.ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 10.09.2013, DJe-213, divulg. 29.10.2014, publ. 30.10.2014.

**Bruno Rodrigues Moreira Georgeto**

Bacharel em Direito pela

Universidade Estadual de Londrina.

Especialista em Direito Constitucional pela

Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Advogado.

## O uso de álcool por criança e adolescente e a nova Lei 13.106/2015

*Mauro Argachoff*

Sancionada pela Presidência da República em 17 de março de 2015, com publicação no *Diário Oficial da União* no dia posterior, a Lei 13.106/2015 foi editada objetivando a alteração do art. 243 da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal dispositivo legal alterado apresentava a seguinte redação original:

“Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida.

*Pena – detenção de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.*

O artigo suprarreferenciado foi objeto de enorme discussão a respeito de seu alcance, desde o ano em que entrou em vigência a Lei 8.069/1990, tendo em vista a ausência de qualquer menção à substância “bebida alcoólica” em sua redação, tratando o tipo apenas de *produtos ou componentes* que possam causar dependência física e psíquica.

Duas posições então passaram a ser defendidas: (a) o art. 243 do ECA não abrange bebidas alcoólicas; (b) a expressão produtos ou componentes que possam causar dependência física ou psíquica englobam as bebidas alcoólicas.

Inobstante tal fato, e como agente complicador, o próprio ECA, em seu art. 81, elenca os produtos que são de venda proibida a menor ou adolescente. Entre tais produtos, o texto de lei descreve no inc. II as *bebidas alcoólicas* e no inc. III *produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica*, fazendo clara distinção entre tais substâncias. Nesse sentido o posicionamento do STJ: “*ao estabelecer as condutas delituosas em espécie, o legislador excluiu, deliberadamente, a venda de bebidas alcoólicas*”.<sup>(1)</sup>

Como adequar o entendimento de que o art. 243 do ECA também estaria se referindo a “bebidas alcoólicas” ao usar a expressão “*produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica*”, se o próprio Estatuto, em seu art. 81, diferencia as duas substâncias?

Ocorre que a Lei das Contravenções Penais – Dec.-lei 3.688/1941, na redação original do art. 63, previa expressamente a conduta de servir *bebidas alcoólicas* a menor de 18 anos de idade, assim dispendo:

“Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

*I – a menor de 18 anos.*

*Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa”.*

Com a existência de enormes embates doutrinários e jurisprudenciais a respeito do alcance do art. 243 do ECA, e posicionamentos em ambos os sentidos, a Lei das Contravenções Penais passou a ser o instrumento utilizado para não deixar impune as condutas envolvendo a venda ou o fornecimento de bebida alcoólica a menor de idade. Contudo, também tal

contravenção não passaria incólume de discussões. Isso porque o verbo estampado no tipo é “servir”, o que, segundo entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência, não abarcaria a conduta de “vender”. Em tal sentido: “*O fato de vender o comerciante bebida alcoólica a menor não configura a infração do art. 63 da Lei das Contravenções Penais. Não há confundir as acepções nitidamente distintas dos verbos vender e servir. Pode-se servir bebida gratuitamente, da mesma forma que se pode vendê-la sem servir*” (RT 235/365).

Agora outro cenário se apresenta. A Lei 13.106/2015 promoveu importante alteração ao art. 243 do ECA, tratando especificamente da *bebida alcoólica* naquele dispositivo legal, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:

*Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave”.*

Observa-se, portanto, a inserção da figura “servir”, além da expressa menção à “bebida alcoólica”, inexistentes no texto revogado. Chama atenção também o incremento da pena, antes de seis meses a dois anos e multa, agora de dois a quatro anos e multa, se o fato não constituir crime mais grave, evidenciando o caráter subsidiário da norma. Importante ressaltar que o crime que era de menor potencial ofensivo, torna-se passível de prisão em flagrante delicto, afiançável pela autoridade policial, tendo em vista a pena máxima não superar quatro anos.<sup>(2)</sup>

Outras alterações legislativas também foram promovidas pela Lei 13.106/2015. Revogou-se o inc. I do art. 63 da Lei das Contravenções Penais, justamente o que fazia menção à substância bebida alcoólica, já que o ECA, agora, regula totalmente a matéria. Ademais, inseriu-se o art. 258-C ao ECA, prevendo multa de três a dez mil reais para quem descumprir a proibição prevista no art. 81, II, do Estatuto, que trata da venda proibida de bebidas alcoólicas para criança ou adolescente. O não pagamento ensejará a interdição do estabelecimento comercial até que ocorra o recolhimento da multa.

Referidas alterações procuram pôr fim a 25 anos de discussões sobre o assunto, e já não era sem tempo que assim o fizesse. Segundo trabalho publicado pela *Revista Brasileira de Psiquiatria*, referente ao uso de álcool entre adolescentes: “*Os prejuízos associados ao uso de álcool estendem-se ao longo da vida. Os seus efeitos repercutem na neuroquímica cerebral, em pior ajustamento social e no retardo do desenvolvimento de suas habilidades, já que um adolescente ainda está se estruturando em termos biológicos, sociais, pessoais e emocionais*”.<sup>(3)</sup> Além disso, dados publicados pelo Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas, órgão ligado

ao Ministério da Justiça, dão conta de que 80% dos jovens já havia experimentado álcool antes dos 18 anos e 54% antes dos 16 anos de idade.<sup>(4)</sup>

A dúvida que surge no entanto passa a ser outra. Como efetivamente se dará a aplicação da norma, ou seja, como fiscalizar tal conduta?

Diferentemente do que ocorre com grande parcela dos tipos penais, em que a conduta é descoberta pelo simples fato de que a própria vítima relata o acontecido às autoridades, o tipo em análise trata-se daquela modalidade em que muitas vezes a própria pessoa se interessa em figurar como sujeito passivo, ou o próprio responsável é o sujeito ativo da conduta, fatos esses que dificultam sobremaneira a descoberta. Evidentemente, também, que em ambientes mais íntimos, dificilmente sua prática chegará ao conhecimento das autoridades, a não ser por alguma denúncia efetuada.

Contudo, quanto à conduta praticada em locais públicos, especialmente naqueles em que se realizam a comercialização de bebidas alcoólicas, caberá ao Poder Público a intensificação da fiscalização, e será de grande importância a participação dos Conselhos Tutelares para que a nova lei se torne efetiva no combate ao uso de álcool que cada vez mais cresce entre as crianças e os adolescentes no Brasil. Mecanismo legal agora possuímos, cabe ao Estado não permitir que se torne lei morta.

## Notas

- (1) REsp 331.794/RS, 25.02.2003, rel.r Min. José Arnaldo da Fonseca.
- (2) Art. 322 do CPP, com redação dada pela Lei 12.403, de 2011.
- (3) PECHANSKY, Flavio; SZOBOT, Claudia Maciel; SCIVOLETTO, Sandra. Uso de álcool entre adolescentes: conceitos, características epidemiológicas e fatores etiopatogênicos. *Rev. Bras. Psiquiatr.* [online]. 2004, vol. 26, suppl.1, p. 14-17. ISSN 1516-4446.
- (4) Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php#Consumo>>.

**Mauro Argachoff**

Mestre em Direito Penal pela USP.

Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus,  
na Escola Superior de Advocacia – ESA  
e na Escola Paulista de Direito – EPD.  
Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.

# Swissleaks, repatriação de ativos e anistia penal

Alexandre Wunderlich e Antonio Tovo Loureiro

## 1. Manutenção de depósitos no exterior

No episódio *Swissleaks*, os meios de comunicação noticiaram a determinação, proveniente do Ministro da Justiça, de que a Polícia Federal investigue operações financeiras feitas por brasileiros que mantinham contas secretas no banco HSBC, na Suíça. Os dados, publicados pelo Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos, ainda não podem ser considerados fidedignos. De acordo com o que foi divulgado, milhares de brasileiros teriam **movimentado ilegalmente aproximadamente R\$ 20 bilhões**.

São absolutamente comuns na prática judicial os casos de pessoas físicas e jurídicas que mantêm ativos depositados em contas bancárias no exterior sem a declaração destes no Brasil. Os recursos – de origem ilícita ou não, mantidos em nome próprio ou de terceiros –, muitas vezes acabam internados no país. O exame da jurisprudência revela que, em diversas hipóteses, os valores mantidos no exterior têm, de fato, origem lícita, porquanto recebidos por herança, doação ou remuneração de serviços profissionais, por exemplo. Evidentemente, em outros casos, também é comum a constatação da manutenção dos recursos derivados de práticas irregulares na condução paralela de negócios, eventos em que valores à margem da contabilidade são ocultados em *offshores*.

A figura da manutenção de recursos no exterior é tratada na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei 7.492/1986, fundamentalmente no art. 22,<sup>(1)</sup> parágrafo único, segunda parte. A hipótese é de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O autor é o titular dos recursos financeiros depositados e o responsável pela declaração. O art. 22, parágrafo único, segunda parte, é norma penal em branco, cujo preceito é previamente fixado pelo Poder Legislativo, devendo ser completado por orientações flutuantes, no caso, a partir de determinações do Bacen.

