

## Editorial

# Revista vexatória: o estupro institucionalizado

*“Eu não vou mais visitá-lo porque não aguento esse tipo de humilhação. Na revista a gente tira a roupa, abaixa três vezes de frente, três vezes de costas. E ainda ouvimos: ‘Abre, abre que não estou vendo nada’. Perguntei para a agente penitenciária: ‘Mas você quer ver o quê? Meu útero, meu coração?’ Até que pediram para eu abrir minha vagina com as mãos.” (F, 42 anos)*

Não é assunto novo dizer que a revista vexatória, eufemisticamente chamada de “revista íntima”, constitui conduta atentatória à dignidade humana em razão da brutal violação ao direito à intimidade, à inviolabilidade corporal e à convivência familiar entre visitante e preso/interno. Também não é desconhecido que tal prática, por ser recorrente também em crianças e adolescentes, viola o dever especial de protegê-las de tratamentos vexatórios ou constrangedores, além de todo fecho de direitos provenientes da doutrina da proteção integral que ilumina a Constituição Federal, a Convenção dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, com Zaffaroni – que considera pena não só aquela assim formalmente apresentada pelo Estado, mas também as ações às margens da lei praticadas pelas agências executivas de controle – é lugar comum apontar que esse proceder incute pena cruel ao preso/interno, bem como viola o princípio de que a pena não deva ultrapassar a pessoa do condenado, proporcionando tratamento desumano e degradante ao detento e aos seus visitantes.

Em âmbito internacional, diversos órgãos firmaram posição proibindo essa prática, seja na OEA por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas; Relatório Anual 38/96 referente à Argentina) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú), seja na ONU (Regras de Bangkok) e na Corte Europeia de Direitos Humanos (Caso Lorse e outros Vs. Holanda).

No Brasil, além do próprio IBCCRIM, diversas outras organizações preocupadas com o respeito aos direitos humanos já se manifestaram contrariamente à revista vexatória, tais quais Conectas Direitos Humanos, Rede Justiça Criminal, ITTC, Pastoral Carcerária e Defensorias Públicas. No que diz respeito às regulamentações internas, apesar da existência de algumas leis estaduais proibindo a revista vexatória ou limitando-a, tal prática permanece sendo praxe nas unidades prisionais de quase todos os Estados do país, com exceção de Goiás.

Ao argumento de que tais direitos deveriam sofrer uma ponderação frente à necessidade de garantir a segurança pública ao impedir que objetos ilícitos entrem no estabelecimento prisional/de internação, dados oficiais, fornecidos pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP),

apresentados no relatório produzido pela Ouvidoria e pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo (DPESP) apontam que entre os anos de 2012 e 2013 foram realizadas 3.407.926 visitas nas 159 unidades prisionais do Estado administradas pela SAP, oportunidade em que se deram apenas 493 apreensões de telefones celulares com visitantes e 354 de entorpecentes, o que corresponde a apenas 0,023%, ou seja, duas em cada 10 mil visitas. Por outro lado, em tal período, houve a apreensão de 11.992 aparelhos celulares e de 4.417 entorpecentes nas unidades prisionais, o que implica que apenas 3,66% das apreensões de celulares e 8% de entorpecentes ocorreram com visitantes. Ainda conforme o relatório, durante tal período não foi registrada apreensão de arma em revistas. Ou seja, a esmagadora maioria da entrada de objetos ilícitos nas unidades prisionais se dá por meios outros que não pelos visitantes.

Situação semelhante ocorre nos estabelecimentos de cumprimento de medida socioeducativa de internação para adolescentes no Estado de São Paulo, a exemplo de outros Estados, sendo que consta do documento “Superintendência de Segurança e Disciplina: conceitos, diretrizes e procedimentos”, produzido pela Fundação CASA, inclusive com gravuras, como deve se dar a revista vexatória nas visitas e nos adolescentes. Referido documento aponta a necessidade de tal revista sempre que ocorra movimentação externa (saída ao fórum, hospital etc.), na entrada e na saída, independentemente da existência de fundada suspeita para tanto, sendo que, conforme informações colhidas pela Defensoria Pública de São Paulo, existem relatos de adolescentes que foram submetidos a cerca de 15 revistas por dia, uma para cada troca de ambiente (quarto, refeitório, sala de aula e tv), o que, nas palavras do Defensor Público Marcelo Carneiro Novaes, em publicação sobre o tema, “*traduz tortura, tratamento degradante, um verdadeiro estupro institucionalizado, porquanto a exposição forçada da genitália dos adolescentes a agentes estatais, sem justificativa plausível, ofende a dignidade sexual desses jovens, [...] coisifica-os, gerando ódio e revolta*”.

Diante de tal cenário, reitera o IBCCRIM sua posição pelo fim da revista vexatória, repudiando essa prática humilhante e nitidamente inconstitucional. Apoiamos projetos de lei em âmbito nacional e estadual que tratem do tema e clamamos à comunidade jurídica e aos demais atores sociais que se mobilizem para a aprovação do PL 480/13 (que pretende alterar a LEP e proibir a revista vexatória em estabelecimentos prisionais), que denunciem tal proceder a órgãos nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos, bem como que produzam e incentivem a produção de trabalhos e pesquisas sobre revista vexatória, a tornar cada vez mais flagrante sua inconstitucionalidade e ineficiência.

## | Editorial

Algumas ideias sobre o tratamento jurídico do terrorismo  
Grupo Latino-americano de Estudos sobre Direito Penal Internacional - Declaração de Lima \_\_\_\_\_ 2

O Direito de Defesa e seu impávido colosso  
Fábio Tofic Simantob \_\_\_\_\_ 3

A admissibilidade da acusação e o fio de Ariadne  
Marcos Zilli \_\_\_\_\_ 4

O reflexo criminal do oferecimento de garantias nas ações judiciais tributárias  
Mathes Silveira Pupo e  
Thiago de Alcântara Vitale Ferreira \_\_\_\_\_ 6

A “politização” do direito penal à luz da Lei 12.654/2012  
Ruiz Ritter \_\_\_\_\_ 9

Circuitos perversos III: sobre a eficácia inversa da prisão  
Domingos Barroso da Costa \_\_\_\_\_ 10

Uma “euforia precipitada” sobre o domínio da organização na criminalidade de empresa  
Victor Augusto Estevam Valente \_\_\_\_\_ 12

Motivação dos veredictos do tribunal do júri, a experiência francesa e o projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro  
Franklyn Roger Alves Silva \_\_\_\_\_ 14

Extinção da punibilidade para os autores do crime de apropriação indébita sindical mediante o pagamento da dívida  
Rafael Serra Oliveira \_\_\_\_\_ 15

A falácia de que a pobreza gera criminalidade  
Hugo Leonardo Rodrigues Santos \_\_\_\_\_ 16

A magistratura, a cartilha e a detestável prisão de um inocente  
Ricardo Sidi \_\_\_\_\_ 18

## | Caderno de Jurisprudência

## | O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo \_\_\_\_\_ 1821

## | JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 1824  
Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1824  
Tribunal Regional Federal \_\_\_\_\_ 1826  
Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1827

## | JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1827

# Algumas ideias sobre o tratamento jurídico do terrorismo\*

## Grupo Latino-americano de Estudos sobre Direito Penal Internacional<sup>(1)</sup> - Declaração de Lima<sup>(2)</sup>

No último encontro do Grupo Latino-americano de Estudos de Direitos Penal Internacional, ocorrido na cidade de Lima entre os dias 27 a 29 de outubro, as discussões e reflexões deste grupo de estudiosos latino-americanos e europeus giraram em torno do complexo fenômeno do terrorismo. As principais conclusões foram incorporadas nos seis pontos da Declaração de Lima.

Os debates se centraram nos textos preparados previamente pelos membros do Grupo sobre os problemas do tratamento jurídico-penal do terrorismo nos países latino-americanos. A falta de clareza conceitual, a flexibilização do princípio da legalidade, a desproporcionalidade das penas, as normas processuais pouco garantistas, os discursos de “guerra” e absolutistas, entre outros, foram alguns dos problemas identificados nas discussões.

Problemas estes que transcenderam o aspecto jurídico-penal, passaram pelo âmbito criminológico e chegaram, inclusive, ao político. Os discursos atuais contra o terrorismo, sejam nacionais ou internacionais, têm influenciado o tratamento político-criminal e jurídico-penal deste fenômeno e, o que é mais complexo, padecem de falta de clareza conceitual sobre o que se pretende regular, investigar e sancionar. Não existe consenso na definição de terrorismo no âmbito internacional, existem ações de diversas índoles às quais se rotularam como terroristas. Desde o protesto social até o uso indiscriminado de armas de grande capacidade destrutiva receberam esta conotação.

O terrorismo é um delito grave, como reconhece o Grupo em sua Declaração, mas para fazer frente a ele não devem ser empregados procedimentos que socavem os princípios próprios do Estado de Direito. Daí que o Grupo considere que as condutas delitivas de terrorismo devem estar delimitadas com toda precisão na lei; que devem ser sancionadas respeitando o princípio de proporcionalidade das penas e que os procedimentos penais não estejam a cargo de uma jurisdição de exceção e que sejam submetidos aos mesmos princípios, regras e garantias do devido processo, aplicáveis aos delitos em geral.

No que diz respeito a uma resposta penal respeitosa dos princípios do Estado de Direito, é importante a legitimidade democrática das normas que regulam a matéria. Os maiores debates sobre terrorismo são travados nas instâncias internacionais, cujos organismos como, por exemplo, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, não têm a mesma legitimidade democrática que têm os poderes legislativos nacionais para impor obrigações aos países. Sobretudo, não têm a capacidade de avaliar a necessidade ou pertinência de determinada disposição penal sobre terrorismo em um país em concreto. Não é o mesmo perseguir o terrorismo na Espanha que fazê-lo no México ou no Chile, ou fazê-lo em nível transnacional ou mundial. Transladar de forma automática disposições internacionais sobre terrorismo, sem fazer uma análise do contexto social, pode gerar contradições no ordenamento jurídico e, inclusive, abusos estatais. Assim se expressa o ponto seis da Declaração de Lima: “Os Estados, ao implementar os padrões internacionais na matéria, não devem desconhecer as garantias da pessoa contidas em seus ordenamentos constitucionais e nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”.

Sem embargo, não se pode desconhecer o importante papel que cumprem os instrumentos, organismos e cortes internacionais quando os governos de turno não respeitam os direitos humanos ou não são claros em reconhecê-los como limite de suas atuações. Nesses casos,

a aplicação direta das normas internacionais e do aperfeiçoamento da jurisprudência nacional e internacional que determinem lineamentos para a proteção dos direitos humanos é uma garantia. Especialmente onde o discurso contra o terrorismo, como se reconhece no ponto cinco da Declaração, tem sido utilizado como pretexto para reprimir o protesto social e a dissidência e eliminar garantias processuais.

Finalmente, uma questão igualmente presente nas discussões, e recolhida no ponto quatro da Declaração de Lima, faz referência à importância de que os Estados não utilizem a retórica da “guerra” para fazer frente ao terrorismo. As implicações do discurso de “guerra”, utilizado para perseguir fenômenos que, como o terrorismo e o tráfico de drogas, dão-se também em situações de paz, supõem uma contradição com o Direito Internacional Humanitário (DIH) – o velho “direito da guerra” – cuja aplicação requer a existência de um conflito armado. Portanto, “guerra” não se pode fazer em tempos de paz e, inclusive no marco de um conflito armado (“guerra”), existem regras e direitos das partes. Dessa forma, não existe um crime de terrorismo em DIH, mas somente atos terroristas proibidos (ex. art. 13(2) Prot. Adic. aos Convênios de Genebra) que violam princípios importantes como os da distinção, da proporcionalidade e da precaução. Ademais, além dessas considerações jurídicas, o recurso a uma “guerra” contra o terrorismo traz em si o risco de abrir caminho para o uso de instrumentos excepcionais próprios de uma guerra para alcançar a paz.

Estas breves reflexões apresentadas resumem complexas discussões jurídicas, sociológicas e políticas que se deram no marco do encontro. Com a Declaração de Lima, assim como com um intenso trabalho de investigação, o Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional busca fazer um aporte ao desenvolvimento jurídico e ao tratamento internacional do terrorismo, um fenômeno que não conhece limites nacionais e que afeta todas as nações por igual.

### “Declaração de Lima

O Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional, no marco de sua XI Reunião realizada na cidade de Lima, nos dias 27 a 29 de outubro de 2014, aprovou a seguinte declaração:

O terrorismo é um delito grave, frente ao qual não se devem empregar procedimentos que socavem os princípios próprios do Estado de Direito.

