

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

O IBCCRIM COMO AMICUS CURIAE

A partir de meados de 2010, com a criação da Comissão Especial de *Amicus Curiae*, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais passou a contar com mais uma forma de desempenhar suas missões institucionais, agora por meio da intervenção direta nas discussões constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A criação da Comissão em tal momento está estreitamente ligada à ampliação dos temas penais e processuais submetidos ao controle constitucional daquela Corte. Ampliação que se deve, principalmente, à estrutura regimental atribuída à repercussão geral nos recursos extraordinários, mas também ao incremento de questionamentos da mesma natureza em ações de controle direto, certamente provocada por uma maior conscientização, ainda em plena expansão, a respeito da conexão estrutural da matéria penal com o tema dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

Assim, temas como a ocorrência de *bis in idem* na aplicação da agravante pela reincidência, o atrito entre o tipo penal da apologia ao crime e a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, a disciplina da prisão temporária e a do regime disciplinar diferenciado, bem como a autorização para o aborto de fetos anencéfalos, aguardam hoje julgamento pelo Plenário do STF quanto à sua constitucionalidade.

Sendo função do *amicus curiae*, ou, simplesmente, amigo da corte, contribuir para a discussão da matéria pelos magistrados, fornecendo elementos e informações relevantes para o deslinde da questão constitucional, sem tomar a posição desta ou daquela parte, o Instituto tem evidentemente muito a oferecer.

Com quase vinte anos desde sua fundação, o Instituto conta com um qualificado corpo de associados e com sólida e variada produção acadêmica que lhe coloca em posição privilegiada para contribuir com as discussões do STF em matéria penal e processual penal. Desde suas publicações (*Revista, Boletim e Monografias*), passando, especialmente, pelos debates desenvolvidos seja no Seminário

Internacional, seja nas Mesas de Estudos e Debates e em outros eventos promovidos, e também pelo acervo de sua biblioteca, um dos mais completos no País, a alocação de todos esses recursos para a contribuição como amigo da corte descortina uma nova forma de o Instituto promover aquela que é sua missão primordial: a defesa do respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal.

Sendo função do
amicus curiae,
ou, simplesmente,
amigo da corte,
contribuir para a
discussão da matéria
pelos magistrados,
fornecendo elementos
e informações
relevantes para o
deslinde da questão
constitucional, sem
tomar a posição
desta ou daquela
parte, o Instituto tem
evidentemente muito
a oferecer.

Apesar da saudável amplitude quantitativa das questões hoje submetidas ao controle constitucional do STF, o Instituto somente pleiteará admissão nos casos estritamente ligados à sua missão institucional. Em consonância com tal diretriz, a Comissão requereu admissão na *ADPF 187*, que trata dos conflitos entre o tipo de apologia ao crime e a liberdade de manifestação do pensamento, que foi deferida pelo Ministro **Celso de Mello** no último dia 14 de abril. Em pesquisa, encontram-se mais dois temas colocados ao STF no controle abstrato: os questionamentos sobre certos aspectos da prisão temporária e sobre o regime disciplinar diferenciado. Os temas foram escolhidos a partir de sua afinidade com os objetivos do Instituto e não implicam em tomada de posição contra ou a favor de alguma das partes nas causas, mas sim em contribuição à Corte para uma visão ampla e crítica das questões colocadas.

Com a possibilidade de admissão do *amicus curiae* no controle constitucional realizado no âmbito dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, o leque de questões submetidas ao STF tem ampliado diariamente, o que motivou o Instituto, neste ano de 2011, a firmar convênio com a Escola de Direito da FGV-SP para o desenvolvimento de pesquisas que auxiliem tanto a seleção dos casos para pedido de admissão como a preparação dos respectivos memoriais.

Por meio da atuação como amigo da corte, o Instituto poderá, pela primeira vez, disponibilizar diretamente à alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro todo o arcabouço de conhecimento que tem reunido nesses já quase vinte anos de existência.

EDITORIAL:

O IBCCRIM COMO AMICUS CURIAE

- COMPLIANCE E O DIREITO PENAL
Sérgio Salomão Shecaira e
Pedro Luiz Bueno de Andrade.....2
- BREVES NOTAS SOBRE A NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO
Eugênio Pacelli de Oliveira.....4
- LEI DO SALÁRIO MÍNIMO E OS DELITOS
TRIBUTÁRIOS: NEM TUDO MUDA
Davi de Paiva Costa Tangerino.....6
- ÍNDIO É ÍNDIO
Guilherme Madi Rezende.....7
- REMIÇÃO DE PENA NO PROJETO
DE LEI N. 7.824/10 (REMIÇÃO PELO
ESTUDO, CÔMPUTO E PERDA
DOS DIAS REMIDOS)
Renato Marcão.....8
- CONCLUSÃO DA PALESTRA:
DIREITOS HUMANOS E REFUGIADOS
Olivia Bueno.....10
- PALAVRAS SOBRE DEMÔNIOS: DO
DIABÓLICO AO TRANSCENDENTE
Bruno Amabile Bracco.....12
- O TITUBEANTE POSICIONAMENTO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A INCONTESTÁVEL NECESSIDADE DE
FUNDAMENTAR-SE A DECISÃO
DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA
Rafael Serra Oliveira.....14
- RESPONSABILIDADE PENAL DA
PESSOA JURÍDICA E A PENA DE
DIVULGAÇÃO DA SENTENÇA:
BREVE ESTUDO DE SUA
(IN)VIABILIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO
Eduardo Luiz Santos Cabette.....15
- A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NA
DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA: UMA
HIPÓTESE DE COMPORTAMENTO
PÓS-DELITIVO POSITIVO E SUA
FUNDAMENTAÇÃO À LUZ DOS FINS
PREVENTIVOS DA PENA
Pedro Paulo da Cunha Ferreira.....16
- REFORMA POLÍTICA E IGUALDADE NO
JUDICIÁRIO: REFLEXÕES SOBRE O FORO
ESPECIAL - CONCLUSÕES SOBRE A
MESA DE ESTUDOS E DEBATES
Eleonora Rangel Nacif.....17
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE
QUANDO O PROBLEMA NÃO
É A PROSTITUIÇÃO
Renato Watanabe de Moraes.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- DIREITO PROCESSUAL PENAL.
MANDADO DE SEGURANÇA. LESÃO
A DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
CONCESSÃO DA SEGURANÇA.
GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL DE
AUDIÊNCIA PELA DEFESA. 1457
- EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR
GRAVE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.
"MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - CONSELHO
NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E
PENITENCIÁRIA" 1457

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1458
- Superior Tribunal de Justiça1458
- Superior Tribunal Militar1459
- Tribunais Regionais Federais1460
- Tribunais Regionais Eleitorais1461
- Tribunais de Justiça1462

COMPLIANCE E O DIREITO PENAL

Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade

Dois artigos recentes analisaram a questão do *compliance* em matéria de direito penal para um grande público. **Giovani A. Saavedra** discutiu o tema, com muita propriedade, no *Boletim* de janeiro (*Reflexões iniciais sobre criminal compliance*, p. 11/12), destacando o quanto ainda pouco se sabe sobre o assunto. **Leandro Sarcedo** e **Jonathan Ariel Raicher** destacaram, na página de legislação do *Jornal Valor Econômico* (29.03.2011, p. E2), a relação existente entre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, recentemente implantada na Espanha, e a ideia de *compliance*. Embora tenha sido muito bem versado pelos autores, o tema merece ser revisitado.

Nos anos 30, em função da grave crise decorrente do *crack* da Bolsa de Nova York, nasce uma discussão sobre os modelos que seriam implantados pela política do *New Deal*. Na época, em face da grave crise do sistema ultraliberal americano, optou-se pela criação de agências reguladoras que pudessem, a partir do Estado e da sociedade civil, estabelecer um controle vertical das atividades empresariais. Nos anos 90 do século passado, no entanto, surge um novo mecanismo compensatório das radicais políticas neoliberais praticadas pelas próprias empresas. Trata-se do *compliance*: códigos internos de prevenção, organização e controle concebidos para evitar fatos delitivos.⁽¹⁾

A abrangência dos programas de *compliance* alcança diferentes esferas da atividade empresarial. Vai dos códigos de prevenção em matéria ambiental ou em defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do

exercício de atividades laborais etc.

Tais programas intraempresariais preveem exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas atéticas; e a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado.⁽²⁾ O arsenal de medidas, talvez ainda distantes de nossa cultura empresarial, tem, dentre outras providências, a adoção da figura do *whistleblowers*, ou “denunciante cívico”, pessoas que são incentivadas a levar ao conhecimento interno atitudes que ofendam a ética empresarial estabelecidas nos programas de *compliance*.

Esses padrões originalmente americanos de controle dos ilícitos, a que podemos denominar *voluntaristas*, não são necessariamente diversos do modelo *intervencionista* adotado na Europa e no Brasil. Ademais, o domínio dos padrões neoliberais levou o território europeu a mesma cultura dos padrões éticos e jurídicos do *common law*. Não por outra razão, a adoção da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas na Espanha, país que ainda se mantinha refratário à inovação dogmática de cariz anglo-americano, ensejou um grande debate sobre o *compliance*. A “febre” espanhola produziu um arsenal de artigos e livros recentes sobre o tema,⁽³⁾ mostrando que o assunto veio para ficar. Ademais, a adoção do art. 31, *bis*, no

ordenamento espanhol pode determinar uma ampliação da discussão no que tange às causas excludentes de responsabilidade empresarial pelo cometimento de crimes.

O Brasil, ao instituir a responsabilização criminal das pessoas jurídicas na Lei ambiental (Lei 9.605/98), de forma lacônica e lacunosa, perdeu, na ocasião, grande chance de pensar hipóteses minorantes e excludentes de responsabilidade corporativa, caso medidas internas de prevenção fossem adotadas segundo programas sérios de atuação ética preventiva. O *compliance* pode vir a ser um novo instrumento legal no âmbito jurídico interno para prevenção de responsabilidades criminais, daí porque a expressão “*criminal*” pode vir a ser utilizada como adjetivo de *compliance*, como o fez **Giovani Saavedra**, no título de seu artigo publicado no *Boletim*.

Nossa expectativa é que cheguemos a um estágio de pensamento civilizatório em que a *ética empresarial* deixe de ser uma contradição em termos. A conferir.

NOTAS

- (1) NIETO MARTÍN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, p. 215.
- (2) Op. cit., p. 232/233.
- (3) Merecem destaque, dentre outros, os escritos de **Adan Nieto Martín**, já citado, e **Carlos Gomez-Jara Diez**, que recentemente ministrou conferência na USP a convite do IBCCRIM e do Departamento de Direito Penal daquela instituição de ensino.

Sérgio Salomão Shecaira

Ex-presidente do IBCCRIM.
Professor Titular de D. Penal da USP.

Pedro Luiz Bueno de Andrade

Advogado criminal.

PARTICIPE POR ACREDITAR

SIMPÓSIO DE INAUGURAÇÃO DOS TRABALHOS DO INSTITUTO CAPIXABA DE ESTUDOS CRIMINAIS - ICEC

O evento apresentará o Instituto Capixaba de Estudos Criminais - ICEC, criado para a comunidade acadêmica. O objetivo do Instituto é fomentar o estudo, a discussão e a produção acadêmica na área criminal.

Palestra com o Professor Geraldo Prado

Data: 13.05.2011 (sexta-feira)

Hora: 18h30

Local: Auditório da OAB/ES

Endereço: Rua Alberto de Oliveira Santos, 59 - 3º e 4º andares - centro, Vitória/ES

Informações e inscrições:

Faculdade de Direito de Vitória - FDV: Rua Dr. João Carlos de Souza, 779 - Santa Lúcia - Vitória - Tel: (27) 3041-3672

Faculdades Integradas Espírito-santenses - FAESA: Av. Vitória, 2.220 - Monte Belo - Vitória - Tel: (27) 2122-4100

Escola Superior de Advocacia - ESA - OAB/ES: Rua Alberto de Oliveira Santos, 59 - 15º andar, centro - Vitória - Tel: (27) 3232-5613

Apoio/patrocínio: Editora Lumen Juris e IBCCRIM

Realização: Escola Superior de Advocacia da OAB/ES

PARTICIPE POR ACREDITAR

17ª EDIÇÃO DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.

Saiba como ser nosso parceiro.

Escritórios de advocacia de todo o Brasil patrocinam todos os anos a realização dos Seminários Internacionais do IBCCRIM. Você também pode ser nosso parceiro na 17ª edição do evento, que acontecerá entre os dias 23 e 26 de agosto de 2011.

Anteça-se para figurar e ao mesmo tempo assegurar suas vagas neste grande encontro que qualificará ainda mais você e sua equipe de profissionais, tornando-se patrocinador oficial do **17º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM.**

Escritórios patrocinadores:

Advocacia Casagrande (SP)
Advocacia Mariz de Oliveira (SP)
Almeida Castro Advogados Associados (DF)
Arns de Oliveira e Andreazza Advogados Associados (PR)
Barandier Advogados Associados (RJ)
Bitencourt & Naves Advogados Associados (DF – RS)
Campos Júnior, Pires & Pacheco Advogados (MG)
Carla Rahal Benedetti Advocacia Criminal (SP)
Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados (SP)
Clodomir Araujo Advogados Associados (PA)
Coelho, Costa, Alves e Zacris Advogados (SP)
Davi Rechulski Advogados (SP)
Décio Freire & Associados (MG)
Delmanto Advocacia Criminal (SP)
Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
Escritório Professor René Dotti (PR)
Fragone Advogados (SP)
Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE - SE - RJ)
Ivahy Badaró Advogados Associados (SP)
Joyce Roysen Advogados (SP)
Law & Liberatore Advogados (SP)
Luchione Advogados (RJ)
Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
Márcio Thomaz Bastos Advogados (SP)
Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados (SP)
Mario de Oliveira Filho e Oliveira Advogados Associados (SP - RJ - DF)
Massud e Sarcedo Advogados Associados (SP)
Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
Moraes Pitombo Advogados (SP - RJ - DF)
Morais - Advogados Associados (SP)
Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP - RJ - DF)
Oliveira Campos Advogados (ES)
Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados (SP)
Ruiz Filho e Kauffmann Advogados Associados (SP)
Saad Gimenes Advogados Associados (SP)
Silvio & Gustavo Teixeira Advogados Associados (RJ)
Siqueira Castro - Advogados (SP - RJ - DF - CE - MG - AS - RS - PE - RN - PB - SE - ES - AL - PI - MA - AM - PA - GO - LISBOA - LUANDA)
Tofic e Fingerhann Advogados (SP)
Toron, Torihara e Szafir Advogados (SP)
Vilardi e Advogados Associados (SP)
Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados (SP)
Zenkner Schmidt, Poeta & Feldens Advogados Associados (RS)

Acesse: www.ibccrim.org.br/seminario

Informações: Seção de Comunicação e Marketing, (11) 3111-1040, ramal 175, alexandre@ibccrim.org.br e simone@ibccrim.org.br.