A conduta típica é conhecida como *evasão imprópria*, pois o valor não é necessariamente fruto de remessa ao exterior, podendo ser originário do próprio exterior, mas sem a devida declaração no Brasil. O valor mantido no país estrangeiro, em síntese, deve ser relevante ao ponto de colocar em risco ou atingir o bem jurídico tutelado, e o patamar fixado

pelo Bacen vem sendo utilizado pela jurisprudência como critério de tipicidade (formal/material), uma espécie de avaliação objetiva do grau de lesividade. O crime é formal e de caráter permanente.<sup>(2)</sup> O momento consumativo ocorre quando for esgotado o prazo no qual o titular deveria declarar os recursos mantidos no exterior à autoridade competente.<sup>(3)</sup>

## 2. Aumento dos controles estatais

Agora, diante do avassalador incremento da tecnologia e do crescimento do número de tratados de *cooperação jurídica internacional* e, sobretudo, a partir do escândalo *Swissleaks*, há uma natural tendência pela regularização das situações ilegais junto aos órgãos e às agências de controle do Estado. Afinal, é cada vez maior a intromissão estatal na esfera privada do cidadão-contribuinte, não havendo mais espaços livres de vigilância do Estado ante à sofisticação da fiscalização dos fluxos transnacionais do capital.

O assunto passa a ter maior relevo a partir da assinatura pelo Brasil e Estados Unidos da América do protocolo IGA (*Intergovernmental Agreement*), que autoriza o processo de intercâmbio direto de informações tributárias, buscando implementar a política do FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*). Uma vez regulamentado, o IGA redefinirá as regras de sigilo impostas pela Lei Complementar 105/2001. Em curto espaço de tempo os dados pessoais dos contribuintes norte-americanos no Brasil serão informados pelas entidades bancárias à Receita Federal e ao IRS (*Internal Revenue Service*) nos Estados Unidos da América, seguindo a linha do TIEA (*Tax Information Exchange Agreement*).

Ocorre que, a declaração posterior desses recursos pode não obstar a responsabilização penal. É certo que é indevido o recurso ao Direito Penal enquanto instrumento de controle social, quando o Estado poderia se ocupar do direito sancionador, do direito de intervenção ou de mera ordenação social, seja como for.<sup>(4)</sup> Todavia, no Brasil, o tipo penal criado em 1986 mantém-se hígido e prevê penas entre 2 e 6 anos e multa, o que impede a incidência de institutos, como a transação penal e a suspensão condicional do processo – Lei 9.099/1995. Infelizmente, no particular, o Direito Penal de *ultima ratio* não vem sendo aplicado no país.

### 3. Materialidade indispensável

A mera informação sobre o processo *Swissleaks*, evidentemente, não é suficiente. E, também, a simples manutenção de depósitos financeiros no exterior é conduta atípica, uma vez que o tipo legal de crime exige mais que o *mero* depósito, impõe que seja mantido sem a devida declaração à repartição federal competente. No ponto, cumpre reafirmar o que a doutrina vem sustentando: para a existência de legítima persecução penal é indispensável a prova material, fundamentalmente o extrato bancário da conta estrangeira na posição do dia 31 de dezembro de cada ano. O certo é que a adequação típica pressupõe que este crime de manutenção de valores no exterior só pode ser concretizado a partir da prova material produzida pelo extrato bancário e, mais, quando o agente não tenha feito a declaração ao Bacen quando devida. Em síntese, para a configuração da figura penal é necessário que se verifique o saldo exato na data-base de 31 de dezembro, a fim de apurar a manutenção do depósito em valor superior aos limites tolerados.<sup>(5)</sup>

Aliás, para além do tipo legal de manutenção de depósitos no exterior, também na hipótese do crime de evasão de divisas, como regra, deve-se exigir o extrato bancário. Não são suficientes os chamados *sistemas de controle ilegais*, os documentos informais que invariavelmente são obtidos em *mídias e software* apreendidos ou por meio de colaborações voluntárias de gestores de instituições financeiras paralelas. De um modo geral, os dados encontrados na contabilidade informal de doleiros, as anotações em planilhas, as memórias financeiras sem a correspondente informação bancária não podem ser consideradas suficientes para firmar um juízo sério sobre a materialidade.

É evidente que não é possível exigir dos sistemas clandestinos criados para fluxos de capitais (*trânsito de recursos por operação dólar-cabo*, por exemplo) a transparência imposta às entidades bancárias oficiais. Entretanto, é prudente que a prova da operação interbancária seja confirmada em grau de certeza, pois não é lícito admitir como prova material do tipo penal a mera memória contábil de entidades clandestinas, marcadas pela precariedade que lhes é peculiar, fruto justamente da sua informalidade. Em realidade, defendemos que, assim como no crime de manutenção de depósitos no exterior, deve-se exigir no tipo de evasão de divisas o extrato bancário como prova de materialidade, fonte concreta dos dados do banco, da agência, do número da conta e do saldo, também. A complexidade desta espécie de criminalidade impõe que a prova documental seja suficiente a demonstrar a promoção da saída de moeda ou divisa, retratando a transação internacional, com o propósito de satisfazer os *standards* penais materiais e processuais do ordenamento vigente.

### 4. Internação de depósitos mantidos no exterior

Vê-se, pois, que é preocupante a situação de pessoas que detêm ativos no estrangeiro. É imperativa a regularização dos depósitos, sobretudo pela iminência da ampliação dos acordos de mútua cooperação financeira entre países. A manutenção dos depósitos não declarados no exterior significa operar em crime *permanente*, enquanto a internação destes recursos, ainda que informal, é conduta atípica que faz cessar o ilícito anterior, evidentemente, quando do encerramento da conta no banco estrangeiro.

Em trabalho anterior,<sup>(6)</sup> com o intuito de visualizar a dimensão do problema da incriminação do ingresso de capital estrangeiro no país, constatamos que os tribunais brasileiros chegaram a tratar a questão em três perspectivas: (a) julgados pela atipicidade da conduta; (b) julgados pelo enquadramento como crime contra o Sistema Financeiro; e (c) julgados pelo enquadramento de tipos penais diversos, como o estelionato.

Hoje, praticamente superadas as divergências, pensamos que está consagrado que a legislação não estabeleceu expressamente a ilegalidade da conduta de internação informal. E, diante desta omissão, os órgãos de persecução buscaram encaixar a prática de internação no art. 21, parágrafo único, da Lei 7.492/1986.<sup>(7)</sup> Ao longo do tempo, tal postura vem sendo rechaçada, e com razão, pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>(8)</sup> O que o tipo legal incrimina não é o envio informal de recursos do estrangeiro para o país (*transferência de fora para dentro*), mas a adulteração e ou inserção de dados falsos em operação regular de câmbio, enquanto o *caput* trata especificamente da adulteração de identidade junto à autoridade.

### 5. Anistia penal como solução

Sobre o tema, comungamos do pensar de **René Dotti** quando se pronuncia sobre crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Reconhecendo a existência de inflação legislativa, o Professor recomenda a adoção do “*princípio da intervenção mínima como um necessário e firme roteiro que se dirige não apenas ao legislador mas também ao intérprete e ao aplicador da lei*”, não sendo demasiado afirmar que a “*maior participação das pessoas no mercado de trabalho e da integração em múltiplas atividades sociais, exige a redução, ao máximo, das hipóteses de intervenção do Estado*”.<sup>(9)</sup>

Não vemos como o Direito Penal possa resolver o problema das condutas tratadas neste pequeno artigo, como de fato nada vem sendo resolvido ao longo dos anos. Demandas penais tolas vêm engordando as prateleiras dos tribunais. E, diante das rupturas sociais e dos processos de aceleração da vida contemporânea, da pressão dos acontecimentos e alto do fluxo de informações nas novas dimensões de *superfície-limite e espaço-tempo*, a *criminalização de outrora não mais se justifica, pois está fora do atual contexto*.

Em tempos de globalização da economia, urge uma lei de *repatriação*. É mais produtivo investir nas formas de repatriação dos capitais, com a facilitação dos processos de regularização administrativa dos dinheiros mantidos no exterior, mormente aqueles que comprovadamente têm origem lícita – *dinheiro limpo*. Na atual conjuntura econômica brasileira, a opção político-criminal<sup>(10)</sup> adotada por outros países de autorizar o reingresso de capitais depositados no exterior e não declarados às autoridades competentes, satisfaria ao mesmo tempo as autoridades financeiro-fiscal, ao viabilizar controle e tributação razoável da divisa reingressante (*cidadania fiscal*), e os adeptos de uma perspectiva de Direito Penal de *extrema ratio*, pois permitiria um redirecionamento do escopo punitivo para condutas de maior estatura delitiva.