- I. As condutas delitivas de terrorismo devem estar delimitadas com toda precisão na lei e devem ser sancionadas com respeito ao princípio de proporcionalidade das penas.
- II. Os procedimentos penais por terrorismo não devem estar a cargo de uma jurisdição de exceção. Devem ser submetidos aos mesmos princípios, regras e garantias do devido processo aplicáveis aos delitos em geral.
- III. A resposta estatal não deve utilizar a retórica da ‘guerra’ para fazer frente ao terrorismo.
- IV. Os Estados não devem utilizar o terrorismo como pretexto para reprimir o protesto social e a dissidência.
- V. Os Estados, ao implementarem os padrões internacionais à matéria, não devem desconhecer as garantias da pessoa contidas em seus ordenamentos constitucionais e nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Lima, 29 de outubro de 2014.”

## Notas

(1) O conjunto de estudos do Grupo sobre esta matéria será publicado em 2015 pelo Programa de Estado de Direito da Fundação Konrad Adenauer, juntamente com o Centro de Estudos de Direito Penal e Processo Penal Latino-americano (CEDPAL) da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha.

(2) Para conhecer os perfis dos membros do grupo ver: <<http://www.kas.de/rspla/es/pages/10893/>>.

(3) O texto da Declaração também está disponível no link: <<http://www.kas.de/rspla/es/publications/39361/>>.

Grupo Latino-americano de Estudos sobre Direito Penal Internacional.

# O Direito de Defesa e seu impávido colosso

*Fábio Tofic Simantob*

Um dia aconteceu. A porta se abriu, ao fundo do elevador, olhando em direção ao *hall*, estava ele, ar solene, a pasta agarrada ao peito, nariz (grande) ligeiramente empinado, impávido, em pose de hino nacional. Aí entendi que não precisava tê-lo visto um dia para identificá-lo. Algumas pessoas são personagens perfeitos de si mesmo, e este era o caso do Dr. **Márcio**. Tinha cara, jeito e pose de **Márcio Thomaz Bastos**. Fiquei alguns segundos bestificado, admirado, sem reação. Ao passar por mim, tentei esboçar um sorriso cordial, ele não me notou, atravessou o saguão feito uma pluma, a passos de marcha nupcial, em direção à calçada do prédio situado no número 65 da Avenida Liberdade.

Aqueles segundos se eternizariam na minha memória. Passaria anos perscrutando, em silêncio, o estilo e a personalidade daquela curiosa figura humana.

Mais ou menos na mesma época, caiu-me nas mãos o áudio de um julgamento importante ocorrido no início da década de 1980 no antigo salão do júri do Palácio da Justiça. O réu era o cantor Lindomar Castilho, acusado de duplo homicídio contra a esposa e o rapaz que a acompanhava (supostamente seu amante), este último na modalidade tentada. Pude ouvir repetidas vezes esta gravação, uma das maiores expressões de genialidade da advocacia criminal paulista na segunda metade do século XX. Na defesa atuava **Waldir Troncoso Perez**, sustentando a legítima defesa da honra, e subsidiariamente o homicídio privilegiado pela violenta emoção. Com aquela voz dramática, suplicante, cheia de poesia, oscilando entre graves e agudos feito um quarteto de Stravinsky, arrancava palavras vindas das profundezas da alma humana, invocando clássicos como Santo Agostinho e modernos como Mira y Lopez.

Para menosprezar as citações de **Hungria**, usadas pela acusação para demonizar o passional, **Waldir** fazia questão de rejeitar a doutrina penal, servindo-se de **Henri Frederic Amiel** (“*um físico, um químico, um matemático e um jurista entendem tanto da alma humana quanto um barbeiro suburbano*”).

Na acusação, estava ele, um orador mais técnico, direto, lacônico até, voz pausada, sincopada, entrecortada por átimos de silêncio, com um leve desafinado que emocionava sem entoar grande eloquência. Em duas palavras, era simplicidade com sofisticação. Capaz de uma peroração como esta, que até hoje guardo na memória e sei de cor: “*Falo agora a Vossas Excelências muito mais ao coração, porque vivemos um momento de questionamento das coisas, se questiona a justiça, se questiona o governo, se questionam as instituições. Mas a Justiça é algo muito importante, porque a justiça não está aqui apenas nas suas exteriorizações, não está nesta beca, não está naquela toga, não está no discurso da defesa nem no da acusação, não está nos adornos e nos aparatos deste tribunal, não está nos aplausos da plateia, e nem no reboiço em que se transformou este julgamento.*”

*A justiça está principalmente dentro de cada um de nós, em nossas mentes e em nossos corações...”.*

Era o então Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. **Waldir** era carnaval, **Márcio** era bossa nova. **Waldir** era poesia. **Márcio** era pura prosa. Ambos geniais. O réu foi condenado por 4 a 3.

**Márcio** era um orador vibrante, enérgico; parecia, porém, refrear aqueles arroubos exagerados de eloquência que emanam às vezes vulgares da alma do criminalista. Perseguiu com obstinação o estilo sóbrio e lúcido, parecia sempre em busca da palavra perfeita, do argumento perfeito e, sobretudo, do equilíbrio. Era um eterno vigilante do próprio verbo, o que lhe dava um ar oracular, profético, responsável provavelmente pelo magnetismo que atraía gerações de advogados a seu redor.

Era, porém, e acima de tudo, um aficionado pela dúvida, e seu corolário maior, a presunção de inocência, ideologia que o inspirou a fundar em 2000 o Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Antes de se tornar Ministro da Justiça, chegou a atuar no júri na defesa de réus pobres representando o instituto, e foi graças a este seu entusiasmo que uma nova geração de advogados voltou a peregrinar pelo tribunal popular, instituição com forte potencial transformador da sociedade, e habilitada a permitir uma compreensão da pluridimensionalidade do homem e do fenômeno do crime com muito maior *espessura e densidade* (expressão que ele costumava usar) do que o juiz togado, calejado pelo automatismo da função.

Por outro viés, se **Evaristo de Moraes** foi, no século XIX e início do XX, uma espécie de **Clarence Darrow** brasileiro, pela sua vocação para mobilizar a advocacia a serviço de lutas e conquistas sociais, **Márcio Thomaz Bastos** foi um retrato de **Edward Bennett Williams** (“*The Man To See*”), o célebre advogado americano, conhecido pelas causas impopulares e por ter clientes dos mais variados matizes, em comum apenas o desejo de compartilharem a melhor defesa.

E foi sem dúvida com o verbo amargo das defesas impopulares que ajudou a erguer o edifício dos direitos e garantias individuais, projetado pelo constituinte de 1988, e que hoje, queiram ou não, está aí, em fase – longa, é verdade – de acabamento, para servir a todos.

Gostava de **Rubem Fonseca**, **Machado de Assis** e **Drummond**. Deste último costumava citar verso do qual me valho aqui para dar a esta homenagem a definição que merece: “*um ramo de flores absurdas mandado por via postal ao inventor dos jardins*”.

*Fábio Tofic Simantob*

Diretor do IBCCRIM.

Vice-presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

# A admissibilidade da acusação e o fio de Ariadne

Marcos Zilli

A acusação criminal, por si só, produz efeitos que vão muito além da dimensão processual. De fato, atingem a imagem social do imputado, cujo comprometimento dificilmente é recomposto, mesmo na hipótese de absolvição. Aliás, não são raros os casos em que o julgamento se dilui em meio à força conquistada pela publicidade hipertrofiada da investigação. Trata-se de uma evidente disfuncionalidade da Justiça Penal e que se acentua nas sociedades ávidas pela persecução-espetáculo. Nestas, a informação não é suficientemente depurada. É produto de consumo e, como tal, é rápida, imediata e rasa. Em meio a este contexto, o impacto provocado pelos primeiros passos da trajetória persecutória tende a se destacar frente ao resultado final dado pelo julgamento. Daí a importância que assume o juízo de admissibilidade da acusação. Automatismo e fórmulas decisórias pré-fabricadas não valorizam um ato processual de extrema relevância. Na verdade, demonstram insensibilidade frente aos graves efeitos jurídicos e sociais provocados pelo processo.

A questão não é nova. Com efeito, a seriedade da acusação já figurava no centro da preocupação das civilizações antigas que, para tanto, puniam as manipulações do aparato judicial para finalidades caluniadoras.<sup>(1)</sup> Na modernidade, a absorção dos valores democráticos foi decisiva para o aprimoramento dos procedimentos de filtragem acusatória. Hoje, a maioria dos sistemas prevê uma fase intermediária – inserida entre a investigação e o julgamento –, destinada à preparação do juízo de admissibilidade.<sup>(2)</sup> Esta avaliação inicial, que era referida por **Canuto Mendes de Almeida** como o “juízo de acusação”, compreende um exame judicial sobre o direito de acusar. É uma verificação sobre a legitimidade e a suficiência do ato acusatório.<sup>(3)</sup> Não enfrenta a procedência do poder-dever punitivo, tarefa destinada ao “juízo da causa”.<sup>(4)</sup> Mas, nem por isso há de ser superficial. Cuida-se de uma filtragem suficientemente profunda de modo a viabilizar a retenção das acusações injustas, infundadas ou mesmo inúteis.

Os sistemas processuais, como se sabe, são diferentes e, obviamente, os modelos procedimentais não são uniformes. Mesmo assim, a tendência geral é a de fixar oportunidades para que o imputado possa combater a acusação ainda em seu nascedouro, evitando, assim, o prolongamento do drama processual e os efeitos nefastos da publicidade do julgamento.<sup>(5)</sup> Esta dialética inicial é de singular importância. É que, via de regra, os elementos que lastreiam a acusação são obtidos de forma unilateral e, em alguns casos, com a atuação direta do próprio órgão acusador. Assim, a perspectiva de uma visão multifocal sobre o “direito de acusar” abre os horizontes da cognição enriquecendo o próprio juízo de admissibilidade. Por essa perspectiva, o maior dispêndio de energia processual dado pelo alongamento da fase inicial compõe de forma mais eficaz os valores que estão na encruzilhada da eficiência e do garantismo no processo penal.

Nessa matéria, a estrutura original do Código de Processo Penal de 1941, alimentado pelos ares autoritários da época, representa um claro ponto fora da curva.<sup>(6)</sup> Pelo antigo modelo, ao oferecimento da acusação seguia-se, diretamente, o juízo de admissibilidade. Não havia, portanto, previsão para o exercício de uma oposição inicial à acusação da parte do imputado. A solução refletia a prevalência de uma mentalidade que procurou valorizar os elementos obtidos no curso da fase preliminar da investigação. Para além de embasarem a acusação, os dados ali colhidos podiam ser transpostos, sem maiores pudores, para a fase judicial do processo, lastreando, inclusive, o próprio juízo condenatório.<sup>(7)</sup>

A partir daquela lógica, a filtragem acusatória ficou exprimida entre a possibilidade de rejeição e o recebimento da acusação, o que, na prática, limitou bastante as hipóteses de um juízo de admissibilidade negativo.<sup>(8)</sup>

É certo que as vicissitudes do antigo modelo não ficaram restritas a estes aspectos. O exercício inicial da defesa – com a realização do interrogatório e com o oferecimento de defesa técnica – somente era permitido após o recebimento da denúncia ou da queixa. A inutilidade destas reações defensivas era evidente o que a prática diária tratou de reforçar. Afinal, visavam combater o que já se apresentava como fato processual consolidado: a admissibilidade da acusação. Constituíram, assim, mera formalidade no conjunto do procedimento.

Ademais, a antiga estrutura propiciou tratamentos processuais diferenciados. Na persecução dos “crimes de responsabilidade de funcionário público”, por exemplo, o Código de 1941 seguiu a tradição de nossa cultura jurídica ao manter a previsão de uma resposta preliminar do imputado antes do juízo de admissibilidade. Mas esta maior sensibilidade para com a ampla defesa ficou restrita à excepcionalidade. Aliás, as razões invocadas para aquela solução não levaram em conta o resguardo da dignidade do imputado ou mesmo os valores do justo processo. Em realidade, foram os supostos interesses superiores da Administração Pública que justificaram o procedimento. Por aquela lógica, os riscos de comprometimento da boa imagem dos serviços públicos, de seus órgãos e instituições exigiam um controle mais detido da acusação. É certo que com o passar dos anos, as situações excepcionais foram ampliadas e por distintas razões. Primeiramente, pela hoje revogada Lei de Imprensa (art. 42, § 1.º, da Lei 5.250/1967). Posteriormente, nos processos de competência originária dos Tribunais (Leis 8.038/1990 e 8.658/1996). Mais recentemente, o alargamento da fase intermediária foi aplicado ao procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995) e ao procedimento especial da Lei de Drogas (art. 55 da Lei 11.343/2006).