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSORES DA PRESIDÊNCIA:

Adriano Galvão

Rafael S. Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto Silva Franco

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES

DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Luciano Anderson de Souza

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CORRETORA DOS TRABALHADOS DE CONCLUSÃO

DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires Mendes

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

BREVES NOTAS SOBRE A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Eugênio Pacelli de Oliveira

É lição antiga – e sempre renovada – não ser possível discutir o processo penal *desapaixonadamente*. A aludida palavra, a insinuar o ato *sem paixão*, deveria mesmo existir. É que, superado, há tempos, o mito da neutralidade do sujeito *cognoscente* – superada também a filosofia da consciência do sujeito – as letras jurídicas, sobretudo aquelas voltadas para a *práxis*, ressentem-se de uma tradução mais clara que a simples ideia de *racionalidade*. Por isso, uma abordagem *desapaixonada* seria aquela na qual o intérprete, à saída, levasse a sério o compromisso de *descobrir* ou de *desvelar* o outro na interpretação, isto é, a *alteridade* do texto (leis, Constituição, universo normativo, enfim).

Tais considerações vêm a propósito de recente (e crescente) movimentação constatada em domínios brasileiros do Direito Processual Penal, na qual se busca, e, por vezes, sem sequer o abrigo seguro da *argumentação*, a justificação para *superdimensionamento* do alcance de determinados princípios constitucionais. Em tempos de pós-positivismo e de ampliação dos espaços democráticos, a formatação dos horizontes de sentido das normas constitucionais submete-se às variações de humores e leituras, segundo seja a perspectiva com a qual se vai ao texto, passando a exigir, então, maiores cuidados e cautelas.

A Constituição da República assegura o *direito de permanecer em silêncio* a todos quantos se vejam submetidos à persecução penal. Protege-se, efetivamente, da *consciência moral* (o não constrangimento da mentira), a integridade física e psíquica dos cidadãos contra ingerências corporais abusivas e desnecessárias, passando pelo controle de racionalidade e de eficiência da decisão judicial, particularmente nos julgamentos perante os tribunais do júri – como ocorre nos EUA – dispensados do dever de fundamentação de seus julgados. Aliás, aí daquele que se recusa a depor perante um tribunal desta natureza: submeter-se-á ao indefectível *quem cala consente*...

Mas, enfim, quais seriam os limites de aplicação do nosso *nemo tenetur se detegere*? Acaso manteríamos a paridade com os ordenamentos que nos serviram de inspiração? Acaso, necessitaríamos de uma *adaptação* aos eventuais abusos nacionais?

Em obra doutrinária de nossa autoria, na companhia de **Douglas Fischer**, intitulada *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, em 2ª edição (2011), publicada pela Editora Lumen Juris, fizemos breves anotações acerca da *garantia* da não incriminação, presente em todos os ordenamentos do mundo civilizado.

Aqui, ao voltarmos ao tema, reproduziremos o texto da citada obra, para, em seguida, acrescentarmos as notícias pertinentes ao

tema vindas de outros sistemas normativos, incluindo os Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos. Para, ao final, ratificarmos nossas conclusões: no Brasil, e somente aqui, chega-se a extremos interpretativos do texto constitucional, pugnando-se por uma aplicação de garantias e supostos direitos não encontrados nos mesmos povos civilizados aos quais nos referimos.

Eis o trecho da obra:

“187.3. *Direito de mentir?: Não é incomum encontrar-se opiniões no sentido de que o princípio do nemo tenetur se detegere abrangeria também um suposto direito à mentira, sobretudo em relação aos fatos, devendo o réu, porém, informar corretamente sua identidade.*

“*Bem, que não há direito algum à prestação de informações falsas não pode restar dúvidas. Aliás, se o réu acusar terceiro como autor do fato, sabendo-o inocente, poderá até responder por denúncia caluniosa, na medida em que pode não se mostrar inteiramente justificada (excludente de ilicitude) a conduta, mesmo que em defesa de seu interesse. Pode-se mesmo aceitar que o réu elabore qualquer versão em seu favor; o limite seria o tangenciamento voluntário a direitos alheios, quando ciente da inocência alheia. É claro, por certo, que haverá situações, sobretudo envolvendo concurso de agentes, que a atribuição de fato ou responsabilidade a outro, igualmente processado, ou em situação de sê-lo, estará plenamente justificada pelo contexto das circunstâncias.*

“*De modo que não existe direito algum à prática de violação ao Direito. Não existe também qualquer direito à fuga como já mencionado em alguns setores de nossa prática forense. Uma coisa é admitir-se a situação de premência pessoal daquele ameaçado pela privação da liberdade; pode-se aceitar o seu comportamento de fuga – sem danos a terceiros – como ato inerente à humanidade intrínseca. Do ponto de vista do Direito, porém, não se cuidará de direito subjetivo, mas de ato eventualmente justificado pelas circunstâncias (e não pelo Direito). Do mesmo modo, não constitui direito do réu a apresentação de documentação falsa para eximir-se do processo, até porque o falsum não esgotaria sua potencialidade lesiva naquele processo.*

“*Causa-nos profunda estranheza e pesar – por que não dizê-lo – recente decisão de Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Arg. Incons. 990.10.159020-4 – 2010), no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 305 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – afirmando, então, a suposta existência de um direito à omissão de socorro, que estaria legitimado pela finalidade de se evitar a autoincriminação. O equívoco na decisão é manifesto, seja quanto à fundamentação, seja quanto à extensão, e, sobretudo, quanto às consequências do*

julgado. Confundiu-se, ali, e, infelizmente, como ocorre em outros tribunais, conceitos básicos da teoria do direito. Ao recusar a validade abstrata da exigência de prestação de socorro, retirou-se, com efeito, o dever de assistência à vítima do acidente de trânsito. Aliás, o equívoco do tribunal – e de boa parte da doutrina nacional – vai na contramão de direção de toda a legislação e doutrina do Direito Comparado. Está-se criando no Brasil – e somente aqui! – um conceito absolutamente novo da não autoincriminação, ausente nos demais povos civilizados. Não há mesmo precedente em outro universo normativo. A prestação de socorro à vítima não decorre de mero dever de solidariedade humana; vai além, decorre de dever jurídico, imposto pelas legislações mundo afora (rapidamente: Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Estados Unidos, Argentina, etc.).

“*E mais. Não se encontra o aludido direito a não autoincriminação em nenhum Tratado Internacional. O que neles se contém é o direito a permanecer em silêncio e a não sofrer ingerências abusivas e ilegais, o que nada tem que ver com o quanto decidido pelo Tribunal paulista.*

“*O autor do fato da omissão tem o mesmo dever jurídico de prestar socorro, quando puder fazê-lo sem risco pessoal, tenha ele causado ou não a situação de risco (acidente). O receio quanto a ser pego, processado e condenado criminalmente, se é que, nesse caso, poderia ser considerado relevante, se enquadraria no âmbito da culpabilidade – inexigibilidade de conduta; jamais no campo do direito subjetivo. Antes de ser direito é dever (de socorro), oponível a todos: excepcionalmente, ao exame de cada situação concreta, é que se poderia pensar no reconhecimento de justa causa (excludente suprallegal de ilicitude) ou, repita-se, de exclusão da culpabilidade.*

“*Esperamos que, no futuro, não se vá reconhecer eventual direito subjetivo ao homicídio, para fins de evitação da prisão pela prática de outro crime qualquer...*”

Ao referido texto faríamos apenas uns breves acréscimos, com o objetivo – único – de oferecer informações sobre o *nemo tenetur se detegere*: nenhum texto de tratado internacional abriga as pretensões de extensão da não autoincriminação para além de suas forças, isto é, como o *direito* (esse sim!) de *não depor contra si e nem se declarar culpado* e como garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas. Nos EUA, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, na França, em Portugal etc. etc., colhem-se impressões datiloscópicas, material para exame de DNA, fotografias (frente e verso), desde que autorizado na forma constitucional (em geral, pelo Judiciário). Nada há que sustente um suposto *direito* à fuga, ou um suposto *direito* a não prestar socorro, bem se vê. Ora, se o réu tivesse

direito subjetivo à fuga, seriam varridas do mapa as prisões em flagrante e por mandado judicial (o que até, talvez, não seja má ideia, mas jamais sob tal frágil fundamentação!).

Tais ações, quando muito, e sempre condicionada às circunstâncias concretas de cada situação e agente, poderão ser *justificadas*, isto é, *toleradas*, tal como ocorre, por exemplo, com o estado de necessidade. Não qualificam, porém, direito subjetivo. Se fosse assim, o dono da coisa que estivesse sob o risco de destruição por terceiro, a atuar em estado de necessidade de outro, não a poderia proteger. Ou alguém dirá que ele tem o *dever de agir em estado de necessidade*?

A exigência *legal* de submissão a determinadas ingerências corporais nada tem de inconstitucional, *a priori*. Poderão sê-lo, todavia, quando a) *desnecessárias*, b) *gravosas* e c) interferirem na capacidade de autodeterminação da pessoa.

Mas, ainda assim, quando forem inconstitucionais, o que não é o caso de nenhuma intervenção prevista no Brasil atualmente (incluindo o bafômetro), não se terá violado o *direito de permanecer em silêncio*, mas sim outros princípios de mesma índole (constitucional), a depender de cada caso concreto.

Nada obstante, a recusa ao exame legalmente previsto não poderá servir de suporte à formação do convencimento judicial: o processo penal brasileiro exige *prova provada* e não *convicção por presunção*. A recusa, porém, não constituirá exercício de qualquer *direito*, mas violação a uma *regra de dever*, cujas consequências deverão ser previstas em lei. E uma delas certamente não é a utilização de força física para o uso do bafômetro. Em tal situação, o caso seria de exclusiva e inde-

vida violência policial ou de outra ordem estatal. Textos internacionais:

Declaração Universal dos Direitos Humanos – 10.12.1948:

Art. 5º “*Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*”;

Pacto de San José da Costa Rica – de 1969, com vigência internacional em 1978, e no Brasil, pelo Decreto 678/92:

Art. 5.1. “*Direito ao respeito à sua integridade física, psíquica e moral*”;

Art. 5.2. “*Respeito à dignidade inerente ao ser humano para o preso*”;

“*g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada*”;

Art. 11. “*Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas à sua honra e reputação*”;

Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos (Nações Unidas – 1966; Brasil – Decreto 592/92):

(3 – g) “*De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”;

Art. 17. “*Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem ofensas à sua honra e reputação*”.

Eugênio Pacelli de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito.

Procurador Regional da República no Distrito Federal.

Relator-geral da Comissão de Juristas responsável pelo PLS 156 (Anteprojeto do CPP).

PARTICIPE POR ACREDITAR

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DO IBCCRIM

Inscrições abertas

O **Seminário Internacional do IBCCRIM** é o maior evento de Ciências Criminais na América Latina e reúne mais de mil participantes provenientes de diversos pontos do Brasil e do mundo. O evento conta com as presenças confirmadas dos seguintes conferencistas estrangeiros:

Claudia Maria Cruz Santos (Portugal);
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina);
Hans – Joerg Albrecht (Alemanha);
Hector Olasolo (Colômbia);
Jan – Michel Simon (Alemanha);
José de Faria Costa (Portugal);
Juan Maria Terradillos Basoco (Espanha);
Krisztina Karsai (Hungria);
Lola Aniyar de Castro (Venezuela);
Maria João Antunes (Portugal);
Raúl Cervini Sanchez (Uruguai);
Rosa Virginia Cardona Ayoroa (Bolívia);
Scott Peeler (USA);
Sérgio Moccia (Itália).

Acesse o hot site: www.ibccrim.org.br/seminario

No mês de maio, pague com desconto e parcele a inscrição em até 6 (seis) vezes no cartão de crédito.

Informações: seminario@ibccrim.org.br ou (11) 3111-1040, ramais 131 e 181.



COORDENADORIAS REGIONAIS

1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luís Carlos Valois

2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsznicker

8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

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

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

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

LEI DO SALÁRIO MÍNIMO E OS DELITOS TRIBUTÁRIOS: NEM TUDO MUDA

Davi de Paiva Costa Tangerino

A Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011,⁽¹⁾ além de regular o valor do salário mínimo, alterou o artigo 83 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e o artigo 34 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, com vistas a imprimir alterações na disciplina dos efeitos penais do pagamento e do parcelamento do crédito tributário nos delitos tributários. Se até então o pagamento do tributo devido a qualquer tempo extinguiu a punibilidade dos delitos tributários e, nos mesmos termos, o parcelamento suspendia a pretensão punitiva estatal, pretendeu-se, com a nova norma, inserir um limite temporal para que parcelamento e pagamento surtíssem esses efeitos penais, vale dizer, o recebimento da denúncia. A reforma, porém, não logrou seu intento. No campo do pagamento do tributo devido, alterou norma derogada, de modo que, em síntese, deu novas cores a lei adormecida, sem emprego prático. No que diz respeito ao parcelamento, o marco temporal realmente se imporá, salvo em determinadas circunstâncias que, por força da natureza mesma do delito, definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas corpus* n. 81.611/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, e reforçada, nesse particular, pelas decisões subsequentes, dispensam, a rigor, norma que confira efeitos penais ao parcelamento, como se verá abaixo.

1. Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido

1.1 Inocuidade da nova legislação

A questão a ser aqui ventilada é de ordem de Teoria Geral do Direito e não propriamente de Direito Penal. A Lei n. 8.137/90, que alterou a disciplina dos delitos tributários, alçando a sonegação fiscal a delito material, previa, em seu artigo 14, que o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia tinha por consequência a extinção da punibilidade dos delitos contidos nos artigos 1º a 3º da Lei. A norma foi revogada em 1991 e ripristinada, precisamente, pelo agora alterado artigo 34 da Lei n. 9.249/95.

Desde então, novas normas surgiram, reeditando a previsão do artigo 34 para programas específicos de parcelamento. Na medida em que passaram a reger, amplamente, a matéria, sucederam o artigo 34, sem, contudo, revogá-lo expressamente. A última dessas normas, aliás, de 2003 (Lei n. 10.684), retirou o marco temporal do recebimento da denúncia, fazendo com que o pagamento do tributo devido extinguisse a qualquer tempo a punibilidade para os delitos tributários.

Em sendo essa a atual norma de regência dos efeitos penais do pagamento do tributo devido, tem-se por completamente inócua uma norma que altera outra que, embora formalmente hígida, já não se aplicava mais pela superveniência de novas leis que tratavam, inteiramente, da matéria.

