

IBCCRIM 23 Anos



Editorial

Vergonha

Sexta-feira, dia 28 de agosto de 2015. Mais uma palestra era ministrada no 21º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM quando **Carl Hart**, professor associado do Departamento de Psicologia e Psiquiatria da Universidade de Columbia (EUA), constrangeu a enorme plateia que lá se encontrava.

Ao olhar para as centenas de pessoas que assistiam sua apresentação – sobre o combate às drogas e sua relação com o racismo e a exclusão social, entre outras questões –, o professor, que é negro, chamou a atenção para o racismo com o qual se deparava naquele momento – quase não havia outro negro no recinto em que se dava o maior encontro de ciências criminais da América Latina: “Olhem para o lado, vejam quantos negros estão aqui. Vocês deviam ter vergonha.”

Nos dias que se sucederam, a polêmica em torno do suposto fato de que ele teria sido barrado pelos seguranças do hotel em que ocorria o evento permitiu que ele chamasse a atenção para o racismo no Brasil, de forma geral. Em artigo publicado na Folha de São Paulo, **Hart**, depois de aludir a eventos de racismo recentemente noticiados no Brasil, disparou: “Em um primeiro momento, fiquei perplexo com a atenção pública tremenda suscitada pela alegada discriminação racial cometida contra mim. Está claro, contudo, que a imprensa e o público se sentem muito mais à vontade priorizando atos individuais em que a vítima é uma figura pública, em vez da discriminação racial contínua contra cidadãos comuns e sem voz. A discriminação cometida contra pessoas sem voz parece não ser material próprio para se tornar viral, mas está claro que é uma condição crônica e esmagadora.” (Folha, 07.09.2015, O viral e o crônico, p. A2)

O vigoroso alerta de **Hart** deve nos levar a pensar no racismo não apenas como um elemento episódico ou patológico, mas como um componente “normalizador” da sociabilidade brasileira. O professor apontou para o fato de que vivemos em uma sociedade em que a lógica da vida cotidiana e o funcionamento das instituições públicas e privadas trabalham no sentido de reproduzir e naturalizar o privilégio branco e a subalternidade negra na organização da política, da economia e do sistema de justiça.

Nos últimos anos, pesquisas têm demonstrado o quanto a desigualdade no Brasil deve ser, necessariamente, acompanhada pelo adjetivo “racial”. Segundo dados do sistema de informação sobre mortalidade (SIM/Datasus) do Ministério da Saúde, mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios em 2012 no Brasil eram jovens (27.471, equivalente a 52,63%), dos quais 77% negros (pretos e pardos) e 93,30% do sexo masculino.

Nesse mesmo sentido é necessário atentar para as considerações do pesquisador **Júlio Jacobo Waiselfisz**, no Mapa da Violência 2012, intitulado *A cor dos homicídios: “Entre 2002 e 2010, segundo os registros do Sistema de Informações de Mortalidade, morreram assassinados no país 272.422 cidadãos negros, com uma média de 30.269 assassinatos ao ano. Só em 2010 foram 34.983. (...) Inquieta mais ainda a tendência crescente dessa mortalidade seletiva. E segundo os dados disponíveis, isso acontece paralelamente a fortes quedas nos assassinatos de brancos. Dessa forma, se os índices de homicídio do país nesse período estagnaram ou mudaram pouco, foi devido a essa associação inaceitável e crescente entre homicídios e cor da pele das vítimas: (...)*

• Considerando o conjunto da população, entre 2002 e 2010 as taxas de homicídios brancos caíram de 20,6 para 15,5 homicídios – queda de 24,8% – enquanto a de negros cresceu de 34,1 para 36,0 – aumento de 5,6%.

• Com isso a vitimização negra na população total, que em 2002 era 65,4 – morriam assassinados, proporcionalmente, 65,4% mais negros que brancos, no ano de 2010 pulou para 132,3% – proporcionalmente, morrem vítimas de homicídio 132,3% mais negros que brancos.”

Em relação ao encarceramento, em 2012, para cada

grupo de 100 mil habitantes brancos acima de 18 anos havia 191 encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes negros acima de 18 anos havia 292 encarcerados, ou seja, um número 1,5 vez maior.

Quanto às políticas sociais, que têm caráter universal, o racismo também se apresenta. Consoante o Relatório Anual das Desigualdades Raciais 2009-2010 da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a avaliação de jovens de 15 a 17 anos mostra que 8 em cada 10 estudantes pretos e pardos estavam cursando séries abaixo de sua idade, ou tinham abandonado o colégio. Entre os brancos, 66% dos estudantes estavam na mesma situação. Na população de 11 a 14 anos, que segundo o estudo é a fase que jovens começam a abandonar a escola, 55,3% dos jovens brasileiros não estavam na série correta em 2008. Entre os jovens pretos e pardos, essa proporção chega a 62,3%, bem acima dos estudantes brancos (45,7%). Já a população branca com idade superior a 15 anos tinha, em 2008, 1,5 ano de estudo a mais do que a negra.

Estabelecimentos do SUS atenderam mais pretos e pardos (66,9% da sua população atendida em 2008) do que brancos (47,7%), a taxa de não cobertura também é maior entre o grupo de pretos e pardos, 27% para afrodescendentes e para 14% dos brancos.

A mesma desigualdade racial também estrutura o sistema de justiça. Censo do Conselho Nacional de Justiça divulgado em 2014 revelou que apenas 1,4% dos 16.812 juízes do Brasil são pretos. O censo mostrou também que a maioria dos magistrados é formada por homens (64%), brancos (84,5%), casados (80%) e heterossexuais.

Como se vê, o racismo não é apenas o resultado de uma ação ilegal do Estado, de certos grupos fascistas ou de indivíduos desequilibrados, mas é, principalmente, o produto da omissão de uma sociedade que não abre mão de funcionar sob a égide do privilégio racial branco.

Nos últimos anos, políticas de ação afirmativa de combate ao racismo foram implementadas pelo Estado Brasileiro, especialmente no que se refere ao acesso ao ensino superior, e que resultaram em sensíveis mudanças na composição do corpo discente das universidades brasileiras. Todavia, chama a atenção a incrível resistência de parte da sociedade a estas políticas, em especial à política de cotas, mesmo diante da insignificante presença de negros e negras nas universidades ou nos espaços de poder e decisão. Este fato é, talvez, a representação mais bem acabada do racismo estrutural.

Portanto, sentir vergonha é um primeiro passo, mas ainda insuficiente. A história está cheia de demonstrações de arrependimento e culpa “post factum”. Muitos apoiadores da escravidão, do nazismo e das ditaduras já falaram sobre arrependimento e a vergonha que sentiram. A única forma de não compactuar com o racismo é agir sobre ele, é denunciá-lo, é desconstruí-lo (e desconstruí-se), é passar da vergonha para a ação política, é trocar a culpa pela responsabilidade.

O IBCCRIM tem um compromisso histórico com a democracia e com a defesa dos direitos humanos, e talvez seja a hora de aprender que não é possível falar nem de democracia e nem de direitos humanos quando não existe a firme e concreta disposição de combate ao racismo, um racismo que não está no outro, que torna natural a ausência de pessoas negras em nossos processos decisórios.

Por isso, a partir de agora, o IBCCRIM inicia um processo de revisão de seu funcionamento institucional. Não é possível mais que se discuta questões ligadas à criminologia e ao direito penal sem que o racismo seja permanente e constantemente considerado e sem que a população e a intelectualidade negras estejam presentes. O IBCCRIM a partir de agora dá início a um debate para a adoção de ações afirmativas de promoção da igualdade racial que visa a composição do seu quadro organizacional, a participação em eventos e a produção intelectual. Só assim será possível caminhar na direção do mundo que realmente queremos.

| Editorial

Declaração de Göttingen sobre Processo Penal e Crime Organizado

Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano ____ 2

O 21.º Seminário Internacional do IBCCRIM

Sérgio Salomão Shecaira ____ 2

Nils Christie (1928-2015): uma vida de lutas sem tréguas contra a prisão

Fernando Acosta ____ 3

Notas críticas acerca da relação entre criminal compliance e whistleblowing

José Danilo Tavares Lobato e Hélder Lacerda Paulino ____ 4

O limite etário de imputação penal na lógica do ordenamento jurídico brasileiro

Renato Watanabe de Moraes ____ 6

O duplo grau de jurisdição nos acordãos condenatórios que reformem sentenças absolutórias: necessária implementação

Rafael Alvarez Moreno ____ 8

Fundamentação inidônea e recurso da defesa: reforma ou anulação da decisão?

William César Pinto de Oliveira ____ 9

O afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal na Lei 12.850/2013

Marcus Alan de Melo Gomes ____ 11

Menoridade penal e maturidade constitucional: a PEC 171/1993 e a violação ao núcleo essencial da cláusula pétrea prevista no art. 228 da CF/1988

Gisela Aguiar Wanderley ____ 13

| Projeto de Código Penal em Debate

Penas para pessoas jurídicas? Problemas do projeto de novo CP

Paulo César Busato e Alex Wilson Duarte Ferreira ____ 14

| Com a palavra, o estudante

Impossibilidade de progressão de regime por não pagamento de multa

Emanuela dos Santos Silva ____ 18

| Descasos

Bruno, ou variações sobre o mesmo tema

Alexandra Lebelson Szafir ____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ____ 1881

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1883

Superior Tribunal de Justiça ____ 1884

Superior Tribunal Militar ____ 1885

Tribunal Regional Federal ____ 1886

Tribunais de Justiça ____ 1886

Revogação do crime de desacato: nota técnica elaborada pelo IBCCRIM

O IBCCRIM, por nota técnica encaminhada à Câmara dos Deputados em 11 de setembro de 2015, manifestou seu apoio ao Projeto de Lei nº 602/2015, no ponto atinente à revogação do crime de desacato.

A íntegra da nota pode ser acessada pelo seguinte link: <http://www.ibccrim.org.br/docs/pl_602.pdf>

Declaração de Göttingen sobre Processo Penal e Crime Organizado

Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL)

Os abaixo-assinados declaram como conclusões do Seminário “Processo Penal e crime organizado: Análise crítica da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013”, ocorrido em Göttingen, nos dias 16 e 17 de julho de 2015, promovido pelo Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL), da Georg-August-Universität Göttingen, o que segue:

Considerando que alguns meios de obtenção de prova previstos na Lei 12.850/2013 implicam restrições em direitos e garantias fundamentais que devem obedecer ao princípio de reserva de lei, consagrado na Constituição e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Considerando os atuais discursos e práticas de combate às organizações criminosas no Brasil.

Tendo em conta os debates realizados, chegou-se às seguintes conclusões:

1. É pressuposto material para qualquer restrição de direito fundamental que haja indícios suficientes de autoria e de materialidade do crime de organização criminosa.

2. A restrição de direito fundamental, para realização de meio de obtenção de prova, exige o atendimento do princípio da subsidiariedade. No caso de conflito de meios subsidiários autorizados pela Lei nº 12.850/2013, deve ser dada preferência ao afastamento de sigilo bancário e fiscal; não sendo tal meio efetivo, viabiliza-se a interceptação telefônica; e, somente em último caso, será legítima a utilização do agente infiltrado.

3. A captação ambiental de sinais ópticos, acústicos e eletromagnéticos, nominada pelo inciso III do artigo 3º da Lei nº 12.850/2013, afigura-se problemática à luz da exigência de reserva de lei.

4. A Lei nº 9.296/1996, que autoriza a interceptação telefônica e telemática, afigura-se problemática em especial ao não limitar a sua utilização para a investigação de crimes mais graves, ao não estabelecer um prazo máximo de duração da interceptação e ao não disciplinar os limites de

admissibilidade dos conhecimentos fortuitos.

5. O agente infiltrado (inciso VII do *caput* do artigo 3º e artigos 10 a 14, da Lei nº 12.850/2013) não pode intervir em direito fundamental do investigado ou de terceiras pessoas, salvo nos termos das causas gerais de justificação, nem atuar como agente provocador de prática delitiva.

Göttingen, Alemanha, dia 04 de agosto de 2015.

PROF. DR. DR. H. C. KAI AMBOS

PROF. DR. LUIS GRECO

MS. ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS

PROF. DR. GUSTAVO BADARÓ

PROF. DR. DIOGO MALAN

PROF. DR. CARLOS ROBERTO BACILA

MS. RENATO STANZIOLA VIEIRA

PROFA. DRA. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

PROF. DR. MARCUS ALAN MELO GOMES

PROF. DR. PAULO BUSATO

PROF. DR. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

JOHN ZULUAGA LL.M.

PROF. DR. PABLO ALFLEN

MS. ALEXEY CHOI CARUNCHO

MS. DIEGO PESSOA COSTA REIS

GUSTAVO URQUIZO

ANA PAULA GONZATTI

*Centro de Estudos de Direito Penal e
Processual Penal Latino-americano (CEDPAL),
da Georg-August-Universität Göttingen*

O 21.º Seminário Internacional do IBCCRIM

Sérgio Salomão Shecaira

Do amoroso esquecimento

Eu agora – que desfecho!

Já nem penso mais em ti...

Mas será que nunca deixo

De lembrar que te esqueci?

(Mário Quintana)

Passada a turbulência do 21.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ainda é tempo de *pensar mais em ti*. Os

Seminários Internacionais, ao longo de vinte e um anos, conquistaram um espaço no coração dos operadores jurídicos na área penal. Muitos profissionais da área reservam em suas agendas a última semana do mês de agosto para acompanhar os debates, nem sempre calmos, acerca das transformações das ciências criminais. O Seminário Internacional é quem melhor representa a vocação cosmopolita do IBCCRIM.

Os números deste ano foram grandiosos: 14 conferencistas estrangeiros, oriundos de 7 distintos países, e 45 nacionais que manifestaram livremente suas opiniões em 4 dias de debates. 861 pessoas participaram do evento, considerando os palestrantes, presidentes e secretários de mesas e público inscrito. Tivemos o patrocínio de 35 escritórios de advocacia apoiadores e de

25 instituições públicas de todo o Brasil. O público afluiu de todos os Estados da federação e serviu de integração às Américas e Europa. Para viabilizar tudo isso, recorremos a mais de 100 profissionais, de distintas áreas, que contribuíram com a organização do evento.

Tivemos também uma novidade. Os painéis da tarde foram rigorosamente divididos em três matérias: dogmática penal e processual; direito penal econômico; e humanidades e violência. Isso permitiu, por exemplo, que o estudioso da sociologia criminal sempre tivesse a possibilidade de acompanhar debates sobre temas de seu saber, assim como o profissional do direito pudesse eleger outros assuntos de sua preferência.

O Seminário deste ano não se furtou às polêmicas. Mesmo sendo uma entidade com opiniões firmes e próprias, o IBCCRIM tem, por definição estatutária, a obrigação de fomentar o debate democrático de temas candentes das ciências criminais e que permeiam a sociedade. Trazer alguém que não expresse suas opiniões é a melhor maneira de formar convicções que reafirmam as ideias de um Estado Democrático de Direito. Ninguém teve palco no 21.º Seminário; tivemos um debate aberto em um espaço que se notabiliza, ano a ano, há duas décadas, em permitir o livre fluxo de ideias. Palco é o tablado de um teatro, assim como picadeiro o é de um circo. Não tivemos nem uma coisa nem outra. Protagonista de um pensamento, não há que se furtar ao debate com antagonistas de suas ideias. Uma entidade que se notabiliza por seu espírito científico e por seu engajamento de ideais, dará sempre voz ao debate sóbrio e equilibrado sem abrir mão de suas ideias.