Em realidade, essas mudanças pontuais anteciparam a verdadeira transformação de paradigmas que se cristalizou com a edição da Lei 11.719/2008. O diploma, como se sabe, está inserido em um conjunto de reformas que foram projetadas para adequar os parâmetros processuais aos ares democráticos da ordem constitucional e, também, para modernizar o processo penal brasileiro, dotando-o de maior racionalidade e funcionalidade. Entre as várias mudanças, destaca-se o alongamento da fase intermediária. Agora, o juízo de admissibilidade é necessariamente antecedido pelo exercício de uma defesa técnica inicial.<sup>(9)</sup> Diferentemente da fórmula anterior, caracterizada pela inutilidade desta reação, a reforma procurou resgatar a importância do ato, elevando-o à condição de resposta potencialmente apta para interferir nos rumos do processo. Assim, a resposta pavimenta o caminho processual em direção a três possíveis destinos: rejeição, absolvição sumária ou recebimento da acusação.

A mudança de paradigmas é profunda não sendo possível operá-la com os olhos voltados para o espelho retrovisor. As hipóteses de rejeição da denúncia, por exemplo, (art. 395) superaram o anacronismo do modelo anterior (art. 43)<sup>(10)</sup> que, sabidamente, não enfrentava todas as alternativas de impedimento do processamento da ação penal. Assim, para além das deficiências formais que conduzem à inépcia, a nova fórmula faz referência às condições da ação penal, aos pressupostos processuais e à justa causa.

Por essa perspectiva, o recurso às fórmulas decisórias vazias quando do enfrentamento preliminar do direito de acusar é totalmente desconectado dos novos horizontes abertos pela reforma. Dito de outra forma, o exame inicial não pode se contentar com a simples perspectiva de adequação penal típica dada pela narrativa acusatória, uma vez que são múltiplas as questões a enfrentar. Não há aqui espaço para receios infundados de antecipação do mérito. O enfrentamento do direito de acusar é plenamente compatível com um exame preliminar da acusação amplo e profundo. A existência de lastro probatório suficiente para a acusação, por exemplo, e que é dada pela referência à justa causa, impõe ao juiz uma análise quanto à suficiência dos elementos informativos constantes do inquérito e, também, da correlação destes com a tese acusatória.

Logo, não há impedimento para que o juiz faça uma avaliação inicial da proposta de qualificação jurídica do fato imputado.<sup>(11)</sup> A questão, todavia, é assumida como intocável sob o falacioso argumento de que a classificação jurídico-penal constitui monopólio do acusador de modo que qualquer análise é interpretada como expressão de uma indevida interferência em atribuições exclusivas de um dos sujeitos processuais. Ocorre que a imputação jurídica é uma proposta de adequação penal típica e, como tal, provisória estando, assim, sujeita a avaliações, sobretudo em razão dos graves efeitos que a ela estão associados. De mais a mais, o oferecimento da acusação é ato de provocação e de desencadeamento da atividade jurisdicional penal. Assim, a análise de sua pertinência integra o exercício daquela atividade. Cabe ao juiz enfrentar, desde logo, os fundamentos fáticos e jurídicos da tese proposta, mormente quando o excesso implicar comprometimento da liberdade.

Por esse prisma, se desde logo for manifesta a insuficiência dos elementos informativos – inclusive no que se refere à proposta de adequação penal típica –, tal deverá ser corrigido *ab initio*. A medida evitará os constrangimentos decorrentes do excesso. Afinal, a proposta de adequação penal típica infundada pode fechar os canais para as soluções alternativas do conflito penal,<sup>(12)</sup> pode provocar sérios desvios na fixação de competência jurisdicional<sup>(13)</sup> e pode, por fim, representar o ponto limite entre o permitido e o proibido no campo das medidas cautelares penais.<sup>(14)</sup>

Outro ponto que exige urgente mudança de mentalidades é o que toca o recebimento formal da acusação. O ato deixou de ser mera formalidade e assumiu a importância que merecia há tempos. É o juízo de admissibilidade positivo da acusação. Como tal, somente pode ser alcançado após o exercício de uma reação defensiva inicial. Pensar e atuar de forma diferente esvazia o sentido lógico da reforma processual. Não foram outras as razões que motivaram o legislador a prever a apresentação da resposta à acusação<sup>(15)</sup> e de estendê-la para todos os procedimentos penais, inclusive aqueles previstos em leis especiais.<sup>(16)</sup> A conclusão, no entanto, enfrenta fortes resistências da parte dos operadores do Direito.

A primeira delas revela uma supervalorização da exegese gramatical e que acaba se sobrepondo aos métodos lógico e sistemático. É que no final do segundo tempo do processo legislativo, na tentativa de distorcer o desenho original da reforma processual, inseriu-se a expressão “receber” na redação do art. 396. Neste afã distorcivo, o legislador olvidou-se da redação que tinha sido proposta ao art. 399 e ali manteve a mesma expressão. Mais do que simples normas processuais, as duas previsões apontam para etapas distintas da fase intermediária. Assim, a inclusão de última hora, além de romper com uma lógica processual elementar – já que suscita a possibilidade de repetição desnecessária de atos processuais de recebimento –, contraria o percurso histórico processual que já se desenhava nas alterações legislativas precedentes: a mudança de paradigmas no trato do juízo de admissibilidade de acusação. Foram, note-se, os mesmos motivos que levaram o legislador a prever o recebimento do aditamento da acusação, no caso de *mutatio libelli*, somente após a manifestação da defesa.<sup>(17)</sup>

Outra resistência comumente invocada reflete o excessivo apego às concepções superadas do processo. Manifesta-se em renitentes fórmulas decisórias: “Não há processo enquanto não houver recebimento da acusação”; “se não há rejeição liminar, só resta ao juiz receber a acusação”; e “a determinação de citação é indicativa de que a acusação foi recebida”. São mantras jurídicos que se inspiram no antigo modelo e que se perpetuam a despeito da significativa mudança de rota.

Em primeiro lugar, não há dependência existencial entre o processo e o ato formal de recebimento da acusação. Até mesmo porque, é com o oferecimento da ação penal que se dá a provocação da atividade jurisdicional, instaurando-se, a partir dela, o processo. A apresentação da denúncia ou da queixa já fixa, portanto, uma relação entre o acusador e o Estado-Juiz. A rejeição liminar é uma das respostas decisórias possíveis à provocação feita. Outra é a determinação de continuidade do processo com a citação do imputado. Eis aqui justamente o ponto mal compreendido no âmbito da reforma processual: a ressignificação da decisão de recebimento da acusação.

Com efeito, o recebimento é uma declaração judicial de reconhecimento da convergência dos mantos da legalidade e da legitimidade da tese acusatória e cujo selo somente pode ser estampado após o movimento dialético processual inicial. Assim, ao determinar a citação do imputado – ao invés de rejeitar liminarmente a acusação –, o juiz não está recebendo, formalmente, a acusação. Na verdade, apenas determina a continuidade do processo com a realização dos demais atos que integram a fase intermediária. Esta avaliação inicial, unilateral que é, não esgota as possibilidades de filtragem. É apenas uma barreira que evita o desnecessário dispêndio de energia com a realização de uma citação em uma ação penal que, desde logo, se mostra natimorta.

A citação, por sua vez, é ato de comunicação que também não depende de anterior recebimento formal da acusação. Trata-se de mais um equívoco construído com base na lógica processual anterior.<sup>(18)</sup> Pelo novo desenho processual, a citação serve, de um lado, para estabilizar a relação processual<sup>(19)</sup> e, de outro, para marcar o início da contagem do prazo para a apresentação da indispensável e obrigatória reação defensiva inicial. Ou seja, não se cita o imputado para cientificá-lo de que a acusação contra ele ajuizada já foi admitida, independentemente de sua oitiva. Ao contrário, o acusado é citado para que ele, necessariamente, seja ouvido antes daquela decisão.

Outro discurso igualmente recorrente é o que prega a indispensabilidade do recebimento formal logo no início a fim de se evitar uma indesejável impunidade pela fluência do lapso prescricional. Por esse raciocínio, a falta de rejeição liminar seria expressão de um juízo positivo – ainda que provisório – da acusação, válido, portanto, para marcar a interrupção do lapso prescricional. No entanto, o espírito da reforma foi o de combater justamente esta visão unilateral de formação do juízo da admissibilidade. Em realidade, o juiz precisa ser convencido da presença de elementos que confirmam sustentabilidade à acusação. E o convencimento é aquele que sobrevive à reação defensiva inicial. Somente neste caso, o Estado terá demonstrado não só que não permaneceu inerte, mas que a sua atuação inicial preparatória foi, realmente, eficiente, fazendo jus, destarte, à interrupção do prazo que contra ele corria.

É importante destacar que raciocínios diversos acabariam por manter um indesejável quadro de desigualdade que não é tolerável em um Estado Democrático de Direito. Afinal, ter-se-ia a vala comum da persecução penal – que compreende a grande maioria dos casos –, que é caracterizada pela interrupção do lapso prescricional quando o juiz não rejeita liminarmente a denúncia, e as situações excepcionais, motivadas por distintos critérios – e que, por isso, não conferem unidade lógica ao sistema –, em que o deslocamento do recebimento formal levaria ao deslocamento também do marco interruptivo do prazo prescricional.

De qualquer modo, todas estas questões exigem uma mudança significativa de olhares que possibilite a permeabilidade do operador aos novos ares e que, sobretudo, o conduza à superação de interpretações puramente literais, invariavelmente reducionistas. A permanência de antigas práticas e de velhos discursos conduz a caminhos tortuosos. O procedimento penal envolve um caminhar lógico, coerente e respeitoso das sinalizações do justo processo. Compreender as mudanças legislativas supõe uma compreensão dos movimentos históricos que nos conduziram ao atual estágio de consciência quanto aos efeitos do ato acusatório e sobre a importância de um juízo de admissibilidade que seja produto de atividade dialeticamente construída. É preciso desenrolar o fio condutor da lógica. Ele indica o quanto percorremos. Ele nos revela qual a única saída.

## Notas

- (1) Nesse sentido: FAUSTIN, Hélié. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*. 2 ed. Paris: Henri Plon, 1866, p. 14-15. Os gregos, por exemplo, tinham especial preocupação no controle das acusações feitas pelos particulares. Esta preocupação também é encontrada nas diferentes fases do processo penal romano. Para tanto, ver, entre tantos: TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: EDUSP, 1976.
- (2) No próprio processo penal internacional, desenhado para os crimes de maior gravidade internacional, encontramos uma fase intermediária razoavelmente complexa e que é conduzida pela Câmara de Questões Preliminares. É ela que conduz a audiência de recebimento da acusação. Esta solução processual revela o consenso internacional que a importância da filtragem acusatória inicial atingiu no desenho do processo penal.
- (3) FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59. Ver, ainda, do mesmo autor: *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104-130.
- (4) *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 11.
- (5) Nesse passo, vale ressaltar a importância do Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América que fixou um modelo de persecução que superasse a tradição inquisitória reinante nos países latinoamericanos. Dentre as várias propostas, destaca-se o alongamento da fase intermediária destinada à preparação do juízo de admissibilidade da acusação. Como se sabe, o Código teve grande influência nas reformas legislativas de vários países. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América: 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 30, 2000, p. 41-50.
- (6) A grosso modo e com variações, obviamente, os modelos processuais do Império e dos primeiros anos da República previram uma fase para a

“formação da culpa” que se encerrava com uma decisão que enviava a causa para o julgamento. A questão envolve um estudo histórico processual mais detido que extrapola a dimensão deste espaço. Assim, para um estudo mais aprofundado, ver: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1920, v. 1.

- (7) Como anota SCARANCE, o inquérito acabou ocupando o espaço que antes era reservado ao sumário da culpa. (A reação... cit., p. 70). Vem daí o valor probatório dado ao inquérito e que acabou se impregnando na cultura jurídica nacional. Como se sabe, a reforma de 2008 rompeu com esta tradição ao diminuir os efeitos probatórios dos elementos colhidos na fase preliminar. Veja-se, para tanto, a nova redação dada ao art. 155 do CPP.
- (8) É o que emanava das antigas redações dos arts. 43 e 394 do CPP de 1941.
- (9) Conforme redação do art. 396-A do CPP.
- (10) Hoje revogado.
- (11) A questão, note-se, já tinha sido antecipada por SCARANCE FERNANDES (A reação... cit.).
- (12) Como no caso da suspensão condicional do processo.
- (13) Como no caso de imputação de crime comum quando a hipótese claramente indica ser caso de infração de menor potencial ofensivo.
- (14) Como no caso da incompatibilidade, a princípio, entre a prisão preventiva e os crimes cuja pena máxima abstratamente cominada seja inferior a quatro anos.
- (15) Lembre-se não haver limites para este ato defensivo inicial. Além de suscitar preliminares, a defesa pode atacar todos os pontos que envolvem o mérito da acusação e, inclusive, apresentar exceções. Também pode oferecer documentos e, note-se, oferecer justificações o que, na prática, não é lembrado.
- (16) Conforme dispõe o § 2.º do art. 394 do CPP.
- (17) Vejam-se a propósito, as redações dos §§ 2.º e 5.º do art. 384, do CPP, introduzidos pela reforma.
- (18) A sistemática anterior fazia referência à notificação em uma tentativa desnecessária de diferenciá-la da citação. Era, na realidade, um verdadeiro eufemismo, já que o ato cientificava o imputado dos termos da acusação proposta.
- (19) Com a composição de todos os seus polos. Veja-se a nova redação dada ao *caput* do art. 363 do CPP.