### Notas

- (1) “*Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.*”
- (2) BITENCOURT, Cezar R.; BREDI, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o mercado de capitais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 331; SCHMIDT, Andrei; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 179; e, ainda: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Manutenção da conta bancária do exterior*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico – Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1035.
- (3) O Bacen tem publicado anualmente o prazo e os limites da declaração, sendo o destinatário das declarações de ativos no exterior (no âmbito financeiro-cambial; enquanto à Receita Federal deve ser destinada a declaração de renda, no âmbito fiscal-tributário). Em linhas gerais, restam resguardadas as reservas internacionais e o equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional.
- (4) Em defesa da descriminalização, indicando caminhos para “*desbastar a área penal da imensa legislação extravagante que inundou nosso parque legislativo*”, ver: REALE JR., Miguel. *Ilícito administrativo e jus puniendi geral*. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93 e ss.
- (5) Precedentes: TRF-4.<sup>a</sup> Reg., 7.<sup>a</sup> T., ApCrim 2006.71.00.050282-6/RS, rel. Juíza convocada Salise Monteiro Sanchotene, j. 12.08.2013; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., 8.<sup>a</sup> T., *Habeas Corpus* 2006.04.00.013111-0/PR, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Pentead, j. 23.08.2006; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., 4.<sup>a</sup> Seção, Enul 2004.70.00.002027-4, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 01.09.2009 e TRF-4.<sup>a</sup> Reg., 4.<sup>a</sup> Seção, Enul 2001.70.00.032168-6, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 17.12.2007.
- (6) Considerações sobre a repercussão jurídico-penal da internação de divisas no país. In: VILARDI, RAHAL, DIAS NETO. *Crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: FGV/Saraiva, 2011. p. 117. *et seq.*
- (7) “*Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para a realização de operação de câmbio: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*”

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, *sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa.*”

- (8) A jurisprudência do é uníssona: “(...)9. *Da sonegação de informação à autoridade competente, para o fim de realização de operação de câmbio (art. 21, parágrafo único, Lei 7.492/86). Da tipicidade, em tese, dos fatos descritos. Insurge-se o Ministério Público Federal com a absolvição dos réus no que tange à prática do crime inculcado no art. 21, parágrafo único, da Lei 7.492/86. Dispõe a norma em comento(...) No que tange ao delito em análise, tenho que a sentença absolutória de primeiro grau deve ser prestigiada in totum, pois bem analisou a questão. O caso concreto não oferece quaisquer elementos indicativos de que o réu se atribuiu, ou atribuiu a terceiro, falsa identidade para fins de realização de operação de câmbio. Tratava-se de instituição financeira clandestina que empreendia operações marginais de troca de moedas, as quais, logicamente não eram informadas ao Banco Central do Brasil. Como se vê, a própria operação era empreendida de forma espúria, razão pela qual não há como configurar a prática de uma falsidade ideológica pretérita com o fito de realizar operação legítima de compra e venda de moeda. A clandestinidade da operação já está sendo punida mediante incidência do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, razão pela qual entendo que eventual imposição de sanção lastreada no art. 21, parágrafo único, da mesma norma implicaria verdadeiro bis in idem.(...)” (TRF-4.<sup>a</sup> Reg., 8.<sup>a</sup> T., ApCrim 5057916-12.2011.404.7100/RS, rel. Des. Leandro Paulsen, j. 02.10.2014).*

- (9) “Crime contra o Sistema Financeiro Nacional: consórcio – empresa administradora, empréstimo em dinheiro para empresas do mesmo grupo – caracterização”. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Direito penal econômico – Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1022.
- (10) Atualmente tramita no Senado um projeto de lei que permite a repatriação de patrimônio de origem lícita no exterior e que não foi declarado (PLS 298/2015, de autoria do senador Randolfe Rodrigues e com substitutivo de Delcídio Amaral. Dois Projetos de Lei tramitaram no Senado Federal e restaram arquivados ao final da legislatura: PLS 424/2003 de autoria do senador Marcelo Crivella e PLS 354/2009 do senador Delcídio Amaral.

**Alexandre Wunderlich**

Professor Coordenador do Departamento de  
Direito Penal e Direito Processual Penal na PUCRS.  
Advogado.

**Antonio Tovo Loureiro**

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.  
Advogado.

# A influência da pronúncia sobre a decisão dos jurados

*Galvão Rabelo e João César Bicalho Costa Assis*

Cerca de sete anos depois da alteração do procedimento do Tribunal do Júri pela Lei 11.689/2008, inúmeros advogados ainda se ressentem da indevida influência da decisão de pronúncia sobre o convencimento dos jurados leigos.

O Tribunal do Júri é um órgão jurisdicional democrático que assumiu enorme relevo nos ordenamentos jurídicos inseridos no contexto do *Common Law*. Na história do direito inglês, a ampla adoção do Tribunal do Júri a partir do século XII conseguiu evitar a introdução de tecnologias inquisitórias provenientes do direito romano-canônico, atuando como importante pano de fundo para o desenvolvimento do sistema adversarial.<sup>(1)</sup> Por outro lado, em estudo sobre o sistema processual penal norte-americano, **Sklansky** destacou a importância do júri como instrumento de limitação e de descentralização do poder, já que nele o poder de julgar é dividido entre o juiz e os jurados.<sup>(2)</sup>

Mas apesar de sua vocação democrática e adversarial, o Tribunal do Júri, mesmo naqueles países em que ganhou enorme prestígio, não conseguiu se livrar totalmente da invasão de técnicas inquisitórias. Ao longo de seu desenvolvimento na Inglaterra, um problema amplamente verificado era o controle ou a influência exercida pelo magistrado profissional sobre os jurados leigos. **Langbein** nos dá conta de que até 1670 existia a possibilidade de o juiz instrutor do Tribunal do Júri multar o jurado que preferisse veredicto contrariando a “sua instrução”. E, mesmo após a proibição da multa em razão do veredicto discrepante, era possível constatar a existência de outros meios pelos quais os juízes conseguiam fazer prevalecer suas ideias sobre os jurados em caso de conflito.<sup>(3)</sup>

No Brasil, ainda hoje os jurados não estão totalmente livres de semelhante “assédio hermenêutico” por parte do magistrado – mormente quanto se constata a origem inquisitória e repressora de nosso diploma processual penal ao que ainda se soma a atual emergência de um discurso de segurança pública como algo contraposto às garantias processuais.

Por aqui, o júri goza do prestígio constitucional (art. 5.<sup>o</sup>, XXXVIII) e é orientado pelo sistema da íntima convicção dos jurados ou certeza moral, já que os jurados não precisam motivar sua decisão. Logo, é certo

que em nosso ordenamento jurídico a interpretação e a decisão do caso penal devem resultar da íntima convicção dos jurados, que possuem ampla liberdade para avaliar a prova, sem qualquer interferência externa – mesmo de outros jurados, em virtude da regra da incomunicabilidade.

Em outros termos, o sistema da íntima convicção, ainda que questionável em virtude da estrutura solipsista em que se insere no processo penal pátrio e das poucas garantias que oferece ao acusado,<sup>(4)</sup> não se coaduna com qualquer interferência do juiz togado sobre a situação hermenêutica dos jurados. Tal interferência, além disso, seria também repulsiva à luz do modelo acusatório de processo.

Segundo o procedimento traçado no Código de Processo Penal, ao final da primeira fase do Tribunal do Júri, o juiz togado deve se manifestar sobre o caso, em juízo de admissibilidade da acusação, e, se entender que o fato *sub judice* deve ser levado a julgamento perante o Júri Popular, deverá pronunciar o acusado.

Como na decisão de pronúncia o juiz togado se manifesta sobre o caso, há a preocupação por parte da comunidade jurídica com eventual influência que essa manifestação pode exercer sobre os jurados que devem julgar a questão penal. É por esse motivo que se sustenta que a decisão de pronúncia deve ser formulada em linguagem técnica e comedida.<sup>(5)</sup>

Mas, de forma paradoxal, o art. 472, parágrafo único, do diploma processual penal determina que os jurados devem ter acesso à pronúncia, recebendo cópia da decisão logo após prestarem o juramento para compor o Conselho de Sentença. Embora o objetivo declarado da norma seja orientar os jurados acerca do cenário do caso a julgar, ela foi responsável pela manutenção de forte tecnologia inquisitória de influência do juiz togado sobre a decisão dos jurados.

A doutrina, de maneira geral, não atentou para esse aspecto problemático, restringindo sua atenção a eventuais excessos linguísticos que o juiz possa eventualmente cometer ao fundamentar a decisão de pronúncia.<sup>(6)</sup>

Da forma como está colocada a questão, parece estar pressuposta a possibilidade de uma análise metodologicamente neutra do magistrado em relação às provas e às normas jurídicas, que só seria rompida com eventuais excessos externados linguisticamente.

Porém, quando se aborda o problema da perspectiva da hermenêutica filosófica de **Hans-Georg Gadamer**, é possível adquirir um novo horizonte interpretativo e atentar para um problema que é anterior a qualquer excesso de linguagem e que consiste na própria linguagem da decisão de pronúncia.

Ao se apropriar da concepção ontológica heideggeriana sobre a compreensão, segundo a qual compreender é um modo de “ser-no-mundo”,<sup>(7)</sup> **Gadamer** ressalta a importância das pré-compreensões como condição de possibilidade de toda e qualquer compreensão.

A compreensão só é possível porque somos habitados por pré-compreensões. Como “ser-no-mundo” estamos sempre imersos em um conjunto de significados já apreendidos linguisticamente. Assim, quando nos voltamos para a compreensão de algo, operamos no interior de um conjunto de relações já interpretadas, e são essas pré-compreensões que nos permitem entender a coisa de maneira significativa.<sup>(8)</sup>

Por essa ótica, é possível também perceber um deslocamento teórico do lugar e do papel tradicionalmente atribuídos ao intérprete, uma vez que já não é mais possível falar em uma análise “neutra” do texto ou das provas. Isso porque o texto só é compreendido quando ocorre a fusão entre o horizonte histórico de sentido do texto e o horizonte de pré-compreensões do intérprete.

Com o conceito de *fusão de horizontes*, **Gadamer** pretende explicar aquilo que ocorre necessariamente em toda compreensão, ressaltando que o sentido de um texto é determinado também pela situação histórica do intérprete, o que faz com que a interpretação tenha sempre caráter produtivo.<sup>(9)</sup>

A relação circular de toda compreensão é importante para a percepção de que o juiz, ao analisar um caso penal, procede interpretativamente. Como todo intérprete sua compreensão do caso e do direito só será possível em virtude das pré-compreensões fáticas e jurídicas que possui.