Como bem mencionou Alberto Silva Franco, na mesa derradeira do Seminário, citando a poesia de Eduardo Galeano, atos e palavras não podem estar dissociados:

Tradiciones

La palabra y el acto no se habían encontrado nunca.
Cuando la palabra decía sí, el acto hacía no.
Cuando la palabra decía no, el acto hacía sí.
Cuando la palabra decía más o menos, el acto hacía menos o más.
Un día, la palabra y el acto se cruzaron en la calle.
Como no se conocían, no se reconocieron.
Como no se reconocieron, no se saludaron.
(Eduardo Galeano)

O 21.º Seminário Internacional do IBCCRIM reafirmou o já reconhecido espírito democrático da entidade, expondo que as ideias democráticas devem estar ao lado de atos democráticos. Atos e ideias devem estar lado a lado nas ruas, nas cátedras universitárias, nos supedâneos religiosos, nos bastidores e cenas do debate, pois essa é a maior resposta dos democratas aos espíritos autoritários.

Sérgio Salomão Shecaira
Presidente da Comissão Organizadora do
21.º Seminário Internacional do IBCCRIM.

Nils Christie (1928-2015): uma vida de lutas sem tréguas contra a prisão

Fernando Acosta

A morte, em 27 de maio passado, aos 87 anos, do criminólogo norueguês **Nils Christie** foi lamentada em inúmeras partes do mundo e assinalada, repetidas vezes, como uma perda importante para o movimento abolicionista no campo do direito penal ao qual seu nome esteve associado praticamente meio século. Durante esse período, lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de Oslo e publicou um número considerável de livros e artigos – os mais importantes em língua inglesa – que lhe asseguraram uma notoriedade que rapidamente se espalhou bem além das fronteiras de seu país natal. Entre os poucos textos de **N. Christie** traduzidos no Brasil, destacam-se *A indústria do controle do crime* (Forense, 1998), *Elementos para uma geografia penal* (*Revista de Sociologia e Política*, n. 13, 1999) e, mais recentemente, *Uma razoável quantidade de crime* (ICC, 2011).

Avesso por princípio, ou talvez por necessidade (escrever num idioma que não era o seu sempre foi para ele uma tarefa árdua), a todo maneirismo de linguagem, às formas estilísticas rebuscadas e, sobretudo, às conceitualizações complexas, seus textos, compostos de frases curtas e diretas, não se endereçavam apenas a um punhado de estudiosos. Eles buscavam transmitir, a um público mais amplo e diferenciado, um grito de alarme diante do

aumento contínuo do recurso ao encarceramento nos países industrializados e, ao mesmo tempo, a urgência de agir contra essa expansão, o que nos leva a crer que o projeto de ação que animou a obra de **N. Christie** tenha sido o de mobilizar um número cada vez maior de seguidores contra o que ele considerava ser o núcleo duro e maléfico do direito penal moderno, qual seja, o de ter expropriado o direito inalienável dos indivíduos de encontrarem eles mesmos, sem nenhuma intervenção externa, a solução de seus conflitos. Esse projeto o teria levado a ocupar um lugar estratégico no âmbito do pensamento crítico de sua época dirigido contra a intervenção penal. Contrariamente ao que se lê frequentemente em comentários sobre sua obra, **N. Christie** não foi, nem quis ser, um representante típico da cruzada abolicionista. Suas posições, no conjunto de seu trabalho intelectual, oscilaram, na verdade, entre as que foram reivindicadas pelo abolicionismo de **Louk Hulsman** e **Thomas Mathiesen** e as que estão associadas à corrente do direito penal mínimo (**Luigi Ferrajoli**, **Alessandro Baratta**, **Eugenio Raúl Zaffaroni**, entre outros). Defensor, em várias ocasiões, da tese do direito penal como *ultima ratio*, ele mesmo se intitulava um abolicionista minimalista.

Como resumir, nos limites estreitos que me foram fixados para esse comentário, as principais contribuições desse autor? Talvez lembrando o que nelas há, a meu ver, de essencial, ou seja, que a originalidade do pensamento de **N. Christie** reside principalmente na tentativa de mobilizar, alternadamente, mas não raro num mesmo e único movimento analítico, três perspectivas distintas: a cultural, a sociopolítica e a ética. Sua bem conhecida tese explicativa das variações, no tempo e no espaço, das taxas de encarceramento, assim como o aumento considerável que elas sofreram nas últimas décadas – que emerge de suas pesquisas empíricas no terreno da geografia penal –, ilustra bem esse esforço. Como se sabe, o aumento ou a diminuição do recurso à pena de encarceramento não estaria de forma alguma ligado, segundo o criminólogo norueguês, às variações cíclicas dos índices de criminalidade registrada. Da mesma forma que ele não seria

Crime não existe, dirá ele, o que existe são atos que, seletivamente identificados pelo Estado (em razão de escolhas políticas, de imperativos econômicos ou de pura subserviência a interesses privados), tornam-se crime pela força da lei e abarrotam os postos de polícia, as salas de audiência dos tribunais e as celas das prisões.

apenas um resultado previsível de avanços tecnológicos ou do crescimento do mercado, mas, bem antes, uma questão eminentemente cultural, porque ligada a valores, normas, visões do mundo e significados coletivamente partilhados e inscritos na evolução histórica de cada país.

A influência exercida sobre o pensamento de **N. Christie** pela teoria da rotulação (ou, mais precisamente, a *labelling theory* na sua versão politizada britânica do início dos anos 1970, tal como foi veiculada pelos trabalhos da *National Deviance Conference*) é o principal fundamento da análise sociopolítica que ele aplica sistematicamente à questão do encarceramento. O recurso massivo a essa modalidade de pena, sustentará o criminólogo norueguês, é o resultado de um processo seletivo operado pelo sistema penal (noção que engloba, por um lado, a produção legislativa da lei penal e, por outro, a aplicação dessa lei pelo conjunto de agências de controle do Estado formado pela polícia, os tribunais e as prisões) em que as classes mais desfavorecidas e vulneráveis de indivíduos são sistematicamente os alvos privilegiados. Crime não existe, dirá ele, o que existe são atos que, seletivamente identificados pelo Estado (em razão de escolhas políticas, de imperativos econômicos ou de pura subserviência a interesses privados), tornam-se crime pela força da lei e abarrotam os postos de polícia, as salas de audiência dos tribunais e as celas das prisões.

O terceiro eixo analítico de **N. Christie** pode ser visto como a consequência, no plano ético, da combinação dos dois primeiros. A prática do encarceramento é um mecanismo de distribuição diferenciada e intencional da dor. De uma dor excessiva, porque desproporcional ao mal causado pelo

infrator; *injusta*, porque aflige uma parcela da população que, por seus mecanismos de aplicação, a lei penal torna mais visíveis do que outras; *inútil*, enfim, porque a prisão não produz nenhum dos resultados, supostamente úteis para os infratores e para a sociedade, que em seu autodiscurso de justificação ela insiste, contra todas as evidências, em prometer.

Que ensinamentos retirar de uma obra que, sem ser de grande envergadura teórica (o que, aliás, nunca foi o propósito de **N. Christie**), respeita as mais altas exigências de coerência e integridade intelectuais e contribui, de maneira inegável, e com rara e exemplar obstinação, para manter aceso o sempre atual debate sobre as alternativas ao encarceramento? Talvez sua lição mais oportuna resida na necessidade de um questionamento perene a respeito do real alcance e significado das alternativas penais. A quem se destinam? De que modo contribuem para reduzir a centralidade da dor no sistema penal? Substituem ou, de fato, incrementam e reforçam a crença na hegemonia do sistema penal na resolução de conflitos?

Apenas algumas perguntas que, entre muitas outras, merecem ser mais amplamente abordadas no debate sobre as alternativas penais, tanto no campo do direito como no das ciências sociais no Brasil.

Fernando Acosta

Pesquisador associado do Núcleo de
Antropologia do Direito – Nadir/USP.

*Chercheur associé chaire de recherche du Canada en
traditions juridiques et rationalité pénale/Université d'Ottawa.*

Notas críticas acerca da relação entre *criminal compliance* e *whistleblowing*

José Danilo Tavares Lobato e Hélder Lacerda Paulino

4

Os programas de *compliance* se configuram, no âmbito interno empresarial, como a implantação de uma série de medidas de auditoria e controle destinadas a assegurar que regras *interna corporis*, normas e leis vigentes sejam cumpridas pela pessoa jurídica e seus agentes e, também, a que eventuais infrações sejam descobertas e punidas internamente, de forma a reduzir ou mitigar o risco de eventuais responsabilizações.⁽¹⁾ Em relação aos programas de cumprimento ou conformidade criminal, pode-se afirmar que designam os esforços despendidos pelas organizações empresariais na montagem de um sistema de controle e correção de suas atividades, de modo a fazer com que atuem de acordo com o Direito, evitando o risco de serem responsabilizadas criminalmente.⁽²⁾ Dentro do âmbito de medidas e esforços intrassocietários direcionados a prevenir descumprimentos da legislação penal, a implantação de sistemas de *whistleblowing* é uma ferramenta cada vez mais comum nos programas de *criminal compliance*. Os sistemas de *whistleblowing* tratam dos canais de recebimento de informes e delações da prática de irregularidades, ilegalidade e crimes praticados dentro e fora das organizações empresariais.

A expressão *whistleblowing* designa o ato de informar o cometimento de um ilícito. Aquele que “denuncia” é chamado de *whistleblower*, isto é, a pessoa que “assopra o apito”, delatando a irregularidade perpetrada. Como esclarece **Ragués i Vallès**, essa expressão não se refere a um informante qualquer, senão ao que possui uma relação com a organização empresarial objeto das irregularidades, como, por exemplo, empregados atuais e anteriores de uma corporação que denunciam, ante seus superiores, às autoridades ou a terceiras pessoas a prática de atos ilícitos, concernentes às atividades empresariais, realizados pela própria organização ou por seus membros. O delator que exerce funções de controle, investigação ou delação está excluído do âmbito do conceito, ou seja, resta fora da classificação de

whistleblower o profissional que cumpre obrigação vinculada a seu cargo de informar aos diretores da empresa que empregados da organização cometeram irregularidade.⁽³⁾

Os sistemas de delação podem se apresentar de duas formas distintas, cada qual com suas respectivas implicações. Dividem-se os sistemas de *whistleblowing* em interno e externo. No *whistleblowing* interno, o canal de recebimento e processamento da delação pertence à própria entidade em que se operou a conduta informada, enquanto que, no *whistleblowing* externo, o membro da organização delata as irregularidades realizadas na atividade empresarial a outra pessoa ou instituição. Os sistemas internos possuem os empregados como principal fonte, já que são esses que geralmente tomam conhecimento de atos ilícitos ocorridos no âmbito da atividade empresarial, tanto em relação aos levados a efeito por seus companheiros, quanto aos perpetrados por seus superiores. A capacidade operativa do modelo interno de *whistleblowing* pressupõe a inexistência de represálias, sob o ponto de vista trabalhista, para o delator que noticia fatos e irregularidades verídicas ocorridas no âmbito da organização empresarial, o que, contudo, não o livrará de sua corresponsabilidade na hipótese de ter integrado a dinâmica ilícita delatada.⁽⁴⁾ Somente com a implantação de um sistema fundado no anonimato do delator seria possível garantir-lhe indenidade, mas ao custo de se permitir delações falsas, abusivas e criminosas. Todo e qualquer sistema de coleta de informações, que almeje obter dados dotados de credibilidade e funcionalidade jurídica, não pode garantir anonimato ao noticiante. Inclusive, há de se observar que um sistema baseado no anonimato não passa pelo filtro constitucional previsto no art. 5.º, IV, da CF.

Diante da necessidade de fiabilidade da informação coletada, os sistemas de *whistleblowing* interno vêm assumindo o modelo da confidencialidade.

Nesse, o delator é identificado, mas sua identidade não é revelada. **Ragués i Vallès** é um entusiasta desse método, ao argumento de que, assim, garante-se ao informante de boa-fé discrição de sua identidade ante terceiros, mas de forma restrita, posto que a confidencialidade deixará de existir quando houver ordem judicial ou a descoberta de que a informação é falsa e foi efetuada com a intenção de prejudicar terceira pessoa.⁽⁵⁾ A construção de **Ragués i Vallès** falha ao desconsiderar que o delatado encontra-se, independentemente da boa ou má-fé da delação, com sua defesa comprometida. O comprometimento reside na impossibilidade de contraditar os fatos e exercer, em toda sua amplitude, seu direito de defesa. O contraditório torna-se bastante reduzido na hipótese de a fonte da informação acusatória ser secreta.

Por outro lado, não se pode perder de vista que, após o recebimento da informação, a organização empresarial dificilmente optará por reportá-la às autoridades. Transmitir adiante a informação acarretará alguns problemas à empresa. É notório que a divulgação de irregularidades levadas a efeito no âmbito da atividade empresarial produz danos à imagem da sociedade, principalmente quando não houver a elucidação do que realmente se passou e se estiver diante de meras especulações midiáticas. Esse é um quadro informativo que desprestigia a organização empresarial. Some-se a isso o risco real de a pessoa jurídica e seus diretores virem a ser responsabilizados pelas infrações perpetradas no âmbito da atividade empresarial.

Ragués i Vallès argumenta, ainda, que a investigação das autoridades públicas seria mais lenta que a promovida pela própria organização empresarial, o que lhe acarretaria certas dificuldades, de modo que somente haveria o repasse das informações às autoridades públicas na hipótese de existir necessidade de salvaguardar interesses de terceiros ou se defronte à imperiosa prática de diligências restritivas a direitos fundamentais ou à adoção de medidas cautelares.⁽⁶⁾ Ou seja, é perceptível que a comunicação às autoridades somente ocorrerá dentro da conveniência empresarial, destaque-se, portanto, o exclusivo interesse privatístico das organizações empresariais.