**Marcos Zilli**

Professor Doutor de Processo Penal na Faculdade  
de Direito do Largo de São Francisco – USP.  
Juiz de Direito.

# O reflexo criminal do oferecimento de garantias nas ações judiciais tributárias

*Matheus Silveira Pupo e Thiago de Alcântara Vitale Ferreira*

A utilização do Direito Penal para a tutela da ordem tributária é criticada no Brasil há muito tempo. Afinal, na perspectiva de um Direito Penal mínimo, não se pode admitir o emprego do instrumento repressivo mais gravoso existente nas “mãos” do Estado, a prisão, como mecanismo para a busca da satisfação de uma dívida.

Apesar disso, há inúmeros dispositivos legais que tipificam a conduta daqueles que não quitam seus tributos<sup>(1)</sup> e, ainda mais grave, o cenário visto no dia a dia dos crimes tributários é muito tenebroso.

Afinal, assim que ocorre o encerramento (preclusão) do procedimento administrativo, com o lançamento definitivo do crédito tributário (portanto, superado o óbice criado pela Súmula Vinculante 24),<sup>(2)</sup> na seara cível, a Procuradoria do ente interessado ajuíza a respectiva execução fiscal e, na seara criminal, desde que presentes indícios de materialidade do crime, o Ministério Público oferece representação penal para instauração de inquérito policial.<sup>(3)</sup>

Dessa forma, o devedor de tributos, quase que *simultaneamente*,

ocupará o polo passivo de uma execução fiscal e, também, será investigado num inquérito policial ou acusado em uma ação penal.

Ocorre que, na maioria das vezes, o feito cível, em razão do interesse do agente (p. ex., necessidade de certidões negativas etc.), tramita com muito mais celeridade do que o procedimento criminal. Antes da ocorrência de qualquer desdobramento penal mais relevante, o devedor ajuíza demandas visando desconstituir o crédito tributário e/ou utiliza-se de meios de defesa à cobrança, tais como: mandado de segurança, ação anulatória, exceção de pré-executividade e embargos à execução, muitas vezes oferecendo garantias.<sup>(4)</sup>

Assim, malgrado exista inegável separação entre as esferas cível e criminal, o oferecimento de caução na demanda tributária terá importantes reflexos criminais, os quais, no entanto, estão intimamente ligados à modalidade da garantia oferecida.

Todavia, antes de se examinar os supracitados reflexos criminais, é essencial fixar a premissa de que, apesar de constantes mudanças legislativas, especialmente aquelas trazidas “pela Lei 12.382/2011, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não [se] afetou o disposto no § 2.º do art. 9.º da Lei 10.684/2003, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito a qualquer tempo”.<sup>(5)</sup>

Em outras palavras, o pagamento integral do crédito tributário – a qualquer tempo – é causa de extinção da punibilidade do agente.

Retomando o raciocínio anterior, a partir de agora se analisará os reflexos penais das garantias que são comumente oferecidas na seara cível pelo devedor de tributos e investigado/acusado.

Com efeito, a primeira que merece ser observada é o depósito judicial, ou seja, a caução oferecida pelo devedor é o dinheiro.

Nesse caso, o inquérito policial ou a ação penal porventura existentes deverão ser trancados imediatamente, em razão da ausência de justa causa. Isso porque, tendo em vista que essa garantia possui como características liquidez e certeza quanto à quitação do débito ao final da ação cível, só existirão dois desfechos possíveis para essa demanda: ou será julgada procedente, o que, por consequência, irá desconstituir o crédito tributário, afastando a tipicidade penal; ou será julgada improcedente e a caução oferecida será convertida em renda em favor da Fazenda Pública, o que equivale ao pagamento do tributo (art. 156, VI, do CTN).

Em outras palavras, “vindo a ser julgada procedente [a demanda ajuizada pelo devedor de tributos], juntamente com o crédito fiscal estará afastada a própria materialidade do crime; por outro lado, uma vez julgada improcedente, o depósito garantidor será convertido em renda, liquidando a dívida apurada, o que, ao final, acabaria também por excluir a sancionabilidade, na orientação do colendo STF”,<sup>(6)</sup> ou seja, pouco importa o resultado a que se chegue no Juízo Cível, haverá a extinção do processo criminal.

É importante frisar que a doutrina e a jurisprudência<sup>(7)</sup> entendem que, além do depósito, o oferecimento de fiança bancária terá esse mesmo efeito, visto que essa garantia tem as mesmas características de liquidez e certeza com relação à satisfação integral do débito, tanto que são equiparadas pela Lei de Execução Fiscal (art. 15, I).

Aliás, “no âmbito da própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, já foi consolidado entendimento no sentido da idoneidade da carta de fiança bancária como instrumento hábil para garantir débitos inscritos na dívida ativa da União”,<sup>(8)</sup> nos termos da Portaria PGFN 644/2009.

Ademais, há que se destacar outra modalidade de garantia: o seguro

fiança, o qual também poderá ser utilizado como caução em discussões tributárias judiciais pelo devedor.

Apesar de certa resistência a essa modalidade de garantia em execuções fiscais, após a promulgação da Lei 13.043, de 13.11.2014, que alterou a Lei de Execução Fiscal, o seu emprego passou a ser previsto expressamente.

No entanto, antes disso, o Fisco Federal já regulamentou sua utilização em processos judiciais e parcelamentos, conforme Portaria PGFN 1.153/2009, posteriormente substituída pela Portaria PGFN 164/2014.

Além do mais, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, com base no art. 36, “b”, do Dec.-lei 73/1966, publicou a Circular 477/2013, na qual prevê, dentre outras, condições padronizadas para a utilização do seguro garantia judicial na execução fiscal e no parcelamento administrativo fiscal (cf. modalidades VII e VIII da referida norma).

Segundo a mencionada circular, a caracterização do sinistro para o seguro garantia em execução fiscal ocorrerá com o não pagamento pelo contribuinte do valor executado, quando devidamente intimado a saldá-lo. Nesse caso, a seguradora terá o prazo de 15 dias para efetuar o adimplemento dos valores a que se obrigou na apólice, caso contrário, a execução fiscal seguirá contra ela, nos termos do art. 19 da Lei 6.830/1980.

Além disso, quanto à renovação do seguro, a circular prevê que o contribuinte somente poderá não solicitá-la se comprovar não haver mais risco a ser coberto ou após ter apresentado nova garantia. De outro lado, a seguradora somente poderá não renovar o seguro quando não houver mais risco a ser coberto pela apólice ou quando comprovada a perda do direito pelo segurado, nos termos da Circular SUSEP 477/2013, Capítulo I, item 11.<sup>(9)</sup>

Assim, percebe-se que, pela sistemática imposta a essa modalidade de seguro, uma vez oferecida tal garantia, o débito tributário ou será desconstituído por meio de decisão judicial ou será adimplido, seja pelo contribuinte, seja pela seguradora, o que, como visto, afasta a justa causa para início ou continuidade da persecução penal.<sup>(10)</sup>

Em resumo, o ajuizamento de demanda impugnando o crédito tributário, com oferecimento de depósito judicial/fiança bancária/seguro garantia, em valor suficiente para saldar a dívida tributária na sua integralidade, é causado trancamento de inquérito policial ou ação penal, em razão da falta de justa causa.

No entanto, nem sempre tais garantias estão disponíveis nas mãos do devedor e investigado/réu em razão da ausência de liquidez financeira, quem oferece outros tipos de caução no Juízo Cível, como, por exemplo, garantias reais (imóveis), equipamentos, veículos, faturamento etc., os quais, porém, não garantem, com a mesma segurança, “o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios” (art. 9.º, § 2.º, da Lei 10.684/2003).

Afinal, tais garantias certamente podem perecer durante a tramitação da ação ou, pelo menos, são suscetíveis de grande desvalorização. Pode-se citar, como exemplo, uma máquina industrial dada como garantia de uma dívida fiscal, que, após 5 ou 10 anos de uso (tempo provável de duração de uma ação anulatória), terá seu valor comercial reduzido em razão do desgaste natural e dos avanços tecnológicos.

Nesse contexto, o oferecimento de uma caução que não gere certeza quanto à quitação da dívida tributária também teria algum reflexo criminal?

A resposta é afirmativa, porém, há forte divergência com relação às suas consequências jurídicas.

A primeira corrente entende que o oferecimento de caução sem tal característica (certeza quanto à quitação do tributo) seria apenas causa de suspensão do procedimento criminal, com fundamento no art. 93 do CPP.<sup>(11)</sup>

Tal solução, aliás, justificar-se-ia para se evitar *decisões conflitantes* na seara cível e criminal.

Afinal, não é razoável que o devedor de tributos tenha que se submeter a um procedimento criminal, com uma possível condenação, quando existe enorme probabilidade de que, ao final desse processo, seja constatado que nunca houve justa causa penal, uma vez que o crédito tributário foi desconstituído ou, caso contrário, que a caução oferecida foi suficiente para saldar a dívida em sua integralidade.

Além disso, essa corrente também entende que a suspensão do procedimento penal deva perdurar até o final da demanda cível.

De outro lado, outra vertente defende que, nesses casos, apesar da incerteza dessas garantias com relação à quitação integral do tributo ao final da ação cível, deve ser reconhecido, já num primeiro momento, o trancamento da persecução penal.<sup>(12)</sup>

Observe-se que, apesar de as duas correntes proporem soluções que claramente relativizam institutos jurídicos (art. 93 do CPP e art. 9.º, § 2.º, da Lei 10.684/2003), a primeira delas (que determina a suspensão do procedimento penal) é a mais compatível com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Afinal, de um lado evita soluções conflitantes, porém, de outro, não antecipa a extinção da punibilidade, quando não há certeza sobre a eventual quitação do crédito tributário em caso de derrota na seara cível.

Dessa forma, pode-se concluir que o oferecimento de garantias em ações cíveis que buscam discutir o crédito tributário possui importante reflexo na seara criminal, o qual, no entanto, está intrinsecamente ligado à certeza sobre a eventual quitação dessa dívida em caso de sucumbência do devedor/acusado; quando a caução oferecida garantir integralmente o débito tributário, não haverá justa causa para a persecução penal, de outro lado, quando houver dúvidas, devido à natureza da caução, dever-se-á apenas suspender a investigação/ação penal.

## Notas

- (1) Como exemplos destes, podem-se citar os arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990 (sonegação fiscal), o art. 168-A do CP (apropriação indébita previdenciária) e o art. 337-A do CP (sonegação previdenciária).
- (2) No âmbito federal, esse procedimento é regido pela Portaria RFB 2.429/2010.
- (3) Segundo a jurisprudência majoritária, o encerramento do procedimento administrativo somente é essencial para crimes tributários materiais, ou seja, a persecução penal poderia ser iniciada antes disso nos crimes tributários formais (p. ex., art. 2.º da Lei 8.137/1990).