Partindo dessa premissa, é possível verificar que o problema, ao contrário do que tem afirmado parcela considerável da doutrina, *não se restringe ao excesso de linguagem do juiz, mas alcança a própria linguagem do juiz*. Concentrar-se no problema do excesso de linguagem, significa ocultar um problema anterior: na decisão de pronúncia o juiz interpreta e, ao fazê-lo, permite que o (seu) mundo venha à fala.

Dessa forma, no marco teórico da hermenêutica filosófica, é possível compreender que toda linguagem já é interpretação e em toda interpretação o intérprete traz pré-compreensões do mundo da vida sem as quais a compreensão/interpretação não seriam possíveis. A interpretação do juiz e suas pré-compreensões do mundo da vida (incluindo aí suas pré-compreensões sobre o direito) vem à fala na decisão de pronúncia. É claro que o fato de ele se exceder no uso da linguagem que medeia sua compreensão do caso é uma questão relevante. Mas isso não exclui o fato de que a *sua* interpretação já está contida na linguagem que constitui a decisão de pronúncia, por mais controlada que ela seja.

Assim, e considerando que o juiz costuma ser uma autoridade moral em relação aos jurados, é praticamente impossível que sua interpretação da essência da questão penal (materialidade e autoria) não influencie a

convicção dos jurados. Em um mundo marcado pela hegemonia do saber técnico, é comum que os jurados encarem o juiz “como aquele que sabe o direito” e, portanto, como aquele que é “mais apto a interpretar o caso de forma juridicamente *correta*” (o intérprete privilegiado).

Percebe-se, pois, que a preocupação da lei com o excesso de linguagem e com a utilização da pronúncia como argumento de autoridade durante os debates, já constitui uma abstração do fato de que a autoridade moral do juiz e seu horizonte hermenêutico já atingiram a compreensão dos jurados quando estes têm acesso à pronúncia, independentemente do quanto moderadas sejam as palavras de que se vale.

## Notas

- (1) LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. *Ohio State Law Journal*, Ohio, v. 44, n. 3, p. 713-742, 1983.
- (2) SKLANSKY, David Alan. Anti-Inquisitorialism. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 122, n. 6, p. 1634-1704, apr. 2009.
- (3) LANGBEIN, John H. The Criminal Trial before the Lawyers. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 45, n. 2, p. 263-316, 1978.
- (4) Com relação a esse segundo ponto, são indispensáveis as considerações críticas de: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. Livro digital. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, especialmente na p. 597.
- (5) Essa preocupação também orientou o legislador como se pode inferir do art. 478, I, do CPP, segundo o qual não se poderá utilizar o conteúdo da pronúncia como argumento de autoridade durante os debates em plenário.
- (6) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. Livro digital. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- (7) HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204-211.
- (8) PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.
- (9) GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

**Galvão Rabelo**

Especialista em Ciências Penais pela UFJF e  
Mestrando em Teoria do Direito pela PUC-Minas.  
Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na  
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Ubá-MG.  
Advogado.

**João César Bicalho Costa Assis**

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal  
pelo Centro Universitário Uniseb.  
Mestrando em Teoria do Direito pela PUC-Minas.  
Delegado de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

# Efeitos giratórios sobre o possível rebaixamento da maioria penal

*Eduardo Viana*

## I. Introdução

O controverso tema sobre o limite etário para a responsabilidade penal plena foi reaquecido com a aprovação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 171/1993. Olvidando os “fundamentos” bíblicos – destacados na PEC – que justificariam a redução da maioria penal, em sentido

profano costuma-se abonar a tese de rebaixamento da idade penal sob o argumento de que o menor, além de ser capaz de compreender e entender a gravidade do seu comportamento, faz uso da blindagem legal para praticar impunemente crimes ou, quando pouco, servir de instrumento criminoso para organizações criminosas. Sem ingressar no mérito das inverdades presentes nesse discurso popular, em grande parte manobrado

pela imprensa marrom, a realidade é que a possível redução da maioridade penal é tema *em tela de juízo*, razão pela qual se torna cogente levar a sério os custos que uma possível alteração legislativa provocaria. Para abordar apenas um ponto tímido, mas importante, elegi controverter a respeito de impacto que a alteração legislativa poderia provocar no crime de estupro qualificado (art. 213, § 1.º, do CP). Para cumprir tal objetivo, primeiro convém averiguar se é possível a alteração legislativa (*infra*, item II); superado este ponto, cumprirá fixar algumas notas aos crimes contra a dignidade sexual (*infra*, item III) para, só então, identificar quais os possíveis reflexos jurídico-penais de um provável câmbio do paradigma etário da responsabilidade penal (*infra*, item IV). Interessante especificamente o último ponto, posto que, não raramente, antes de concretizar as alterações legislativas – quase sempre levadas a cabo em momentos de histeria punitiva – nem sempre consideram os reflexos sistêmicos que tal alteração verdadeiramente provocará.

## II. Sobre o processo de criação do conjunto normativo

Como ponto de arranque, especificamente sobre o processo de criação normativa, bem assim sobre a possibilidade de alteração legislativa, tomo em consideração algumas observações por mim já expostas neste Boletim: “O processo de criação (produção estabelecimento) do conjunto normativo, especificamente o de caráter penal, desenvolve-se em uma fase pré-legislativa e outra propriamente legislativa. Naquela, o processo de ideação se subordina à instrumentalização política e moral; nesta, passa a primeiro plano a técnica jurídica. Em qualquer delas, contudo, vê-se como ponto comum o debate do conteúdo da legislação em sua integralidade, vale dizer, a lei penal, no plano da formação, não é resultado de enroscamento de retalhos normativos, mas sim de um vetor moral, político e jurídico que se espalha por todos os dispositivos que a conformam. Neste alinhamento, podem-se agregar duas premissas: (i) cada proposição normativa – que é parte de um todo – estrutura-se em uma relação implicacional; (ii) a interpretação não deve valorizar o fim subjetivo do legislador, mas o fim objetivo da lei. Disto deriva-se que a formação da norma jurídica se sujeita: à lógica sistemática (i); ao modelo político criminal que a orienta (ii); a um sistema de valores (iii); e às regras de formação dos enunciados (iv)”.<sup>(1)</sup>

Se tais premissas são assumidas como válidas, fica fácil situar o claro horizonte no qual se insere o discurso sobre a possibilidade legal de redução da maioridade penal: trata-se de proposta legislativa fundamentada em um modelo de política criminal (não (des)qualificá-lo aqui) que altera um enunciado descritivo do Código Penal (e também da Constituição; circunstância que, segundo penso, não representa qualquer variável relevante). Pois bem.

Partindo do pressuposto de que o Direito Penal é um microsistema dentro de uma “categoria” mais ampla que é o sistema jurídico, parece pouco sustentável qualquer objeção científica à proposta de alteração legislativa. Explico: os sistemas<sup>(2)</sup> podem ser classificados como dinâmicos ou estáticos. Os sistemas estáticos, a exemplo do geométrico, têm conteúdo fixo; ao passo que os sistemas dinâmicos, como o nome indica, têm o seu conteúdo sujeito à temporalidade. Evidentemente que o Direito Penal pertence à primeira categoria, porquanto nenhuma norma jurídica tem pretensão de eternização. Agregando essas considerações, chegamos à seguinte afirmação: desde que respeitado o percurso normativo previamente estabelecido, o Direito Penal, microsistema jurídico que pertence à categoria dos sistemas dinâmicos, pode ter seu conteúdo alterado conforme as exigências temporais.

Considerando que o tema da maioridade penal pertence ao campo dos sistemas jurídicos, é dizer, trata-se de enunciado legislativo dentro de um microsistema jurídico (e dinâmico), não há, nem poderia haver, qualquer entrave à alteração legislativa. Aliás, na grande maioria das vezes, é saudável que o Direito Penal não seja petrificado pelo texto legal.

Evidentemente que a ausência de obstáculo legal não significa necessariamente concordar com a pulsão punitiva do Estado. O que me parece adequado, contudo, é chamar atenção para a necessidade de (re) conduzir o debate da maioridade penal ao campo científico (ainda que com ideologia) retirando-o do campo meramente ideológico (ainda que com alguma pretensão científica). Neste limite, outro tanto de argumentos político-criminais e criminológicos poderiam ser ventilados (a favor ou contra) desde que, evidentemente, tais argumentos fossem

manejados e pavimentados na arena propriamente científica. Mas agora apenas me interessa as possíveis repercussões que tal alteração poderia produzir, razão pela qual fico preso ao ponto de enlace que, por sua vez, servirá como *primeira conclusão preliminar*: a redução da idade penal é juridicamente possível (não significa que seja desejável ou justificável à luz dos demais campos científicos).

## III. Notas aos crimes contra a dignidade sexual

Para prosseguir, é necessário recordar algumas informações já muito conhecidas no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual.<sup>(3)</sup>

A reforma inaugurada pela Lei 12.015/2009 alterou a rubrica dos crimes que tutelam a dignidade sexual. No Código de 1890, tais delitos estavam previstos sob a rubrica “Dos crimes contra a segurança da honra, honestidade e do ultraje público ao pudor”. Já o Código de 1940, mais conciso, limitava-se a enunciar no Título VI “Dos crimes contra os costumes”.