Em especial, não se deve perder de vista que o reporte da irregularidade às autoridades pode significar, para além da abertura de um procedimento criminal contra seus diretores e/ou empregados, a responsabilização da própria organização empresarial, por não ter exercido o devido controle sobre seus subordinados.⁽⁷⁾ É exigível que a sociedade assuma o compromisso de se autodenunciar? A imposição de tal exigência importará na violação do direito a não autoincriminação, que se consubstancia no brocardo *nemo tenetur se detegere* e se encontra fundamentalizado. Certamente, é discutível a extensão dessa garantia constitucional às pessoas jurídicas, no entanto, sua abdicação representaria mais um grave erro da forçosa e inadequada imposição do Direito Penal – fundado metodologicamente na responsabilidade individual – para responsabilizar as pessoas jurídicas. Acrescente-se que o respeito a não autoincriminação também deve valer no âmbito da Lei 12.846/2013, isto é, Lei Anticorrupção. Trata-se de lei dotada de substancial conteúdo penal, malgrado tenha o legislador afirmado seu caráter administrativo.⁽⁸⁾

Em contrapartida, o termo *whistleblowing* externo designa a hipótese em que uma pessoa, que detenha relações passadas ou presentes com uma organização empresarial, participe a terceiros a ocorrência de ilicitudes no âmbito da atividade econômica desta. Os terceiros podem ser as autoridades públicas, os meios de comunicação ou o público em geral, que pode ser informado por qualquer veículo, principalmente pela rede mundial de computadores.⁽⁹⁾ Diante dessa possibilidade, surge o problema de que o denunciante, ao informar externamente a realização de irregularidades no âmbito da organização empresarial, venha a violar alguma obrigação que tenha consequências penais. No Código Penal, a tutela penal do sigilo, no âmbito privado, encontra amparo no art. 153 (divulgação de segredo) e no art. 154 (violação do segredo profissional) e, em relação ao exercício da função pública, há a previsão do crime do art. 325 do Código Penal (violação de sigilo funcional). De um modo geral, o objetivo das incriminações é punir o sujeito que transmite informações confidenciais sem o consentimento de seu titular ou com a quebra de deveres jurídicos. Aqui, emergem inúmeras questões a serem enfrentadas, dentre as quais se destacam a extensão das nucleares típicas dos crimes de violação de sigilo ou segredo e a presença de causas de exclusão da antijuridicidade.⁽¹⁰⁾

A dogmática penal depara-se com um novo oceano. É verdade que nem tudo é novidade, contudo, está-se diante de uma política governamental atônica com a dinâmica das complexas relações empresariais de um mundo globalizado. Como uma tentativa destinada a atender aos desafios da atualidade, tem-se proposto uma nova forma regulatória, denominada autorregulação regulada, que demanda das organizações empresariais a tomada de medidas de prevenção e descobrimento de infrações normativas e de crimes. *Criminal compliance* e *whistleblowing* são algumas das principais peças dessa engrenagem. **Nieto Martín** acredita que os sistemas de *compliance* sejam instrumentos de governança global e que se justifiquem pela perda da capacidade estatal de regular e sancionar as atividades econômicas.⁽¹¹⁾ Apesar de sua assertiva partir da crença no modelo neoliberal de Estado e não apresentar embasamento empírico, ela nos ajuda a perceber a onda que avança sobre a dogmática jurídico-penal e seus rumos. Essa é uma tendência que submete o Direito à Economia e enfraquece as bases da construção de um Direito Penal fundado na Pessoa Humana, o que, por consequência, remete-nos à assunção de uma política criminal atuarial.⁽¹²⁾

Notas

- (1) Em sentido mais restrito: KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Ínigo Ortiz (Orgs.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 51.
- (2) BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Aranzadi: Cizur Menor, 2011. p. 21-22.
- (3) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 20.
- (4) Idem, ibidem, p. 119.
- (5) Idem, p. 124.
- (6) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) *Criminalidad de empresa y compliance – Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p.189.
- (7) Essa responsabilização poderá ser também de cunho administrativo. Conferir crítica acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica e proposta de introdução do sistema de contraordenações no âmbito da tutela ambiental: LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos – Parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011.
- (8) Acerca do caráter penal da Lei 12.846/2013, conferir: SCAFF, Fernando; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- (9) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing...* cit., p.147.
- (10) Sobre justa causa na revelação do segredo, conferir: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* – Arts. 137 a 154. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI, p. 265-273. Para uma leitura atual e objetiva acerca da exclusão da antijuridicidade: TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Vahlen, 2014. p.145-146.
- (11) NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Ínigo Ortiz (Orgs.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.
- (12) Cf.: DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

José Danilo Tavares Lobato

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito.

Professor e Líder do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.
Defensor Público/RJ.

Hélder Lacerda Paulino

Membro do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ.
Monitor de Direito Penal e Graduando em Direito – UFRRJ.

O limite etário de imputação penal na lógica do ordenamento jurídico brasileiro

Renato Watanabe de Moraes

Argumento frequentemente utilizado, quando da defesa da redução da idade para a responsabilização penal pelos atos praticados classificados como crime ou contravenção, é a possibilidade conferida pelo nosso ordenamento jurídico de concretização de determinados atos da vida civil antes do marco temporal de 18 anos. Todavia, quando se faz uma leitura sistemática de nossas leis, ancorado no princípio ao qual se pauta a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, há de se verificar se não se trata, em verdade, de se estar diante de uma série de argumentos favoráveis à manutenção ou, mesmo, aumento da dita maioridade penal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o sistema jurídico próprio ao qual criança e adolescente se encontram vinculados está estruturado sob a égide da chamada Doutrina da Proteção Integral.⁽¹⁾ Isso implica a responsabilidade de toda a sociedade, da família e do Estado em garantir todas as formas possíveis de um desenvolvimento sadio dos infantes, bem como integrá-los à vida civil, com todos os seus direitos e deveres. Deste ponto inicial, pode-se, ainda, desdobrar a chave hermenêutica do “melhor interesse”,⁽²⁾ ou seja, quando da adoção de uma política pública, independentemente do âmbito de poder, estando diante de uma situação de conflitos de interesses que envolvam menores de idade, a decisão a ser tomada deve priorizar o que for mais benéfico à especial condição de pessoas em desenvolvimento.

Essa consciência é de grande relevância, pois se trata de uma das mais importantes interpretações principiológicas de nosso ordenamento jurídico para a resolução de conflitos aparentes de normas. A proteção integral da criança é uma construção doutrinária que guia os tratados internacionais aos quais o Brasil se encontra atrelado, além de estar alinhada aos ditames de nossa Constituição Federal, que valoriza a construção de uma sociedade cidadã e consagradora dos Direitos Humanos.

Portanto, a título de argumentação exemplificativa, lides como a adoção de crianças por casais formados por pessoas do mesmo sexo e a situação dos bebês em estágio de amamentação, cuja mãe se encontra cumprindo pena privativa de liberdade, deve(ria)m ser sanadas rapidamente, com fulcro nesses nortes, para manter um mínimo aceitável de qualidade de vida do menor. Alegações que apontem para a inconveniência da adoção realizada por casais gays, pela suposta necessidade de a formação infantil ser realizada por pessoas cisgêneras, revelam-se subterfúgios moralistas, falseados em interpretação do melhor interesse do menor,⁽³⁾ que optam por manter a criança em situação de grande vulnerabilidade, apenas para impedir o desenvolvimento dos direitos civis igualitários no país. Paralelamente, é difícil não observar a violação de direitos humanos quando se depara com situações como partos realizados com a gestante sentenciada algemada à cama, locais impróprios e insalubres para as mães e seus filhos recém-nascidos, e mesmo o curtíssimo período em que há o convívio entre eles. Tudo sob a justificativa do princípio da segurança pública, que acaba por ser tratado como supraprincípio por diversos agentes políticos pela conveniência da ordem e edificação do *status quo*.

A mesma linha de raciocínio há de ser adotada, por conseguinte, no que diz respeito ao latente debate acerca da redução da idade mínima para imputação penal. Não é raro estar diante da defesa da PEC 171, ou de qualquer outro projeto que visa a maior responsabilização do jovem, sob a argumentação, como apresentado no início deste texto, de que aos 16 anos o jovem já se tem possibilidade de voto e que goza de discernimento sobre seus atos, pois o limite de 18 anos foi estabelecido em um momento da sociedade muito diverso do atual.

A doutrina da proteção integral da criança parte de duas premissas.⁽⁴⁾ A primeira é o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. A segunda, e essa é a mais sensível neste tópico, é a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O sistema infanto-juvenil não somente garante um grande leque de direitos e garantias, mas também prevê

mecanismos para que o infante seja inserido de forma gradual aos deveres e responsabilidades da vida civil, além de fornecer meios para que, no futuro, em tese, consiga se estar diante de um adulto que tenha a capacidade de atingir seus objetivos pessoais e profissionais e integrar à sociedade o fruto de seus esforços.

Logo, o ordenamento jurídico pátrio amplia, com o passar dos anos, os papéis a serem assumidos pelos menores perante a sociedade. Segue-se com exemplos.

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,⁽⁵⁾ ainda que a responsabilidade pela matrícula seja dos responsáveis legais – já que a criança não possui qualquer natureza de capacidade –, aos quatro anos, a criança obrigatoriamente precisa estar inscrita em uma escola de educação básica.⁽⁶⁾

Oito anos mais tarde, a pessoa deixa de ser classificada como criança e sua condição jurídica muda a ponto de passar a ser responsabilizada por parte de seus atos, especificamente aqueles classificados como mais graves pelo ordenamento jurídico.⁽⁷⁾ Muito diferente do que é propagado, o adolescente é responsável por seus atos tipificados enquanto crimes ou contravenções penais. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma série de sanções para tais atos, cabendo, inclusive, a privação da liberdade sob forma de internação. Em verdade, não se observam grandes diferenças entre as sanções para os adultos e aquelas aplicadas aos adolescentes. A medida socioeducativa cumpre com o mesmo papel de controle social da pena, além de algumas de suas espécies serem estruturalmente semelhantes às penas privativas ou às restritivas de direito.⁽⁸⁾

A diferença, muito influenciada pela Escola Correcionalista,⁽⁹⁾ está no foco educativo da medida. Bem verdade que a pena criminal goza de alguma característica ressocializadora,⁽¹⁰⁾ dada sua função de prevenção especial – ainda que na prática apenas se observe a função simbólica. Entretanto, por se tratar de pessoa em diferente grau de desenvolvimento, tem-se que “a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem”.⁽¹¹⁾

Prosseguindo na observação da legislação temática, ao completar 14 anos, é aberta a possibilidade ao adolescente de começar a desenvolver um ofício que possa lhe ajudar em seu sustento próprio futuro. A Constituição Federal⁽¹²⁾ permite, a partir dessa idade, que se trabalhe sob a condição de aprendiz e, de acordo com o ECA, com todos os direitos trabalhistas e previdenciários garantidos.⁽¹³⁾

Com 16 anos, o adolescente passa a ser considerado habilitado para a prática de alguns atos da vida civil, não sendo mais classificado como plenamente incapaz. Assim, por exemplo, havendo a celebração de um negócio jurídico, não é mais este considerado nulo de plano, mas anulável.⁽¹⁴⁾

Desse modo, não se trata somente de manter um sistema legal de garantia de direitos, mas um aparato gradual de elevação de responsabilidade e deveres que se observam à medida que a pessoa avance em idade. A legislação pátria atende a uma lógica de ingresso por etapas à vida civil plena, respeitando o desenvolvimento da pessoa e buscando dar as respostas adequadas a cada ato, conforme o momento em que a pessoa se encontre.

Não é uma mera questão de constatação da capacidade de reconhecimento de ato ilícito, visto que a compreensão de uma linguagem simbólica, como é a lei, vai se dando desde os primeiros momentos de construção da habilidade comunicativa da criança. Vai-se além e encontra-se o Estado, no plano do dever-ser, cumprindo seu papel constitucional de formador de cidadãos, respeitando o grau de pertencimento social de cada indivíduo. Respeito este que haveria de ser presente quando da execução penal, mas que acaba por ser abandonado em prol do discurso conveniente da punição. A redução da

maioridade penal implicaria desistência da sociedade para com o adolescente. O escalonamento no grau de comunicação do e para com o adolescente é também razão para o principal argumento que se segue.

A integração à vida adulta passa, também, pela possibilidade de o adolescente contribuir para a vida política comunitária. Logo, tendo passado por todas as novas situações proporcionadas pela lei, e já com uma melhor consciência a respeito de seu papel perante a sociedade, também aos 16 anos⁽¹⁵⁾ pode o adolescente participar do processo eleitoral na condição de votante. Insiste-se: no processo de integração, tendo concluído boa parte de seu ciclo básico educacional obrigatório, podendo fazer parte da população economicamente ativa, respondendo juridicamente caso cometa crime ou contravenção, conclui-se que o jovem já teria o direito de participar da vida política, vez que pode vir a ter demandas e com alguma certeza a respeito do que lhe é bom ou não.

Como aludido, há quem defenda a redução da maioridade penal justamente pela capacidade de discernimento do jovem, a ponto dessa possibilidade de voto.⁽¹⁶⁾ Entretanto, como aqui se tenta demonstrar, é justamente o intuito oposto. Não se deve enxergar o adolescente com uma mentalidade adulta por poder votar – ainda que, ressalte-se, seja facultativo –, mas, sim, que o voto é mais um passo possível para que haja a integração harmônica aos compromissos da vida adulta. Ademais, faz parte do processo democrático a abertura de voz para o máximo possível de cidadãos.

Relembrando também, fundamenta-se pela redução por um descompasso entre o texto legal de 1940 e a atual realidade social.⁽¹⁷⁾ Todavia, isso não condiz inteiramente com o cenário. A Parte Geral do Código Penal sofreu completa alteração em 1984, ou seja, afirmar que se trata de marco temporal de 1940 não é válido tecnicamente, pois quando de sua nova redação, o Estado brasileiro compreendeu ser 18 anos o limite ideal, sendo coincidente ao anterior.⁽¹⁸⁾ Em outras palavras, houve a reavaliação da questão, não uma mera continuação de vigência da lei. E, ainda, que se esteja de fato diante de uma sociedade com diferentes estímulos e com abreviado período de infância, difícil imaginar que um adolescente, em 1940, não soubesse, *v. g.*, a ilicitude e a gravidade do ato de retirar a vida de outro. Não se pode olvidar, também, da promulgação da Constituição Federal em 1988 e do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, em que novas possibilidades de revisão do limite etário de imputação penal foram criadas e já com realidades muito diversas daquela do período de Getúlio Vargas.

Dessa forma, o que se pretende concluir é que a legislação brasileira, ainda que a influência da Proteção Integral seja mais evidente no ECA, consegue, em alguma medida, atender aos princípios balizadores dos direitos humanos da criança e do adolescente, também consagrados em tratados internacionais. Assim, a manutenção dos 18 anos é fundamental para a determinação de qual resposta se pretende dar à pessoa que começa a ser inserida socialmente. Terminada esta etapa intermediária aos 18 anos, cria-se a ficção da plena integração e o jovem passa a responder pelos atos da vida mais graves de forma ainda mais severa, como também a todos os outros atos não tipificados penalmente. Ficcional, pois a própria Constituição reconhece as peculiaridades da vida pós-adolescência e previu a criação de legislação específica ao jovem,⁽¹⁹⁾ hoje sob a égide de estatuto próprio⁽²⁰⁾ – que, em última análise, até permitiria o aumento da maioridade penal.

Portanto, a aprovação da PEC 171/1993, atualmente em debate no Congresso Nacional, não é somente ampliar institucionalmente a violência perpetrada pelo Estado, mas também pôr a perder toda a organicidade

temperada de integração social proporcionada pela lei vigente, gerando prejuízos ainda maiores que os já observados atualmente justamente pela ausência de seu cumprimento, sobretudo no que diz respeito, aos aqui pouco tangenciados, garantias e direitos.