- (4) O oferecimento de garantia para oposição de embargos à execução é obrigatório, conforme dispõe o art. 16, § 4.º, da Lei 6.830/1990.
- (5) STF, MC no HC 119.245/DF, rel. Dias Toffoli, j. 06.09.2013. Em igual sentido: HC 116.828/SP, 1.ª T., j. 13.08.2013.
- (6) STJ, HC 53.622/PE, voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, p. 24.09.2007.
- (7) Nesse sentido: STJ, HC 155.117/ES, 6.ª T., rel. Haroldo Rodrigues, DJe 03.05.2010.
- (8) MALAN, Diogo. Reflexos processuais penais dos embargos à execução fiscal. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 228, p. 2, São Paulo: IBCCRIM, nov. 2011.
- (9) “Perda de Direitos:  
O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:  
I – Casos fortuitos ou de força maior, nos termos do Código Civil Brasileiro;  
II – Descumprimento das obrigações do tomador decorrente de atos ou fatos de responsabilidade do segurado;  
III – Alteração das obrigações contratuais garantidas por esta apólice, que tenham sido acordadas entre segurado e tomador, sem prévia anuência da seguradora;  
IV – Atos ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante, de um ou de outro;  
V – O segurado não cumprir integralmente quaisquer obrigações previstas no contrato de seguro;  
VI – Se o segurado ou seu representante legal fizer declarações inexatas ou omitir de má-fé circunstâncias de seu conhecimento que configurem agravamento de risco de inadimplência do tomador ou que possam influenciar na aceitação da proposta;  
VII – Se o Segurado agravar intencionalmente o risco”.
- (10) Nesse sentido: STJ, HC 235.164/SP, 6.ª T., voto do Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14.08.2012.
- (11) Nesse sentido: STJ, HC 266.462/SP, 5.ª T., rel. Regina Helena Costa, DJe 12.03.2014; HC 16.462/SP, 5.ª T., rel. Marco Aurélio Belize, DJe 25.06.2013; TJSP, HC 0005760-13.2012.8.26.0000, 6.ª Câmara, rel. Ericson Maranhão, j. 16.02.2012.
- (12) TJSP, HC 0192251-94.2013.8.26.0000, 8.ª Câmara, rel. Marco Antônio Cogan, j. 06.02.2014; HC 0227259-69.2012.8.26.0000, 5.ª Câmara, rel. Pinheiro Franco, j. 14.03.2013.

## Matheus Silveira Pupo

Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pelo IDPEE da Universidade de Coimbra/IBCCRIM.  
Coordenador-chefe do Departamento de Convênios do IBCCRIM.  
Advogado.

## Thiago de Alcântara Vitale Ferreira

Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC-SP.  
Presidente da Comissão de Advocacia Corporativa da 33.ª Subseção da OAB/SP.  
Advogado.

### DIRETORIA EXECUTIVA

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

### CONSELHO CONSULTIVO

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

### OUIDOR

Yuri Felix

# A “politização” do Direito Penal à luz da Lei 12.654/2012

Ruiz Ritter

Fala-se muito entre juristas dedicados à área criminal que o processo legislativo contemporâneo, sobretudo em matéria penal, é descomprometido com análises aprofundadas dos temas que discute. Atua impulsivamente, lastreado em um discurso raso de controle da violência, da impunidade e da insegurança social, utilizando de forma simbólica e distorcida o Direito Penal como possível solucionador de todos os problemas sociais.

De fato, sou adepto dessa corrente. E para demonstrar que não se trata de uma simples crítica de senso comum, utilizo deste escrito para justificar e ilustrar tal pensamento, a partir de uma breve análise justificativa da Lei 12.654/2012 (Lei que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal), promulgada em nosso País em 28.05.2012.

Examinemos os motivos que foram, de fato, considerados quando do gênese da elaboração da Lei em comento, que se materializou no Senado Federal por meio do Projeto de Lei 93/2011, *in verbis*: “a determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica. Julgamos tratar-se de medida necessária e urgente, para a qual peço o apoio dos meus ilustres Pares”.<sup>(1)</sup> Ou seja, a argumentação é no sentido de que a medida adotada pelo Brasil é tardia, necessária e urgente, e poderá ser usada para muitos fins, como, a título de exemplo, “demonstrar a culpabilidade dos criminosos”.

No entanto, verifica-se que se resumem somente a isso os fundamentos que ensejaram uma lei que propõe mudanças significantes no Direito e Processo Penal. Após uma rápida tramitação (pouco mais de um ano, entre o Senado e a Câmara dos Deputados), o Projeto foi aprovado e devidamente sancionado pela Presidenta da República.

Isto é, diante de uma norma que determina a utilização de tecnologia avançada pelo Estado, com utilização do corpo humano (até de forma coercitiva em determinados casos), sequer foram colocados em discussão no Poder Legislativo aspectos constitucionais da Lei que se pretendia aprovar (em especial no que tange às garantias individuais asseguradas pela Carta Maior envolvidas no tema, o que já, de plano, inviabilizaria sua promulgação tão célere), ou possíveis reflexos e consequências de sua implementação.

A título de exemplo, elenco direitos individuais constitucionalmente assegurados que foram ignorados, em que pese sejam de imprescindível reflexão no âmbito da nova Lei: direito à não autoincriminação, à dignidade da pessoa humana, direito à intimidade, direito à integridade física e moral, direito à autodeterminação e direito de não ser considerado culpado até sentença condenatória transitada em julgado (presunção de inocência).

Portanto, já na justificativa dada pelo Poder Legislativo é crível que se considere a Lei 12.654/2012 como um exemplo de aprovação, no mínimo, prematura e apressada de legislação, sem o devido aprofundamento das discussões jurídicas afetadas,<sup>(2)</sup> o que também pode ser traduzido em utilização distorcida do Direito Penal com interesse político, o que passo a chamar de “politização” do Direito Penal.

Nesse sentido, válidos os ensinamentos de **Callegari**, **Wermuth** e **Engelmann**, que explicam a utilização do Direito Penal como “arma política”, em que a preocupação dos poderes públicos não está em torno

do que pode ser feito de melhor, e sim, no que pode ser transmitido de melhor, sem comprometer seu eleitorado.<sup>(3)</sup> É também o que **Pérez Cepeda** denomina “politização do Direito Penal”, apontando como possível causa para essa equivocada utilização, uma desvalorização do discurso político-criminal, agora orientado por campanhas eleitorais, que utilizam a segurança pública politicamente para responder a qualquer preço os anseios sociais.<sup>(4)</sup>

Segundo **Garland**, são essas iniciativas de políticas públicas, muitas vezes, desencadeadas por eventos particulares, atípicos e impactantes, para que chamem atenção e satisfaçam o público.<sup>(5)</sup>

Vale referir que quando se trata do tema violência, não há sequer necessidade de relacionar notícias específicas às justificativas dos Projetos de Lei, estando imperativo, na sociedade pós-moderna, como já dito, o discurso de controle de criminalidade a qualquer preço. Aliás, a clientela do Legislador (o grande senso comum), é justamente quem legítima e aprova esse comportamento, aqui tão criticado.

Na visão de **Cueva**, essa questão diz respeito também à sensibilidade do Direito Penal às variações ideológicas. O autor alerta, inclusive, sobre este servir de instrumento político também por consequência da política-criminal, que é, na verdade, parte da política geral do Estado.<sup>(6)</sup>

Dessa forma, pode-se fazer um apanhado geral sobre a chamada politização do Direito Penal, que embora não justifique, auxilia na compreensão de como e por que acabam positivadas certas leis, que, por vezes, são aprovadas com fundamentação superficial ou até mesmo sem ela. E qual o reflexo imediato desse cenário de descomprometimento legislativo, aqui tratado pelo termo “politização”? A inevitável irracionalidade do texto legal,<sup>(7)</sup> que deverá ser objeto de outro escrito.

## Notas

- (1) BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 93/2011*. Sessão de 17.03.2012. Folha 03. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>>. Acesso em: 23 ago. 2014.
- (2) BONACCORSO, Norma Sueli. *Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil*. 192 p. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em direito penal, medicina forense e criminologia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- (3) CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 32.
- (4) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmordeno*. Madrid: Iustel, 2007, p. 51.
- (5) GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 192.
- (6) CUEVA, Lorenzo Morillas. Reflexiones sobre el derecho penal del future. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2002. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es>>. Acesso em: 30 jun. 2014.
- (7) Especificamente sobre esse tema, indico a leitura da obra de: DÍES RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*.

Ruiz Ritter

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Unisinos.  
Pós-graduando em Ciências Penais pela PUC-RS.  
Advogado.

# Circuitos perversos III: sobre a eficácia inversa da prisão

Domingos Barroso da Costa

“O poder corta e torna a cortar a erva daninha, mas não pode atacar a raiz sem atentar contra sua própria vida. Condena-se o criminoso, não a máquina que o fabrica, como se condena o viciado e não o modo de vida que cria a necessidade do consolo químico ou da sua ilusão de fuga. E assim se exime de responsabilidade uma ordem social que lança cada vez mais gente às ruas e às prisões, e que gera cada vez mais desesperança e desespero. A lei é como uma teia de aranha, feita para aprisionar moscas e outros insetos pequeninos e não os bichos grandes, como concluiu Daniel Drew. (...) Os discursos oficiais, no entanto, invocam a lei como se ela valesse para todos e não só para os infelizes que não podem evitá-la. Os delinquentes pobres são os vilões do filme: os delinquentes ricos escrevem o roteiro e dirigem os atores.” – Eduardo Galeano.<sup>(1)</sup>

O presente ensaio se desenvolve em continuidade àqueles intitulados *Circuitos Perversos*, publicados pelo IBCCRIM em seus boletins 234 e 236, respectivamente de maio e julho de 2012. Oportuno esclarecer, a esse respeito, que a escolha da expressão *circuitos perversos* como denominadora comum dos trabalhos justifica-se pelo fato de bem resumir a proposta por eles veiculada, no sentido de desvelar a realidade que os discursos oficiais pretendem encobrir. Noutros termos, pela sequência dos textos, visa-se a uma análise das engrenagens do sistema de recalque a partir do qual o aparato repressivo procura uma aparência de legitimidade, com apoio em moralismos de ocasião e opiniões publicadas – e não públicas.

Daí a *perversidade* dos *circuitos* investigados, que violam o interesse público na exata medida em que declaram servir-lhe, denegando a realidade a partir da criação de fantasias oficiais. Em síntese, denominam-se *circuitos perversos* os fluxos dinâmicos que retroalimentam os sistemas de manipulação da coletividade, pelos quais se falseiam a realidade e as funções não declaradas que de fato mobilizam o aparelho repressivo do Estado, enquanto instrumento de sedimentação das desigualdades e conservação do poder pelas elites.

Exposto o fio condutor da sequência de ensaios, por este trabalho, especificamente, procura-se esclarecer como a prisão – seja como pena, seja enquanto medida cautelar – se apresenta na condição de instrumento a serviço da manutenção do *status quo*; como atinge seu objetivo oculto funcionando segundo uma *eficácia inversa*.<sup>(2)</sup> Noutros termos, a partir deste breve estudo, pretende-se desvelar como, sob a superfície do discurso disciplinar e ressocializador, o aprisionamento mantém oculta, ao olhar incauto, sua função *real*, que é a de reproduzir uma criminalidade *apolítica*.

De fato, a prisão não é para todos, o que se pode constatar a partir de uma breve visita a qualquer cárcere deste país. Trata-se, como bem ressalta Galeano no texto transcrito à abertura deste ensaio, de fina teia armada para a captura de *pequenos insetos*, ineficaz na contenção de *animais maiores*.

Porém, não menos certo é que a captura de *pequenos insetos* tem sido suficiente à sustentação e propagação da crença na eficácia dessa precária teia, o que, de outro lado, assegura a conservação de seu modelo de funcionamento e a incolumidade dos referidos *animais maiores*. Isso, obviamente, com o apoio de grande parte da mídia de massas e da opinião por ela publicada, que, pela ininterrupta repetição, ganha ares de consenso.

Dessa forma, *mistificada* por sua aplicação banalizada e pela difusão dos discursos oficiais e oficiosos que a apontam como solução para

todos os males, a prisão vai se perpetuando, assim como a mentalidade punitivista que nela encontra sua melhor expressão, em detrimento de melhores alternativas<sup>(3)</sup> ou mesmo da análise do problema da criminalidade em toda sua complexidade.<sup>(4)</sup>

Mas os interesses latentes sob um tal estado de coisas não podem seguir blindados à crítica, especialmente porque dizem respeito a uma dialética de dominação historicamente consolidada, pela qual poucos detêm para si o monopólio do poder em prejuízo das massas, que se mantêm oprimidas em sua alienação. Há, portanto, de se romper este circuito – perverso – de opressão, o que só se fará possível se conscientizada a população quanto ao papel que desempenha, seja no que diz da conservação, seja no que importa à subversão dessas dinâmicas. Aliás, impende ressaltar que, tratando-se de uma *interação simbólica*, só há dominador enquanto houver dominado, de modo que a crença na eficácia da prisão só existe na medida em que a população se limita a acolher e repetir acriticamente os discursos construídos no sentido de conservar essa ilusão.

A esse respeito, curioso notar como os discursos punitivistas propalados pela mídia encontram eco inclusive na fala daquelas parcelas da população que são mais atingidas pelo rigor do sistema repressivo do Estado, invariavelmente as social e economicamente desfavorecidas. Não percebem que, repetindo acriticamente o que veem, ouvem ou leem na televisão, rádio ou jornais, apenas convalidam as dinâmicas que historicamente as mantêm na condição de subjugadas a uma minoria que teima em conservar para si o poder e, logo, as decisões. E isso porque, como brilhantemente elucidado por Foucault,<sup>(5)</sup> a prisão é instrumento indispensável na manutenção do poder por quem o detém, ao garantir a exclusão dos que contra ele se insurgem, em aplicação seletiva de seus rigores pela classificação – legal ou prática – de infrações e infratores. Ou seja, nas mãos dos donos do poder e de seus mandatários, a prisão funciona como uma peneira de rede ajustada para a seleção dos agentes de uma criminalidade específica, de alta evidência, impactante por sua ostensividade, pelos danos aparentes que causa, pela violência com que é praticada, tudo isso a facilitar sua repressão.