1.2 Relativa desnecessidade de lei conferindo efeitos penais ao pagamento do tributo devido

Na hipótese, todavia, de a regra de vigência vier a ser realmente revogada, o termo temporal máximo para o pagamento tem de ser analisado *cum granum salis*. Decorre diretamente do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC n. 81.611/DF que o delito só se consuma com a frustração do pagamento do tributo devido, o que só ocorre transcorridos os 30 (trinta) dias que o contribuinte tem para recolher o que deve, após a prolação da decisão administrativa final.

No referido julgamento, o Ministro Peluso evocou o conceito de delito consumado do Código Penal, de sorte que, nos casos dos delitos materiais contra a ordem tributária, consumação só haveria quando no fato se reunissem todos os elementos do tipo, incluso, portanto, o resultado delitivo da supressão de tributos. Como por força do artigo 142 do CTN essa dicção incumbe privativamente à Administração, que o faz por meio de procedimento administrativo tributário denominado lançamento, tipicidade só pode haver após o lançamento definitivo do tributo (Súmula vinculante n. 24), o que ocorre: (i) quando o sujeito passivo deixa transcorrer *in albis* o prazo para impugnar o lançamento que sofrera; (ii) quando, ao final do procedimento administrativo-tributário, deixa transcorrer o prazo para recolher o quanto deve.

Nesse correto marco teórico, há que distinguir duas hipóteses bastante diversas. Tício, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, efetua o pagamento do *quantum debeatur*, assim definido por decisão administrativa final. Nesse cenário, crime não houve, já que o tributo nunca deixou de ser inadimplido. Não há que falar em extinção da punibilidade, pois sequer está presente a tipicidade. Aliás, é dispicienda norma que preveja a extinção da punibilidade do tributo devido para esse grupo de casos. Se, porém, Tício efetuar o pagamento do tributo devido após a consumação do delito, caberá ao Estado, em sua atribuição (relativamente) discricionária de política criminal, conferir efeitos penais ou não a esse pagamento. Desde 1995, continuamente, o pagamento extingue a punibilidade, e desde 2003 (Lei n. 10.684), sem restrição temporal.

2. Suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento do tributo devido

A Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, alterou, também, os efeitos jurídico-penais advindos do parcelamento do crédito tributário. Previu, no parágrafo segundo adicionado ao artigo 83 da Lei n. 9.430/96, que “*é suspensão a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento*

tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal”.

O tema dos efeitos jurídico-penais do parcelamento já rendeu muitos debates doutrinários e jurisprudenciais, mas, desde 2000 (Lei n. 9.964), a lei é expressa em determinar a suspensão da pretensão punitiva na hipótese de parcelamento. A alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.382/11, portanto, tende a ser interpretada como mais um movimento entre as infinitas idas e vindas político-criminais brasileiras em tema de Direito penal tributário. Tende a ser lida como: “*volta a ser como era entre 1995 (Lei n. 9.249) e 2000 (Lei n. 9.964)*”. Todavia, tal como no item precedente, o tema é mais complexo e demanda maior rigor analítico.

É que o parcelamento seria uma hipótese *sui generis* de “definitividade” do tributo, na medida em que o sujeito passivo reconhece como correto o lançamento e transaciona com o Estado. Não por outro motivo que a Lei Complementar n. 104/01 conferiu ao parcelamento o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário. A alteração legislativa, portanto, no que toca ao marco temporal do parcelamento, também deve ser lida *cum granum salis*.

Com efeito, no caso de o sujeito pedir o parcelamento dentro do prazo de 30 (trinta) dias após a preclusão consumativa, o crime nunca chegou a se consumir, não se podendo sequer falar, nesse momento, em ação penal. Deixando de honrar o parcelamento, o tributo, já finalmente constituído, passa a ser propriamente devido, e, com isso, dá-se a consumação. Do contrário, isto é, adimplida a última parcela do parcelamento, a obrigação tributária extingue-se, nunca tendo nascido infração penal.

A novel previsão, portanto, alcança apenas aqueles que, muito embora já tenham consumado o delito tributário material, deixaram de pagar o *quantum debeatur* após transcorrido o prazo legal. Nesses casos, em que pese consumado o delito, o Estado, no exercício de sua (relativa) discricionariedade político-criminal, suspenderá a pretensão punitiva mediante a observância de condições: do ponto de vista tributário, basicamente, que o adimplemento mensal do crédito tributário ocorra no prazo previsto; do ponto de vista penal, que o pedido de parcelamento anteceda o recebimento da denúncia. É a esse último cenário que as alterações trazidas pela Lei do Salário Mínimo dizem respeito.

3. Conclusão

A Lei do Salário Mínimo, no tocante à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, ao alterar norma que não mais vigia, sem, contudo, ripristiná-la, levou a cabo alteração legislativa inócua.

Se assim não se entender, porém, ou, ainda, se nova legislação nesse sentido sobrevier, mister apontar que decorre logicamente da

consolidada posição do STF de que crime material contra a ordem tributária só há quando, observada a preclusão consumativa, o sujeito passivo deixa de pagar o tributo devido no prazo legal. Para esse grupo de casos, qualquer alteração legislativa nesse campo é inócua. Assim, pedido o parcelamento ou mesmo pago o valor devido, irrelevante a existência ou não de ação penal em curso.

NOTAS

- (1) “Art. 6º O art. 83 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§

1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º: ‘Art. 83. (...) § 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a apresentação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a

pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. § 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. § 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz’.”

Davi de Paiva Costa Tangerino

Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Coordenador de Pós-Graduação do IBCCRIM.

ÍNDIO É ÍNDIO

Guilherme Madi Rezende

“Ele não é índio, sabe ler e escrever, tem até título de eleitor!” Frases como essa, negando a algum acusado a sua identidade indígena, negando, com isso, os direitos dela decorrentes, não são tão raras nos nossos tribunais.

Conquanto não sejam raras, tais frases refletem, ainda, uma ideologia assimilacionista, segundo a qual a tendência natural dos índios é a de integrar-se à sociedade não índia, assimilando seus valores e, assim, deixando, pouco a pouco, de ser índios. Esse pensar, de matiz etnocêntrico e monista, permeou toda a nossa legislação indigenista dos últimos séculos.

Consequência disso é que, no âmbito da culpabilidade, o tratamento jurídico-penal do índio sempre se deu na esfera da inimizabilidade, considerando-se inimputável o índio não aculturado e, por outro lado, imputável o aculturado, como se esse fosse o elemento fundamental a determinar a possibilidade de responsabilização penal do índio.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, rompe com esse paradigma reconhecendo o direito dos índios à sua organização social, a seus costumes, línguas, crenças, tradições, bem como garantindo e valorizando a difusão das manifestações culturais indígenas. Com isso, estabelece uma política de respeito e garantia à diversidade cultural, mais condizente com um Estado pluralista.

Assim, nas palavras de **Luiz Fernando Villares**, “abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que índios são seres humanos com cultura inferior, primitiva, de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à consequente perda de sua identidade indígena”.⁽¹⁾

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 143 de 2002 e promulgada pelo Decreto 5.051 de 2004,⁽²⁾ garante a autodeterminação como baldrame da identidade étnica, ainda que escorado no respaldo comunitário.

O Estatuto do Índio, Lei 6.001/73, embora editado ainda sob a égide da ideologia assimilacionista então vigente, define índio como sendo “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como

pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Vale dizer que, em síntese, o indivíduo que tenha origem e ascendência pré-colombiana, que se identifique com um grupo étnico com características culturais próprias, que seja identificado por esse grupo como um membro seu, é índio, independentemente de estar na selva amazônica ou em São Paulo.

Índio não deixa de ser índio porque está em São Paulo, em Guarulhos, em Osasco, assim como não deixamos de ser brasileiros por estarmos em Nova Iorque, em Paris ou em Roma, ainda que de vez em quando tomemos uma coca-cola...

“A experiência”, diz **Luiz Fernando Villares**, “traz que o simples contato de grupos étnicos não faz um absorver o outro, numa integração necessária, mas proporciona uma mudança cultural, que não tira do índio sua identidade. Ela lhes foi roubada muitas vezes por uma integração forçada, violenta, uma política levada pela sociedade, pela igreja e pelo Estado para transformar o índio em indivíduo pobre que habita e coloniza o meio rural. A perda da identidade indígena, sob qualquer aspecto, não pode ser admitida pelo direito”.⁽³⁾

Enfim, índio é índio onde quer que esteja, com maior ou menor contato com a sociedade não índia. Isso pouco importa. Importa que ele se sinta índio e tenha um sentimento, que deve ser recíproco, de pertença a um grupo indígena.

Essa visão pluralista imposta pela Constituição não mais pode compatibilizar-se com o tratamento do índio no campo da inimimizabilidade.

Outros elementos da culpabilidade devem ser levados em conta nos processos penais envolvendo indígenas. Em especial, sustentamos que o tratamento se dê no âmbito da inimizabilidade de conduta diversa, elemento da culpabilidade, devendo-se analisar, para tanto, através de laudo antropológico, a correlação de valores entre a conduta do índio e os costumes de seu povo.

Contudo, para além dessa questão, para além da discussão sobre aspectos da culpabilidade – que são de fundamental importância, mas cujo tratamento é impossível de ser feito nos limites propostos nesse artigo – importa ressaltar alguns direitos que decorrem objetivamente da simples condição de ser índio,

independentemente de qualquer outro aspecto.

Assim, decorre do fato de ser índio – independentemente, repita-se, de qualquer outro fator – o direito previsto no art. 10 da já mencionada Convenção da OIT que determina que, na imposição de sanções a membro de povos indígenas, se deva dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Decorre também do fato de ser índio (além de muitos outros) os direitos de ter a pena atenuada e de cumpri-la em regime de semiliberdade no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado, conforme dispõe o art. 56 do Estatuto do Índio.

Esses direitos foram, em parte, e pela primeira vez, reconhecidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao julgar o *habeas corpus* nº 0569516-07.2010,⁽⁴⁾ concedeu ao índio Pankararé Doriel Santos do Nascimento Silva, preso, em São Paulo havia 3 anos e condenado em primeira instância por roubo, o direito de permanecer, durante o trâmite da apelação (e, por óbvio, se mantida a condenação, de cumprir pena), no órgão federal de assistência aos índios mais próximo de seu povo, em Brejo dos Burgos, região do Médio São Francisco, na Bahia.

O julgamento, realizado no último dia 15 de março, foi assistido por representantes do povo Pankararé que, de calças jeans e cocares, andando pelo centro de São Paulo, lembraram que, na aldeia, nas últimas eleições, puderam votar em urna eletrônica.

NOTAS

- (1) **VILLARES, Luiz Fernando**. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba, ed. Juruá, 2009, p. 17.
- (2) “Art. 1º A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.”
- (3) **VILLARES**, ob. cit., p. 17.
- (4) 16ª Câmara Criminal do TJSP, rel. Desembargador **Borges Pereira**, impetrante **Michael Mary Nolan**.

Guilherme Madi Rezende

Advogado criminalista. Mestre em Direito Penal pela PUC. Diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. Autor do livro *Índio: Tratamento Jurídico-Penal* (Juruá, 2009).

REMIÇÃO DE PENA NO PROJETO DE LEI N. 7.824/10 (REMIÇÃO PELO ESTUDO, CÔMPUTO E PERDA DOS DIAS REMIDOS)

Renato Marcão

1. Introdução

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 7.824/10, com vistas a alterar os arts. 126, 127, 128 e 129 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), cuidando, basicamente, da remição de pena pelo trabalho e pelo estudo, da maneira de proceder-se ao abatimento dos dias remidos e da perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave.

Referidos temas interessam, e muito, para os destinos da execução penal, daí a necessidade, desde já, de análise criteriosa das mudanças propostas.

2. Remição de pena pelo trabalho

O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho, parte do tempo de execução da pena.

A proposta de alteração legislativa não altera o sistema de remição de pena pelo trabalho *no que tange à proporção de dias trabalhados para que se consiga o direito à remição*.

Para cada 3 (três) dias de trabalho regular, nos moldes do art. 33 da LEP, um dia de abatimento da pena a cumprir.

3. Remição de pena pelo estudo

Não obstante a existência de judiciosas ponderações em sentido contrário, entendemos que se deve conceder remição tomando por base o tempo dedicado ao aprimoramento estudantil.

A melhor interpretação que se deve dar à lei é aquela que mais favoreça a sociedade e o preso, e por aqui não é possível negar que a dedicação rotineira deste ao aprimoramento de sua cultura por meio do estudo contribui decisivamente para os destinos da execução, influenciando, de forma positiva, sua (re) adaptação ao convívio social. Aliás, não raras vezes, o estudo acarretará melhores e mais sensíveis efeitos no presente e no futuro do preso, vale dizer, durante o período de encarceramento e no momento da reinserção social, do que o trabalho propriamente dito, e a alegada taxatividade da lei não pode constituir óbice a tais objetivos, notadamente diante da possibilidade de interpretação extensiva que se pode emprestar ao disposto no art. 126 da Lei de Execução Penal.

Tanto quanto possível, em razão de seus inegáveis benefícios, o aprimoramento cultural por meio do estudo deve constituir um objetivo a ser alcançado na execução penal, e um grande estímulo na busca deste ideal é a possibilidade de remir a pena privativa de liberdade pelo estudo.

Marcando definitivamente seu posicionamento a respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341, que tem a seguinte redação: *“A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”*.

Com vistas a incrementar o estudo formal no ambiente prisional, a Lei n. 12.245, de 24 de maio 2010, acrescentou um § 4º ao art. 83 da LEP, passando a dispor que, nos estabelecimentos penais, conforme a sua natureza, serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizante.

Pois bem. Visando resolver a discussão, uma das inovações saudáveis pretendida com o PL 7.824/10 é a normatização da remição pelo estudo, já acolhida por boa parte da doutrina e jurisprudência, mas ainda negada por muitos juízes de execução.

Pela nova redação proposta para o art. 126, *caput*, da LEP, assegura-se o direito à remição pelo estudo, na proporção de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias (§ 1º, inc. I).

Tais atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (§ 2º).

Admite-se a acumulação dos casos de remição – trabalho + estudo – desde que exista compatibilidade das horas diárias (§ 3º), e o preso impossibilitado, *por acidente*, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição (§ 4º).

Outra previsão louvável com vistas à ressocialização pelo aprimoramento cultural vem expressa no § 5º do art. 126, nos seguintes termos: *“O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação”*.

4. Quem poderá remir pena pelo estudo

Segundo o art. 126, *caput*, do texto proposto, terá direito à remição pelo estudo os presos que se encontrarem no regime fechado ou semiaberto.