Notas

- (1) CF/1988, art. 227.
- (2) Consagrado no art. 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (ONU, 1989). Em verdade, da Doutrina da Proteção Integral é possível desdobrar uma série de princípios balizadores dos direitos infanto-juvenis que não se ignoram aqui, mas que, para o que se propõe, apenas o melhor interesse é explicitado. Sobre os princípios basilares da doutrina, ver LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 96.
- (3) Entendendo que a família homoafetiva não é pacificamente aceita pela sociedade, o deputado federal Ronaldo Fonseca, relator do PL 6.583/13 – Estatuto da Família, afirma que “trazer a criança para o meio de um furacão é no mínimo desprezo à proteção dos direitos desse menor”. Portal da Câmara dos Deputados. *Estatuto da família proíbe casais gays de adotar filhos*. Publicado em 25 nov. 2014, disponível em: <<http://goo.gl/wy1ABq>>. Acesso em: 21 maio 2015.
- (4) LIMA, Fernanda; VERONESE, Josiane. Op. cit., p. 54.
- (5) Lei 9.394/1996, art. 6.º (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).
- (6) Para não fugir em demasia do tema, não se levará em conta, neste momento, a possibilidade de educação domiciliar.
- (7) ECA, art. 103 e ss.
- (8) SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, 2011. p. 133.
- (9) SPOSATO, Karyna. Op. cit., p. 85.
- (10) Em outra oportunidade, tratou-se brevemente de características do Correcionalismo presentes na legislação de execução penal. Cf. MORAIS, Renato Watanabe de. Ressonâncias do discurso de Dorado Montero no direito penal brasileiro. *Revista Liberdades*, São Paulo: IBCCRIM, n. 17, p. 118-141, set.-dez. 2014.
- (11) SPOSATO, Karyna. Op. cit., p. 134.
- (12) Art. 7.º, XXXIII.
- (13) Art. 65.
- (14) CC/2002, art. 166, I. e art. 171, I, respectivamente.
- (15) CF/1988, art. 14, § 1.º, II.
- (16) Nesse sentido, por exemplo, Fernando Capez, deputado federal, em entrevista ao *Jornal do Advogado*, OAB/SP, ano XL, n. 404, p. 14-15, abr. 2015.
- (17) Nesse sentido, por exemplo, Kátia Mecler, psiquiatra forense, em depoimento para a Revista *Veja*. Maioridade penal aos 18 anos: um dogma que precisa ser derrubado. Publicado em 18.04.2013. Disponível em: <<http://goo.gl/v7w4gg>>. Acesso em: 23 maio 2015.
- (18) Sobre a manutenção da idade de 18 anos, assim explica a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal (1984): “Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal”.
- (19) CF/1988, art. 227 ao discernir “à criança, ao adolescente e ao jovem”.
- (20) Lei 12.852/2013.

Renato Watanabe de Moraes

Mestrando em Direito Penal pela USP.

Presidente da Comissão de Atualização do Vocabulário Básico Controlado do IBCCRIM. Advogado.



Fundado em 14.10.92

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 e Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO

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

OUVIDOR

Yuri Felix

O duplo grau de jurisdição nos acórdãos condenatórios que reformem sentenças absolutórias: necessária implementação

Rafael Alvarez Moreno

O art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos assegura a todo acusado o “*direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*”. Trata-se, pois, da consagração da garantia do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento. Por conseguinte, torna-se estéril o debate doutrinário sobre a sua previsão no Texto Constitucional de 1988, já que estamos diante de uma norma inserida no corpo de um tratado de direitos humanos, o qual integra o bloco de constitucionalidade, tendo em vista ser *materialmente constitucional* (CF, art. 5.º, § 2.º).⁽¹⁾

Ora, cuidando-se de uma norma internacional de direitos humanos, é necessário conhecer o tratamento que lhe confere o órgão estabelecido no respectivo tratado como competente para monitorá-lo. É dizer: torna-se necessário examinar a exegese fixada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o escopo de evitar aquilo que **André de Carvalho Ramos** denomina, de maneira extremamente elucidativa, de “crise dos tratados internacionais nacionais”, isto é, decisões de órgãos nacionais que, interpretando tratados de direitos humanos, contrariam a inteligência fixada pelos órgãos internacionais. A solução proposta pelo autor, para superar a referida contradição, é a *teoria do duplo controle*, ou seja, o reconhecimento de que todo ato deve respeito tanto ao controle de constitucionalidade quanto ao controle de convencionalidade e só será considerado legítimo se passar imune a ambos os crivos, sendo que a palavra final sobre o primeiro seria do STF, ao passo que a última palavra acerca do segundo caberia ao órgão internacional.⁽²⁾

In casu, portanto, assume especial relevo a interpretação fixada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois estamos a analisar um direito consagrado em diploma internacional e, como fez constar o juiz *ad hoc* **Roberto Caldas**, em seu voto concorrente no caso “Gomes Lund e outros vs. Brasil”, o Estado, ao se submeter à competência da Corte, reconhece que, em matéria de convencionalidade, a palavra final lhe incumbe.⁽³⁾

Pois bem. A proposta do presente estudo é saber se o duplo grau de jurisdição seria assegurado naqueles casos em que a condenação resultou de acórdão que reformou sentença absolutória, provendo o recurso de apelação da acusação. É que, na hipotética situação, ao imputado restam, em princípio, apenas os recursos excepcionais, insuscetíveis de ensejar um reexame amplo do caso, como se sabe.⁽⁴⁾

Semelhante situação foi apreciada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Mohamed vs. Argentina”, no qual a vítima, após ser absolvida da imputação de homicídio culposo em primeira instância, teve sua condenação firmada pelo órgão de segundo grau, ao prover a apelação da acusação, só lhe restando o recurso extraordinário federal.⁽⁵⁾

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o art. 8.º, 2, h, do

Pacto de San José da Costa Rica exige que se oportunize ao condenado um *recurso acessível, eficaz e manejável antes de a condenação adquirir a qualidade de coisa julgada, devendo permitir a análise das questões fáticas, probatórias e jurídicas em que se assenta a sentença impugnada*. Desse modo, especificamente na situação analisada, em que só restava à vítima o recurso extraordinário, incapaz de assumir tais exigências, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu pela violação daquela garantia, condenando a Argentina a adotar as medidas necessárias para assegurar à vítima o seu direito de recorrer em conformidade com as diretrizes que decorrem do art. 8.º, 2, h, do Pacto de San José da Costa Rica.

Dessa forma, a partir do conteúdo fixado pela Corte de San José para o direito em questão, resulta evidente a conclusão de que, na situação proposta neste estudo, ao condenado não seria assegurado o duplo grau de jurisdição, eis que, ressalvada a condenação não unânime, em que lhe seria permitido manejar os embargos infringentes (CPP, art. 609, parágrafo único) – e, ainda assim, não satisfazendo o duplo pronunciamento integral, visto que há restrição sobre a matéria passível de apreciação –, as únicas modalidades recursais que se apresentam ao condenado são o recurso extraordinário ou especial, conforme a fundamentação adotada pelo acórdão, e tais recursos não permitem uma revisão ampla da decisão impugnada.⁽⁶⁾

É preciso, então, saber se há, no ordenamento interno, algum remédio capaz de sanar essa grave lesão ao direito assegurado no art. 8.º, 2, h, do Pacto de San José da Costa Rica.

Ao que parece, contudo, nosso Direito Positivo não possui qualquer mecanismo capaz de evitar tal lesão. Não estamos, com isso, a negar a característica da *aplicabilidade imediata* dos direitos humanos (CF, art. 5.º, § 1.º), mas o fato é que essa diretriz “[...] *tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta*”.⁽⁷⁾ E, como se sabe, em matéria de recursos, vigora a *regra da taxatividade*, de modo que, por mais louvável que seja a tentativa de conferir aplicabilidade imediata ao duplo grau de jurisdição, não pode o intérprete pretender a criação de recurso que não existe.⁽⁸⁾ Além disso, o *habeas corpus* também não se afigura como remédio cabível, tendo em vista a limitada cognição que ele enseja, impedindo que se pretenda o esgotamento da análise probatória nos estritos limites do *writ*,⁽⁹⁾ como o exigiria a situação em questão, em que se almeja a análise do mérito.

Sem embargo, identificando uma incongruência no ordenamento, cabe ao operador do Direito propor soluções, ainda que *de lege ferenda*. Em nosso sentir, duas propostas parecem oportunas, a saber: (a) *tornar definitiva a sentença absolutória*, o que esbarraria na ideia de *paridade de armas*; e (b) *estabelecer o cabimento do recurso ordinário ao STJ para a espécie*, visto ser este o “tribunal superior”, conforme se depreende do art. 105, I, d, da Constituição Republicana.

O quadro apresentado, em suma, evidencia que o Brasil, a exemplo da Argentina, não possui um mecanismo capaz de ensejar o duplo grau de jurisdição em casos de condenações prolatadas por tribunais em virtude da reforma de sentenças absolutórias. Desse modo, nada impede que, diante de semelhante situação, o Estado brasileiro seja acionado perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por violação ao disposto no art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O quadro apresentado, em suma, evidencia que o Brasil, a exemplo da Argentina, não possui um mecanismo capaz de ensejar o duplo grau de jurisdição em casos de condenações prolatadas por tribunais em virtude da reforma de sentenças absolutórias.

Notas

- (1) Como se sabe, a partir do RE 466.343, o STF passou a adotar, entre nós, a *teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos*, reconhecendo hierarquia constitucional apenas aos diplomas que forem aprovados sob o rito do § 3.º do art. 5.º, enquanto os demais tratados de direitos humanos seriam supralegais. Apesar do respeito devido aos precedentes da Corte Augusta, ousa-se discordar, haja vista que, seguindo a lição de Flávia Piovesan, “[...] na hermenêutica emancipatória dos direitos humanos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. [...] Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela” (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128).
- (2) *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 407-409.
- (3) Voto disponível no sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- (4) Sobre o ponto, no sistema espanhol, Vicente Gimeno Sendra aponta que o entendimento do Tribunal Constitucional é no sentido de que, em tais situações, não há violação do direito ao duplo grau (*Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010. p. 75-76).
- (5) A íntegra da sentença pode ser acessada no site da Corte de San José da Costa Rica.

- (6) Igual conclusão é alcançada por Nereu José Giacomolli, que denuncia a inaptidão da legislação nacional para tutelar o direito em tela, defendendo a sua reforma (*O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 297).
- (7) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 315.
- (8) A esse propósito, em caso similar, o STF denegou a pretensão de indivíduo que, detentor do foro por prerrogativa de função, pretendia a criação de um “recurso inominado”, para dar aplicabilidade à garantia insculpida no Pacto de San José da Costa Rica e, com isso, impugnar o acórdão de Tribunal Regional Federal que o condenou (STF, AgIn 601.832, 2.ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.03.2009).
- (9) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. p. 1364.

Rafael Alvarez Moreno

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Advogado em São Paulo.

Fundamentação inidônea e recurso da defesa: reforma ou anulação da decisão?

William César Pinto de Oliveira

Em relação à motivação das decisões judiciais, **Badaró** aponta para a existência de três possíveis vícios: ausência ou carência de motivação, motivação *per relationem* e motivação implícita.⁽¹⁾ O mesmo autor, valendo-se das lições de **Taruffo**, estabelece um conteúdo mínimo da motivação. Para além da hipótese de ausência de fundamentação, que deverá implicar a anulação da decisão, nos termos do art. 93, IX, da CF, é preciso analisar a hipótese de fundamentação inidônea da decisão, ou seja, aquela que atende aos requisitos mínimos da motivação, porém, mostra-se incorreta.

Basta uma análise superficial da jurisprudência do STF e do STJ para que se identifique uma divergência gritante no tocante às posturas desses tribunais no que concerne à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, especialmente em relação à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Afinal, ao verificar que a sentença ou o acórdão se assentam em fundamentação inidônea, os Tribunais Superiores devem proceder à reforma ou à anulação da decisão?

É comum verificar situações em que a fixação do regime inicial mais gravoso, ou a negativa à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, encontra fundamentos na gravidade abstrata do crime, em imposições ou vedações legais já declaradas inconstitucionais pelo STF. Reconhecendo a inidoneidade da fundamentação, os Tribunais Superiores, em alguns casos, reformam a decisão, fixando regime menos severo ou determinando a substituição, e em outros casos determinam o retorno dos autos à instância inferior, conferindo nova oportunidade de fundamentação.

Nada impede que o tribunal *a quo*, nessa nova oportunidade, fixe

novamente o regime mais gravoso, desta feita com base em outros argumentos, e o mesmo se aplica à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Isso normalmente ocorre, e é preciso que fique claro, em situações nas quais o órgão acusador conformou-se com a decisão, deixando de interpor recurso. Esse cenário merece uma reflexão um pouco mais aprofundada, à luz dos princípios constitucionais que sustentam o Direito Processual Penal.

Numa situação hipotética, o juiz fixa o regime inicial fechado exclusivamente com base na gravidade abstrata do crime e apenas a defesa recorre, sem sucesso, pois a sentença acaba sendo mantida integralmente pela segunda instância. O órgão acusador, mais uma vez, contenta-se com a decisão e não recorre, ao contrário da defesa, que continua recorrendo até chegar ao STJ, que, por seu turno, determina o retorno dos autos à segunda instância, para que seja novamente analisada a fixação do regime inicial. Nessa nova análise o regime é mantido, porém com base na gravidade concreta do crime.

Ou seja, a fixação do regime inicial arrima-se em fundamentos inidôneos desde a primeira instância, a questão passa incólume pelo segundo grau, o órgão acusador não recorre e o Tribunal Superior, em vez de reformar a decisão, reconhece a nulidade em desfavor do réu, em recurso exclusivo da defesa, permitindo a correção da fundamentação da decisão. O argumento tipicamente empregado é que a manutenção do regime inicial mais severo, embora com fundamentação complementar e distinta, não configura *reformatio in pejus*, pois não piora a situação do acusado, sendo, portanto, perfeitamente admissível.

O órgão acusador pode recorrer no afã de corrigir a fundamentação desde a primeira instância, assim como pode recorrer aos Tribunais Superiores, mas normalmente não recorre nesse tocante, conformando-se com sucessivas decisões fundamentadas de maneira inidônea. E mesmo assim estes se aproveitam do recurso exclusivo da defesa para dar ao Poder Judiciário nova oportunidade de fundamentar a decisão, não raras vezes, em prejuízo do réu. Corrigem, por uma via transversa, um lapso do órgão acusador.

Nessas situações, além de uma reforma prejudicial ao réu, tem-se evidente violação ao sistema acusatório, pois a sentença apresenta fundamentação inidônea desde a primeira instância, o órgão acusador, indiferente, não recorre, e os Tribunais Superiores suprem tais lapsos,

(...) em se tratando de fundamentos inidôneos como a gravidade abstrata do crime ou uma vedação legal incompatível com a Constituição, não há, propriamente, ausência ou carência de fundamentação, pois a fundamentação existe, mas está incorreta, de sorte que somente poderia haver reforma e não anulação da decisão (...)

em vez de reformarem a decisão, fixando regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso ou substituindo a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por exemplo. Não se trata de completa ausência de fundamentação, ou de fundamentação insuficiente, mas sim de fundamentação inidônea, alheia à boa técnica jurídica.