Sem dúvidas, trata-se da criminalidade cujos agentes, em regra, advêm dos estratos menos favorecidos – historicamente dominados – de nossa sociedade, o que se revela ao simples exame das características e origens de nossa população carcerária. Refere-se, portanto, aos pequenos traficantes, aos autores de homicídios, furtos, roubos ou estelionatos, crimes que superlotam nossos cárceres, que, por outro lado, mostram-se vazios de agentes de fraudes fiscais, do que se possa chamar de *criminosos do colarinho branco* ou daqueles que se dedicam e investem numa criminalidade verdadeiramente organizada, práticas tão ou mais danosas que aquelas determinantes ao pronto encarceramento de nossa pobreza.

Nesse contexto, segundo Foucault:

“(…) a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira

de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia’ geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. (...)”<sup>(6)</sup>

Quando, pois, se trata de uma criminalidade de alta evidência – pequena traficância, furtos, roubos e homicídios, por exemplo –, deve-se tomá-la como uma forma de delinquência eminentemente útil, justamente porque traz para si as luzes e atenções, deixando à sombra as demais ilegalidades de que diz Foucault, no que reporta aos delitos comumente praticados pelos indivíduos integrantes das elites socioeconômicas.

Mas há outras questões relevantes que devem ser consideradas no concernente às utilidades da prisão e dos criminosos (da criminalidade) sobre os quais invariavelmente se aplica. Afinal, recaindo quase que exclusivamente sobre os agentes de uma baixa criminalidade (a criminalidade de alta evidência antes referida), a prisão, exibida nas telas, nas ondas do rádio e nas páginas dos jornais, termina por provocar uma catarse coletiva, confirmando as expectativas da sociedade no que diz respeito a quem são os bandidos que devem ser punidos. Tem-se aí, portanto, uma profecia que se autocumpra, na medida em que apenas reproduz os mecanismos dialéticos que relacionam opressores e oprimidos desde os primórdios de nossa sociedade.

Um pouco mais do mesmo, o eterno retorno da história, em repetição que anestesia as massas conformadoras de verdadeira plateia postada diante de um espetáculo já visto, ao qual assistem confortável e acriticamente, apassivadas diante das cenas que apenas reafirmam seu papel de subjugadas perante seus históricos opressores, no qual se conservarão enquanto não adquirirem a consciência necessária para romper com as tramas que as mantêm nessa condição.

Eis o ponto de inflexão (*turning point*) a ser explorado, a partir de esforços coordenados no sentido de denunciar a alienação que sustenta as dinâmicas de opressão desveladas, na expectativa de que, por eles, possam as grandes massas se conscientizar quanto ao que de fato lhes representa a prisão, instrumento máximo de fixação de identidades criminosas e expressão conservadora de poder, inversamente eficaz em relação ao que propalam os discursos que a exaltam. Aliás, somente ao longo desse processo de conscientização é que se vislumbra a

possibilidade de uma ruptura não só no que diz da repetição discursiva acrítica quanto à legitimidade da aplicação banalizada – mas seletiva – da prisão, como também da libertação política – emancipação – daqueles que, em falso, optam, de forma mais ou menos consciente, pela criminalidade como meio de insurgir-se contra o sistema, no que terminam por convalidá-lo, autorizando sejam-lhes aplicadas suas penas em todo seu rigor.

Como bem disse Galeano no texto que introduz este breve ensaio, “os delinquentes pobres são os vilões do filme: os delinquentes ricos escrevem o roteiro e dirigem os atores”, diante do que convém ressaltar que, da mesma forma, sem os *homens do mal*, aqueles que assim os designam e punem jamais poderiam, do alto, com cabresto e chicote nas mãos, afirmar-se os cidadãos de bem.

## Notas

- (1) GALEANO, Eduardo H. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 96.
- (2) Aliás, a expressão *eficácia inversa* é utilizada por Foucault, ao trabalhar os motivos que conduzem a uma constante revalidação da prisão pelos discursos oficiais, na medida em que por ela – prisão – se acentua uma criminalidade cuja abolição, ou, no mínimo, controle, deveria ser garantida por ela própria (*Vigiar e punir*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 225).
- (3) Nesse sentido, destaca-se a resistência ainda insuperada quanto à aplicação das medidas cautelares diversas da prisão que passaram a integrar nosso ordenamento em 2011, no que se remete o leitor ao estudo desenvolvido na obra de PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013.
- (4) Afinal, enquanto o encarceramento for considerado e propagado como eficaz na contenção da criminalidade – de determinada criminalidade, diga-se –, os espaços estarão reduzidos para a análise crítica da questão, que envolve a conscientização não só acerca da seletividade do sistema penal, como também de sua vinculação a graves problemas sociais.
- (5) *Op. cit.*, p. 230.
- (6) *Op. cit.*, p. 226-227.

**Domingos Barroso da Costa**  
Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.  
Especialista em Criminologia e Direito Público.  
Defensor Público no Rio Grande do Sul.

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

**COORDENADOR-CHEFE:** José Carlos Abissamra Filho

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

### CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezeira Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, André Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átala Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garçete de Almeida, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães

Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Suguimori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanho Gonçalves Leone Louveira, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jámile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius Lapetina.

### COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanho Leone Louveira, Mariana Helena Kapor

Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Watanabe de Morais, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres da Silva, Wilson Tavares de Lima.

**PROJETO GRÁFICO:** Lili Lungarezi - liliilungarezi@gmail.com

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

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

### ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

# Uma “euforia precipitada” sobre o domínio da organização na criminalidade de empresa

Victor Augusto Estevam Valente

Hodiernamente, a figura do autor mediato é um temário candente no Direito Penal brasileiro, mormente com o emblemático caso da Ação Penal 470/MG, eis que já ecoam proeminentes vozes na doutrina no sentido de que haveria certa margem para a consagração da teoria do domínio do fato e, *a fortiori*, do domínio da organização para o tratamento da criminalidade de empresa.

Nessa senda, a teoria do domínio do fato traz em seu bojo o domínio da vontade (ao lado do domínio da ação e do domínio funcional do fato), em que o homem de trás condiciona a vontade do homem da frente (“autor secundário”), nas seguintes formas: (i) domínio do erro; (ii) domínio da coação; e (iii) domínio da organização.<sup>(1)</sup>

Em 1963, **Roxin** reverberou a teoria do domínio da organização (*Organisationsberrschaft*) pela revista alemã *Goldammer’s Archiv*, a partir da qual se aprofundou na “Autoria e Domínio do Fato”, em Gotinga, tendo por fim precípua delinear a responsabilidade individual dos superiores hierárquicos pelos delitos perpetrados em Estados totalitários.

Em uma decisão de 1994, no julgamento do caso “Guardiões do Muro”, o Tribunal Supremo alemão determinou como autores, com base na construção dos aparatos organizados de poder, não apenas os soldados que efetuaram disparos de arma de fogo contra as pessoas que tentavam atravessar a Alemanha Oriental em direção à Alemanha Ocidental, como também os superiores hierárquicos integrantes do Conselho de Defesa da Antiga República Democrática alemã, de regime nacional socialista.<sup>(2)</sup>

Em sua concepção originária, **Roxin** apontou os seguintes pressupostos para a caracterização do domínio da organização: (i) a existência de um aparato organizado de poder (organização ilegal, paralegal, máfia, grupo terrorista ou Estado criminoso); (ii) a fungibilidade ou intercambialidade dos executores individuais, consistentes em peças suscetíveis de constante substituição nos aparatos organizados de poder;<sup>(3)</sup> e (iii) a atuação fora da margem da legalidade da estrutura organizada (fora do ordenamento jurídico, desvinculado do direito ou, do alemão, *Rechtsgelösheit*).<sup>(4)</sup>

Recentemente, o catedrático de Munique mudou relativamente tais requisitos, propondo os seguintes: (i) poder de mando (*Anordnungsgewalt*), pois só pode ser reputado autor mediato quem, dentro da organização hierarquicamente dirigida, tem autoridade para dar ordens, chegando a exercê-la para causar realizações do tipo; (ii) desvinculação do ordenamento jurídico pelo aparato organizado de poder; (iii) fungibilidade; e (iv) disponibilidade incondicional do executor para a prática criminosa.<sup>(5)</sup>

Para **Zaffaroni e Pierangeli**, a “autoria de escritório” é uma forma de autoria mediata que pressupõe uma máquina de poder, que pode ocorrer tanto em uma estrutura de poder autônoma mafiosa como no Estado ou em uma organização paraestatal.<sup>(6)</sup>

Dessarte, tem-se suscitado reflexões na seara penal sobre a viabilidade de aplicação ou não do domínio da organização ao contexto empresarial, com o desiderato de fundamentar a punibilidade dos dirigentes ou “donos do negócio” (“homem de trás”, “cérebro da operação criminosa”, “planejador”, “emissor de ordens”, “autor espiritual”, “autor de escrivania”, “delinquentes de escritório” ou, do alemão, *Schreibtischtäter* ou *Hintermänner*) e, concomitantemente, a responsabilidade dos funcionários de níveis inferiores (“homem da frente”).<sup>(7)</sup>

Assevera **Roxin** que a transposição do domínio da organização às empresas econômicas e a outras instituições burocráticas requer uma investigação imediata e mais acurada, a fim de elidir qualquer “déficit de punição”.<sup>(8)</sup>

O *Bundesgerichtshof* já reconheceu a possibilidade de incidência dessa teoria às organizações empresariais, malgrado tenha apenas a mencionado, sem adentrar detidamente em seus fundamentos.<sup>(9)</sup>

No Direito Penal econômico europeu, a tendência de elaboração do texto legislativo sobre os *Eurodelitos* (*Europa-Delikte*) também se inclina à incorporação da autoria mediata, em razão das dificuldades de se compreender as respectivas infrações sob o prisma do Direito Penal tradicional.<sup>(10)</sup>

Não obstante, em um entendimento mais moderno, **Roxin** afasta a possibilidade de aplicação do domínio da organização ao âmbito empresarial, pela carência dos seguintes componentes:<sup>(11)</sup> (i) as empresas não são desvinculadas do Direito, pois não se enveredam, em sua essência, à prática de crimes; e (ii) é ausente a fungibilidade, a rigor, daqueles que são predispostos a ações criminosas.<sup>(12)</sup>

Logo, na atual linha roxiniana, revela-se mais apropriado recorrer aos delitos de infração de um dever (*Pflichtdelikte*) para fundamentar a autoria dos superiores hierárquicos no universo corporativo, atribuindo-lhes a posição de garantidor para a salvaguarda da legalidade (*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*) das ações da empresa.<sup>(13)</sup>

Neste viés, o § 357 do Código Penal alemão (*StBG*) traz um preceito atinente aos delitos de funcionários (*Amtsdelikte*).<sup>(14)</sup> Também há o projeto de *Corpus Iuris* para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, cujo art. 13 disciplina a responsabilidade penal do superior que emite ordens na empresa na posição de garantidor.<sup>(15)</sup>

No que toca à desvinculação do direito, predicam **Luís Greco e Augusto Assis** que tal pressuposto decorre da fungibilidade, pois apenas em uma organização que é completamente alheia aos comandos da ordem jurídica poderia haver uma pronta substituição de seus membros.<sup>(16)</sup> Assim, as empresas não são organizações dissociadas do Direito, razão pela qual o domínio da organização não pode ser translocado ao cenário empresarial.<sup>(17)</sup>

Já **Kai Ambos** propugna que a desvinculação do Direito é, de fato, um elemento do domínio da organização, conquanto não seja imprescindível, eis que causa mais confusão que utilidade prática.<sup>(18)</sup>

Para **Gómez-Jara Díez**, a empresa não se afigura, em regra, como uma reunião ilícita, mas consiste em uma cidadã corporativa da sociedade (*Corporate Citizenchip*).<sup>(19)</sup>

A fungibilidade também restaria ausente nas corporações, pelos seguintes motivos: (i) a existência específica de um direito do trabalho e do consumidor impedem a constante substituição de funcionários; e (ii) a especialização e as peculiaridades de certos cargos dificultam a substituição dos empregados.<sup>(20)</sup>

Ademais, a descentralização e a funcionalização das tarefas conduz a uma maior flexibilização da hierarquia da organização, pois as informações ou ordens se esvaecem ao longo da estrutura, gerando obstáculos para a determinação da imputação subjetiva.<sup>(21)</sup>

Para **Díez**, o autor de trás não tem o domínio total da organização, mas apenas de determinado setor, em virtude da extensão e complexidade das modernas empresas. Exsurge, dessarte, uma nova compreensão do domínio da organização, no sentido de que é a própria organização que teria o domínio de si mesma.<sup>(22)</sup>

Em síntese, infere-se que os pressupostos de configuração do domínio da organização ainda se encontram em fase de lineamento doutrinário, conquanto tal circunstância não prejudique o padrão conceitual da

teoria em referência. Sem embargo, a tendência dogmática e de política criminal é pela inviabilidade de incidência do domínio da organização para o tratamento da criminalidade de empresa, cujos pensamentos dogmáticos foram marcados até então por uma “euforia precipitada”, máxime sob o ângulo do Direito Penal pátrio.