Já, pela redação do § 6º do art. 126, o condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela

frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

Mas o PL 7.824/10 vai além, e passa a propor a possibilidade de remição pelo estudo também em relação ao preso cautelar (prisão em flagrante, prisão preventiva, sentença penal condenatória recorrível), ficando a possibilidade de abatimento condicionada, é claro, à eventual condenação futura.

5. Declaração e perda dos dias remidos

5.1. Declaração dos dias remidos

Da mesma maneira que hoje ocorre, segundo a proposta legislativa, a remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (§ 8º do art. 126).

Para tanto, a autoridade administrativa deverá encaminhar mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estiverem trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles (art. 129).

Ao condenado será dada a relação de seus dias remidos (parágrafo único do art. 129).

5.2. Perda dos dias remidos

A perda dos dias remidos encontra-se hoje regulada no art. 127 da LEP, com a seguinte redação: *“O condenado que for punido por falta grave perderá o direito a tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”*.

O rol das faltas consideradas graves no cumprimento de pena privativa de liberdade encontra-se no art. 50 da LEP.

Doutrina e jurisprudência debatem sobre a possibilidade, ou não, de perda integral dos dias remidos, em razão do cometimento de falta grave.

Segundo nosso entendimento, a perda dos dias remidos não viola direito adquirido ou coisa julgada (Renato Marcão, *Curso de Execução Penal*, 9ª ed., Saraiva, 2011).

Sobre o tema, é de considerar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradas vezes que o sentenciado não tem direito adquirido ao tempo remido, pois o art. 127 da Lei 7.210/84 o subordina à condição do

não cometimento de falta grave, sob pena de perda daquele período, e terminou por editar a Súmula Vinculante n. 9, que tem a seguinte redação: “O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

Segundo a redação proposta para o art. 127 da LEP, em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57 da LEP, segundo o qual, na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, começando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Se o projeto for convertido em lei, a regra terá aplicação retroativa, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência, por força do disposto no art. 5º, XL, da CF.

6. Como se procede ao abatimento dos dias remidos

É extremamente relevante saber a fórmula que deve ser empregada para o desconto dos dias remidos, pois sobre tal questão existem duas posições, e da adoção de uma ou outra resultará manifesto benefício ou prejuízo ao sentenciado.

1ª posição: o tempo remido deve ser somado ao tempo de pena cumprida;

2ª posição: o tempo remido deve ser abatido do total da pena aplicada.

A primeira posição apontada é a correta e se revela mais benéfica ao sentenciado (cf. **Renato Marcão**, *Curso de Execução Penal*, 9ª ed. Saraiva, 2011), mas, na prática judiciária, especialmente em Primeiro Grau, não tem prevalecido, o que termina por ensejar a interposição de recursos evitáveis.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou reiteradas vezes nesse sentido, inclusive indicando expressamente nossa forma de pensar.

Visando pôr fim à controvérsia, o PL 7.824/10 pretende dar ao art. 128 da LEP a seguinte redação: “O tempo remido será computado como pena cumprida, *para todos os efeitos*” (grifei).

7. Crimes hediondos e assemelhados

Na Câmara dos Deputados, o texto do PL 7.824/10 recebeu uma emenda proibindo a remição de pena pelo trabalho ou pelo estudo aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

A emenda desatende por completo o ideal ressocializador e esbarra em inconsti-

tucionalidade.

Engana-se aquele que imagina que a remição é um prêmio para o criminoso e que o instituto tem por fim apenas abreviar o tempo de encarceramento.

É muito mais do que isso, conforme cuidamos de enfatizar anteriormente.

Os autores de crimes graves merecem ainda maior atenção e cuidado por parte do Estado, com vistas a evitar a reincidência. Em busca deste ideal, o aprimoramento pelo trabalho e pelo estudo deve constituir objetivo de primeira grandeza, cumprindo seja repudiada toda e qualquer proposta desestimuladora.

Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Professor no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes. Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (**IBCCRIM**), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Autor dos livros: *Tóxicos* (Saraiva); *Curso de Execução Penal* (Saraiva); *Estatuto do Desarmamento* (Saraiva); *Crimes de Trânsito* (Saraiva); *Crimes contra a Dignidade Sexual* (Saraiva); dentre outros.

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM “DIREITOS FUNDAMENTAIS”.

Uma parceria entre o IBCCRIM e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

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

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

Inscrições abertas no Portal IBCCRIM.

Patrocínio:



CONFIRA A 7ª EDIÇÃO DA REVISTA LIBERDADES!

Você que já conhece o padrão de qualidade das publicações do INSTITUTO, não pode deixar de ler a revista *Liberdades*. Acesse: www.ibccrim.org.br

A mais nova edição da revista *Liberdades* traz o seguinte conteúdo:

ENTREVISTA: João Paulo Orsini Martinelli entrevista JOSÉ HENRIQUE TORRES

ARTIGOS: SOBRE A “ADMINISTRATIVIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL NA “SOCIEDADE DO RISCO”. NOTAS SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI - Bernardo Feijoo Sanchez

EL CASO CONTERGAN CUARENTA AÑOS DESPUÉS - Manuel Cancio Meliá

ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE AS VINCULAÇÕES FILOSÓFICAS E CONSTITUCIONAIS DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME - Cleopas Isaías Santos

CLAUS ROXIN, 80 ANOS - Luis Greco e Alaor Leite

RESENHA: A MAGISTRATURA PARA ALÉM DA DOGMÁTICA PENAL - Clarissa de Baumont

FILME: ESTÔMAGO - Danilo Cymrot e João Paulo Orsini Martinelli

CONCLUSÃO DA PALESTRA: DIREITOS HUMANOS E REFUGIADOS*

Olivia Bueno

Esse artigo é um resumo da Mesa de Estudos e Debates sobre “Direitos Humanos e Refugiados” realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), na manhã de 22 de março de 2011, pela expositora Olivia Bueno, Diretora associada da International Refugee Rights Initiative (EUA).

A palestra teve como objetivo apresentar um resumo da situação dos refugiados e deslocados na África. Foi iniciada com a apresentação do sistema internacional dos direitos dos refugiados, passando a relatar as especificidades do sistema africano. Em seguida, foram descritos os desafios de execução em geral, com base na experiência de trabalho da expositora e, ao final, alguns casos específicos foram citados: Ruanda e Burundi.

O Sistema Internacional

O sistema internacional de refugiados foi criado, como a maioria dos instrumentos de direitos humanos, depois da Segunda Guerra Mundial. Na época, estima-se que entre 20 e 30 milhões de pessoas tenham sido deslocadas na Europa.

O primeiro instrumento a dispor sobre os direitos dos refugiados foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, afirmando que “[t]oda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. Depois, outros instrumentos tratando especificamente dos refugiados foram adotados. Ademais, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)⁽¹⁾ foi criado em 1950 para prover um quadro institucional. Hoje, mais de 43 milhões de pessoas fazem parte da área de atuação desta agência.

A Convenção de 1951⁽²⁾ é o instrumento mais importante do sistema internacional de refugiados. Ela define o refugiado como uma pessoa “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país”.

Os refugiados, assim como todos os seres humanos, gozam de todos os direitos humanos universais, como de educação, liberdade de circulação etc. Além desses direitos estarem dispostos em outros instrumentos internacionais, também foram incluídos na Convenção. E, para além destes, a Convenção adicionou os direitos específicos dos refugiados, sendo o mais importante o seu direito ao *non-refoulement* (a não repulsão), nesse sentido, a Convenção dispõe que um Estado não “expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado”.

Foram apresentados, também durante a palestra, alguns aspectos do problema acerca do deslocamento interno. Deslocados internos

são pessoas que fugiram por razões similares aos refugiados, mas que continuam no seu próprio país. Vários instrumentos, incluindo os Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos, tratam destes.

O Sistema Africano

Hoje, os países em desenvolvimento hospedam 80% dos refugiados no mundo. 2,1 milhões desses estão hospedados na África.

Nenhum país da África participou das negociações para a elaboração da Convenção da ONU, mas só seis países não o ratificaram. O problema dos refugiados no continente aumentou significativamente no contexto das lutas pela independência, que geraram movimentos massivos. Como resposta, em 1969, a Organização da Unidade da África adotou a Convenção que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África,⁽³⁾ que foi concebida no contexto dessas lutas e da solidariedade entre os Estados recém-independentes.

O aspecto mais importante dessa Convenção é ter adicionado à definição de refugiado as pessoas que fugiram “devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país”.

Mais recentemente, a Conferência Internacional sobre a Região dos Grandes Lagos tratou, mais uma vez, dos aspectos específicos dos refugiados na região. A conferência é um mecanismo sub-regional com objetivo de acabar com os conflitos na região com a formulação de um acordo amplo: o Pacto Preliminar sobre a Segurança, a Estabilidade e o Desenvolvimento para a Região dos Grandes Lagos, que foi assinado em 2006 e entrou em vigor em 2009. O Pacto inclui o Protocolo sobre os Direitos de Propriedade das Pessoas de Volta.

Esse protocolo trata de uma questão importante: como responder ao problema da recuperação das propriedades perdidas na fuga? Sem as propriedades, em particular a terra, a maioria dos refugiados não pode começar suas vidas de novo.

O mecanismo exige que os Estados ajudem as pessoas em retorno a recuperar suas propriedades ou a receber compensação. O protocolo dispõe que é melhor a recuperação, mas quando “não for possível” precisa haver “uma compensação adequada”. Seria importante monitorar como as autoridades vão interpretar as palavras “não for possível” e monitorar se os processos serão justos.

Desafios Práticos

Há vários desafios para executar esses direitos na prática. O primeiro problema é o de reconhecimento. O direito internacional prevê a criação dos sistemas nacionais de asilo que

devem determinar quais requerentes de asilo são refugiados. Cada país pode criar esse sistema de uma maneira diferente, usando ou a definição individual de refugiado da Convenção de 1951, ou a de grupo da Convenção de 1969.

Nos casos individuais, pode ser difícil provar-se que um medo, que também caracteriza a necessidade de obtenção de refúgio, seja bem fundado por causa da distância entre os países e da falta das provas. A maioria dos refugiados perdeu documentos na fuga ou nunca os teve. Então, a credibilidade, muitas vezes, determina a opinião do juiz. Em outros casos, a falta de informações sobre outras culturas é um desafio. Por exemplo, depois da Guerra Fria, muitos judeus fugiram da Rússia. Em razão da política comunista contra a religião, a maioria nunca celebrou as festas judias. Mas os oficiais perguntavam sobre isso e, se aqueles não respondessem corretamente, os oficiais pensavam que tais solicitantes de asilo eram mentirosos.

O segundo tipo de processo é o de grupo, que é o mais usado na África. Assim, o governo simplesmente anuncia que “todas as pessoas de país X, entrando depois da data Y, são refugiados”. Esse sistema é muito eficaz para dar proteção a muitas pessoas rapidamente. Mas há desafios também, por exemplo, pode ser notada a falta de compreensão das necessidades individuais. Frequentemente, as autoridades imaginam que se todos fugiram juntos, devem voltar juntos. Também há problemas com a questão da segurança. Porque os casos não são examinados individualmente, é difícil ver quais indivíduos podem correr riscos com relação à segurança.

A falta de capacidade nacional pode exacerbar esses problemas. Por exemplo, no Senegal, mais de 90% das demandas dos refugiados são rejeitadas, e esses só podem apelar para o mesmo órgão julgador que proferiu a decisão anterior.

Mesmo depois de serem reconhecidos, os refugiados podem ser vulneráveis. Um problema na África é a segurança física, que pode ser difícil mesmo no país de refúgio. As ameaças podem emanar do país de origem, como no caso de um oficial do exército da Guiné Equatorial que foi sequestrado por agentes do governo de seu país em Camarões em 2008. Outras vezes as ameaças são da população local, por exemplo, na Líbia, recentemente, os refugiados foram ameaçados em razão das acusações de que eles eram mercenários. Em outros casos, refugiados não gozam de liberdade de circulação. Por exemplo, na Tanzânia, a conduta de se distanciar mais de 4 km do acampamento é criminalizada. Sem liberdade de circulação, os refugiados não se podem integrar.

Outro problema é a falta de soluções duradouras. Geralmente, consideram-se três tipos de soluções duradouras: a repatriação

(ou retorno, no caso de deslocados), o reassentamento e a integração local.

A integração significa a possibilidade de ficar no país hospedeiro de uma maneira permanente. Mas o *status* de refugiados nem sempre confere plenos direitos, e poucos países permitem a naturalização.

O reassentamento é a prática de mudar os deslocados para outro lugar mais seguro onde poderiam morar de maneira mais duradoura. A maioria dos refugiados é reassentada nos países do norte, mas o Brasil começou também um programa. Entretanto, o número de vagas de reassentamento é ainda pequeno, disponível apenas para uma quantidade muito reduzida de pessoas.

A repatriação é vista como a solução preferida pelos refugiados. De acordo com o direito internacional, ela deve ser conduzida em condições voluntárias e com dignidade. Na realidade, os refugiados frequentemente são pressionados a voltar, muitas vezes sob a forma de prazos curtos, retirada dos acampamentos e finalização dos programas de assistência ou, menos frequentemente, deportação forçada.

Uma vez que as pessoas voltam, podem encontrar dificuldades para reintegrar-se. As casas foram, frequentemente, destruídas ou eles não podem recuperar as terras. Precisa-se de uma ampla assistência para a reintegração nesse contexto.

Estudo de casos: Ruanda e Burundi

No dia 6 de abril de 1994, o Presidente **Habyarimana** foi assassinado, dando início ao genocídio em Ruanda. Em 100 dias, aproximadamente um milhão de pessoas (a maioria Tutsis, mas também Hutus que resistiram) foram assassinadas. Os rebeldes Tutsis tomaram o poder em Kigali em julho de 1994, acabando com o genocídio.⁽⁴⁾

Dois milhões de pessoas fugiram nos dias que se seguiram. Os líderes Hutus estimularam a fuga dizendo que os Tutsis, que mais haviam sido mortos, iriam querer matá-los por vingança. A maioria tinha medo, mas os líderes do genocídio rapidamente tomaram o controle dos acampamentos para continuar a guerra.

Na época, o governo do Zaire (atual Congo) era muito fraco e não teve a capacidade de responder de uma maneira adequada. Apesar do fato de que, de acordo com o direito in-

ternacional, as pessoas que haviam cometido crimes internacionais não deveriam ser reconhecidas como refugiadas, nem o governo, nem a comunidade internacional conseguiram separar os genocidas dos refugiados. Assim, essas pessoas continuaram a ameaçar Ruanda nos acampamentos da fronteira.