Segundo **Hungria**, o vocábulo “costumes”, em sentido restritivo, estava empregado para significar “os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à convivência e disciplina sociais”.<sup>(4)</sup> Assim, naquele momento, a lei se propusera a tutelar o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo sexualmente ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

Embora a rubrica da legislação de 1940 já deixasse visível a forte carga moral dos dispositivos ali encartados, nosso Código representou, no tocante à criminalização dos atos sexuais, algum avanço, uma vez que não criminalizava os atos homossexuais, a exemplo dos tipos que existiam nos Códigos Penais alemão, polonês, dinamarquês, chileno, suíço; tampouco criminalizava o ato sexual com animais e o incesto.<sup>(5)</sup>

Contudo, como não poderia ser diferente, afinal estávamos na década de 40 do século passado, a realidade social que orientava a elaboração do Código continha forte apelo à moral sexual. Com sua habitual habilidade lírica, escreveu **Hungria**: “Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de várias causas. Desapercebe a mulher que seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...]. Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos”.<sup>(6)</sup>

Alterando a rubrica originalmente prevista pelo Código de 1940, a atual legislação utiliza a nomenclatura “Crimes contra a dignidade sexual”. Reconhecidamente suaviza, ao menos disfarça, o apelo declaradamente moral da legislação que lhe antecedeu.

Como é de se antever, o campo da sexualidade não é o melhor terreno para que a legislação penal tente impor o seu padrão moral, especialmente no que se refere às pessoas adultas capazes de autodeterminação. Em uma sociedade aberta e pluralista é necessário alinhar os critérios que pautam a criminalização dos bens dotados de dignidade penal com os limites intrínsecos ao sistema de liberdades que promove a concretização do direito à individualidade. Justamente nesse contexto se insere o limite etário para a responsabilidade penal plena, especificamente no que diz respeito à presunção de violência (art. 217-A do CP brasileiro), bem como à qualificação do tipo penal base (art. 213 do CP brasileiro), que aqui é o que nos interessa.

Levando em consideração que o legislador variou a figura típica base (art. 213 do CP) tendo como farol o pleno desenvolvimento da autonomia humana, temos as seguintes balizas: se a vítima do crime de estupro é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, o crime será qualificado, com parâmetros de pena que variam entre o mínimo de 8 (oito) e máximo de 12 (doze) (art. 213, § 1.º, do CP). Ao passo que o estupro simples tem uma pena mínima de 6 (seis) e máxima de 10 (dez) anos (art. 213, *caput*, do CP).

Evidentemente que tais faixas etárias não derivam de um número cabalístico ou infundado, o que nos permite indagar: qual o critério

legal utilizado pelo legislador para estabelecer o parâmetro menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos? Naturalmente que para manter a sobriedade e a lógica sistêmica, o único fundamento que justificaria razoavelmente a atitude legislativa – não se pode perder de vista que estamos nos referindo à fixação de patamares de calibração do *desvalor da conduta* – é, sem dúvida, a (menor)idade penal, dito de modo mais evidente, o limite máximo de idade a justificar a qualificação do crime de estupro está teleologicamente ligado à menoridade penal prevista no art. 27 do CP. Isso nos conduz à *segunda conclusão preliminar*: os parâmetros etários fixados na parte especial, quando não disposto de modo diverso, têm como marco as regras estabelecidas na parte geral.

#### IV. Reflexos giratórios de uma futura alteração

Sobre a base argumentativa estabelecida nos itens II e III fica fácil prever as consequências do raciocínio alinhado. Antes, contudo, uma pequena pontuação, certamente já percebida.

Conforme previsto no § 1.º do art. 213, “*Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos*”. Para abreviar uma série de outras questões que poderiam ser ventiladas, convém chamar atenção para o fato de que a segunda parte do § 1.º do art. 213 dispõe que o crime será qualificado quando a vítima for “menor de 18 anos ou maior de 14 anos”. Ora, a opção pela conjunção alternativa “ou” não foi das mais felizes. Em verdade, a limitação temporal imaginada pelo legislador só seria possível através da utilização da conjunção aditiva “e” pois, neste caso, os requisitos seriam cumulativos, é dizer: vítima menor de 18 anos e maior de 14 anos. E assim tal dispositivo deve ser lido. Sigo.

Tomando como válida a segunda conclusão preliminar, forçoso defender que uma provável alteração no mencionado art. 27 do CP, tem que necessariamente repercutir sobre o § 1.º do art. 213. Ao fim e ao cabo, reduzida a idade de responsabilidade penal plena para os 16 anos, o estupro qualificado terá novos patamares de idade, ainda que esse último dispositivo não seja expressamente alterado, ou seja, onde lia-se 18 ler-se-á 16 (dezesesseis): “*Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 16 (dezesesseis) ou[sic] maior de 14 (catorze) anos*”.

As futuras e necessárias repercussões processuais são mais que evidentes e a razão é simples: a alteração da idade penal, nesse ponto, será *novatio legis in melior*, razão pela qual deverá obrigatoriamente retroagir. Para casos tais, sobeja clareza no parágrafo único do art. 2.º do CP: “*A lei posterior, que de qualquer modo favorecer ao agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*”.

Do ponto de vista processual, a modo da *abolitio criminis*, em todos os casos de condenação nos quais a vítima tenha entre 16 e 18 anos será necessário reconduzir a imputação ao *caput* do art. 213 do CP, bem assim proceder a uma nova dosagem de pena.<sup>(7)</sup>

Chego, então, à terceira e *última conclusão*, e a lógica permanece bastante simples: uma vez alterado o *fator de referência* da responsabilidade penal, todos os demais componentes da *equação* que têm aquele fator como parâmetro devem ser necessariamente atualizados, ainda que não explicitamente.<sup>(8)</sup> E é precisamente essa consequência que denomino *efeito giratório*, é dizer, implicações sistêmicas no caso de alteração de fatores de referência.

Para concluir, considerando-se plausível todo o exposto, como aparenta ser, imperioso dar ares de amplitude ao horizonte de discussão sobre a redução da maioridade penal, fundamentalmente no que diz respeito aos necessários ecos que um rebaixamento da idade penal provocará. É dizer: refletir sobre as consequências – para além de humanas – que a PEC 171/1993 traz à reboque.

#### Notas

- (1) NEVES, Eduardo Viana Portela. Combinação de leis penais: sombras e luzes. In: Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 20, n. 233, abr. 2012, p.16.
- (2) A expressão deve ser compreendida no sentido de estrutura de análise.
- (3) Para aprofundar no tema cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*. Bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. *passim*.
- (4) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. vol. VII, p. 95.
- (5) No Brasil, o Projeto Sá Pereira previa a criminalização de ato sexual com animais desde que *causassem escândalo público* (art. 258).
- (6) HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 84.
- (7) Cabe ao juízo de execuções penais a aplicação da lei penal mais benéfica, conforme enunciam o art. 66, I, da Lei de Execuções Penais e a Súmula 611 do STF.
- (8) Tal raciocínio pode ser aplicado a qualquer outro tipo penal que contenha o mesmo parâmetro etário.

**Eduardo Viana**

Doutorando em Direito Penal pela  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Pesquisador visitante na  
Universitat Pompeu et Fabra e Universität Augsburg.  
Professor Assistente Universidade Estadual de Santa Cruz  
(UESC) e Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR)

## Quanto custa progredir de regime?

Leonardo Isaac Yarochewsky

Há quem assevere que decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) não se discute, se cumpre. Contudo, como acadêmico e advogado afeito ao debate e às discussões doutrinárias, sinto-me seduzido, uma vez mais, para discutir, com todas as vênias cabíveis, decisão do STF que passou a exigir para os condenados na APn 470 (apelidada de “mensalão”) o pagamento da pena de multa como condição para progressão de regime.

Para tanto, é necessário inicialmente fazer uma regressão histórica sobre os sistemas penitenciários:

a) *Sistema filadélfico (belga ou celular)*: teve sua origem em 1681 na Colônia da Pensilvânia. Contudo, foi a partir de 1790, com a construção da primeira prisão norte-americana, a *Walnut Street Jail*, que o chamado sistema filadélfico se desenvolveu. Nesse sistema, os presos ficavam completamente isolados (*solitary system*<sup>(1)</sup>) em uma cela, sem qualquer contato com os demais presos e com o mundo exterior. A leitura da Bíblia

e de livros religiosos era permitida visando ao arrependimento do preso e à manutenção da disciplina. Como consequência desse isolamento total, vários presos ficaram loucos ou se suicidaram.

b) *Sistema auburniano*: surgiu em 1818 na cidade de Auburn (Nova Iorque), nos EUA. Muito semelhante ao anterior, esse sistema prescrevia a cela individual durante a noite, o trabalho e as refeições em comum e, como regra, o silêncio absoluto (*silente system*) em que os presos só podiam falar com os guardas, com a permissão destes e em voz baixa.

c) *Sistema progressivo (inglês/irlandês)*: o sistema progressivo de cumprimento da pena tem sua origem no sistema inglês desenvolvido pelo capitão **Alexander Maconochie**, no ano de 1840, na Ilha de Norfolk, na Austrália, conhecido também como sistema de “vales” ou “marcas”, no qual a duração da pena era medida pelo trabalho e pela boa conduta do condenado. E, em 1857, o referido sistema foi aperfeiçoado por **Walter**

**Crofton**, diretor das prisões na Irlanda, sempre visando a preparar o regresso do interno (recluso) para a sociedade. O referido regime era composto por quatro fases: (1) reclusão celular diurna e noturna; (2) reclusão celular noturna e trabalho diurno; (3) período, denominado por **Crofton** como “intermediário” (entre a prisão em local fechado e a liberdade condicional), em que o preso trabalhava ao ar livre no exterior do estabelecimento penal; (4) liberdade condicional, na qual o preso era libertado sob determinadas condições, até atingir a liberdade definitiva.