## Notas

- (1) O domínio da vontade abarca a análise dos seguintes casos: (i) o domínio do fato em virtude do poder volitivo que configura o curso do fato, com a utilização de um agente não livre, é dizer, pelo exercício de uma considerável pressão motivadora sobre o executor; (ii) se o sujeito de trás se serve de quem sofre um erro, ou seja, nos casos em que se encontra em situação de superioridade intelectual, visando a um fim delituoso; (iii) se há a combinação de elementos de superioridade psíquicos e intelectuais, como se dá na relação com menores ou enfermos; e (iv) nos casos em que o homem de trás, com auxílio do poder de um aparato organizado que tem à sua disposição, domina o curso do delito (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 164; Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 8, p. 399-411, 1985, especialmente p. 309-401; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización?: algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 15, n. 68, p. 141-181, set.-out. 2007, especialmente p. 148-49; DONNA, Edgardo Alberto. El concepto de autoría y la autoría de los aparatos de poder de Roxin. In: Congreso Internacional. Facultad de Derecho de la UNED. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 536).
- (2) ROXIN, Op. cit., 1998, p. 268-69; GRECO, Luís ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 101.
- (3) Preconiza Gómez-Jara Díez que tal requisito tem recebido críticas doutrinárias, porquanto restaria violado o princípio da autorresponsabilidade, na medida em que seria contraditório afirmar que o autor mediato é plenamente responsável se ele é totalmente substituível (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 157-160).
- (4) ROXIN, Claus. Voluntad de dominio... cit., p. 399-411, 1985, especialmente p. 407; GRECO; ASSIS, Op. cit., 2014, p. 100; ROXIN, p. 550 apud GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 149.
- (5) ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoría mediata. Trad. Paulo César Busato. *Revista de Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*, v. 3, n. 5, p. 7-22. Curitiba, 2011, especialmente p. 13-18; SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoría e participação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias – volume II*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 1016.
- (6) Para Zaffaroni e Pierangeli, não se trata de qualquer associação, mas de uma organização na forma de um aparato de poder hierarquizado e com fungibilidade de seus membros, pois se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro integrante da organização a cumprirá, a exemplo do que ocorreu na “SS” do Estado nacional-socialista alemão (ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, p. 582-83).
- (7) Parte da doutrina entende que a empresa pode ser comparada aos aparatos organizados de poder, já que ambas se inserem no contexto da macrocriminalidade, razão pela qual caberia a aplicação da autoría mediata em virtude do domínio da organização. Já para outro setor, não seria viável tal transposição, pela impossibilidade de conformá-la com o princípio da autorresponsabilidade (GÓMEZ-JARA DÍEZ. Op. cit., especialmente p. 148 e 165).
- (8) ROXIN, p. 56 apud GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 166.
- (9) GRECO; ASSIS, Op. cit., 2014, p. 101; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 164-165.
- (10) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 165-166.
- (11) Admite Roxin: “Em diversas publicações defendi e precisei minha concepção inicial durante os 43 anos que transcorreram desde sua origem e também já falei na Espanha sobre o domínio da organização [Organisationsherrschaft] no ano 1998, em Huelva, muito perto de Sevilha. O tema de hoje entrelaça com ela e deve aperfeiçoar minha teoria em alguns pontos” (ROXIN, Op. cit., 2011, especialmente p. 9).
- (12) ROXIN, Op. cit., 2011, especialmente p. 19; SOUSA, Op. cit., 2009, p. 1017-1018.
- (13) ROXIN, Op. cit., 2011, especialmente p. 20.
- (14) Roxin reproduz esse artigo da seguinte forma: “Um superior que induz aos seus subordinados a um fato antijurídico no exercício do cargo (...) ou tenta induzir ou permite que suceda um tal fato antijurídico de seus subordinados, incorre na pena prevista para este fato antijurídico” (ROXIN, Op. cit., 2011, especialmente p. 20).
- (15) Transcreve-se o art. 13: “Se comete-se um delito por conta de uma empresa por uma pessoa, que está sob a autoridade do diretor da empresa ou de outra provida de poder de decisão ou controle na empresa, o diretor da empresa ou o encarregado da decisão ou controle é também penalmente responsável, se teve conhecimento da comissão do delito, deu ordem para sua comissão, deixou que o delito acontecesse ou omitiu as medidas de controle necessárias” (ROXIN, Op. cit., 2011, especialmente p. 20).
- (16) Já Hefendehl reconhece que a fungibilidade é uma característica das organizações ilícitas. Contudo, admite ser possível sua presença nas empresas, exceto naquelas de menor porte ou especializadas (HEFENDEHL, p. 579 apud GRECO; ASSIS, Op. cit., 2014, p. 103).
- (17) Para Greco e Assis: “Uma ordem ilícita emitida no âmbito de uma estrutura empresarial por um gerente e cumprida por um funcionário não preenche, contudo, os requisitos da teoria originalmente proposta por Roxin. Como as empresas não são organizações dissociadas do direito – pelo contrário, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais – não se pode, segundo o modelo original, falar em um domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa” (GRECO; ASSIS, Op. cit., 2014, p. 102).
- (18) Ambos traça distinções entre os aparatos de poder não organizados estatalmente e os aparatos de poder organizados estatalmente. Naqueles, é produzida uma relação entre a organização e o Estado, no que tal organização não pode ser considerada desvinculada ao direito, já que é parte integrante do Estado, como no caso das entidades para-estatais. Contudo, essa relação não afeta em absoluto o domínio da cúpula tanto do fato como do autor. Em certa parte, há uma desvinculação ao direito, que favorece o domínio da organização, aumentando a possibilidade de que a ordem emanada da cúpula seja efetivamente realizada, embora tal desvinculação não seja um requisito indispensável do domínio da organização. Logo, se a desvinculação ao direito não é um requisito indispensável do domínio da organização, também não terá relevância alguma no âmbito da empresa (AMBOS, Kai. Dominio por organización; estado de la discusión. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 15, n. 68, set.-out. 2007, p. 96-7; *Idem, ibidem*, p. 22 e ss. apud GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 148; VAZ, Paulo Afonso Brum. *Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 163-164).
- (19) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 166.
- (20) *Idem, ibidem*, especialmente p. 172-173.
- (21) *Idem*, especialmente p. 173-175.
- (22) Para Gómez-Jara Díez, o domínio da organização talvez consista em uma ferramenta teórica a ser adequadamente aplicada para solucionar níveis de responsabilidade diferenciados, mas apenas entre a responsabilidade penal individual e a responsabilidade penal empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Op. cit., especialmente p. 64 e 178-80).

**Victor Augusto Estevam Valente**

Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP.

Professor assistente do Curso de Pós-Graduação “Lato sensu” em Direito Penal e Direito Processual Penal da PUC-SP (Cogear).

# Motivação dos veredictos do tribunal do júri, a experiência francesa e o projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro

Franklyn Roger Alves Silva

Premissa básica de nosso ordenamento jurídico consiste na natureza da técnica de avaliação das provas adotada no Código de Processo Penal, em especial no rito do Tribunal do Júri.

Se por um lado o art. 93, IX, da CF determina que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sejam motivadas, não se pode deixar de levar em consideração a exceção constante do art. 5.º, XXXVIII, b, também da Carta que reconhece como característica do Tribunal do Júri o sigilo de suas votações.

Adotamos o sistema do livre convencimento motivado, em que cabe ao julgador expor a razão que o levou a acolher a postulação de uma das partes, justificando a valoração de cada uma das provas produzidas, de modo a legitimar a sua decisão.

No entanto, quando o Conselho de Sentença avalia as teses apresentadas no debate e responde aos quesitos formulados pelo juiz, verificamos que esta atividade se pauta no sistema da íntima convicção, não havendo qualquer obrigação dos jurados em expor as razões que os levaram a responder afirmativa ou negativamente aos quesitos.

O Prof. **Leonardo Greco**,<sup>(1)</sup> a quem rendemos nossas homenagens pela inspiração do presente estudo, em sua resenha sobre o livro do Prof. **Michele Taruffo**, *La motivazione della sentenza civile*, afirma que a motivação justifica o resultado alcançado pela decisão judicial.

A ausência de motivação das decisões do Conselho de Sentença é marca exclusiva do procedimento do Tribunal do Júri e a proposta do novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009 e 8.045/2010) não foi capaz de romper com essa tradição, visto que os arts. 379 e 389 mantêm a incomunicabilidade e o sigilo da votação, até por respeito à norma constitucional, e o art. 393 determina que a sentença proferida, com dispensa de relatório, realize a dosimetria da pena de acordo com as respostas dos quesitos.

Em outras palavras, o acusado de um crime doloso contra a vida continua sem ter ciência das razões que justificaram o seu veredicto condenatório, ante a ausência do dever de motivação das decisões.

É verdade que o art. 387 cria um novo paradigma ao permitir que os jurados, no caso de não haver dúvida, possam se “*reunir em sala especial, por até uma hora, a fim de deliberarem sobre a votação*”. Seria aqui o primeiro passo tendente a incorporação do dever de motivação das decisões? A nosso ver a resposta é negativa e demonstra o quão contraditório é o sistema decisório do tribunal popular no Brasil.

Ao atravessarmos o vasto oceano atlântico e analisarmos a estrutura do Processo Penal francês verificaremos que a motivação das decisões do júri é uma grande preocupação na terra dos *croissants*.

A instituição Tribunal do Júri, lá denominada *Cour d'assises*, tem competência para apuração de determinados crimes previstos na legislação penal, constituindo-se como um órgão escabinato composto por três juízes togados e seis jurados, e durante muitos anos prestigiou a ausência de motivação de suas decisões (*arrêts*).

A mesma estrutura jurisdicional também é adotada na Bélgica e o referido país sofreu dura sanção por parte da Corte Europeia de Direitos do Homem que, ao interpretar o art. 6.º, § 1.º, de sua Convenção,<sup>(2)</sup> entendeu que os *arrêts de la Cour d'assises* violavam a garantia do

acusado de compreender os veredictos e, por consequência, o próprio direito a um processo justo ou equitativo.

A decisão foi proferida no caso *Taxquet c. Belgique* pela Corte de Estrasburgo, em 12.01.2009 (*Requête 926/05*), em que a Corte interpretou que a maneira lacônica de se responder aos quesitos formulados, mediante simples afirmação ou negação, criaria a impressão de que o acusado estaria sujeito a um sistema arbitrário e pouco transparente, principalmente se estes quesitos fossem vagos ou genéricos.<sup>(3)</sup>

Atentos para a decisão proferida pela CEDH contra a Bélgica, o Parlamento francês tratou de alterar o seu *code de procédure pénale* introduzindo o dever de motivação dos veredictos proferidos pelo júri francês, uma vez que a nova jurisprudência da Corte de Estrasburgo se amoldaria à estrutura da justiça francesa.

Uma das razões da aprovação da Lei 2011-939, de 10.08.2011, com a introdução do art. 365-1<sup>(4)</sup> ao Código de Processo Penal francês também estava relacionada ao fato de que a França figurava como reclamada em processo junto à Corte Europeia de Direitos Humanos pela mesma questão.

A aprovação da referida reforma, no entanto, não foi capaz de exonerar o Estado francês da condenação no caso *Agnelet c. France*, julgado em 10.01.2013 (n. 61198/08),<sup>(5)</sup> que também versava sobre a motivação das decisões proferidas pela *Cour d'assises*. E neste julgamento, a Corte de Estrasburgo avançou ainda mais no campo da definição da motivação de órgãos jurisdicionais compostos por juízes leigos.

A Corte partiu da premissa de que o sistema de julgamento por um júri fundado na íntima convicção não violava a Convenção. No entanto, o desrespeito à norma internacional ocorreu quando o acusado e o público não conseguiam extrair a justificativa do decreto condenatório. A forma como os quesitos foram elaborados, não permitindo que os jurados respondessem de acordo com os elementos de provas apresentados durante a instrução, foi o fator determinante a por em xeque a ausência de fundamentação.