O órgão julgador, ao se deparar com a fixação do regime inicial fechado fundamentada exclusivamente na gravidade abstrata do crime ou em dispositivo de lei incompatível com a Constituição Federal, deve reformar a decisão e fixar regime menos gravoso, e não anulá-la de tal modo que o réu possa ser prejudicado, sob pena de violação ao sistema acusatório e à vedação à *reformatio in pejus*. Os Tribunais Superiores, ao decidirem como têm decidido, estão se recusando a exercer uma função que lhes é inerente e inafastável.

Há *reformatio in pejus* na medida em que se frustra uma expectativa legítima do réu, amparada por diversos precedentes jurisprudenciais, verdadeiros acórdãos paradigmas, nos quais houve reforma benéfica, e também pela ausência de inconformismo por parte da acusação. Costumeiramente, entende-se que a *reformatio in pejus* ocorre somente quando a situação do recorrente é agravada no tocante à pena ou à forma de cumprimento da reprimenda, todavia, esse entendimento deve ser analisado à luz do princípio acusatório, considerando que não cabe ao Poder Judiciário corrigir lapsos da acusação, autorizando, indiretamente, a manutenção de regime mais severo, desde que com outros fundamentos. O acusado, nos casos em que a acusação não recorre, busca a reforma da decisão alicerçada em fundamentação inidônea, contando com o conformismo do órgão acusador, porém, os Tribunais Superiores, em vez de reformarem a decisão, conferem ao tribunal *a quo* uma nova oportunidade de fundamentá-la, em prejuízo do réu.

Além disso, normalmente, não fica claro se a decisão foi anulada em sua totalidade ou apenas em relação ao regime inicial, por exemplo, o que acaba restringindo o âmbito de incidência de um novo recurso excepcional à nova fundamentação. Com isso, ademais, fraciona-se o processo, principalmente nos casos em que o recurso raro abrange outras questões além do regime inicial de cumprimento de pena, pois o trâmite dos recursos no STJ continua (embargos declaratórios, agravo regimental, embargos de divergência, recurso extraordinário etc.), enquanto a questão atinente ao regime inicial retorna imediatamente à discussão no tribunal *a quo*. Assim, o processo desce à segunda instância, mas, estranhamente, continua tramitando junto aos Tribunais Superiores. Essa cisão do processo, embora soe um tanto quanto kafkiana, ocorre com frequência.

Sabe-se que a gravidade concreta do crime, a periculosidade do agente, as consequências do delito e todas as outras circunstâncias, sendo relevantes, devem ser consideradas pelo Magistrado quando da sentença, por força de imposição legal. Como pode o Tribunal de Justiça, somente após o julgamento do recurso especial, por exemplo, descobrir a gravidade concreta do crime e então fundamentar a fixação do regime inicial de maneira correta e idônea? Por que tais fundamentos não foram utilizados antes? Por que a acusação não recorreu? Ou será que até então o crime não era grave?

O que causa mais espanto é que os Tribunais Superiores, em outros casos, delegam a fundamentação da decisão ao juízo das execuções, mesmo em se tratando de réu solto, ignorando que a guia de recolhimento, via de regra, somente pode ser expedida após a efetivação da prisão. O réu precisará se entregar, ser recolhido ao regime fechado, para que o juízo das execuções estabeleça o novo regime inicial de cumprimento de pena, com amparo em outros fundamentos. Isso porque, obviamente, antes da expedição da guia sequer há juízo competente para analisar a possibilidade de modificação do regime inicial.

Não foi sempre assim, pois os Tribunais Superiores, em diversos precedentes, reformaram as decisões, fixando regime inicial menos gravoso ou substituindo a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e às vezes isso ainda ocorre, porém, não de maneira coerente, ou pelo menos não a ponto de se uniformizar a interpretação, configurando, em verdade, evidente decisionismo. E há nisso mais um risco, pois nos casos em que a

prescrição se aproxima, o Tribunal Superior pode reformar a decisão, em vez de anulá-la, como de costume, justamente para evitar que ela ocorra.

Isso porque, em caso de anulação, em situações em que a prescrição já se avizinha, o retorno dos autos ao tribunal *a quo* invariavelmente implicaria a extinção da punibilidade. Nessas hipóteses, o Tribunal Superior poderia optar por reformar a decisão, com o escopo de evitar a prescrição, o que evidencia que o futuro do réu pode depender de circunstâncias quase obscuras, desaguando no decisionismo sem critério que parte, justamente, dos órgãos judiciais responsáveis por uniformizar a interpretação da lei.

Essa situação pode levar a consequências ainda mais graves. Seguindo essa lógica duvidosa, os Tribunais Superiores, diante de um decreto de prisão preventiva fundamentado exclusivamente na gravidade abstrata do crime, em vez de revogarem a prisão, poderiam conceder ao juiz nova oportunidade de fundamentação, anulando a decisão, para que ele possa analisar novamente a questão, e o réu seria também prejudicado, sem que tenha havido insurgência por parte do *Parquet* quanto à fundamentação anterior.

Dá até para imaginar: “*Ordem concedida para determinar que a autoridade coatora, afastada a gravidade abstrata do crime, fundamente novamente o decreto de prisão preventiva, desta feita com base em fatos concretos*”. Os tribunais, com o devido respeito, não são escolas de magistrados. Qual seria a precaução de um juiz diante da possibilidade de reexame de uma decisão, se a única consequência possível fosse uma nova oportunidade de decidir? Como pretender, dessa forma, uniformizar a interpretação? E o pior de tudo é permitir que isso ocorra sem que a acusação tenha recorrido!

É imperioso lembrar que, nos termos da Súmula 160 do STF: “*É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício*”. Nessa esteira, temos que qualquer nulidade que possa vir a prejudicar o réu somente pode ser reconhecida em recursos da acusação ou nos recursos de ofício, e essa é a razão pela qual, em recurso da defesa, somente pode haver a reforma da decisão em benefício do acusado.

O que se pretende é estabelecer, com lastro no *favor rei*, uma interpretação do art. 93, IX, da CF, mais favorável ao réu que, mesmo em se tratando de uma decisão carente de fundamentação, ou sobretudo nos casos de fundamentação inidônea, não implicaria a anulação, e sim a reforma benéfica, notadamente quando o órgão acusador não tiver demonstrado nenhum inconformismo. Parece ser essa a solução que mais se amolda ao sistema acusatório e aos princípios constitucionais que fundam o Direito Processual Penal.

É até compreensível que se anule a decisão viciada em decorrência da ausência ou carência de motivação, mas é preciso considerar a posição assumida pelo órgão acusador quando este, de nenhum modo, buscou sanar a falta de motivação. Não obstante, em se tratando de fundamentos inidôneos como a gravidade abstrata do crime ou uma vedação legal incompatível com a Constituição, não há, propriamente, ausência ou carência de fundamentação, pois a fundamentação existe, mas está incorreta, de sorte que somente poderia haver reforma e não anulação da decisão, como tem acontecido com frequência.

Nota

- (1) BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 61.

William César Pinto de Oliveira

Especialista em Direito Penal e Direito
Processual Penal pela Escola Paulista de Direito.
Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal
e de Prática Jurídica Penal no Centro Universitário
Anhanguera de Leme, Estado de São Paulo.
Advogado criminalista.

O afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal na Lei 12.850/2013

Marcus Alan de Melo Gomes

Introdução

O tratamento penal das organizações criminosas sempre foi confuso e problemático no Brasil, resultado de uma política criminal desorientada, que nada mais faz além de responder às demandas de controle social com impulsos repressivos de viés securitarista. O eficientismo da resposta penal definitivamente assumiu as rédeas das agências de criminalização no país, a despeito da inspiração contencionista da Constituição Federal em relação ao exercício do poder punitivo.

A Lei 12.850/2013 foi promulgada com a aparente pretensão de concentrar em um único diploma normativo toda ou a maior parte da disciplina jurídica de natureza penal relativamente ao crime organizado. Definiu organização criminosa (art. 1.º, § 1.º), descreveu novos tipos penais (arts. 2.º e 18 a 21) e instituiu um verdadeiro *microssistema de investigação* baseado em meios de obtenção de prova (art. 3.º) que se valem essencialmente de estratégias de *vigilância* (ação controlada), *dissimulação* (infiltração de agentes), *barganha* (colaboração premiada) e *devassa* da privacidade e intimidade da pessoa (afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; e acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais) para imprimir *eficácia* à persecução penal. É o alvorecer da *espionagem punitiva* legitimada pelo direito no ambiente democrático pós-1988.

Como seria de se esperar de qualquer iniciativa político-criminal preocupada com *resultados* – leiam-se condenações e prisões – a lei de organizações criminosas conflita em vários momentos com garantias constitucionais do processo penal (ampla defesa, contraditório, não autoincriminação etc.). Um aspecto é particularmente preocupante: a falta de regulamentação legal *para fins processuais penais* do afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. O art. 3.º, VI, da Lei 12.850/2013 permite a utilização da referida medida como instrumento probatório em qualquer fase da persecução penal, *nos termos da legislação específica*. Ocorre que os sigilos financeiro e bancário se encontram hoje regulados pela LC 105/2001, que cuida, na verdade, do regime das operações financeiras e das restrições de acesso aos respectivos dados e registros por instituições privadas e públicas. Não se trata de um texto legal de natureza processual penal, daí não prescrever ele regras inerentes à obtenção de informações financeiras sigilosas *para fins específicos* de investigação policial ou instrução criminal. Quanto ao sigilo fiscal, está este assegurado pelo art. 198 do CTN, que, por razões óbvias, também não se imiscui em questões processuais penais.

A incompletude desse quadro normativo torna preocupante o emprego do referido meio probatório, como se verá a seguir.

(...) só é de se admitir a iniciativa do delegado de polícia para o emprego de quaisquer medidas que dependam de autorização judicial quando a lei estabelecer explicitamente a sua legitimidade para movimentar a jurisdição penal.

A ilegitimidade da autoridade policial para o pedido de afastamento do sigilo

Muito embora o art. 3.º, *caput*, da Lei 12.850/2013 prescreva que os meios de obtenção de prova listados em seus incisos são permitidos *em qualquer fase da persecução penal* – incluída, portanto, a investigação policial –, em nenhum dispositivo do referido diploma se atribui legitimidade à autoridade policial para o pedido de afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. A legislação específica que regulamenta essa modalidade de sigilo⁽¹⁾ não prevê, de igual modo, a possibilidade de que o meio de prova seja autorizado a requerimento do delegado de polícia. E a simples prescrição de que as medidas elencadas nos incisos do art. 3.º da lei em comento são admitidas *em qualquer fase da persecução penal* não outorga um mandato tácito à autoridade policial para provocar o juiz com o objetivo de ver afastado o sigilo.

De início, há que se ter em conta que a lei processual penal deve ser interpretada restritivamente. Isso significa que não se pode conferir à norma um alcance que não seja por ela estabelecido em termos expressos. Esse critério de exegese tem especial importância no curso da investigação policial, em virtude do déficit de incidência do contraditório e da ampla defesa em tal etapa da persecução penal. Destarte, só é de se admitir a iniciativa do delegado de polícia para o emprego de quaisquer medidas que dependam de autorização judicial quando a lei estabelecer explicitamente a sua legitimidade para movimentar a jurisdição penal. É a técnica legislativa que vigora, aliás, no Código de Processo Penal. Todas as vezes que se entendeu adequado que a decisão judicial pudesse ser proferida por provocação da autoridade policial, assim estabeleceu o texto do Código, de maneira expressa.⁽²⁾ E não somente para providências de apuração dos fatos, como também para a aplicação de medidas cautelares (v.g., arts. 282, § 2.º, e 311 do CPP).

O mesmo ocorre, vale ressaltar, na legislação especial (art. 3.º, I, da Lei 9.296/1996; art. 2.º e § 1.º da Lei 7.960/1989). A lógica que norteia a interpretação restritiva das hipóteses de legitimidade da autoridade policial para requerer ao juiz medidas probatórias e cautelares é inspirada pela ideia de *máxima proteção dos direitos constitucionais* atingidos pela persecução penal (liberdade, privacidade, intimidade etc.).

Ademais, a própria Lei 12.850/2013, ao regular em minudências outros meios de obtenção de prova que se equivalem ao afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal pelo potencial comum de afetação das garantias fundamentais, facultou à autoridade policial o pedido de instauração do incidente em juízo. É o que se dá com a colaboração premiada (art. 4.º, §§ 2.º e 6.º), com a ação controlada (art. 8.º) e com a infiltração de agentes (art. 10). Ora, se a lei admite que instrumentos probatórios específicos sejam empregados, a requerimento do delegado de polícia, para a investigação do crime organizado, porém não menciona essa possibilidade quanto ao afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, é porque, neste último caso, a medida não pode ser decretada a pedido da referida autoridade. Há aqui, sem dúvida, um silêncio eloquente da norma.

E nem se argumente que uma tal interpretação causará prejuízo à investigação das organizações criminosas, pois qualquer providência probatória prevista na lei poderá sempre ser requerida pelo Ministério Público, que, ressalte-se, na condição de titular da ação penal, é o órgão responsável por definir quais fatos, para fins de imputação, precisam ser provados e quais são os mecanismos adequados para tanto.

Contraditório no afastamento do sigilo

O princípio constitucional do contraditório⁽³⁾ abrange matéria de direito e de fato. Significa isso que é assegurado à defesa o direito de contribuir para a formação do convencimento do juiz mediante contraposição de argumentos à imputação, de sorte a refutar tanto alegações de fatos quanto interpretações da lei. A prova, obviamente, constitui objeto dessa dinâmica, que se inicia já no momento da colheita dos elementos de convicção. Até aqui, nenhuma novidade. Este é o *arroz com feijão* da teoria constitucional do processo penal.

Surpreende, portanto, que a Lei 12.850/2013 nada estabeleça sobre o contraditório no afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. Talvez tenha sido pretensão do legislador entregar à *legislação específica* a disciplina da questão. Todavia, e conforme já mencionado, a LC 105/2001 não se preocupa com os *nós* do processo penal e não prevê, destarte, um procedimento de tramitação do pedido de quebra do sigilo. Limita-se a permiti-lo quando necessário à “apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial” (art. 1.º, § 4.º).

A omissão da lei ordinária não afasta, por evidente, a incidência de um princípio constitucional. Particularmente no que concerne ao contraditório, as mais recentes alterações do Código de Processo Penal passaram a exigir, para determinados atos, a intimação da defesa em momento precedente à decisão judicial, assegurando-se, inclusive, oportunidade para manifestação técnica.⁽⁴⁾ Uma demonstração indubitosa de que o processo penal brasileiro deve se amoldar ao sistema de garantias constitucionais.

Não há incompatibilidades entre a tramitação do requerimento de quebra dos sigilos e o contraditório prévio. Os dados e as informações financeiras, bancárias e fiscais compõem registros e arquivos de instituições privadas e públicas que não podem ser extraviados ou adulterados pelo investigado ou réu. Além disso, dizem respeito a fatos pretéritos, cuja ocorrência não pode mais ser evitada.⁽⁵⁾

Logicamente que não se está a tratar aqui das situações de interferência indevida do acusado que causa embaraços à investigação ou à instrução criminal. Para essas hipóteses, remanesce a possibilidade de aplicação de medidas cautelares adequadas (art. 282 do CPP), de modo a se preservar a regularidade da persecução penal.