Referindo-se aos sistemas de *Auburn* e da *Filadélfia*, **Michel Foucault** destaca que “o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total”.

O Código Penal (CP) brasileiro adotou, com algumas variações, o sistema progressivo, além de prever três regimes para cumprimento da pena: *regime fechado, semiaberto e aberto*. De acordo com o art. 33 do CP, considera-se: “regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; regime aberto a execução da pena em câs de albergado ou estabelecimento adequado”. Estabelece, ainda, o Código Penal que: “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado...” (art. 33, § 2.º, do CP).

É importante salientar que, para a obtenção da progressão de regime, o condenado tem que cumprir alguns requisitos objetivos (cumprir mais de 1/6 da pena no regime anterior e 2/5 no caso de condenado em crime hediondo) e subjetivos (mérito) previstos na Lei de Execução Penal. Do mesmo modo que a lei prevê a progressão, também prevê a regressão de regime com a transferência do condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando, por exemplo, o condenado comete falta grave.

Diante do princípio da individualização da pena, que também atinge a fase de execução desta, o regime progressivo parece o mais adequado, além de possibilitar que o condenado, paulatinamente, volte a conviver com a sociedade livre. O choque para o condenado é bem menor no sistema progressivo do que nos outros, em que, após ter cumprido integralmente a pena em regime fechado ou celular, é “jogado” na sociedade. Lembrando que na prisão, ao contrário do que muitos imaginam, o preso está muito longe do que chamam de “regenerado” ou “ressocializado”, sendo que ocorre o fenômeno conhecido como prisionização, lá vigora outras regras e outros “códigos”.

Portanto, ainda que uma ou outra pessoa descumpra ou viole alguma ou algumas das regras do regime em que está cumprindo sua pena, isso não pode servir de alicerce para a destruição de todo um sistema que, além de representar uma evolução, reflete um direito penal mais humanitário que tem o homem como fim em si mesmo, como corolário do Estado Democrático de Direito.

A pena de multa também possui um longo antecedente histórico. Na legislação comparada é chamada de pena pecuniária, de origem longínqua e vinculada à reparação do dano. No sistema penal grego, segundo ensinamento de **Luiz Regis Prado**,<sup>(2)</sup> as penas pecuniárias estavam relacionadas à necessidade de reparação do dano causado pelo ilícito. Eram as mesmas cominadas para a grande maioria dos ilícitos penais, uma vez que a pena detentiva era aplicada apenas excepcionalmente. Em determinada época, informa **Regis Prado**, a pena pecuniária chegou até mesmo a substituir certos delitos originalmente punidos com a morte.

Os romanos também empregaram largamente a pena pecuniária. “A composição, de caráter obrigatório, substitui a vingança privada – Lei das XII Tábuas (453-451 a.C.), t.7,12: ‘Aquele que arrancar ou quebrar um osso de outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido é um escravo’”.<sup>(3)</sup>

Interessante observar que o direito romano estabelecia, em relação à pena pecuniária, “regras coroadas de humanitarismo”.<sup>(4)</sup> Informa **Regis Prado** que as multas excessivas eram nulas de pleno direito. O juiz podia reduzi-la ou deixar de aplicá-la. Os pobres eram isentos.

Entre os bárbaros germânicos inicialmente vigorava a vingança de sangue (*Blutrache*), que foi sendo substituída gradativamente pela composição voluntária, depois obrigatória.<sup>(5)</sup> No que se refere à composição, a princípio, informa **Fragoso**,<sup>(6)</sup> o ofendido ou seus parentes

concediam a paz, por meio do preço da expiação (*Suehnegeld*). “O direito penal que resulta das leis bárbaras (leges barbarorum) é caracterizado pelo sistema da compositio, meticolosamente fixada às tarifas de pagamentos, segundo a qualidade das pessoas, o sexo e idade, e segundo o local e espécie da lesão ou ofensa”. A composição possuía um caráter misto de ressarcimento e pena. Nela, afirma **Fragoso**,<sup>(7)</sup> distinguiram-se a “*Wergeld* ou *Manngeld*, que era a soma em dinheiro a ser paga à família da vítima, em caso de homicídio e crimes a ele assimilados, e a *Busse*, que era a indenização aplicável aos crimes de menor gravidade”.

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 criou o sistema de dia-multa, o qual, de acordo com **Regis Prado**,<sup>(8)</sup> deveria chamar-se também “sistema brasileiro”. O Código Criminal, em seu art. 55, dispunha que: “A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou industria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo”.

De igual modo, o Código Penal de 1890 dispunha em seu art. 58 que “a pena de multa consiste no pagamento ao Tesouro Público Federal ou dos Estados, segundo a competência respectiva, de uma somma pecuniária, que será regulada pelo que o condenado puder ganhar em cada dia, por seus bens, emprego, indústria ou trabalho”.

O Código Penal de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940) – em sua redação original – abandonou o sistema do dia-multa, optando pelo sistema fixo de cominação abstrata da pena de multa. De tal modo, para cada tipo penal eram previstos os valores mínimo e máximo da multa. Na fixação desta o juiz deveria atender principalmente à situação econômica do condenado.

Com o advento da *Lei 7.209, de 11.07.1984*, que deu nova redação ao Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal de 1940), passou-se a adotar o critério de dia-multa que vigora até hoje. Segundo o referido critério, o juiz deverá fixar primeiramente a quantidade de dias-multa, entre 10 e 360 dias-multa, de acordo com a gravidade do delito. Posteriormente, deve-se calcular o valor de cada dia-multa entre o valor mínimo de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época do crime e o valor máximo de até cinco vezes esse salário (art. 49 e § 1.º do CP).

O art. 51 do CP (Lei 7.209, de 11.07.1984) previa a conversão da multa em pena de detenção quando o condenado solvente deixasse de pagar ou frustrasse a sua execução. Na conversão, cada dia-multa corresponderia a um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano (art. 51, § 1.º, do CP).

Isso tudo antes de a *Lei 9.268/1996* revogar os §§ 1.º e 2.º do art. 51 do CP. Com a entrada em vigor da citada lei, não mais se admite a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade por falta de pagamento. Hoje, com a redação determinada pela *Lei 9.268/1996*, a multa passou a ser considerada dívida de valor (art. 51 do CP).

De acordo com o art. 51 do CP, a consequência do não pagamento da pena de multa pelo condenado é a inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública, não podendo em hipótese alguma se converter em pena privativa de liberdade. De igual modo, não se pode impedir ao condenado que obtenha um benefício, ou melhor, direito, pelo não pagamento da multa. Condicionar a progressão de regime ao pagamento da pena pecuniária equivale a manter alguém preso por dívida.

No que diz respeito à decisão do *STF* exigindo do condenado o pagamento da pena de multa, além dos requisitos previstos em lei, para que obtenha a progressão de regime, não encontra guarida na lei e nem respaldo na melhor doutrina.

Os eminentes ministros do *STF*, por mais respeitáveis e doutos que sejam, não podem legislar estabelecendo requisito inexistente na lei para a obtenção de um direito. Não se trata, com a devida vênia, de interpretação da lei em qualquer de suas vertentes, mas sim de uma inovação, posto que outrora jamais se exigiu, para alcançar a progressão de regime, que o condenado efetuasse o pagamento da multa pela qual foi, também, condenado.

No que se refere ao argumento do eminente Ministro relator da matéria **Luís Roberto Barroso**, de que “especialmente em matéria de crimes contra a administração pública, como também nos crimes de colarinho branco em geral, a parte verdadeiramente severa da pena há de ser a de natureza pecuniária, essa sim tem o poder de funcionar como real

fator de prevenção”, com todas as vênias de que é merecedor o notável constitucionalista, o argumento não pode prosperar como exigência ao condenado da quitação da multa para obtenção da progressão de regime. Critérios como a gravidade do crime e a condição econômica do condenado podem e devem ser levados em consideração quando da fixação da pena de multa, mas jamais como causa impeditiva de alcance de benefícios/direitos.

Como asseveram **Zaffaroni e Pierangeli**,<sup>(9)</sup> a pena de multa “reduz o âmbito de institucionalização punitiva, o que tem determinado a sua ampla utilização na Europa, nos últimos anos. Sua implementação na Europa Central, especialmente na Alemanha e na Áustria, tem alcançado um considerável êxito, ao diminuir muitíssimo o número de condenações a penas privativas de liberdade [...]”. Assim, não há razão para se utilizar a multa como mais um instrumento da “institucionalização punitiva”. Não é sem razão que o próprio Código Penal prevê a multa substitutiva (art. 60, § 2.º, do CP).

A população carcerária brasileira já ultrapassou a astronômica cifra de 700 mil presos, sendo a que mais cresceu no mundo na última década. A situação dos presídios é calamitosa. O caos salta aos olhos nas cenas violentas das rebeliões exibidas em horários nobres na televisão brasileira. A ONU, por inúmeras vezes, já repreendeu o Brasil pelo desgraçado sistema prisional. Até mesmo o ministro da Justiça **José Eduardo Cardozo** afirmou preferir a morte a ter que cumprir pena privativa de liberdade no Brasil.