Finalmente, em 1996, os acampamentos foram atacados pelos rebeldes congoleses, com o apoio do governo de Ruanda. 640.000 pessoas voltaram a pé para Ruanda, e outras fugiram para a selva ou para outros países. Ainda hoje, nos acampamentos dos países da região, os sobreviventes desses ataques ficam junto a pessoas que fogem de outros problemas atuais. Ruanda faz pressão sobre outros países para estes não hospedarem aquelas pessoas, dizendo que eles têm medo não da perseguição, mas da justiça pelos crimes cometidos no tempo do genocídio. É claro que nem todos estavam envolvidos, em particular, quando se considera o fato de que muitos eram crianças no tempo do genocídio.⁽⁵⁾

Outro caso, que mostra as dificuldades e a situação das pessoas de volta, é o do Burundi. Em 1972, seguido a uma rebelião dos Hutus em Burundi, aproximadamente 150.000 pessoas foram assassinadas, e outras 150.000 fugiram, a maioria para a Tanzânia. Milhares ficaram em exílio por muitos anos, e outras fugiram da guerra civil nos anos 90. Em 2000, um acordo de paz foi assinado, começando um longo processo de volta à estabilidade.

Entre 2000 e 2009, aproximadamente 500.000 pessoas voltaram a um país de sete milhões de pessoas. Essas pessoas em retorno viram um país que tinha 90% da população vivendo da agricultura. Na busca de terras, a maioria encontrou as terras ocupadas. O sistema de justiça era muito fraco e não poderia acomodar tantos casos, então, foi criada a Comissão Nacional das Terras e Outros Bens. De acordo com a lei nacional, o princípio de prescrição aplica-se depois de 30 anos e impede a recuperação das terras por alguns refugiados. Como é reconhecido que as pessoas de volta precisam de terra e que isso é importante para a estabilidade nacional, a Comissão pede às pessoas de volta e às pessoas que ocupam as terras para que as compartilhem. Mas, como a maioria das terras são pequenas, isso pode ser difícil. Um

refugiado disse que seria o mesmo que pedir a duas pessoas o compartilhamento do mesmo par de sapatos: nenhum poderia andar.⁽⁶⁾

Conclusão

Os Sistemas Internacional e Africano haviam criado um quadro legal forte e muito sensível às realidades na África, mas ele é difícil de ser executado. As estratégias usadas devem ser avaliadas e refinadas. As convenções e normas internacionais devem ser difundidas e aplicadas principalmente em nível nacional, onde os problemas, de fato, ocorrem. Finalmente, a sociedade civil e as comunidades devem ser capacitadas para defender esses direitos.

NOTAS

- * **Muriel Soares**, coordenadora de Estagiários e Voluntários Estrangeiros e responsável pela implementação do Programa de Intercâmbio em Direitos Humanos para a África Lusófona na Conectas Direitos Humanos, foi revisora da tradução.
- (1) A função do ACNUR é coordenar ações internacionais para proteção dos refugiados, requerentes de asilo e deslocados internos e promover soluções duradouras para seus problemas.
 - (2) Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, disponível em [http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?L=type%3Ftx_acnurgooglecs_pi1%5Bgcs_q&tx_danpdocumentdirs_pi2\[mode\]=1&tx_danpdocumentdirs_pi2\[folder\]=64](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?L=type%3Ftx_acnurgooglecs_pi1%5Bgcs_q&tx_danpdocumentdirs_pi2[mode]=1&tx_danpdocumentdirs_pi2[folder]=64).
 - (3) Convenção que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África, disponível em [http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?L=type%3Ftx_acnurgooglecs_pi1%5Bgcs_q&tx_danpdocumentdirs_pi2\[mode\]=1&tx_danpdocumentdirs_pi2\[folder\]=64](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?L=type%3Ftx_acnurgooglecs_pi1%5Bgcs_q&tx_danpdocumentdirs_pi2[mode]=1&tx_danpdocumentdirs_pi2[folder]=64).
 - (4) Ver, por exemplo, **Gerard Prunier**, *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*, (Columbia University Press, New York: 1997) ou **Philip Gourevitch**, *We Regret to Inform You that Tomorrow We Will Be Killed with our Families: Stories from Rwanda*, (Farrar, Straus and Giroux: September 1998).
 - (5) Para saber mais, verificar **Human Rights First**, *Refugee, Rebels and the Quest for Justice*, 2002, e **International Refugee Rights Initiative and the Refugee Law Project**, *A Dangerous Impasse: Rwandan Refugees in Uganda*, 2010.
 - (6) Para saber mais, verificar **International Refugee Rights Initiative**, **Rema Ministries and the Social Science Research Council**, *Two People Can't Share the Same Pair of Shoes: Citizenship, Land and the Return of Refugees to Burundi*, 2009.

Olivia Bueno

Diretora Associada da International Refugee Rights Initiative (IRRI) - New York, NY.
Voluntária na Conectas Direitos Humanos.

PARTICIPE POR ACREDITAR

ACOMPANHE O IBCCRIM



www.twitter.com/ibccrim



www.facebook.com/pages/IBCCRIM/206921985987194

PALAVRAS SOBRE DEMÔNIOS: DO DIABÓLICO AO TRANSCENDENTE

Bruno Amabile Bracco

Diabo, Lúcifer, demônio, satanás: essas palavras são, comumente, empregadas como sinônimas. Poucas vezes pensa-se sobre o que elas efetivamente querem significar. A tendência é no sentido de lançá-las, todas juntas, em ruelas estreitas pelas quais não passamos. Sorrateiras, permeiam algumas expressões a que se pretende conferir uma tonalidade especial: *demônio!* – pode-se exclamar, em determinada situação. *O diabo que te carregue!* – pode-se dizer, em outra. Aparecem em filmes de terror, em reuniões noturnas de adolescentes acampantes ou em estranhas letras de rock. No entanto, configuram, mais usualmente, *aquilo sobre o que não se fala*.

Conteúdos sobre os quais não se fala permanecem em níveis arcaicos, mergulhados no inconsciente. Nossa relação com eles tende a ser permeada por um misto de medo e atração. Seguem, de todo modo, bastante incompreendidos; e, em nossa ignorância, influenciam-nos sobremaneira os passos – quer o percebamos, quer não.

Analisando a situação à luz da Psicologia Analítica – a teoria de **Carl Gustav Jung** –, porém, essa postura inconsciente, que nos faz vítimas daquilo que ignoramos, não é nada salutar. Para **Jung**, a meta de qualquer vida humana é a *individação*, consistente, em essência, na tomada de consciência de tudo aquilo que faz parte de nós. E, assim sendo, a individuação impõe que se *olhe* decididamente para tanto quanto comumente insistimos em não olhar. Impõe que se tome consciência daquilo que se tende a soterrar. Ao final do processo, costuma-se concluir que o monstro não era tão feio quanto parecia.

Se nos deixamos guiar pela curiosidade e buscamos as origens de termos amedrontadores, conseguimos compreender melhor determinadas realidades. *Diabo, Lúcifer, demônio e satanás* deixam de constituir uma confusa massa da qual não se deve aproximar e passam a distinguir-se. Nota-se, então, que cada termo tem sua própria essência e, cada um a seu modo, contribui valiosamente com a investigação referente ao conceito junguiano de *sombra* – ou seja: aquela porção nossa que preferíamos não ser, mas, infelizmente, somos.

Veja-se, por exemplo, o caso de *Satanás*. Esse ser, que tanto tendemos a repelir, era considerado, nos círculos judaico-cristãos dos primeiros tempos, *irmão mais velho de Cristo*.⁽¹⁾ É ele que, conforme romanceia **Machado de Assis**, transforma em música a poesia de Deus e, ao fazê-lo, cria a curiosa situação “*em que o verso vai para a direita e a música para a esquerda*”.⁽²⁾ *Satanás* é, etimologicamente, o *opositor*; e, assim, a infinita *bondade* de Cristo ou de Deus é compensada pela *maldade* satânica, da mesma forma que os conteúdos considerados *bons*, do

eu ou da sociedade, encontram oposição na *sombra* individual ou coletiva.

Já *Lúcifer*, embora originariamente *anjo de Deus*, lançou-se para baixo. Sua essência, porém, permanece: é ele o *portador da luz* (dos termos em latim *lux* – luz – e *ferre* – portador ou carregador). É a *estrela d'alva*: a Estrela da Manhã.⁽³⁾ A luz, própria a *Lúcifer*, foi relegada à obscuridade – ou ao *inferno* – após a queda; no entanto, ainda segue viva, aguardando por ser redescoberta. Nesse contexto, reconciliar-se com a *sombra* significa fazer as pazes com a luz oculta nas trevas aparentes. Significa descobrir que a meta de qualquer vida humana impõe que os conteúdos tão longamente reputados *maus* ou *satânicos* sejam assumidos como *próprios*, tanto individual quanto coletivamente – isto é: significa iluminá-los conscientemente.

O termo *demônio*, por seu turno, vem do grego *daimon* – que não é nem *bom*, nem *mau*: é, apenas, íntimo da alma e portador do destino de cada um.⁽⁴⁾ O demônio é, segundo a filosofia grega, o gênio, guia íntimo de tanto quanto existe. Inclina-se, assim, à realização própria a cada ser.

Evidentemente, trajetórias individuais tendem a chocar-se com as brutas prescrições sociais; e, aos olhos da sociedade dominante, escutar o *daimon* pode parecer eminentemente *mau*. Não nos deixemos, porém, iludir. O demônio preocupa-se com aquilo que cada um nasce para ser. Se a sociedade e suas leis obstaculizam o caminho, o demônio insistirá que é preciso seguir em frente. Ao que parece, há muita luz no *daimon*: sem ele, não há individuação nem ligação com o infinito.⁽⁵⁾

Repisemos o dito. *Satanás* é opositor sombrio, com o qual devemos aprender a dialogar. Assim, será revelada a luz da estrela da manhã: *Lúcifer*, com sua energia celeste, manifestar-se-á. Se ignoramos o demônio, ignoramos nosso próprio destino e nossa necessária ligação com o infinito. Todos eles parecem ser, portanto, muito bem-vindos.

Todavia, o mesmo não se pode dizer do *diabo*. Ele é bem-vindo apenas com as devidas ressalvas. Como observa **May**, a palavra *diabo* vem do grego *diabolos* – muito equivalente ao nosso *diabólico*. Literalmente, *diabolos* significa *separar, cindir* (*dia-ballein*); e, assim, *diabólico* é, etimologicamente, o oposto de *simbólico* – que vem do grego *symbolleîn*, a significar justamente *unir, integrar*.⁽⁶⁾

O diabo, portanto, alimenta os conflitos. Pode tomar a forma de serpente, incitando a desobediência de Adão e Eva e sua imersão no mundo das dualidades.⁽⁷⁾ Em sua presença, forjam-se as noções de *eu* e de *outro*, de *bem* e de *mal*, de *beatos* e de *pecadores*, e, enfim, criam-se incontáveis *leis*. O diabo, ao separar

o uno, dá início à vida tal como a conhecemos: rica em detalhes e em tragédias.

Dizer que a criminalidade deve ser combatida significa adotar uma postura *diabólica* – ou seja: uma postura que fomenta as leis e a cisão. O sofrimento é inevitável; sem esse passo, porém, não há tomada de consciência e não há trajetória humana. A loucura, a desintegração, o choque destrutivo dos contrários, nada disso é agradável, mas é parte inevitável da história do mundo. O diabo tem, sim, seu espaço.

No entanto – e felizmente – não se deve eternizar. Num dado momento, a individuação impõe que o *diabólico* dê lugar ao *simbólico*.

O *símbolo*, sucessor natural do *diabo*, é o maestro da união dos opostos. Tanto quanto foi separado deverá, em algum momento, ser conscientemente juntado.⁽⁸⁾ Como diz **Jung**, o símbolo aponta a algo além do significado ordinário da palavra: aponta ao transcendente, trazendo-o para mais perto de nós.⁽⁹⁾ O simbólico permite a transcendência que nos aproxima conscientemente ao divino e à humanidade plena.

O símbolo permite resgatar a luz das trevas, ver a íntima relação entre Cristo e *Lúcifer*, admirar a insistência incansável da oposição satânica e deixar-se guiar, sem medo, pelas indicações nem sempre *boas* do demônio. E o demônio pode demandar – e com frequência demandará – um trânsito sem atritos entre os terrenos noturnos e os diurnos, banhando-se, com semelhante alegria, tanto pelo sol do dia quanto pelo sol da noite.⁽¹⁰⁾ Para dar ampla vida ao símbolo, insistir em posturas *diabólicas* – ou seja: que fomentam a cisão – em nada contribui. É preciso *transcender o diabo*, e isso passa, sim, por rever amplamente a forma como habitualmente se encara a criminalidade.

Note-se que, no mundo *diabolicamente* cindido em que vivemos, acabamos por deparar, vez ou outra, com o crime da vez: um sequestro, um estupro, um homicídio absurdo ou qualquer outra conduta que, sangrenta e deplorável, causa-nos uma descomunal ojeriza. Pronto: é dado o sinal para que as projeções atuem. Odeia-se aquele criminoso específico, bem como todos aqueles que, futuramente, possam vir a cometer semelhante hediondez. O político sagaz, atento aos gritos midiáticos, vem com a ideia: é necessário aumentar a pena, acabar com a impunidade! A população tenderá a abraçá-la. Novos tipos são criados. Punições tornam-se mais severas. Deve-se, afinal, extirpar o *mal* – pensa-se, menos ou mais secretamente. E a roda *diabólica* segue, assim, girando, tracionada por um povo que, cindido, insiste em tracioná-la

e retroalimentar as próprias cisiões.

É sabido que a *religião* (do latim *re-ligio*) também remete à ideia de *ligar, juntar, unir*: “o que é unido é, finalmente, o Si-Próprio consigo mesmo, consciência com consciência: pois o que parecia, através da *mâyã*, ser dois, na realidade não é assim”, diz **Campbell**.⁽¹¹⁾ A religião e o símbolo tocam-se na medida em que se referem à mesma noção de união daquilo que aparentava estar dissociado. Transcender o *diabo* equivale, portanto, a re-ligar o que estava, antes, cindido.

Nesse cenário, é preciso reconhecer que a ética dualista que por tanto tempo guiou a humanidade afigura-se, pensando etimologicamente, em uma ética verdadeiramente *diabólica* – que tem seu lugar na história humana, mas não se pode eternizar. As mais diversas formas de condenação e de expiação das próprias mazelas têm seu lugar na história humana; e é provável que, em relação a um bom número de condutas, a tipificação (*diabólica* por natureza) ainda seja válida. Contudo, será inevitável dar um passo à frente e superar o *diabólico*.⁽¹²⁾

Os cuidados na transição do diabólico-dual para o simbólico-integro não devem ser desprezados, evidentemente.⁽¹³⁾ De qualquer forma, há razões suficientes para crer que as tragédias inevitavelmente inerentes ao processo de transição são problemas relativamente pequenos se comparados às maravilhas que parecem reservadas à humanidade re-ligada a sua própria sombra. Passar do *diabólico* ao *simbólico*,

redimindo *opositores, estrelas da manhã e gênios do destino*, parece ser um passo necessário para a trajetória humana inclinada à individuação.