Publicidade processual no afastamento do sigilo

A proteção constitucional da privacidade e da intimidade⁽⁶⁾ alcança a vida financeira, bancária e fiscal da pessoa, ressalvadas as permissões legais de acesso a informações *para fins específicos*, no interesse da justiça penal. A publicidade desses dados e registros deve acontecer, portanto, dentro dos limites objetivos e subjetivos da investigação ou processo criminais. Ela é, por assim dizer, uma *publicidade interna*, já que circunscrita aos fatos e circunstâncias de relevância para a apuração (limites objetivos), bem como aos intervenientes da justiça (limites subjetivos). A quebra do sigilo não pode corresponder a um descortinar incondicional de aspectos da vida pessoal do investigado, sob pena de se desvirtuarem as finalidades legais que autorizam excepcionalmente a relativização da tutela constitucional.

Desse modo, ao decretar o afastamento do sigilo, deverá o juiz determinar que as informações recebidas permaneçam restritas ao âmbito do inquérito policial ou do processo,⁽⁷⁾ o que significa que não estarão elas

disponíveis a terceiros estranhos ao juízo competente, inclusive a imprensa. As disposições da Lei 12.850/2013 e da LC 105/2001 não instituem uma relativização geral da privacidade e intimidade do réu, mas autorizam tão somente uma publicidade específica para os *propósitos da persecução penal*.

Ademais, o sigilo interno – entenda-se *processual* – das informações obtidas deve perdurar até sentença de mérito, que é o ato em que o juiz aprecia a prova. Aqui, a publicidade inerente à motivação da decisão⁽⁸⁾ alcança todo o objeto do processo. Mas pode ser que fatos originalmente protegidos pela inviolabilidade constitucional do que é íntimo e privado não precisem ir a público, *a despeito* do processo. Isso ocorre quando a sentença não julga a imputação para chegar a desfecho absolutório ou condenatório, como acontece, por exemplo, na extinção de punibilidade. O que justificaria a divulgação precoce de informações da vida privada do acusado se, de resto, existe sempre a possibilidade de que o processo seja extinto sem o julgamento da imputação?⁽⁹⁾ Nada.

Não se pode esquecer que a publicidade do processo existe para proporcionar a fiscalização do exercício do poder, não para levar detalhes da privacidade e intimidade do réu a conhecimento de terceiros sem que tal providência tenha qualquer utilidade processual.

Súcinta conclusão

No que diz respeito ao afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, a Lei 12.850/2013 praticamente nada modificou em relação ao que anteriormente disciplinava a Lei 9.034/1995. Os problemas persistem: a incompletude da legislação específica que trata da matéria e a falta de identidade com as questões de natureza processual penal; o déficit de constitucionalidade da norma, outra vez inspirada no discurso eficientista da persecução penal; o preocupante risco de que um instrumento probatório cujo emprego deveria ter caráter excepcional acabe por se converter na *prima ratio* dos mecanismos de investigação do crime organizado, viabilizando devassas abusivas e inúteis da privacidade do réu.

Esse quadro pode ser remediado, contudo, por uma interpretação restritiva que promova a otimização constitucional da lei, de modo que a sua aplicação seja orientada pelo rigoroso respeito das garantias fundamentais do processo penal. Se não for assim, teremos dado outro passo – mais um, aliás – na consolidação de uma política criminal que insiste em fazer pouco caso do Estado Democrático de Direito.

Notas

(1) LC 105/2001 e Código Tributário Nacional.

(2) Vejam-se os arts. 127 e 149, § 1.º, do CPP.

(3) Art. 5.º, LV, da CF.

(4) Arts. 282, § 3.º, 396, *caput*, e 397 do CPP.

(5) No caso das interceptações de comunicações telefônicas, é exatamente o *tempo futuro* da prova a condição que impõe o diferimento do contraditório (art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996). Essa circunstância não se verifica em relação ao sigilo financeiro, bancário e fiscal, que alcança *tempo passado* e tem por objeto, portanto, fatos consumados.

(6) Art. 5.º, X, da CF.

(7) Conforme autoriza o art. 792, § 1º, do CPP.

(8) Art. 93, IX, da CF.

(9) Imagine-se a hipótese de morte do réu ou prescrição.

O que justificaria a divulgação precoce de informações da vida privada do acusado se, de resto, existe sempre a possibilidade de que o processo seja extinto sem o julgamento da imputação? Nada.

Marcus Alan de Melo Gomes
Pós-doutor pela Universidade de Coimbra e
professor da Universidade Federal do Pará.

Visiting Scholar na Durham Law School, University of
Durham (Inglaterra), em 2015. Juiz de Direito em Belém.

Menoridade penal e maturidade constitucional: a PEC 171/1993 e a violação ao núcleo essencial da cláusula pétrea prevista no art. 228 da CF/1988

Gisela Aguiar Wanderley

A recente aprovação da PEC 171/1993 na Câmara dos Deputados deu início a intensa especulação sobre os rumos de eventual mandado de segurança a ser impetrado perante o STF a fim de obstar a tramitação da proposta, que visa à redução da menoridade penal de 18 para 16 anos. O argumento central da postulação seria o de que a inimizabilidade penal até os 18 anos constitui cláusula pétrea e não admite redução pelo poder constituinte derivado, posicionamento ainda controverso no meio jurídico.

Para apresentar um exame sintético do tema, é pertinente relembrar que são cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais (CF/1988, art. 60, § 4.º, IV),⁽¹⁾ entre os quais se enquadram os chamados “direitos de primeira geração” ou “direitos de defesa”, que traduzem um direito de oposição do indivíduo perante o Estado (um *status* negativo, conforme **Jellinek**) e, correlatamente, um dever de abstenção deste perante aquele. Assim, normas que estabelecem limites ao poder punitivo estatal impõem um dever de abstenção do Estado perante o indivíduo e preveem, portanto, direitos individuais.⁽²⁾ Extrai-se daí que a previsão da inimizabilidade penal até os 18 anos, vale dizer, a determinação de inaplicabilidade de sanção penal a crianças e adolescentes, constante do art. 228 da CF/1988, ao estabelecer um limite ao poder punitivo estatal, configura uma cláusula pétrea.⁽³⁾

O raciocínio acima resumido não encerra, entretanto, a questão em debate, haja vista que o STF já firmou a concepção de que a previsão de determinado princípio, instituto ou direito como cláusula pétrea não implica sua intangibilidade literal e irrestrita, mas apenas a impossibilidade de afetação de seu “núcleo essencial”, a fim de evitar a obsolescência do Texto Constitucional.⁽⁴⁾ Sob esse prisma, a questão central trazida à tona pela PEC 171 é a de aferir se a redução da menoridade penal para 16 anos é compatível com o núcleo essencial da cláusula pétrea prevista no art. 228 da CF/1988.

Nesse cenário, há de se ressaltar que a inimizabilidade penal até os 18 anos se localiza no Capítulo VII do Título VIII da Carta Magna, em que se elencam com especificidade os direitos de crianças e adolescentes, e não constitui, portanto, disposição isolada do Texto Constitucional. Ao revés, harmoniza-se com a determinação de proteção especial e prioritária às crianças e aos adolescentes, decorrente do reconhecimento de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (cf. art. 227, *caput* e § 3.º, V). Essa conexão torna então nevrálgica a compreensão da noção de “*condição de pessoa em desenvolvimento*”, caracterizada, entre outros fatores, pela ausência de meios próprios para arcar com suas necessidades básicas, pelo acesso incompleto ao conhecimento de seus direitos e dos meios para defendê-los e, enfim, pelo estado de pleno e intenso desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural da criança e do adolescente.

Nessa trilha, note-se que a idade de 18 anos é referida na própria Constituição como o momento a partir do qual se torna obrigatório o alistamento eleitoral e o voto (art. 14, § 1.º, I) e a partir do qual se viabiliza o exercício de mandato eletivo (art. 14, § 3.º, VI) e de trabalho noturno,

(...) a previsão da inimizabilidade penal até os 18 anos, vale dizer, a determinação de inaplicabilidade de sanção penal a crianças e adolescentes, constante do art. 228 da CF/1988, ao estabelecer um limite ao poder punitivo estatal, configura uma cláusula pétrea.

perigoso ou insalubre (art. 7.º, XXXIII). Por outro lado, esse marco etário constitui, exemplificativamente, não só o termo final da adolescência (Lei 8.069/1990, art. 2.º), mas também o termo inicial da maioridade civil (Lei 10.406/2002, art. 5.º) e trabalhista (Dec.-lei 5.452/1943, art. 402), a idade média com que se finaliza a educação básica (Lei 9.394/1996, art. 37, § 1.º, c/c art. 38, § 1.º, II) e, ainda, a idade mínima para investidura em cargo público federal (Lei 8.112/1990, art. 5.º, V).

Verifica-se então que, mesmo em diplomas legais bastante posteriores à promulgação da CF/1988 e à própria propositura da PEC 171/1993, fixou-se reiteradamente a idade de 18 anos como o momento em que se adquire a titularidade de direitos e deveres das mais variadas espécies, a indicar sua permanência como marco da etapa inicial de desenvolvimento da pessoa. Na justificação da PEC 171, em contrapartida, não se trazem nem dados, nem argumentos que indiquem a obsolescência da utilização de tal marco etário como termo dessa fase de desenvolvimento. Ao contrário, lançam-se assertivas retóricas desprovidas de embasamento científico quanto ao suposto desenvolvimento mental completo do adolescente já aos 16 anos,⁽⁵⁾ circunscritas a um limitado e raso exame de sua capacidade de discernimento, as quais colidem com as limitações acima indicadas e se esquivam de considerar a sua mais abrangente condição de pessoa em desenvolvimento, cerne da proteção especial que lhe é garantida pela CF/1988.

Nesse contexto, uma vez que o núcleo essencial da inimizabilidade penal de crianças e adolescentes é definido pelo reconhecimento de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e pela determinação de proteção especial dela decorrente, a pretensão de modificação dessa previsão constitucional não pode ignorar e, por conseguinte, violar tal condição, como ocorre na PEC 171. Assim, mesmo a partir da limitação da proteção das cláusulas pétreas ao seu núcleo essencial, não há como se concluir pela constitucionalidade dessa proposta, a qual coloca à prova o papel do STF na defesa contramajoritária dos direitos individuais e, ainda, desafia a maturidade da inspiração garantista que subjaz à Constituição de 1988.

Notas

- (1) Vale frisar que os direitos e garantias individuais não se restringem aos incisos do art. 5.º da CF/1988 (confira-se: STF, ADIn 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.1994) e que, por serem cláusulas pétreas, não só não podem ser suprimidos, como também não podem ser minimizados pelo poder constituinte derivado (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 145).
- (2) São exemplos diversas determinações constantes de incisos do art. 5.º da CF/1988, como “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*” (XLV), ou “*não haverá penas de caráter perpétuo*” (XLVII, b).
- (3) Assim, tanto o art. 228, quanto os incisos XLV e XLVII do art. 5.º, impõem limites ao poder punitivo estatal e estabelecem direitos individuais, com a distinção de que estes se aplicam independentemente de idade e aquele se aplica especificamente a crianças e adolescentes (indivíduos de até 18 anos de idade).
- (4) STF, MS 23.047-MC, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.2003.
- (5) Além disso, já se suscita na justificação da PEC 171 o cerne do argumento que conduziria a sucessivas flexibilizações do art. 228 da CF/1988: “*Hoje, um menino de 12 anos compreende situações da vida que há algum tempo atrás um juvenzinho de 16 anos ou mais nem sonhava explicar*”.

Gisela Aguiar Wanderley
Mestranda em Direito, Estado e Constituição
pela Universidade de Brasília (UnB).
Advogada.

Penas para pessoas jurídicas? Problemas do projeto de novo CP

Paulo César Busato e Alex Wilson Duarte Ferreira

Inicialmente, é necessário destacar que já houve, em relação ao texto original do PLS 236/2012, a inclusão do elenco de penas atribuídas às pessoas jurídicas no *Título III* do referido projeto, o qual trata *Das penas*, passando a serem previstas nos arts. 71 a 73.

Tal providência, entretanto, não afasta a clara oposição entre as características gerais das penas e das consequências dos delitos aplicáveis às pessoas jurídicas, estas reveladoras de inúmeras características próprias das medidas de segurança.

Nesse aspecto, evidencia-se na exposição de motivos do Projeto do Código Penal que “as sanções de privação de liberdade trazidas pelos tipos penais não são compatíveis com a realidade das pessoas jurídicas”, razão pela qual se estabelece uma regra de substituição.

Aparentemente, pleiteou-se “tornar proporcional a sanção aplicável, diante do agravo ocorrido”, excetuando-se tão somente a liquidação forçada da pessoa jurídica como pena mais grave aplicável às pessoas jurídicas.

A criação de um sistema substitutivo obrigatório, como consta no art. 71, se mostra eficaz quanto à possibilidade de aferição do delito conforme a pena cominada, sem a geração de problemas quanto à contagem de prazo prescricional, regras de competência, substitutivos penais e outros aspectos que consideram a extensão da sanção privativa de liberdade prevista para o delito.

Porém, essa tratativa encerra flagrante similitude com as medidas de segurança, também substitutivas das penas, sem prejuízo de aplicação das outras regras processuais e penais que têm por referência a sanção cominada para o crime apurado.

Tal evidência está inserta no § 3.º do art. 71, que estipula a liquidação forçada com perdimento do patrimônio em favor do fundo penitenciário. A razão desse procedimento é ter sido a pessoa jurídica “constituída ou utilizada preponderantemente com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime”.

Esse fundamento não faz referência ao fato apurado, cuja pena privativa de liberdade é substituída por restritiva de direitos ou multa, mas a uma atitude geral da pessoa jurídica, somente revelado pela habitualidade, pois a averiguação da mencionada preponderância impescinde da análise de sucessivas atuações. Assim sendo, resta evidente a desvinculação dessa consequência da relação proporcional derivada da culpabilidade, associando-se em muito à ideia geral de *periculosidade*, fundamento da medida de segurança.

Aliás, mostra-se mais adequada e equilibrada a aplicação de medida de segurança como consequência jurídica do crime consumado pela pessoa jurídica do que a pena, afastando-se as inúmeras tentativas que já se fez de explicar a culpabilidade de pessoas jurídicas, posição esta, inclusive, que conta com importante aceitação doutrinária.⁽¹⁾

É cediço que os intentos de elaboração conceitual de culpabilidade como elemento do delito praticado por pessoas jurídicas ainda são obstados basicamente por três modalidades impeditivas: ou representaram claramente a culpabilidade por fato alheio, desobedecendo, assim, ao perfil do aludido princípio, por distintas e variadas razões; ou procuraram forjar sua identidade a partir de bipartições do direito penal, compondo diferenças entre a culpabilidade de pessoas físicas e a de pessoas jurídicas,

originando um direito penal bifronte, as suas ínsitas consequências negativas; ou, por fim, necessitaram apelar para teorias de base dotadas de perspectivas pouco garantistas para o sistema de imputação como um todo ou mesmo que já foram definitivamente superadas, dada a sua inconsistência.

Obviamente, em virtude da análise prática a que se propõe este trabalho, mostra-se incabível a discussão das diferentes fórmulas de culpabilidade de pessoas jurídicas e seus consequentes inconvenientes. Entretanto, alguns breves apontamentos são possíveis a esse respeito.