Como bem disse o saudoso Min. **Evandro Lins e Silva**, “prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de uma prisão melhor do que entrou... A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os...”. A cadeia, sentenciou o Min. **Evandro**, “fabrica delinquentes”.

E não se pode olvidar do alerta de **Michel Foucault**<sup>(10)</sup> de que: “a prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde

o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso”.

Por tudo, é que, em vez de dificultar o acesso do condenado/preso criando obstáculos, como numa espécie de labirinto de Creta, à porta da liberdade, deveriam os julgadores indicar e guiar o condenado pelo caminho mais breve para se chegar à tão almejada saída: a liberdade.

## Notas

- (1) “Sozinho em sua cela o detento está entregue a si mesmo; no silêncio de suas paixões e do mundo que o cerca, ele desce à sua consciência, interroga-a e sente despertar em si o sentimento moral que nunca perece inteiramente no coração do homem” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987).
- (2) PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- (3) Idem, p. 701.
- (4) Idem, p. 702.
- (5) Idem, ibidem.
- (6) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- (7) Idem, p. 39.
- (8) PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro cit.*, p. 704.
- (9) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- (10) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão cit.*

**Leonardo Isaac Yarochevsky**  
Professor de Direito Penal da PUC-Minas.  
Advogado criminalista.

Com a palavra, o estudante

## Análise crítica da utilização das condutas alternativas conforme o Direito como critério de imputação do resultado

*Letícia Bürgel*

O paradigmático “caso do ciclista”<sup>(1)</sup> julgado pelo Supremo Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof*) em 1957, admitiu a possibilidade de se auferir responsabilidade penal mediante o emprego de cursos causais hipotéticos. Essa decisão abriu espaço para o denominado critério da “conduta alternativa conforme o direito”, como uma tentativa de delimitar a utilização de cursos causais hipotéticos.<sup>(2)</sup> Esse mesmo método é utilizado pela doutrina como um mecanismo para verificar a existência de uma relação específica entre a conduta e o resultado, chamada de nexo de causalidade da infração de dever. Busca-se observar, por meio de um juízo hipotético, a possibilidade de causalidade do mesmo dano mediante uma conduta alternativa correta. Assim, questiona-se, ante uma ação imprudente, se o agente deverá ser responsabilizado uma vez que a lesão provavelmente não teria sido evitada caso ele tivesse respeitado a norma de cuidado.<sup>(3)</sup>

No âmbito da doutrina, **Roxin** é o protagonista na discussão sobre esse tema nos últimos 30 anos. Para ele, há três circunstâncias que dão

unidade a todos esses casos: (i) o agente não se comportou da forma correta; (ii) existe uma duvidosa relação de causalidade entre a ação e o resultado; e (iii) é possível que o dano também viesse a ocorrer ainda que o autor tivesse agido de acordo com a norma.<sup>(4)</sup> Contudo, é importante salientar, que nem todo cálculo hipotético é relevante para o tipo, pois nem toda a conduta defeituosa hipotética de um terceiro, ou da própria vítima, tem utilidade para explicar a realização do risco. Assim, segundo **Feijóo Sanchez**, somente será relevante para a imputação do resultado o cálculo hipotético relacionado com o cumprimento de certas normas de cuidado e com o risco permitido.<sup>(5)</sup>

Para o autor, a raiz material do problema das condutas alternativas adequadas ao direito consiste na possibilidade de verificar se o resultado é a realização do risco não permitido (da infração do dever), não sendo coincidência que os casos objetos de reflexão estejam no âmbito de subsistemas em que, ainda que o agente aja com o devido cuidado, sempre haverá um resquício de risco considerável, sendo, em algumas

ocasiões, difícil delimitar em que ponto começa, de fato, o risco não permitido. Pretende-se, na verdade, com o critério das condutas alternativas conforme o direito, combater a ideia de que o criador de um risco não permitido responde não somente pelo risco típico por ele desencadeado, mas também por outros riscos permitidos que tenha criado ou favorecido.<sup>(6)</sup>

Uma das críticas feitas à utilização de condutas alternativas de acordo com o direito é no sentido de que não é necessário acudir a nenhum comportamento hipotético, que não tenha ocorrido na realidade, para determinar se o risco não permitido se integralizou no resultado. Para **Feijó Sanchez**, todos os casos que se tentou resolver por meio da aplicação desse método se solucionam da mesma forma, pois, do ponto de vista do tipo, não há a realização do risco proibido, mas de um risco permitido ou residual acompanhante, ou seja, o risco permitido, o que, por si só, explicaria a ocorrência do dano, independentemente da conduta transgressora do dever.<sup>(7)</sup> No mesmo sentido se posiciona **Martinez Escamilla**, ao afirmar que a utilização dos cursos causais hipotéticos não auxilia na averiguação do que realmente aconteceu. Segundo a autora, ao questionarmos o risco criado pelo comportamento de acordo com a norma de cuidado, somente saberemos se o perigo real criado pelo agente é maior ou igual ao permitido, não questionando, no entanto, o que importa para fins de imputação, o que de fato ocorreu no caso concreto.<sup>(8)</sup>

Na concepção de **Gil e Gil**, o comportamento alternativo conforme o direito deve ser utilizado apenas como um meio auxiliar da interpretação do fim de proteção da norma, tendo, para fins de verificação da imputação, apenas um papel secundário, na medida em que caberia a ele apenas demonstrar a eficácia da norma no caso concreto, se ela de fato cumpriu o seu papel protetivo.<sup>(9)</sup> Para a doutrinadora, o comportamento hipotético correto teria como missão apenas investigar o caminho causal que não se pretende evitar, tendo por base o critério do risco permitido. Assim, se o resultado é produto de determinados fatores, os quais a proibição não pretendia evitar, tendo em vista que a possibilidade de sua ocorrência estaria dentro do âmbito do risco permitido, o dano estaria, portanto, fora do fim de proteção da norma.<sup>(10)</sup>

Pelo exposto, podemos concluir que a utilização do critério das condutas alternativas conforme o direito se mostra problemática, na medida em que pode ser vista como um retrocesso a juízos hipotéticos de constatação, pela fórmula da *conditio sine qua non*.<sup>(11)</sup> Ademais, as conclusões obtidas em uma operação com hipóteses são arbitrárias, pois, como regra geral, dispõe-se de inúmeras modalidades alternativas de comportamentos permitidos, com suas respectivas e distintas consequências, de modo que o resultado pode ser manipulado mediante a seleção de determinada conduta pelo julgador. Assim, a quantidade de

ações de acordo com a norma que teriam produzido o resultado, e as que o teriam evitado, estariam limitadas apenas pela imaginação do intérprete da lei, o que daria uma grande margem à discricionariedade do aplicador do direito.<sup>(12)</sup>

## Notas

- (1) Nesse sentido refere ROXIN: “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude de uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (Strassenverkehrsordnung)”. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 338.)
- (2) CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 66, ano X. p. 82 e s., 2007.
- (3) *Ibid.* p. 84.
- (4) Para FEIJÓ SANCHEZ, os casos analisados por meio do juízo hipotético de um comportamento alternativo conforme o direito costumam se produzir no marco das atividades com riscos especiais permitidos (indústria, transporte viário, medicina) que possuem regras gerais de conduta, seja por meio de regras jurídicas (segurança e higiene do trabalho, transporte viário, atividades farmacêuticas) ou da *lex artis* (medicina). São exemplos em que há dúvidas se as regras gerais de cuidado teriam alguma utilidade na situação concreta. (FEIJÓ SANCHEZ, BERNARDO. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 12.)
- (5) FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 17.
- (6) *Ibid.* p. 18.
- (7) *Ibid.* p. 21.
- (8) MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 223.
- (9) GIL e GIL, Alicia. *El delito Imprudente*. Fundamentos para la Determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2007. p. 347s.
- (10) *Ibid.* p. 352.
- (11) CAVALCANTE DE SOUZA, Luyla. Op. cit., p. 92.
- (12) RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevância del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. *Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal*, n. 3, v. 2. p. 66, 1996.

**Letícia Bürgel**  
Graduanda em Direito pela PUC-RS.

## Descasos

# WAGNER

## Alexandra Lebelson Szafir

Wagner Marcos da Silva era um como tantos outros brasileiros que lutam diariamente pela subsistência: negro, pobre, favelado e, sobretudo, trabalhador. Adorava surfar nas praias do Rio de Janeiro, cidade onde morava no célebre morro Dona Marta.

Trabalhara em lojas de *surfwear* e, em 1997, exercia a função de *office boy* em um escritório de contabilidade, das 11 às 17 horas, com carteira assinada.

No dia 27 de agosto daquele ano, Wagner descia o morro para ir ao trabalho, como fazia todos os dias, ouvindo o seu *walkman*, camisa ao ombro. Mas congele-se essa imagem.

De uma hora para outra, viu sua vida mudar – ou melhor, não viu mais

nada. Levou tiros de fuzil na cabeça e no abdômen, perdeu os dentes e foi preso, acusado de ser homicida e traficante.

Mas o que teria acontecido entre aquele e este momento?

A resposta é simples e, ao mesmo tempo, revoltante. Simples, porque se trata de *modus operandi* comum a vários policiais militares. E isso não o torna menos revoltante.