Nessa trama, rever a forma como temos lidado com a criminalidade é imprescindível. Ao deixarmos o pavor de lado, poderemos descobrir que, sendo o *diabólico* transcendido, monstros *satânicos* e *demoníacos* podem, à semelhança do sapo que se faz príncipe nos contos infantis, mostrar à luz uma faceta estranhamente amigável. É isso que **Jung** quer dizer ao apontar que a individuação requer a integração à consciência do nosso universo sombrio – assustador, mas inevitavelmente nosso.

Em templos budistas, estátuas hediondas são colocadas à entrada. A simbologia é evidente: apenas poderá adentrar o templo místico da máxima realização aquele que, destemido, ousou enfrentar o pavor infligido pelo guardião do limiar. E, da mesma forma que o corajoso iogue em busca da iluminação deixa para trás o monstro aparentemente terrível, é necessário que, em algum momento, a sociedade enfrente seus maiores pavores e estenda as mãos ao suposto *mal* que, por tanto tempo, quis isolar atrás de grades e muros. Pois o externo repercutirá no interno, e grades psíquicas que, dentro de cada um, divisavam o *bom* e o *mau* perderão a razão de ser. A realização da meta de cada vida, diria **Jung**, passa por aí.

NOTAS

(1) **Jung, Carl Gustav**. *AION: estudos sobre o simbolis-*

mo do si-mesmo. Trad. Dom **Mateus Ramalho Rocha**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 89.

- (2) **Machado de Assis**. *Dom Casmurro*. São Paulo: Klick Editora, 1997, p. 29.
- (3) **Jung, Carl Gustav**. *AION: estudos sobre o simbolismo do si-mesmo*, op. cit., p. 138. Cf., também, *Isaias*, 14: 12-15.
- (4) **Hillman, James**. *O código do ser: uma busca do caráter e da vocação pessoal*. Trad. **Adalgisa Campos da Silva**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
- (5) **Von Franz, Marie-Louise**. *C. G. Jung: seu mito em nossa época*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 10ª. ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 200.
- (6) **May, Rollo**. *Love and Will*. New York: W. W. Norton, 1969, p. 137.
- (7) Cf. *Apocalipse*, 12: 9: “E foi expulso o grande dragão, a antiga serpente, que se chama diabo...”.
- (8) **Penna, Eloisa**. *O paradigma junguiano no contexto da metodologia qualitativa de pesquisa*, in *Psicol. USP*, São Paulo, v. 16, n. 3, 2005.
- (9) **Jung, C. G. et. al.** *O Homem e seus Símbolos*. Trad. **Maria Lúcia Pinho**. 2ª ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 19.
- (10) **Jung, Carl Gustav**. *Psicologia e alquimia*. Trad. **Maria Luíza Appy, Margaret Makray, Dora Mariano Ribeiro Ferreira da Silva**. Rev. **Dora Mariano Ribeiro Ferreira da Silva, Maria Luíza Appy**. Rev. Técnica **Jette Bonaventure**. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 120.
- (11) **Campbell, Joseph**. *As máscaras de Deus: mitologia oriental*. Trad. **Carmen Fischer**. São Paulo: Palas Athena, 1994, p. 21.
- (12) Cf. **Neumann, Erich**. *Psicologia profunda e nova ética*. Trad. **João Rezende Costa**. Rev. **Ivo Storniolo**. São Paulo: Paulinas, 1991, p. 100.
- (13) **Jaffé, Aniela**. *O simbolismo nas artes plásticas*, in **Jung, C. G. et. al.** *O Homem e seus Símbolos*. Trad. **Maria Lúcia Pinho**. 2ª ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 366.

Bruno Amabile Bracco

Mestrando em Criminologia pela FDUSP

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “A DOUTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL REVISITADA”

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

Período: de 04 de agosto a 29 de outubro.

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

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

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

Inscrições abertas no Portal IBCCRIM.

Consulte regulamento, cronograma e valores no **Portal IBCCRIM**.

Patrocínio:



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

O TITUBEANTE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INCONTESTÁVEL NECESSIDADE DE FUNDAMENTAR-SE A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Rafael Serra Oliveira

Apesar de sua relevância, a fundamentação da decisão de recebimento da denúncia⁽¹⁾ é tema debatido superficialmente nos Tribunais pátrios, fato que traz enorme discrepância entre os julgados que enfrentam a questão. Prova disso são os dois últimos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, ambos julgados à unanimidade pela 2ª Turma em 2010, mas com decisões diametralmente opostas, o que explicita a desarmonia no enfrentamento da matéria.

No julgamento do HC 84.919/SP, a Suprema Corte determinou a anulação da ação penal pela não motivação da decisão de recebimento da denúncia, que de “*tão curta, sem nenhuma referência às defesas apresentadas, a decisão contaminou-se de nulidade, absoluta, ante do disposto no art. 93, IX, da Constituição da República*”.⁽²⁾

Em sentido contrário, no julgamento do HC 95.354/SC, o Pretório Excelso, citando precedentes do Tribunal, denegou a ordem por entender que “*o despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de ‘decisão’, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação*”.⁽³⁾

Por mais que se tente sustentar posição diversa, por sua importância e gravames que traz ao cidadão, a decisão que coloca o investigado no banco dos réus para enfrentar todos os constrangimentos – ainda que legais – e *misérias do processo penal* não pode prescindir de motivação.

A tese segundo a qual a fundamentação das decisões de recebimento de denúncia poderia ser sintética, já era há muito rechaçada pela doutrina e jurisprudência, que de longa data, atentas ao proclamo constitucional do art. 93, IX, não a enxergavam como mero “despacho de expediente”.

Em julgamento histórico que se deu no Tribunal Pleno do STF em 1973, o Ministro **Rodrigues Alckmin** iniciou a dissidência, sendo acompanhado pela maioria dos demais Ministros, para asseverar que “*o magistrado, ao apreciar a denúncia, para recebê-la ou rejeitá-la, ajuíza (embora implicitamente) da admissibilidade da imputação. É decisão após cognição liminar e necessariamente incompleta, para afirmar existentes pressupostos e, mais causa ‘justa’ para a ação penal. O despacho não é, portanto, de mero expediente*”.⁽⁴⁾

A melhor doutrina esposa do mesmo entendimento, por todos, **Antonio Magalhães Gomes Filho** ensina que “*não é possível continuar a entender-se que o provimento judicial que recebe a denúncia ou a queixa seja um mero despacho de expediente, sem carga decisória, que dispensaria a motivação reclamada pelo texto constitucional; trata-se, com efeito, de uma decisão que não pode deixar de ser fundamentada, o que, aliás, vem sendo ressaltado sem hesitações pela doutrina*”.⁽⁵⁾

Percebe-se que receber uma acusação é algo sério demais para não exigir adequada e

específica fundamentação, notadamente à vista dos inerentes riscos da persecução penal. É dizer, a formação da relação processual penal, “*por representar significativo gravame ao status dignitatis, deve, sim, ser motivada. Tal decorre, mesmo, para que o réu possa compreender o processo mental pelo qual passou o magistrado ao identificar a justa causa para a sujeição do acusado à persecutio criminis in iudicio*”.⁽⁶⁾

E se o tema ainda suscitava discussões que serviam de sustentação para decisões que negavam a aplicabilidade do art. 93, IX, da CF, elas foram definitivamente dirimidas com o advento da Lei 11.719/08. Isso porque, como assentou o Ministro **Cezar Peluso** ao tratar de crime praticado por funcionário público, “*não faria nenhum sentido prescrever que a defesa apresente alegações prévias ao juízo de admissibilidade, (...) para depois escusar o juízo de analisá-las na decisão que dar início à ação penal*”.⁽⁷⁾

A alteração legislativa impôs ao juiz que, da análise da denúncia e de sua resposta, decida ser ou não o caso de rejeição ou absolvição sumária, pronunciando-se sobre as alegações defensivas de mérito (arts. 395 e 397 do CPP).

Se decorre da letra e da finalidade indiscutível da lei que o Magistrado deve analisar se o caso é de rejeição da inicial e, para isso, debruçar-se sobre as teses defensivas com o desígnio de, se o caso, absolver sumariamente o imputado, não há mais como se afastar a aplicabilidade da determinação constitucional entabulada no art. 93, IX.

Como ensina **Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**, a nova sistemática processual exige “*um duplo juízo negativo como condição para o recebimento da denúncia ou queixa. Tais questões, portanto, terão de ser decididas pelo juiz, que deverá, em decisão motivada, indicar, com base nos elementos do inquérito policial, a presença das condições da ação, da justa causa e, caso alegado na resposta, a inocorrência de absolvição sumária invocada pela defesa*”.⁽⁸⁾

Em outras palavras: o que a lei processual previu foi, exatamente, que a decisão fosse proferida na fase da análise das matérias defensivas e que, efetivamente, tal decisão analisasse o mérito da causa no estágio em que o feito se encontra.

Ao analisar o tema com os olhos de hoje, **Aury Lopes Jr.** compartilha do entendimento aqui esposado ao afirmar ser indispensável a fundamentação do recebimento da denúncia, “*porque são questões intimamente vinculadas ao mérito, ao elemento objetivo da pretensão acusatória, e dizem respeito a interesse da defesa*”.⁽⁹⁾

Ainda que com relutância e longe de pacificar esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem reafirmando, julgado após julgado, que “*pela nova sistemática processual o direito à resposta preliminar conferido à Defesa, nos termos do art. 396-A, do CPP, exige do julgador uma apreciação fundamentada das*

preliminares e matérias ali argüidas, sob pena de nulidade”.⁽¹⁰⁾

Fato é que as bases que ainda serviam de sustentação para a não motivação da decisão de recebimento da denúncia ruíram com a previsão legal que possibilita a análise do mérito da causa antes do início da ação penal, conclusão que traz em seu âmago a necessidade dos Tribunais reverem a jurisprudência firmada com base naquelas premissas antigas e já superadas.

Cabe, pois, aos Tribunais analisarem a matéria com os olhos de hoje, especificamente à Suprema Corte, que tem o dever de harmonizar a interpretação e a aplicação da legislação ordinária com os preceitos do texto constitucional.

NOTAS

- (1) O Código de Processo Penal é impreciso com relação ao momento do recebimento da denúncia. No entanto, independentemente de se filiar à corrente que defende o recebimento no momento do art. 396 do CPP ou ser partidário do recebimento nos termos do art. 397 c.c. art. 399 do CPP, não resta dúvida que é esta segunda decisão (neste trabalho também chamada de recebimento da denúncia) que precisará ser fundamentada, pois é verdadeiramente neste momento que o magistrado deverá se pronunciar sobre a aptidão da denúncia e as teses defensivas.
- (2) Rel. Min. **Cezar Peluso**, DJe 25.03.2010.
- (3) Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe 26.08.2010.
- (4) RE 74.297/RJ, j. 21.11.1973, DJ 29.03.1974.
- (5) **FILHO, Antonio Magalhães Gomes. A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 209
- (6) Voto vista da Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** no julgamento pela 6ª Turma do STJ do HC 76.319/SC, Rel. Min. **Nilson Naves**, v.u., j. 11.12.2008, DJ 23.03.2009. No mesmo sentido, em precedente ementado para caso de tráfico: STJ, HC 89.765/SP, 6ª T., Rel. Des. Conv. **Jane Silva**, j. 19.02.2008, DJe 24.03.2008.
- (7) STF, 2ª T., HC 84.919/SP, v.u., j. 02.02.2010, DJe 25.03.2010.
- (8) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 76. São Paulo: RT, jan./fev. 2009, p. 173.
- (9) **LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 391.
- (10) HC 990.10.179175-7, 14ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. **Wilson Barreira**, j. 01.07.2010, DJe 30.07.2010. No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos seguintes casos: HC n. 990.10.019336-8, 14ª Cam. Crim., Rel. Des. **Hermann Herschander**, j. 13.08.2009, DJe 11.05.2010; HC n. 990.09.123605-5, 14ª Cam. Crim., Rel. Des. **Hermann Herschander**, j. 13.08.2009, DJe 19.11.2009; HC n. 990.09.156846-5, 8ª Cam. Crim., Rel. Des. **Louri Barbeiro**, j. 08.10.2009, DJe 10.12.2009; HC n. 990.09.183184-0, 8ª Cam. Crim., Rel. Des. **Louri Barbeiro**, j. 08.10.2009, DJe 10.12.2009, entre outros.

Rafael Serra Oliveira

Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV-SP.

Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

Advogado criminalista em São Paulo.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A PENA DE DIVULGAÇÃO DA SENTENÇA: BREVE ESTUDO DE SUA (IN)VIABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Eduardo Luiz Santos Cabette

Muito se tem discutido sobre a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e no restante do mundo. E um dos problemas a serem enfrentados diz respeito às espécies de pena adequadas aos entes coletivos, já que é de trivial conclusão que a tradicional pena privativa de liberdade não é aplicável *in casu*.⁽¹⁾

Em seus artigos 21 a 24, a Lei 9.605/98 desincumbiu-se da missão de arrolar as penas adequadas às pessoas jurídicas. No entanto, não previu em seu rol uma penalidade encontrável na legislação correlata alienígena, qual seja, aquela de “divulgação da sentença” ou de “propaganda negativa”. Há legislações estrangeiras que preveem essa penalidade, determinando a divulgação da sentença condenatória às expensas da própria pessoa jurídica condenada para conhecimento público do fato, atingindo a reputação do ente coletivo.⁽²⁾

Comenta **Shecaira** que essa espécie de penalidade se apresenta bastante gravosa e dissuasória em relação às pessoas morais, pois implica em perda de credibilidade comercial que pode afetar diretamente a atividade empresarial, chegando mesmo a influenciar na própria viabilidade da existência da pessoa jurídica.⁽³⁾ Se a honra e a imagem da pessoa física são bens relevantes, também o são em relação aos entes coletivos com o acréscimo acima lembrado de que uma imagem pública ruim pode significar a derrocada de um empreendimento comercial ou industrial, ao passo que a boa imagem pública de uma empresa pode render-lhe uma situação favorável no mercado perante os consumidores de seus produtos e serviços.

Conforme se percebe, o instrumento da “divulgação de sentença” pode ser realmente bastante eficaz sob o ponto de vista de dissuasão ou intimidação perante as deliberações tomadas pelos dirigentes de pessoas jurídicas, pois os prejuízos advindos de uma propaganda negativa relativa a uma condenação criminal ambiental podem ser muito graves até mesmo para o seguimento da atividade empresarial, senão ao menos causadora de sérios prejuízos financeiros e operacionais.