Existe a intenção de identificação, por algumas formulações, de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica mediante o seu reconhecimento como derivação da culpa dos seus entes componentes. Entretanto, é uma perspectiva que falha na incapacidade de desvinculação da existência da pessoa jurídica em face das pessoas físicas a ela associadas.

Busch,⁽²⁾ por exemplo, sustentou que há uma culpabilidade da pessoa jurídica que é coletiva e justamente produto da contribuição de todos os sócios que a compõem. Ou seja, cuida-se do reconhecimento de que a existência de uma culpabilidade coletiva, ainda que sob a forma de uma expressão do *espírito normativo* da pessoa jurídica, como moral da comunidade organizada, não é mais do que uma criação de todos que dela participam. A fórmula era muito parecida com a proposição de **Schroth**⁽³⁾ de que a *culpabilidade funcional do órgão* (*funktionale Organschuld*) deriva diretamente da formação de vontade coletiva delituosa, que é nada mais do que a soma das formas de comportamento agrupadas organizativamente na empresa, uma *decisão coletiva pelo injusto*.

Desse ponto de vista extraem-se dois problemas claros: o primeiro é a atribuição de responsabilidade por fato alheio, na medida em que se reconhece que a culpabilidade das pessoas jurídicas decorre da culpabilidade das pessoas físicas que a compõem; o segundo é que a proposição é injusta, ou inútil, pois se efetivamente restou demonstrada a conexão subjetiva de todos os sócios com o evento delitivo e deles derivou a responsabilidade da pessoa jurídica, esta se converteu em simples instrumento, sendo inútil a atribuição de responsabilidade a ela, se, do contrário, essa atribuição deriva justamente da não identificação da conexão subjetiva dos sócios, resvala-se para uma injusta responsabilidade penal objetiva.

De forma contraposta a esse modelo e com foco na ideia da existência independente da pessoa jurídica, foi criada, em momento anterior à proposta de **Busch**, a clássica forma de culpabilidade de pessoas jurídicas ofertada por **Hafters**.⁽⁴⁾ Esta é quicá a que mais se aproxima de uma solução lógica para a atribuição, na medida em que reconhece que a soma das vontades dos sócios não é igual à vontade da pessoa jurídica que guia a ação.

De maneira semelhante, partindo também do preceito fundante de que a essência da pessoa jurídica é mais do que a soma das pessoas individuais que a compõem, mais recentemente **Hirsch**⁽⁵⁾ também reconheceu a necessidade de afirmação de uma culpabilidade da pessoa jurídica independente das culpabilidades individuais, afirmando textualmente que “a essência da corporação consiste justamente em que não é uma mera soma de pessoas individuais, mas constitui uma estrutura independente que se separa delas”.⁽⁶⁾

Todavia, tanto no modelo clássico de **Hafters** ao preservar um conceito de ação ontológico e um conceito de culpabilidade como fato de consciência – ambos próprios do causal naturalismo –, quanto no modelo de **Hirsch**, ancorado no ontologismo finalista, existe um problema de base que é a estruturação do sistema de imputação a partir de um conceito ontológico de ação. Como produto disso, ambos acabam forçados a admitir que a execução da vontade em forma de ação se terceiriza às pessoas físicas.

E mais, no caso de **Hafters**, sendo necessário que o conceito conjugue-se com uma teoria psicológica da culpabilidade, se sustenta que existe “*uma inteligência especial, uma energia especial, uma consciência especial da associação*”,⁽⁷⁾ ou seja, uma consciência própria da pessoa jurídica que deriva da decisão conjunta do órgão colegiado. A artificialidade da expressão é mais do que evidente.

Já no caso de **Hirsch**⁽⁸⁾ se sustenta que a culpabilidade das pessoas jurídicas se baseia na evitabilidade do fato pela corporação por suas falhas de organização que permitem a instauração de uma política empresarial criminosa, o que não deixa de ser uma contradição⁽⁹⁾ à sua própria perspectiva de que “a culpabilidade requer sempre uma concreta referência psíquica ao fato”,⁽¹⁰⁾ já que, certamente, não se pode situar uma culpabilidade *psíquica* da pessoa jurídica.

É exatamente essa *falha na organização* o traço marcante dos intentos mais recentes de reconhecimento de uma culpabilidade específica das pessoas jurídicas. De modo geral, se reconhece na *não evitação* da instauração de uma cultura corporativa proclive à prática criminosa a violação de um dever capaz de gerar responsabilidade. Sobre esse idêntico fundamento é possível reconhecer um amplo espectro de variações.

Anne Ehrhardt,⁽¹¹⁾ por exemplo, entende que a realização do crime pela pessoa física pode ser atribuída à pessoa jurídica, em razão de esta não ter realizado um adequado controle interno da produção desses resultados. Ou seja, defende o reconhecimento da culpabilidade da pessoa jurídica pelo simples fato de que “*a empresa pode fazer algo em relação ao fato de seu representante*”.⁽¹²⁾ Dessa forma, redundante na incômoda posição do reconhecimento de uma culpabilidade por fato alheio.

Outros, como **Lampe**⁽¹³⁾ ou **Heine**,⁽¹⁴⁾ buscam reconhecer a culpabilidade das pessoas jurídicas como uma reprovação ético-social que não se refere precisamente a determinada ação, mas sim ao seu modo de ser, à sua “tendência criminosa”,⁽¹⁵⁾ justamente porque criou e preservou uma filosofia criminógena, em função de certas práticas organizacionais deficientes, formando um caráter empresarial defeituoso, ou uma defeituosa condução da atividade empresarial prolongada no tempo.⁽¹⁶⁾ Aqui, a toda evidência surge um indesejável paralelo com a chamada *culpabilidade por condução de vida*,⁽¹⁷⁾ de triste memória,⁽¹⁸⁾ e admiti-la implica revolver as páginas mais lamentáveis da história do direito penal.

Avançando ainda mais na ideia de escapar da responsabilidade por fato alheio, **Dannecker**⁽¹⁹⁾ pretendeu fixar a culpabilidade penal das pessoas jurídicas por meio de uma subdivisão entre duas fórmulas de culpabilidade: uma culpabilidade própria do indivíduo pessoa física (*Individualschuld*) e uma culpabilidade própria da pessoa jurídica (*Verbandschuld*), sendo que,

enquanto a primeira corresponde a um juízo de reprovação individual, a segunda corresponde a um juízo de reprovação social. Essa culpabilidade social estaria representada na mesma fórmula de *déficit organizacional ou ético da pessoa jurídica*, coisa que fundamentaria não apenas a culpabilidade, mas o próprio injusto da pessoa jurídica. A culpabilidade como reprovabilidade da pessoa jurídica residiria justamente no fato de esse sistema social não ter criado mecanismos de evitação da realização do injusto. Ou seja, a essa opção são aplicáveis simultaneamente todas as críticas dirigidas às anteriores, porque aqui estão acumulados os seus defeitos.

A tese que encontrou mais aceitação entre aqueles que reconhecem como fonte da culpabilidade uma falha na estrutura de funcionamento da pessoa jurídica foi a chamada *culpabilidade por defeito de organização* (*Organisationsverschulden*), defendida especialmente por **Klaus Tiedemann**,⁽²⁰⁾ a qual se aparta completamente de qualquer reprovação de caráter pessoal, para reconhecer como fonte material da responsabilidade a falha de organização da pessoa jurídica que permitiu a atuação de pessoas físicas na prática criminosa.⁽²¹⁾ A culpabilidade deriva da omissão em tomar medidas prévias que assegurem um funcionamento empresarial isento de delito.⁽²²⁾

Incontáveis críticas podem ser feitas a essa concepção. Em primeiro lugar, uma evidente falta de coincidência temporal entre a realização do delito e o momento da culpabilidade, que **Tiedemann**⁽²³⁾ tenta salvar com o socorro à vetusta teoria da *actio libera in causa*; em segundo lugar, a responsabilidade por fato alheio, já que só admite como realizador do delito as pessoas físicas que estão sob a égide da pessoa jurídica; e, em terceiro lugar, a não previsão de formas de exculpação, que são inerentes à afirmação da culpabilidade, sob pena de caracterização de uma responsabilidade penal objetiva.⁽²⁴⁾

Finalmente, ainda dentro do quadro de busca de configuração de uma culpabilidade da pessoa jurídica com suporte na ideia de descumprimento de obrigações quanto à organização e funcionamento das empresas, aparece a proposta de **Carlos Gómez-Jara Díez**, nominada pelo autor como *culpabilidade por cultura empresarial de descumprimento da legalidade ou conceito construtivista de culpabilidade*.⁽²⁵⁾ Conquanto pretenda o autor sustentar diferenças substanciais para com as concepções anteriores que se relacionam ao mesmo ponto, não é o que se observa na prática. O autor apenas acrescenta à ideia de descumprimento dos deveres organizacionais para fundamentar a culpabilidade uma hipótese de exculpação consistente na exigência de atendimento a programas de *compliance*. A par disso, procura relacionar tais posturas – de culpabilidade ou exculpação – às exigências do rol de cidadão, segundo as teorias de base do chamado funcionalismo sistêmico.⁽²⁶⁾

Com isso, nada acrescenta de novo, pelo contrário. A justificação que apresenta para a exigência de obediência aos programas de *compliance* consiste no reconhecimento de que a complexidade empresarial moderna impede a heterorregulação da atividade empresarial pelo Estado, remetendo a uma autorregulação meramente contextual, o que faz que seja injustificada a culpabilidade de pessoas jurídicas de baixa complexidade, isso quando não inviável sua exculpação! Por outro lado, os chamados programas de *compliance* foram considerados por considerável parte da doutrina como meras maquiagens da realidade criminológica das empresas, totalmente ineficazes à realização de qualquer classe de prevenção, como bem exemplificado pelos recentes casos de delinquência empresarial nos Estados Unidos da América⁽²⁷⁾ e, como tal, insuficientes para serem assumidos como uma fórmula de exculpação.

Outrossim, a fragilidade político-criminal da teoria dos sistemas como fundamento do sistema de imputação⁽²⁸⁾ resulta ser um preço extremamente caro para admitir a culpabilidade de pessoas jurídicas, especialmente quando é perfeitamente possível remetê-la à regulamentação por via das medidas.

(...) a fragilidade político-criminal da teoria dos sistemas como fundamento do sistema de imputação resulta ser um preço extremamente caro para admitir a culpabilidade de pessoas jurídicas, especialmente quando é perfeitamente possível remetê-la à regulamentação por via das medidas.

Finalmente, cumpre dizer que todos esses diferentes esquemas que partem da afirmação da culpabilidade por defeito na organização ou similares padecem, ainda, de vários problemas comuns, consistentes em avaliações normativas incompatíveis com o juízo binário de afirmação da culpabilidade, muito bem explicitados com a série de perguntas lançadas por **Galán Muñoz**: “quando se dará realmente um dos defeitos organizativos que podem gerar responsabilidade penal dos entes coletivos? Quando tal efeito é suficientemente grave para determinar sua responsabilidade? É indiferente onde se dê o defeito? Qualquer defeito será suficiente para tornar automaticamente responsável a pessoa jurídica dos fatos que cometam pessoas físicas em seu seio? E mais, seria possível supor que sempre que se dê um delito no seio de uma empresa, esta não se teria organizado corretamente?”⁽²⁹⁾

Todos esses argumentos redundam na conclusão de que a melhor e mais viável opção é a adoção das medidas de segurança como consequência jurídica própria ao injusto penal cometido por pessoas jurídicas.

A par das inconveniências das artificiais fórmulas de culpabilidade de pessoas jurídicas, há pelo menos três razões que recomendam o uso das medidas de segurança nesses casos.

Em primeiro lugar, o fato de que as medidas de segurança já são utilizadas à larga como consequência de práticas de injustos por pessoas carentes de culpabilidade, como é o caso dos portadores de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e das crianças e adolescentes infratores, cujas consequências, ainda que recebam a eufemística denominação própria de *medidas socioeducativas*, têm todas as características daquela.⁽³⁰⁾

Em segundo lugar, uma óbvia constatação criminológica: se o fundamento das medidas de segurança é a *periculosidade*, em contraposição à *culpabilidade* dos imputáveis, é impossível negar que o comportamento de prática de injustos penais por pessoas jurídicas é, na prática, muito mais *perigoso* que o gerado por crianças, adolescentes ou portadores de enfermidades mentais. A obediência ao princípio de intervenção mínima praticamente obriga a esse reconhecimento, afinal, não é possível que o sistema penal siga cuidando de controlar crianças e enfermos mentais e simplesmente negligencie as pessoas jurídicas.

Em terceiro lugar, porque isso remete a uma discussão político-criminal de fundo: se devemos ou não preservar um sistema de medidas ao lado do sistema de penas como consequência jurídica do injusto dentro do campo do controle social penal e quais os limites derivados de princípios que a este devem ser impostos. Quiçá com a companhia das pessoas jurídicas seja possível lograr um esquema de garantias apropriado aos carentes de culpabilidade.

Referências bibliográficas

- BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho europeo. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- BUSATO, Paulo César. Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BUSCH, Richard. *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*. Leipzig: Weiche, 1933.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Penal*, n. 7, Salamanca: La Ley, 2001.
- _____. Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2001.
- EHRHARDT, Anne. *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la

reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad. *Iustel, Revista General de Derecho Penal*, 16 (RI §410993), 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. In: FERNÁNDEZ, Miguel Bajo, SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

_____. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HAFTER, Ernst. *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*. Berlin: Springer, 1903.

HEINE, Günter. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

_____. New developments in Corporate Criminal Liability in Europe: can europeans learn from the American Experience or viceversa? *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas*. Trad. Patricia Ziffer. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. t. III.

LAMPE, Ernst J. Systemunrecht und Unrechtssysteme. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 106, Berlin: Walter de Gruyter, 1994.

MEZGER, Edmund. Rechtsirrtum und Rechtsblindheit. Probleme der Strafrechtsrenewierung. *Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70 Geburtstag*. Berlin, 1944.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 53.

Karlsruhe: C.F. Müller, SCHROTH, Hans-Juergen. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*. Gießen: Brühlscher, 1993.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. Daniela Bruckner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fasc. 1, p. 529-558, Madrid: Ministerio de Justicia, enero-abril 1988.

_____. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Karlsruhe: C.F. Müller 1995.

_____. La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea. *Constitución Europea y derecho penal económico. Mesas redondas de derecho y economía*. Madrid: Ramón Areces, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal. *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada 14*. Madrid: CGPJ, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift*. Frankfurt am Main: C. H. Beck, 1988.

_____. Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. 2, Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Notas

- (1) Por exemplo, admitem a tomada de medidas desligadas da culpabilidade em desfavor das pessoas jurídicas criminosas (SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. Daniela Bruckner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fasc. 1, p. 529-558, Madrid: Ministerio de Justicia, enero-abril 1988, p. 551-554; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 124).
- (2) BUSCH, Richard. *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*. Leipzig: Weiche, 1933. p. 181.
- (3) SCHROTH, Hans-Juergen. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*. Gießen: Brühlscher, 1993. p. 203 e ss.
- (4) HAFTER, Ernst. *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*. Berlin: Springer, 1903. p. 94 e ss.
- (5) HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas*. Trad. Patricia Ziffer. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. t. III, p. 109 e ss.