Mas me adianto. Vamos aos fatos.

Como o leitor há de se lembrar, a imagem foi congelada no momento em que Wagner descia o morro para trabalhar, ouvindo o seu *walkman* e com a camisa ao ombro.

De repente, avistou um amigo e resolveu fazer uma brincadeira comum entre rapazes: deu-lhe um leve chute e saiu correndo em direção a uma bifurcação ali existente. Naquele local, havia três traficantes. No momento em que saía correndo da bifurcação, foi confundido com um deles e alvejado por policiais militares que subiam o morro à “caça” de traficantes.

Os verdadeiros traficantes? Estes fugiram, deixando a mochila com a droga largada no chão.

Até aí, seria um erro explicável, ao menos na ótica policial: alvejar um trabalhador desarmado que estava no lugar errado na hora errada, tomando-o por um traficante, igualmente desarmado (esta hipótese seria tão melhor assim?).

Mas os milicianos mandaram que todos os moradores entrassem em suas casas, fechando portas e janelas. O que não impediu que, pelas frestas, vissem os policiais pegarem uma arma calibre 38, darem dois tiros em uma vala e colocarem o revólver na mão de Wagner, simulando uma troca de tiros. Arma essa que, descobriu-se depois, era da própria corporação e tinha sido “extraviada”<sup>(1)</sup> nas mãos de um soldado anos antes.

Fizeram pior: pegaram a mochila, metros acima, que estava com os traficantes (os quais haviam fugido ao ouvirem os tiros) e que continha, além da droga, cadernetas com a contabilidade do tráfico e a colocaram junto a Wagner.

Wagner foi arrastado pelas pernas morro abaixo para o “socorro”. Teve os dentes quebrados – fato inexplicável, visto que o tiro de fuzil trespassou a calota craniana, muito longe da boca – e viu-se em uma UTI, preso em flagrante por tráfico de drogas e tentativa de homicídio contra os policiais.

As suas funções cerebrais foram seriamente comprometidas: no seu primeiro interrogatório, mais de três meses após o fato, não conseguiu responder coisa com coisa ao juiz.

A essa altura, várias entidades nacionais e internacionais de defesa dos direitos humanos começaram a acompanhar os fatos e ofereceram suporte à família. A Anistia Internacional, por exemplo, designou uma delegada para observar o caso.

Quase um ano depois dos fatos, Wagner foi interrogado por meio de sinais. Embora as testemunhas de defesa dessem conta da farsa que fora a prisão dele, foi pronunciado e a sessão de julgamento designada para dezembro de 1998. Na ocasião, ao se deparar com Wagner, a promotora de justiça requereu a instauração de incidente de insanidade mental. O pedido foi prontamente atendido pelo juiz, o qual, além disso, concedeu-lhe a liberdade provisória.

O laudo disse que *“desde o fato até aqui, grandes progressos obteve o periciado, mas o comprometimento de várias esferas psíquicas ainda é severo. Do ponto de vista prognóstico, são necessários dois anos de evolução, período este que não foi ainda atingido”*.

Naquele tempo, Wagner tinha ainda um resquício de sanidade,<sup>(2)</sup> embora, segundo o mesmo laudo, não soubesse ordenar os dias da semana, responder sobre o seu estado civil, dizer o sobrenome da sua mãe, ou mesmo a moeda corrente no País, não reconhecendo as notas que lhe foram mostradas.

Mas Wagner não evoluiu bem ao tratamento que lhe foi dispensado. Após o período de dois anos previsto pelo primeiro laudo para avaliação, ele foi submetido a uma nova perícia, desta vez por se encontrar em meio a um processo de interdição. Desta feita, atestou-se que *“apresenta expressão facial característica de um déficit grave de inteligência. Mantém-se sentado, quase que imóvel, durante toda a entrevista, com o olhar vazio e distante. Desorientado auto e alo psicicamente. Não apresenta linguagem verbal expressiva (quase não fala), nem receptiva (não entende o que lhe é dito), tornando impossível a avaliação do pensamento e da memória. Vontade (capacidade de planejar os atos e tomar decisões) e pragmatismo (capacidade de concretização dos planos) gravemente comprometidos”*.

O laudo chegou à seguinte conclusão: *“o interditando é portador de sequelas neurológicas (retardo mental + crises convulsivas generalizadas e hemiplegia direita) e psiquiátricas (surto psicótico agudo) como consequência de traumatismo crâneo-encefálico grave, incurável e*

*irreversível. Não pode ser responsabilizado por seus atos civis”*.

Nesse meio tempo, o julgamento de Wagner foi marcado. A defesa, representada pelo brilhante advogado Claudio Costa e por Nilo Batista, que dispensa apresentações, entrou em contato com a família dele, a qual, por sua vez, informou acerca da piora no estado psiquiátrico dele e da interdição.

A defesa, então, solicitou uma avaliação médica e psicológica ao Grupo Tortura Nunca Mais, que acompanhava Wagner desde o incidente que o vitimou. Tal avaliação comprovou a degeneração do seu estado mental.

Diante dessas informações, o processo foi suspenso e novo incidente de insanidade mental instaurado.

Coincidentemente, o perito relator foi o mesmo que, anos antes, havia atestado serem necessários dois anos de evolução para um prognóstico adequado. Passados quase cinco anos, o novo laudo atestou que *“o seu quadro apresentou como evolução a baixa resposta adaptativa; encontra-se com sequelas motoras, na fala e principalmente na cognição, que em razão da gravidade das lesões, podemos consignar a irreversibilidade. Se não bastasse, Wagner desenvolveu o que a psiquiatria denomina Transtorno Mental decorrente da lesão cerebral, caracterizado por comportamento paranoide, desconfiança que se alterna com apatia e negativismo, que respondem pobremente às medicações existentes no atual cenário psicofarmacológico. Em razão do exposto, não tem condições mentais (cognitivas) para poder avaliar a questão de ser julgado e dificilmente conseguirá alcançá-las”*.

Diante disso, tanto o Ministério Público quanto a Defesa pugnaram pela aplicação do artigo 152 do Código de Processo Penal. Entretanto, o magistrado, que nunca tinha visto Wagner, surpreendentemente, indeferiu o pedido. Embora os peritos tenham respondido “sim” ao quesito que indagava se Wagner era portador de doença mental, o magistrado entendeu que o novo laudo não trouxe elementos diferentes do anterior, de modo a justificar a conclusão a que chegou.

De fato, no entender do juiz – que, sintomaticamente, nunca se avistou pessoalmente com o réu<sup>(3)</sup> – “perturbação da saúde mental” não é o mesmo que “doença mental”. Um exemplo de “humanidade”!

Mas exemplo de “humanidade” quem deu mesmo foi o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em cujas portas os valorosos advogados Nilo e Claudio foram bater.

Vencido o Desembargador relator, a maioria da turma julgadora decidiu que *“não há como se confundir doença mental superveniente aos delitos com sequelas decorrentes de traumatismo crâneo-encefálico provocado por fatos ligados aos crimes em apuração*. Não comprovado que o agente foi acometido de doença mental após o cometimento das infrações penais, a *não manutenção da suspensão do andamento do processo não configura o aventado constrangimento ilegal”*.

Felizmente, o Superior Tribunal de Justiça – este sim – mostrou ter humanidade (diferentemente das últimas vezes, aqui o termo é usado sem sarcasmo) e concedeu ordem de *Habeas Corpus* para determinar a suspensão do processo nos termos do artigo 152 do Código de Processo Penal.

Finalmente, cumpriu-se a lei.

## Notas

- (1) Como se extravia uma arma? Como se fosse um lenço?
- (2) Talvez por isso, surpreendentemente, o laudo tenha atestado que, naquele momento, Wagner tinha condições de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.
- (3) Em boa hora, as reformas no Código de Processo Penal consagraram o princípio da identidade física do juiz.

**Alexandra Lebelson Szafir**  
Advogada.  
(aleszafir@uol.com.br)

25 a 28 de agosto de 2015  
Hotel Tivoli Mofarrej  
São Paulo - SP

**INSCRIÇÕES ABERTAS!**

# 21<sup>o</sup>

## SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

# FALTAM POUCOS DIAS PARA A 21<sup>a</sup>. EDIÇÃO

DO MAIOR E MAIS RESPEITADO ENCONTRO  
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA AMÉRICA LATINA.

Intensifique o conhecimento na área jurídico-criminal,  
por meio de palestras e debates relevantes nesse cenário.

**INSCREVA-SE JÁ E GARANTA A SUA VAGA!**

### PALESTRANTES INTERNACIONAIS CONFIRMADOS



Canadá  
**Álvaro Pires**



Alemanha  
**Jan-Michael Simon**



Espanha  
**Ricardo Robles Planas**



EUA  
**Carl Hart**



Espanha  
**Juan Carlos  
Carbonell Mateu**



Portugal  
**Rui Cunha Martins**



Espanha  
**Carolina Bolea  
Bardon**



Portugal  
**Manuel Monteiro  
Guedes Valente**



Alemanha  
**Sebastian Scheerer**



Portugal  
**Cláudia Cruz Santos**



Portugal  
**Maria João Antunes**



Itália  
**Vittorio Manes**



Espanha  
**Diego-M. Luzón Peña**



Argentina  
**Maria Laura Böhm**

REALIZAÇÃO

PATROCÍNIO



**INSCREVA-SE!**

[www.ibccrim.org.br/seminario21](http://www.ibccrim.org.br/seminario21)