Teria, então, o legislador brasileiro cometido um equívoco ao deixar de fora do rol de punições criminais para as pessoas jurídicas a “divulgação da sentença”?

A resposta a esta questão é negativa. Agiu bem o legislador ao não prever em nosso ordenamento penal a modalidade punitiva de “difusão da condenação”, isso porque se o fizesse iria incidir em flagrante inconstitucionalidade. Acontece que a utilidade e a eficácia de um instituto não são suficientes para legitimá-lo perante um dado ordenamento

jurídico. Para tanto, mister se faz passar pelo crivo da constitucionalidade. E nesse caminho pode-se constatar que alguns instrumentos, embora úteis e eficazes, precisam ser submetidos a certa contenção (v.g., buscas residenciais, interceptações telefônicas, quebras de sigilos bancários e fiscais etc.), enquanto há outros que sequer podem ser admitidos, nem mesmo sob algum grau de contenção, por conflitarem com normas constitucionais proibitivas (v.g., provas ilícitas, penas vedadas constitucionalmente, tortura etc.). Num Estado Democrático Constitucional de Direito, não se busca a utilidade e a eficácia a qualquer custo, mas dentro dos limites legais e constitucionais balizados pela proporcionalidade e pela razoabilidade.

A pessoa jurídica processada e inculpada são válidas as garantias existentes à pessoa física naquilo que possam ser aplicadas (ex., devido processo legal, entre outras). Afinal, quando se pretende atribuir aos entes coletivos a responsabilidade criminal típica das pessoas naturais, nada mais justo e lógico do que lhes estender, também, as garantias aplicáveis a estas naquilo e da forma que forem viáveis. Sob esse enfoque, deve-se ter em mente que a Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII, proíbe expressamente as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX, da CF c/c artigos 55 a 57 do CPM), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Especificamente no que tange à vedação das penas cruéis, reside a norma constitucional proibitiva a deslegitimar qualquer intento de implantação da pena de “divulgação da sentença” no ordenamento jurídico penal brasileiro com relação à criminalidade das pessoas morais.

E não é somente na Constituição Federal que se encontra óbice a essa modalidade punitiva. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), datada de 1969, proíbe, em seu artigo 5º, item 2, a adoção de “*penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes*” (grifo nosso).

É preciso, porém, deixar claro em que sentido a propaganda negativa produzida pela veiculação pública de uma sentença criminal condenatória contra ente coletivo se constituiria numa modalidade de pena cruel.

É lição de **Zaffaroni** e **Pierangeli** que a vedação constitucional acima enfocada visa delimitar a pena enquanto retribuição de uma culpa, mas jamais produzir um indivíduo (ou uma pessoa moral, *mutatis mutandis*), marcada, assinalada, estigmatizada ou reduzida a condição de marginalização perpétua.⁽⁴⁾ Sempre que uma pena aplicada gerar essa espécie de estigmatização poderá ser considerada como “cruel” nos termos exatos da vedação constitucional, que assim entende toda penalidade que “*atenta*

contra o Princípio da Humanidade”.⁽⁵⁾ Como já se disse acima, não há que estranhar a aplicação do “Princípio da Humanidade das Penas” às pessoas jurídicas a partir do momento em que a estas é atribuída a responsabilidade penal típica de pessoas físicas. Assim como as normas e procedimentos para aplicação da responsabilidade penal devem ser adaptadas às empresas, também os direitos e garantias em geral o devem ser, até mesmo em respeito aos Princípios da Isonomia e da Razoabilidade.

Certamente a pena de “difusão da sentença” para as pessoas jurídicas, encontrável em ordenamentos estrangeiros, configura exemplo de punição criminal *infamante ou degradante*, plenamente subsumível ao conceito de pena cruel da dicção constitucional pátria e, mais diretamente ainda, ao dispositivo do Pacto de San José da Costa Rica. Segundo **Dotti**, “*as penas cruéis e infamantes geralmente são impostas em nome da exemplaridade*”, sendo exemplos “*a maldição, o tormento, a execração e o abandono*” (grifo nosso).⁽⁶⁾ Realmente não há como negar que a “divulgação da sentença” constitui uma pena *infamante ou degradante* para a pessoa jurídica e, nesse sentido, pode ser considerada como uma pena cruel vedada pelo nosso regime constitucional.

Assim como seria impensável que uma legislação criminal permitisse a imposição de uma penalidade infamante a uma pessoa física, como, por exemplo, o uso de um cartaz com a inscrição “ladrão” todas as vezes que saísse à rua, a veiculação de seu nome em internet e outros meios de comunicação de massa como violador sexual, criminoso ou a divulgação de sua sentença condenatória, também não o poderia fazer com relação aos entes morais.

Pode-se argumentar que, na verdade, toda pena criminal é infamante e carrega o sujeito punido com um estigma. Infelizmente esse efeito é de difícil combate, mas isso não implica em legitimação de previsões de penas que irão infligir diretamente ao condenado, pessoa física ou jurídica, uma carga infamante ou degradante. Na realidade, o legislador tem se esforçado para conter ao máximo essa carga infamante inerente a qualquer condenação criminal com iniciativas de contenção de divulgação, bem ao contrário de impingir uma veiculação aos quatro ventos da condenação criminal e, ainda, às expensas do condenado. São exemplos dessas louváveis iniciativas legislativas o sigilo do Inquérito Policial e dos dados de indiciamento em atestados de antecedentes (artigo 20 e parágrafo único, CPP); o instituto da Reabilitação (artigo 93, CP); o instituto da Prescrição da Reincidência (artigo 64, I, CP); isso sem falar na garantia constitucional da inviolabilidade da honra e da imagem (artigo 5º, X, CF). É claro

que, como qualquer direito ou garantia, esta também está vinculada a certa relatividade, mas sempre dentro de uma proporcionalidade e razoabilidade, o que não se demonstra no caso da pena de “divulgação de sentença” ou em outras penalidades infamantes e degradantes que se cogite impor seja a pessoas naturais, seja a pessoas morais.

REFERÊNCIAS

- CABETTE, Eduardo Luiz Santos.** *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Breve Estudo Crítico*. Curitiba: Juruá, 2003.
- DOTTI, René Ariel.** *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo.** *Código Penal Comentado*.

- 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ROTHENBURG, Walter Claudius.** *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão.** *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: RT, 1998.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique.** *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NOTAS

- (1) **CABETTE, Eduardo Luiz Santos.** *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Breve Estudo Crítico*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 67-69.
- (2) **Rothenburg** destaca a penalidade comentada sob a nomenclatura de “*difusão da condenação*” ao tratar da legislação francesa em que se abeberou o legislador brasileiro para a construção de nosso modelo. Conf. **ROTHENBURG, Walter Claudius.** *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 110.

- (3) **SHECAIRA, Sérgio Salomão.** *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: RT, 1998, p. 112.
- (4) **ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique.** *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 745.
- (5) **FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo.** *Código Penal Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68.
- (6) **DOTTI, René Ariel.** *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 495.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia. Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal.

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA: UMA HIPÓTESE DE COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO POSITIVO E SUA FUNDAMENTAÇÃO À LUZ DOS FINS PREVENTIVOS DA PENA

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

O Código Penal estabelece, no art. 15, 1ª parte, sobre a rubrica *desistência voluntária*, que “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução [...], só responde pelos atos já praticados”. A doutrina encarregou-se de forjar diferentes posicionamentos tendentes à definição da natureza jurídica do conteúdo expresso no referido dispositivo.

Em que pese à complementaridade semântica que o art. 14, II, do CP confere ao disposto acerca da desistência voluntária – ao prescrever que se considera o crime tentado quando, iniciada a execução, sua consumação não advém por circunstâncias alheias à vontade do agente – não é razoável admitir que no art. 15, 1ª parte, resida uma autêntica hipótese de atipicidade⁽¹⁾ da tentativa. Assim afirma-se, pois o sujeito, que por autodeliberação não leva a cabo a consumação da ação anteriormente iniciada, obstaculiza sua potencialidade delitiva num *iter* compreendido entre o início da execução e a consumação do crime, o que denota que, embora não se tenha perfazido o injusto em sua totalidade, é incontestável a realização, mesmo que incompleta,⁽²⁾ de um tipo penal.

Outra postura⁽³⁾ considera haver na desistência uma causa excludente de culpabilidade ao sustentar que a atitude ulterior realizada pelo agente – de impedir o advento do resultado – reflete positivamente sobre a reprovabilidade de sua conduta. Atualmente, um setor doutrinário reafirma essa tese, fundamentando-a, contudo, a partir da chamada *teoria dos fins da pena* (*Strafzwecktheorie*). **Roxin**, um de seus autores, acredita que a impunidade franqueada ao agente que renuncia volitivamente à consumação do delito consubstancia-se em evidente menoscabo de fins preventivos gerais e/ou especiais da pena⁽⁴⁾. Por outro lado torna-se injustificável como um comportamento posterior à realização do injusto da tentativa⁽⁵⁾ pode repercutir sobre uma das

categorias do delito, *in casu*, a culpabilidade, posto que as exigências relativas aos fins da pena não compõem a estrutura do delito.

No que tange à desistência voluntária, características, como a voluntariedade, a posterioridade e o conteúdo positivo, permitem identificá-la como espécie do denominado comportamento pós-delitivo positivo, cujas consequências – em particular – conduzem a sua correta admissão como causa pessoal e extintiva da punibilidade, o que não exime a responsabilidade penal, conquanto persista – *in concreto* – a impunidade, por tornar-se a aplicação da sanção inócua e, sobretudo, desnecessária.

Esse comportamento não significa que se trate indiscriminadamente de uma conduta realizada após a consumação formal do crime, mas também um comportamento posterior à execução do fato, mesmo que o delito não tenha atingido sua consumação.⁽⁶⁾

Portanto, a pena deve ser, a um só tempo, *justa, adequada à gravidade do delito e, acima de tudo, necessária*.⁽⁷⁾ Logo, a subsequente conduta empreendida pelo sujeito que, antes da consumação do delito, regressa à legalidade, contida no preceito criminalizador, demonstra claramente que a aplicação da pena torna-se infúta, perecendo, então, em seus fins preventivos.

Salienta-se, por oportuno, que as considerações relacionadas à prevenção geral e especial desempenham função limitadora de imposição da pena justa, podendo assim levar à abstenção de sua aplicação quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo.⁽⁸⁾

Destarte, uma vez constadas a possibilidade e a capacidade por parte do agente de realização completa dos atos executivos, e bem como de sua desistência, *é imprescindível uma investigação exaustiva de se o processo de motivação que lhe conduziu a adotar semelhante*

resolução está ou não de acordo com as exigências normativas e político-criminais de prevenção.⁽⁹⁾

Assim afirma-se, pois a impunidade, lastreada na desistência da tentativa, exige do sujeito um comportamento de natureza voluntária. No entanto, essa voluntariedade prescinde dos motivos (éticos, morais, religiosos, sentimento de comisseração para com a vítima etc.) que conduziram o agente a afastar-se de sua conduta ilícita, todavia, é indispensável que sua ação seja neutra e livre de coações.

Essa deliberação oportuniza a compreensão de que tal atitude do sujeito deita raízes no sentido e em referência a um específico sistema de valores. Tal desdobramento axiológico decorre, por conseguinte, como reflexo necessário da própria missão do Direito Penal. Conclui-se logicamente a esse respeito que, através do desvalor ínsito à pena, há o fomento, o estímulo e o fortalecimento do sentimento de respeito aos valores ético-sociais tutelados na norma penal incriminadora.

Desta forma, resulta-se dispensável – desde o ponto de vista preventivo geral – o recurso à pena, uma vez que a ideia de exemplaridade que com ela se busca, sobretudo em sua aplicação concreta, resta alcançada, pois, a partir do instante em que o sujeito desiste voluntariamente, demonstra, de forma inequívoca, o seu reconhecimento dos valores inerentes ao bem jurídico por ele ameaçado.

A atitude do agente, com vistas a arrostar o perigo que gravitara entorno do bem jurídico, fazendo com que sobrevenha a evitação tempestiva do resultado, afasta, a seu turno, a impressão negativa que sua conduta pretérita gerara no seio social, figurando, neste caso, supérfluo qualquer sentido correccional à luz da prevenção especial. Ademais, lúdima é a orientação político-criminal que reconhece na execução da pena, mormente a privativa de liberdade, seus não raros efeitos

sociais e individuais negativos, recomendando, portanto, que a mesma seja reservada aos casos nos quais seja indispensável sua real aplicação.

Salienta-se ainda, com base nos cortes epistemológicos referentes aos fins da pena, que sua função preventiva não agasalha apenas a (re)condução do delinquente⁽¹⁰⁾ ao caminho correto, mas, acima de tudo, reduzir de forma global a quantidade de comportamentos desviados no âmbito do penalmente relevante. É notadamente perceptível e esperado que o consenso comunitário aprecie favoravelmente a modificação subjetiva pela qual passa o sujeito ao desistir de finalizar sua conduta delitiva, posto reforçar, a partir daí, o reconhecimento social na existência, na validade, na vigência e na eficácia da ordem jurídico-penal.

De outra sorte, ignorar a inexigibilidade de aplicação da pena no caso da desistência voluntária promove a admissão tautológica e anacrônica de que a prevenção geral funda-se, ainda hoje, exclusivamente em razões de intimidação, desprezando de tal forma a existência de elementos positivos na prevenção geral negativa, repercutindo, por isso, no realce da função eminentemente retributiva da pena.

Acrescenta-se que seria metodologicamente incoerente a aplicação da pena na desistência voluntária por razões mesmas da própria lógica que fundamenta a punição mitigada da tentativa. Admitindo apoiar-se a punição da tentativa em uma concepção eclética, que pressupõe sua

punibilidade em virtude da situação de perigo na qual fora inserido o bem jurídico, tendo sido aquela dirigida pela consciência e pela vontade do agente, é possível divisar no injusto do delito tentado o perfazimento – mesmo que assimétrico – de elementos subjetivos e objetivos do tipo.

A conduta de disposição ativa e voluntária, empreendida em momento precedente à consumação do crime, reúne, em paralelo, o anteparo qualitativo à necessária anulação, não dos componentes da tentativa delitosa, mas sim das condições anteriormente postas em marcha pelo sujeito. Essa certeza habita no fato de que, enquanto na tentativa o sujeito conduzia um curso causal que daria vazão à realização da tipicidade objetiva, na desistência essa concretização se exclui pelo efeito do comportamento posteriormente empreendido pelo agente.