- (6) HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal* cit., p. 122-123.
- (7) HAFTER, Ernst. *Die Delikts-und Straffhigkeit der Personenverbände* cit., p. 95.
- (8) HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal* cit., p. 136.
- (9) A contradição é apontada por Carlos Gómez-Jara Díez (La culpabilidad de la persona jurídica. In: FERNÁNDEZ, Miguel Bajo; SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2012. p. 158.
- (10) HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal* cit., p. 137.
- (11) Assim, por exemplo, EHRHARDT, Anne. *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994. p. 186 e ss.
- (12) EHRHARDT, Anne. *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe* cit., p. 192.
- (13) LAMPE, Ernst J. Systemunrecht und Unrechtssysteme. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 106, Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 683 e ss.
- (14) HEINE, Günter. New developments in Corporate Criminal Liability in Europe: can europeans learn from the American Experience or viceversa? *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 1998, p. 187-191.
- (15) A expressão *kriminalell Anfällig* é usada por Lampe (LAMPE, Ernst J. Systemunrecht und Unrechtssysteme cit., p. 697).
- (16) Assim opina Günter Heine em HEINE, Günter. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006. p. 47-51.
- (17) A circunstância não passou despercebida pela doutrina, conforme se vê em SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal. *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada* 14. Madrid: CGPJ, 2001. p. 324; GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad. *Iustel, Revista General de Derecho Penal*, 16 (RI §410993), 2011, p. 13.
- (18) O tema da culpabilidade por condução de vida foi tratado por Mezger (MEZGER, Edmund. *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit. Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70 Geburtstag*. Berlin, 1944. p. 180 e ss.). Sobre o perfil do direito penal nazista e a contribuição de Edmund Mezger para sua construção, veja-se MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, especificamente mencionando a culpabilidade por condução de vida.
- (19) DANNECKER, Gerhard. Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, p. 112 e ss. Um bom resumo de seus argumentos pode ser encontrado em DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Penal*, n. 7, Salamanca: La Ley, 2001, especialmente p. 47-48, em que o autor trata da capacidade de culpabilidade da empresa.
- (20) Veja-se TIEDEMANN, Klaus. Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift*. Frankfurt am Main: C. H. Beck, 1988. p. 1.169 e ss. Há versão espanhola como TIEDEMANN, Klaus. Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. 2, Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 11 e ss., especialmente p. 28-30. Aderindo a essa perspectiva, veja-se, por exemplo, BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 88.
- (21) TIEDEMANN, Klaus. Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität cit., p. 1.172.
- (22) Idem, ibidem.
- (23) Idem, ibidem.
- (24) Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica cit., p. 165-166. Mais detalhadamente em GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 156 e ss.
- (25) Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica cit., p. 167. Mais detalhadamente em GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa* cit., p. 201 e ss.
- (26) Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica cit., p. 168. Mais detalhadamente em GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa* cit., p. 221 e ss., especialmente p. 228-231.
- (27) Veja-se as críticas em CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 67 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea. *Constitución Europea y derecho penal económico. Mesas redondas de derecho y economía*. Madrid: Ramón Areces, 2006. p. 154.
- (28) Veja-se críticas em ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Trad. de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 53; SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, p. 217 e ss.
- (29) GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010 cit., p. 10-11.
- (30) BUSATO, Paulo César. Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 359 e ss.

Paulo César Busato

Doutor em Direito Penal pela
Universidade Pablo de Olavide, Espanha.
Professor Adjunto de Direito Penal da UFPR.
Procurador de Justiça do Ministério
Público do Estado do Paraná.

Alex Wilson Duarte Ferreira

Assessor do Ministério Público do
Estado do Paraná e Pesquisador do Grupo de
Pesquisas Modernas Tendências do Direito Penal.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho

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

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emly 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 Barrilari, 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 Suguimori 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, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone

Louveira, Leonardo Biagioni de Lima, Luis 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, Octavio 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, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinicius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drummond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Amorim 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 - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.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

Com a palavra, o estudante

Impossibilidade de progressão de regime por não pagamento de multa

Emanuela dos Santos Silva

Introdução

O presente artigo tem o intuito de tecer breves considerações acerca do tema “impossibilidade de progressão de regime por não pagamento da multa”, assim como analisar o posicionamento do STF sobre o assunto.

No dia 08.04.2015 o Plenário do STF indeferiu o pedido de progressão para o regime aberto do ex-deputado Romeu Queiroz, condenado na APn 470 pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Foram utilizadas como fundamentos para a negatória a falta de pagamento da pena de multa imposta e a não comprovação da sua incapacidade econômica.

1. Pena de multa e pena privativa de liberdade

A pena de multa e a pena privativa de liberdade encontram-se previstas no art. 5.º da CF, nas letras *c* e *a*, do inc. XLVI, respectivamente.

Preliminarmente, é preciso falar sobre as diferenças existentes entre a pena de multa e a pena privativa de liberdade, provando que ambas, mesmo sendo sanções criminais, possuem tratamento diferenciado.

A pena de multa, conforme entendimento do STJ e de parte da doutrina, após transitado em julgado, terá seu valor inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, aplicando-se, portanto, as normas descritas na Lei 9.268/1996.

Depreende-se que a execução da multa será promovida pela Fazenda Pública, possuindo caráter extrapenal, diferentemente da pena privativa de liberdade, que terá sua execução regida pela Lei de Execução Penal, sendo, assim, de competência da Justiça criminal.

Nota-se que o pagamento da pena de multa em nada deve influenciar no andamento do cumprimento da pena privativa de liberdade, visto que o acusado pode estar preso e sem quitar a pena de multa, a qual poderá ser cobrada como dívida em tempo oportuno, procedimentos paralelos e distintos.

Nesse diapasão, foram revogados os parágrafos que constavam no art. 51 da LEP, que previam a possibilidade de conversão da pena pecuniária em pena privativa de liberdade quando ocorresse o inadimplemento da primeira.

As mudanças ocorreram para atender às determinações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assinada pelo Brasil, a qual preza pela proibição de prisão por dívida.

Dessa forma, é injustificável a pessoa ficar em regime mais severo, que restringe mais, tendo como fundamento único o não pagamento de multa, sendo evidente a incongruência da decisão proferida.

Cabe ressaltar que o fato de ter havido essas alterações não retirou da pena de multa o seu caráter de sanção criminal, como bem fundamentou o STF na sua decisão, todavia, não se pode negar que os graus de interferência dessas sanções são totalmente distintos, sendo que uma pesa bem mais sobre o indivíduo que a outra. Mostra-se nítido que existe um grau de gravidade maior a depender da pena, desse modo, mais uma vez se afirma que são penas de natureza penal, porém com tratamentos diferenciados.

E quando se fala em progressão de regime, o texto do Código deixa claro que se trata da variação do grau da privação de liberdade, e não da pena de multa.

O princípio da pessoalidade que rege a aplicação do Direito Penal garante que a pena não passará da pessoa do condenado, sendo restrita somente ao indivíduo condenado. É o que acontece com a privação de liberdade. Entretanto, a pena de multa não cumpre com esse princípio, podendo sofrer o ônus do pagamento terceiros que decidam pagá-la para beneficiar o condenado.

Revela-se uma flexibilização que não existe na pena privativa de liberdade. Isso reacende a diferença do tratamento dos regimes. Na verdade, apesar de carregar o nome de pena, é notório que elas afetam bens jurídicos distintos – a liberdade e o patrimônio econômico.

2. Violação ao princípio da legalidade

Dentre os princípios regentes do Direito Penal, o princípio da legalidade é, sem dúvidas, um dos mais importantes. Advindos das conquistas humanistas tão bem fomentadas pelo grande **Cezare Beccaria**, este princípio é uma garantia constitucional para o acusado, o qual só poderá ser condenado por lei anterior, certa, escrita e estrita.

Nessa perspectiva, para cumprir com os ditames da taxatividade, derivada do princípio da legalidade, o ordenamento proíbe interpretações extensivas, com o intuito de criar condutas e possibilidades não descritas, que sejam prejudiciais ao réu. Dessa maneira, orienta-se que, ao ler o dispositivo penal, ele seja interpretado de maneira restrita, a fim de evitar possíveis discricionariedades e dissonâncias.

Partindo desse ponto, o art. 112 da LEP deixa bem claro que a *pena privativa de liberdade* será executada de forma progressiva, não estabelecendo em nenhum momento como requisito para a concessão do benefício o pagamento de multa.

Por esse motivo, adverte-se que essa decisão prolatada pelo STF feriu de morte o princípio da legalidade, encaminhando-se para o campo da inconstitucionalidade.

Prosseguindo a leitura dos artigos, não se observa em nenhum momento a menção da quitação da multa como requisito para a progressão. Portanto, os requisitos estabelecidos em lei são: a obrigatoriedade do cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário. A progressão do regime é um direito subjetivo do réu, dessa forma, preenchidos os requisitos, a concessão se impõe.

Ademais, conclui-se da leitura do art. 170, § 1.º, da LEP a possibilidade de o acusado obter livramento condicional mesmo sem ter resgatado a multa. É o que se extrai da inteligência do artigo:

“§ 1.º Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste Capítulo”.

Dessa forma, acredita-se que quem pode o mais, o livramento condicional, que é sem dúvida garantia bem mais benéfica ao réu, pode o menos, progredir no regime, que tem um grau de benevolência menor que o livramento condicional.

É somente uma questão de boa interpretação, sempre em benefício do réu, que é a única permitida. Por conseguinte, qualquer decisão que endureça os critérios para a progressão de regime será suspeita de inconstitucionalidade por flagrante violação à taxatividade.

3. Conclusão

Diante do exposto, não se deve vincular a falta de pagamento da pena de multa à impossibilidade de progressão de regime, por se tratar de regimes diferenciados, sendo clara a incoerência lógica da aplicação. Além disso, é evidente que esse modo de pensar afeta diretamente o princípio constitucional da legalidade estrita. Não há fundamento no argumento de que deliberado descumprimento de decisão judicial deve impedir a progressão de regime.

Referências bibliográficas

- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- _____. *Dec. 678, de 06.11.1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm].

- _____. *Lei 7.210, de 11.07.1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>.
- _____. *Lei 9.268, de 01.04.1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9268.htm>.
- _____. STJ, AgRg no REsp 1.347.767/MG (2012/0213018-7), 5.ª T., rel. Marilza Maynard, v.u., DJe 15.02.2013. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288980>].

Emanuela dos Santos Silva

Estudante do 8.º semestre da graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Patronato de Presos e Egressos da Bahia. Pesquisadora no Laboratório de Ciências Criminais de Salvador e membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

Descasos

Bruno, ou variações sobre o mesmo tema

Alexandra Lebelson Szafir

Sei que estou sendo repetitiva. Em minha defesa, só tenho a dizer que repetitivos são alguns membros da Polícia Militar, que insistem em repetir as mesmas táticas, que um dia já funcionaram. Em época de câmeras de segurança e aparelhos de telefone celular dotados de filmadora, maus policiais – que acredito serem uma minoria – tendem a se arriscar cada vez mais a serem expostos.

Os noticiários, recentemente, deram grande destaque a uma operação da PM, em que dois suspeitos de tentar roubar uma motocicleta foram mortos em um suposto confronto com os milicianos.

Acontece que as imagens das câmeras de segurança existentes no local dos fatos contaram uma história diferente. Mostraram um dos suspeitos saindo de trás de uma caçamba de lixo e tirando a camisa para mostrar que estava desarmado. A imagem seguinte mostra o suspeito deitado no chão e algemado. Até aí, tudo como devia ser. Eis que, de repente, já prenunciando o que estava por vir, o suspeito é desalgemado e levado para uma área fora do alcance das câmeras. Disparam-se tiros e a cena seguinte é um policial pegando uma arma na viatura, a qual seria colocada na mão do executado, com o fim de simular que este estava armado.

A execução do outro suspeito, gravada por meio de um telefone celular, consegue ser ainda mais chocante: algemado, ele é jogado do alto de um telhado! Logo em seguida, ouvem-se dois tiros. Não é preciso ser nenhum gênio para saber em quem foram disparados.

A história de Bruno, defendido pelo hoje juiz Roberto Luiz Corcioli Filho, quando ainda exercia as suas funções junto à Defensoria Pública de São Paulo, é mais uma dessas. Felizmente, ele não acabou morto.

Ele dirigia um Fusca, quando recebeu da PM a ordem de parar. Desobedeceu porque acabara de completar 18 anos e dirigia sem habilitação. Nervoso, bateu o carro na esquina seguinte. O amigo que o acompanhava saiu do carro e se deitou no chão. Bruno preferiu sair correndo.

A partir daí, há duas versões conflitantes sobre os fatos: a dos policiais, de que Bruno teria disparado tiros contra um miliciano, o qual revidou, atingindo Bruno. Esta versão é “corroborada” por uma arma supostamente encontrada no telhado de uma casa das redondezas. Também “encontraram” drogas (maconha e cocaína) no interior do veículo.

A outra versão dos fatos é a do próprio Bruno, segundo a qual ele não portava arma ou drogas. Simplesmente, saiu correndo e foi alvejado. Esta é confirmada pela própria dinâmica dos fatos: é muito significativo que ele tenha sido atingido *nas costas*!

Ademais, o amigo de Bruno afirmou não ter conhecimento de arma ou drogas no automóvel e não ter ouvido qualquer disparo, que não os efetuados pelo policial, um dos quais atingiu Bruno.

O que de fato aconteceu é óbvio para quem quiser ver: depois de uma ação desastrosa da polícia militar, os milicianos tentaram encobrir o próprio erro, fabricando uma arma que nunca existiu. Mas era preciso mais: era necessário um motivo para Bruno sair atirando; daí, as drogas.

O Dr. Roberto pediu e obteve a liberdade provisória, mas enfrentou outro problema: fazer cumprir o alvará de soltura. O documento, expedido e entregue no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros em uma sexta-feira, só foi cumprido, após a intervenção do Juízo, na tarde da terça-feira seguinte. O motivo? A queda de um poste telefônico.

A farsa daqueles policiais foi coroada com uma sentença de pronúncia e, ao final, o Conselho de Sentença tendo respondido negativamente ao quesito relativo à tentativa de homicídio, a decisão final ficou a cargo do juiz, o qual o condenou por resistência, porte de drogas e porte ilegal de arma de fogo. Na sentença, o magistrado admitiu que havia “*certa divergência entre depoimentos testemunhais*”, mas se valeu da velha (e batida) frase segundo a qual “*a palavra dos policiais militares é válida para fundamentar a condenação pelos crimes descritos, quando ausente nos autos qualquer razão para desconfiar de sua palavra*”. Em seguida, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva.

Como assim, “ausente qualquer razão”?

Como eu disse no início deste texto, sei que estou sendo repetitiva. Mas o que nos resta a fazer, senão denunciar?

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



Sinônimo de sorte para os
Maias, Egípcios e Mesopotâmicos,
o **número 23** realmente
é repleto de histórias.

**Para o IBCCRIM, vinte e três significa muito mais:
é a quantidade de anos que um sonho tem
norteado a razão de existirmos.**

Você faz parte da nossa história.
Muito obrigado por participar e acreditar!



IBCCRIM