Por fim, essas averbações surgem necessárias à justificação e à fundamentação de que a impunidade cultuada no caso da desistência voluntária cinde matiz em critérios de conveniência e oportunidade que instrumentalizam a aplicação efetiva da pena. Não obstante, o merecimento e/ou a necessidade da pena são tomados dessa forma como princípios materiais do Direito Penal que alicerçam a exclusão da punibilidade, inoperando, por derradeiro, qualquer consequência sobre a arquitetura estrutural do delito enquanto conduta típica, ilícita e culpável.

NOTAS

- (1) Cf. **CÓRDOBA RODA, J.** *Una nueva concepción del delito*. Barcelona: Ariel, 1963, p. 98.
- (2) Cf. **ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H.** *Da tentativa*. São Paulo: RT, 2008, p. 41.
- (3) **SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H.** *Strafgesetzbuch*. Munique: Kommentar, 1970, p. 329.
- (4) **ROXIN, C.** *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*. In: *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1976, p. 266.
- (5) **CARVALHO, É. M.** *La categoría de la punibilidad como sede de las valoraciones ajenas a lo injusto culpable*. Lima, *RPCP*, n. 17, 2005, p. 384.
- (6) **FARALDO CABANA, P.** *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos: las causas de levantamiento de la pena*. Buenos Aires, *CDJP*, n.7, ano 1, 2001, p. 342-343.
- (7) **LACASTA ZABALZA, J. I.** *Dogmatica, historia de la ciencia y enseñanza del Derecho Penal*. Madrid, *CPP*, n. 24, 1984, p. 609.
- (8) **PRADO, L. R.** *Teoria dos fins da pena: breves reflexões*. São Paulo, *ABPCP*, n. 1, 2004, p. 156-157.
- (9) **CARVALHO, É. M.** *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*. Lima: Ara Editores, 2008, p. 103.
- (10) **HASSEMER, W.** *Prevención general y aplicación de la pena*. In: et al. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 52.

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR).

Aluno do programa de pós-graduação *lato sensu* em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

REFORMA POLÍTICA E IGUALDADE NO JUDICIÁRIO: REFLEXÕES SOBRE O FORO ESPECIAL - CONCLUSÕES SOBRE A MESA DE ESTUDOS E DEBATES*

Eleonora Rangel Nacif

O IBCCRIM realizou, em 29.03.2011, a Mesa de Estudos e Debates “Reforma Política e Igualdade no Judiciário: reflexões sobre o foro especial”. O debate, trazido pelos palestrantes **Arnaldo Malheiros Filho** e **Roberto Delmanto Junior** foi muito rico, com ideias convergentes e divergentes sobre o tema. A falta de discussão sobre o assunto, tratado como verdadeiro “tabu”, foi ressaltada logo no início da exposição do Dr. **Delmanto**. Seu posicionamento contrário ao foro especial por prerrogativa de função justificou-se por inúmeros argumentos, entre eles a ausência do duplo grau de jurisdição e a confiança devida aos Juízes de primeiro grau, os quais possuem uma série de garantias constitucionais (inamovibilidade, irredutibilidade de salário, motivação das decisões) para que decidam de forma isenta e imparcial.

Delmanto afirmou não ter medo das decisões do Juiz de primeiro grau, além de não acreditar que o Magistrado de primeiro grau seja instável, frágil ou suscetível às pressões políticas. Segundo ele, “eventual decisão arbitrária pode ser proferida no primeiro grau ou no Tribunal superior. Se julgar mal, vai enfrentar

as consequências disto”. Enfim, sustentou o palestrante que o foro especial é ruim para todos: para o réu e para a própria credibilidade do Judiciário.

Por outro lado, como exceção, **Delmanto** defendeu que o Presidente da República, seu Vice, e também os Governadores, devem ser submetidos ao foro especial (enquanto no exercício do mandato). No primeiro caso, diante da estabilidade política que seus cargos demandam, e em relação aos Governadores, por serem os mesmos detentores do controle absoluto da polícia civil, estando demasiadamente afinados com a política de segurança pública do Estado.

Por sua vez, **Arnaldo Malheiros Filho** defendeu que o foro especial é uma garantia para um julgamento justo, ainda que não seja a solução ideal. Segundo ele, “a necessidade de desregionalizar a questão, levar para um patamar mais alto, sem restrição a um ambiente local, foi o objetivo do constituinte de 88”. Foi lembrado o sistema norte-americano, da *common law*, em que compete ao Tribunal do Júri o julgamento das autoridades: “Nixon foi julgado em primeira instância, em pleno exercí-

cio da presidência, porém, são sistemas diferentes que não comportam comparação”.

Sustentou, ainda, que o foro especial não se sobrepõe à competência do Tribunal do Júri, uma vez que a CF é uma declaração de direitos, na qual se acoplam regras sobre a organização do Estado. Quando há conflito entre uma regra de organização do Estado e uma garantia individual, deve prevalecer a competência da matéria individual. “O foro especial não é garantia individual, o júri é.” Por fim, **Malheiros** afirmou que “a igualdade não é o fato de todos serem julgados pelo mesmo juiz, e sim o acesso de todos ao Poder Judiciário, com direito à ampla defesa. Regras de competência sempre haverá, mas eu não enxergo como uma desigualdade a existência do foro especial. Concorro que muitas vezes é ruim para o acusado, mas considero uma necessidade para o equilíbrio institucional do Estado”.

NOTAS

- * A gravação audiovisual do evento está disponível na midiateca do IBCCRIM.

Eleonora Rangel Nacif

Advogada criminalista.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE QUANDO O PROBLEMA NÃO É A PROSTITUIÇÃO

Renato Watanabe de Moraes

O existir do ser humano sobre a Terra já se modificou inúmeras vezes. Trata-se de uma metamorfose contínua, dependente do fluxo espaço-temporal ao qual está sujeita. Entretanto, há uma atividade que ainda resiste aos sabores culturais e transpassa a divisão filosófica entre Ocidente e Oriente. A prostituição ainda se faz presente em grande parte das comunidades, sobrevivendo a diversos movimentos ideológicos e/ou moralistas.

Dentre esses movimentos, cabe comentar, ainda que brevemente, a atuação dos grupos feministas. Os movimentos feministas sempre combateram qualquer forma de repressão contra a mulher, sobretudo aquela de caráter puramente moralista. Se essa rejeição foi crescendo ao longo de todo o Século XX, foi na metade desse século que fincou com mais força a bandeira pelo fim do sexo como tabu para as mulheres. Aliado ao movimento *hippie* dos anos 1960, o feminismo contribuiu para a libertação sexual feminina, criando uma verdadeira revolução dos costumes e redefinindo os papéis de cada um na sociedade.

Dois cenários surgem nesse contexto. Por um lado, valoriza-se a autonomia de vontade que a mulher deve ter sobre seu próprio corpo. De outro lado, combate-se a transformação do corpo feminino em mero objeto de prazer. Aparentemente convergentes, são situações que acabam por gerar discordâncias quando trabalhadas concomitantemente.

Atualmente, grupos feministas têm protestado justamente contra a mercantilização do corpo para fins sexuais.⁽¹⁾ O ponto em questão diz respeito ao fato de que a prostituição pode ser uma manifestação da autonomia da vontade que a mulher (ou o homem) exerce sobre si própria. Em outras palavras, os argumentos podem ser conflitantes ainda que saídos da mesma ideia.

Na realidade, a própria conceituação do que viria a ser prostituição é passível de discussão. Tem-se por relativo consenso que prostituição seria a disposição do próprio corpo, para fins sexuais, com a devida recompensação, geralmente financeira. Partindo deste ponto, portanto, está prostituindo-se a pessoa que tem uma relação sexual com seu superior hierárquico da empresa com o intuito de conseguir uma promoção.⁽²⁾ Obviamente, a maioria das pessoas refuta essa linha de raciocínio, mas, pela análise do ato em si, não há grandes diferenças com o que se encontra pelas ruas.

De qualquer forma, a prostituição ainda persiste. Se não causam estranhamento as histórias de promoções dentro de uma empresa por conta de uma relação, não deveria a prostituição causar tantas manifestações apaixonadas como ainda se encontram, uma vez

que se trata de livre manifestação de vontade. Disto, portanto, deve-se ressaltar a necessidade latente de regulamentar-se a atividade. Se ainda há relatos de abusos nesse meio, muitos seriam facilmente resolvidos com a devida regularização da prostituição como atividade profissional.

Transformando em profissão, aqueles que dispõem de seu corpo passarão a possuir diversas garantias trabalhistas, previdenciárias e, principalmente, a garantia de que condições mínimas serão oferecidas para que o trabalho seja operado com segurança. O Direito Penal brasileiro, diferentemente do que é visto em outros países e em alguns estados dos Estados Unidos, não define a prostituição como crime. Entretanto, a descriminalização não basta para essa hipótese. É necessário criar um sistema de garantias que vá além da mera não imputação penal.

O argumento mais utilizado contra a prostituição no Brasil reside na afirmação de que, na maioria dos casos, não há uma verdadeira autonomia da vontade por parte do(a) prostituto(a), uma vez que condições alheias o(a) obrigaram a entrar neste mundo. Se a condição alheia se referir à pobreza e à falta de alternativas para se sustentar, trata-se, sim, de um problema jurídico, mas essencialmente da ausência de efetividade das políticas públicas, em nada sendo óbice para a regulamentação da atividade. Entretanto, se a autonomia foi tolhida pelo uso de alguma espécie de força por parte de terceiro, a discussão deve prosseguir numa outra linha, mas uma conclusão já é certa: o foco do problema não é a prostituição em si.

Muito se questiona, dentro do tema da profissionalização da prostituição, a figura presente no artigo 230 do Código Penal. Não seria possível admitir uma profissão que possui em seu âmago a exploração. O que se encontra na realidade é um agenciador responsável pelo preço a ser cobrado de cada serviço, quais “pontos” devem ser preenchidos e por quem, e que, ao término de um determinado período, recebe uma porcentagem do que fora ganho por seus subordinados. Observa-se que essa atividade não é muito diferente do que já se vê nos casos de atletas profissionais e músicos com seus empresários. Todavia, a conduta passa a ser considerada crime pelo simples fato de tratar-se de um tema ainda hipocritamente delicado. Não se está ferindo nenhuma autonomia de vontade ou liberdade. Trata-se de um mero gerenciamento de pessoal.

Torna-se ainda mais discutível a criminalização do agenciador num contexto de facilitação das comunicações. O trabalho nas ruas é cada vez mais raro, muito sendo resumido à internet e ao telefone. O contato entre os trabalhadores,

para troca de informações e experiências, cria uma rede em que torna ainda mais difícil a visualização de lesão a algum bem jurídico. Um exemplo de como o tratamento da matéria encontra-se desajustado é a hipótese do gerenciador de algum site de acompanhantes ser incriminado por rufianismo.

No caso em tela, o que se está tutelando não é a liberdade da pessoa, mas sim uma pretensa moral. Sendo a moral fruto da relação de alguém com o espaço-tempo em que se encontra (uma vez que pessoas diferentes podem possuir morais diferentes, as quais, consequentemente, não se confundem com a moral da sociedade), ela, dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito, não pode ser considerada um bem jurídico passível de tutela penal, sob pena de incorrer-se em arbitrariedades.

Todos os abusos comumente atribuídos a esta atividade podem ser solucionados com a já referida regulamentação da atividade ou já se encontram previstos no sistema penal, como no artigo 149, que trata da condição de escravo, no artigo 231 que tipifica a tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, ou no artigo 231-A, que lida com o tráfico de pessoas dentro do território nacional.

Deve-se buscar dar um tratamento à matéria mais coerente com o que a realidade mostra, além de reforçar a ideia do Direito Penal como a última *ratio*. As propostas apresentadas visam não somente atingir esse objetivo, mas também definir melhor o objeto da discussão do tolhimento da liberdade de homens e mulheres. Quando esses parâmetros forem definidos, todas as reivindicações feministas serão meras consequências da evolução da sociedade moderna, além de demonstrar que os temas da dignidade da pessoa humana e a não aceitação da moral como bem jurídico penal não são meras retóricas vazias.

NOTAS

- (1) Interessante notícia acerca da atuação de militantes feministas encontra-se disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13724, acessado em 09 de março de 2011.
- (2) De acordo com uma pesquisa norte-americana, 15% das mulheres já mantiveram relação sexual com seus chefes. Notícia sobre a pesquisa disponível em <http://www.businessinsider.com/sex-is-killing-the-workplace-2010-8> (site em inglês), acessado em 08 de março de 2011.

Renato Watanabe de Moraes

Graduando da Faculdade de Direito
do Largo de São Francisco – USP.

Colaborador do Caderno de Jurisprudência do
Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Faça como eles. Participe por acreditar.

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

de 23 a 26.08.11 no Hotel Tivoli São Paulo Mofarrej

... escritórios patrocinadores ...

Advocacia Casagrande • Advocacia Mariz de Oliveira • Almeida Castro Advogados Associados • Arns de Oliveira e Andreazza Advogados Associados • Barandier Advogados Associados • Bitencourt & Naves Advogados Associados • Campos Júnior, Pires & Pacheco Advogados • Carla Rahal Benedetti Advocacia Criminal • Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados • Clodomir Araujo Advogados Associados • Coelho, Costa, Alves e Zacis Advogados • Davi Rechulski Advogados • Décio Freire & Associados • Delmanto Advocacia Criminal • Dias e Carvalho Filho Advogados • Escritório Professor René Dotti • Faragone Advogados • Gamil Föppel Advogados Associados • Ivahy Badaró Advogados Associados • Joyce Roysen Advogados • Law & Liberatore Advogados • Luchione Advogados • Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados • Marcelo Leonardo Advogados Associados • Márcio Thomaz Bastos Advogados • Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados • Mario de Oliveira Filho e Oliveira Advogados Associados • Massud e Sarcedo Advogados Associados • Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente • Moraes Pitombo Advogados • Morais - Advogados Associados • Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados • Oliveira Campos Advogados • Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados • Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal • Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados • Ruiz Filho e Kauffmann Advogados Associados • Saad Gimenès Advogados Associados • Silvio & Gustavo Teixeira Advogados Associados • Siqueira Castro - Advogados • Tofic e Fingermann Advogados • Toron, Torihara e Szafir Advogados • Vilardi e Advogados Associados • Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados • Zenkner Schimidt, Poeta & Feldens Advogados Associados

saiba como patrocinar o evento

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

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ SÃO PAULO

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

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Fundamental PARA SUA CARREIRA



lançamento

ALBERTO SILVA FRANCO
RAFAEL LIRA
YURI FELIX

7.ª EDIÇÃO

revista, atualizada e ampliada

Coleção Direito e Ciências Afins



Outros lançamentos



Adquira essas e outras obras na Livraria RT

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br