No caso, observou-se ainda que a condenação de Maurice Agnelet ocorreu em 2008, anos antes da reforma que passou a exigir a motivação das decisões do júri francês. No entanto, a Corte Europeia, quando enfrentou o caso em 2013, ponderou a nova norma processual constante do art. 365-1 do CPP e declarou que a uma primeira vista, a maneira de motivação estabelecida se alinhava à garantia prevista no art. 6.º, § 1.º, da CEDH.

Após a reforma processual, a França adotou como solução a elaboração de uma folha de motivação (*feuille de motivation*) em que os juízes togados exporiam as razões da prolação da decisão condenatória, a partir das provas e argumentos expostos no debate.

Esta experiência foi objeto de investigação na prática francesa em que os magistrados expuseram como se operacionalizava a realização desta fundamentação, sendo interessante o destaque de que os juízes afirmavam que a íntima convicção não necessariamente significaria a ausência de motivação.<sup>(6)</sup>

A pesquisa empírica apontou ainda que após o juiz presidente efetuar a redação da fundamentação, o texto da folha de motivação era apresentado aos jurados e demais juízes togados para acréscimos e modificações, contribuindo para que a decisão traduzisse a realidade dos fatos postos em julgamento e justificasse o porquê daquele resultado condenatório.<sup>(7)</sup>

Pois bem, toda esta digressão serve para a reflexão de que o sistema da íntima convicção já não pode mais ter espaço no ordenamento jurídico moderno, uma vez que a motivação da decisão é forma de legitimação da atividade jurisdicional.

Ao retornarmos à realidade de nosso país, agora com uma visão da experiência francesa, podemos refletir sobre a possibilidade de se exigir a motivação das decisões do Tribunal do Júri, principalmente em razão do momento propício, já que em trâmite a proposta de edição de um novo Código de Processo Penal.

O sistema da íntima convicção e o sigilo das votações não parece ser obstáculo à extração da fundamentação do veredicto do júri, tendo em vista que a França é capaz de justificar sua decisão a partir da técnica aqui apresentada.

Se analisarmos a Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente os arts. 7.º, item 4 e 8.º, item 2, *caput* e alíneas *b* e *f*, podemos extrair similar interpretação destacada na Europa, consistente na garantia que o acusado dispõe de compreender os termos da acusação e de sua prisão.

Portanto, parece-nos urgente que o novo Código de Processo Penal que se avizinha seja capaz de compor a fundamentação das decisões no sistema da íntima convicção, principalmente levando em consideração as impressões dos jurados, já que estes terão espaço para deliberações antes da votação, conforme permissivo constante do art. 387.

## Notas

(1) GRECO, Leonardo. Resumo do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile* (CEDAM, Padova, 1975), *Revista de Processo*, ano 32, n. 144, fev., p. 306-327, São Paulo: RT, 2007, p. 306.

(2) “Art. 6.º

*Direito a um processo equitativo*

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais,

a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

(3) Em determinado trecho da decisão a Corte Europeia afirma: “*La Cour estime que ces réponses laconiques à des questions formulées de manière vague et générale ont pu donner au requérant l’impression d’une justice arbitraire et peu transparente. Sans au moins un résumé des principales raisons pour lesquelles la cour d’assises s’est déclarée convaincue de la culpabilité du requérant, celui n’était pas à même de comprendre – et donc d’accepter la décision de la juridiction.*”

(4) O dispositivo encontra-se redigido da seguinte forma:

“Art. 365-1

*Le président ou l’un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l’arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l’énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l’accusé, ont convaincu la cour d’assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l’article 356, préalablement aux votes sur les questions.*

*La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l’article 364.”*

(5) A condenação da França não foi novidade para os profissionais franceses, que já anteviam o referido entendimento em razão da anterior condenação do estado belga. (Neste sentido, conferir: SAINT-PIERRE, François. Pourquoi la motivation des verdicts de cour d’assises est une garantie de meilleure justice. *Les cahiers de la justice*, Paris, n. 2, 2014, p. 169-174, especialmente p. 171; e AMBROISE-CASTÉROT, Coralie. *La procédure pénale*. 2. ed. Paris: Gualino, 2009, p. 307).

(6) “OL – Non. Selon moi, l’intime conviction doit pouvoir se motiver.

*BM – Je suis du même avis. La motivation n’est que l’étayage de l’intime conviction. Non seulement il n’y a pas de contradiction, mais la formulation de la motivation, donc de ce qui étaye l’intime conviction contribue à la sérénité de jurés car elle permet d’objectiver l’intime conviction”* (AJAN, Nadia et al. La motivation des verdicts des cours d’assises. Le point de vue des praticiens. *Les cahiers de la justice*, Paris, 2014, n. 2, p. 299-309, especialmente p. 302).

(7) Alguns dos magistrados franceses relatam que em razão do cansaço e por outras circunstâncias é comum que os jurados façam apontamentos à fase de motivação, passando a ser um trabalho quase exclusivo dos juizes togados (*op. cit.*, 2014, p. 304).

**Franklyn Roger Alves Silva**  
Mestre em Direito Processual pela UERJ.  
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

# Extinção da punibilidade para os autores do crime de apropriação indébita sindical mediante o pagamento da dívida

**Rafael Serra Oliveira**

Ao contrário das contribuições assistencial e negocial, que são definidas por convenção pelas assembleias sindicais e obrigam tão somente as pessoas filiadas ao sindicato que as fixou (Súmula 666 do STF e Precedente Normativo do TST 119),<sup>(1)</sup> a contribuição sindical é definida por Lei Ordinária (art. 578 e ss. da CLT), em complemento ao disposto no art. 149 da CF,<sup>(2)</sup> e vincula todos os trabalhadores da classe.

Melhor explicando, conforme a definição do Ministério do Trabalho e Emprego, “A contribuição sindical está prevista nos artigos 578 a

591 da CLT. Possui natureza tributária e é recolhida compulsoriamente pelos empregadores no mês de janeiro e pelos trabalhadores no mês de abril de cada ano”.<sup>(3)</sup>

Da mesma forma, como salientado em voto da lavra da Min. **Cármen Lúcia**, “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a contribuição sindical, instituída por lei, tem natureza de tributo”.<sup>(4)</sup> Em recente julgamento, reafirmando o entendimento da Corte, o Min. **Marco Aurélio** assentou que “As contribuições sindicais

*compulsórias possuem natureza tributária*”.<sup>(5)</sup>

No âmbito penal, apesar da sua natureza tributária, criminaliza-se o não repasse de contribuição sindical como delito de apropriação indébita, conduta inserida dentro do conteúdo genérico do art. 168 do CP.

Ocorre que, como é sabido, desde a promulgação da Lei 9.249/1995, “*Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*” (art. 34).

Desde então, essa política arrecadatória do Estado tem sido ampliada para abranger os demais crimes tributários não previstos em legislação específica. Foi exatamente o que aconteceu com o crime de apropriação indébita previdenciária, que, após a sua tipificação autônoma com a inserção do art. 168-A no CP, foi incluído pelo art. 9.º, § 2.º, da Lei 10.684/2003, no rol dos crimes que têm a punibilidade extinta pelo pagamento no débito.

Depois, por construção jurisprudencial, passou-se a admitir também a extinção da punibilidade para o crime de descaminho nas hipóteses de pagamento do débito. No *leading case* julgado pelo STJ, entendeu-se que “*o descaminho tem como bem jurídico tutelado a ordem tributária*”, de modo que, “*se há a previsão da causa de extinção de punibilidade do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 para a sonegação fiscal, evitá-la no tocante ao descaminho representa uma quebra lógica do sistema, haja vista que a opção político-criminal da eximente é-lhe plenamente aplicável*”.<sup>(6)</sup>

Seguindo na mesma direção, ao julgar o HC 85.942, o STF reconheceu a necessidade de extinção da punibilidade da conduta de descaminho, pois, nas palavras do Min. **Ricardo Lewandowski**, como no “*crime de descaminho, a tipificação tem como escopo proteger a ordem tributária. O pagamento antes da denúncia parece-me que sana qualquer tipo de ilícito a ser perseguido pelo Estado*”.<sup>(7)</sup>

Contudo, entre tantas modificações legislativas e construções jurisprudenciais acerca do tema, talvez por não ter previsão legal específica como a apropriação indébita previdenciária, a apropriação indébita de contribuição sindical, enquadrada no tipo genérico do art. 168 do CP, apesar da sua natureza tributária, não mereceu até hoje a devida atenção da doutrina e dos tribunais pátrios.

Assim como a jurisprudência fez para o crime de descaminho, deve-se também estender os efeitos da política criminal arrecadatória estatuída para os crimes tributários ao delito de apropriação indébita de contribuição sindical, sob pena de, como salientou a Min. Maria Thereza de Assis Moura ao fazê-lo para o descaminho, termos “*uma quebra lógica do sistema*”.<sup>(8)</sup>

Ressalte-se, ainda, que não há diferença alguma entre a apropriação

indébita previdenciária – cuja extinção da punibilidade com o pagamento está prevista em lei – e a de contribuição sindical, pois as duas obrigações são tributárias e os valores são descontados pelo empregador do empregado. Fato é que inexistente razão para que se dê a condutas idênticas, ambas com natureza tributária, tratamento penal diverso.

Desse modo, considerando a natureza tributária da contribuição sindical e a jurisprudência pátria que estendeu a política criminal arrecadatória estabelecida para os crimes fiscais ao delito de descaminho, mesmo não havendo previsão legal específica para tanto, conclui-se que o pagamento do débito também deve ser causa extintiva da punibilidade do delito de apropriação indébita de contribuição sindical.

## Notas

- (1) “*A Constituição da República, em seus arts. 5.º, XX, e 8.º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoreamento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados*”.
- (2) “*Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo*”.
- (3) Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/cont\_sindical/]. Acesso em: 19.09.2014.
- (4) STF, RE 496.456 AgR/RS, 1.ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30.06.2009, DJe 20.08.2009.
- (5) STF, MS 28.465/DF, 1.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.03.2014, DJe 02.04.2014.
- (6) HC 48.805, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 19.11.2007.
- (7) Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., DJe 29.07.2011.
- (8) HC 48.805, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 19.11.2007.

**Rafael Serra Oliveira**

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).  
Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV-SP.  
Advogado.

# A falácia de que a pobreza gera criminalidade

*Hugo Leonardo Rodrigues Santos*

O senso comum costuma relacionar a pobreza com a criminalidade, especialmente aquela violenta, e que causa maior repúdio social. Segundo essa lógica, o empobrecimento das pessoas seria um fator determinante para o desenvolvimento de comportamentos delituosos. Em nossa opinião, esse *saber cotidiano* está intrinsecamente relacionado à legitimação de um excesso de poder punitivo com relação a esses grupos sociais. Como sabido, todo poder gera um saber (Foucault), e portanto faz-se necessária uma reflexão sobre os significados implícitos – para além das finalidades instrumentais exteriorizadas pela legislação criminal –, advindos de uma estruturação dessa justificação punitivista.

Anote-se que, desde os primeiros desenhos do sistema penal brasileiro, sempre houve uma preocupação – ora declarada, ora disfarçada – em direcionar o aparato punitivo para grupos sociais marginalizados, como é possível perceber com a criminalização pretérita da capoeiragem (negros ex-escravos), da mendicância (a *ralé* de desempregados e marginalizados), da greve (operários industriais) etc. Mas, além da legislação penal, importa falar na existência de práticas punitivas, as quais estão sedimentadas em uma conformação, entre a própria população, do filtro seletivo empregado no controle social rigoroso das *classes perigosas*.

Essas manifestações de poder punitivo podem ser legais, ou ainda arbitrárias e ilegais, um direito penal *subterrâneo* (Zaffaroni). Por isso, ao falar em sistema punitivo, não podemos nos olvidar de todas aquelas práticas irregulares, como violência policial, tortura, desaparecimentos forçados, humilhações etc.

O poder não se concentra no Estado, não pode ser analisado apenas por um foco concentrado no estatismo – visão muito comum aos juristas, mas equivocada por ser incompleta. Na verdade as práticas punitivas são exercidas de forma desconcentrada, no cotidiano das próprias pessoas, que são *moldadas* em sua subjetividade por esse poder, a partir desses saberes criminais do senso comum. Essa é a microfísica do poder (Foucault), o qual é exercitado por meio de relações microscópicas, e não somente pelo Estado punidor. Portanto, o poder de punir não existe somente em uma feição repressiva, estritamente falando, sendo também um poder simbólico (Bourdieu), na medida em que é aceito pelas pessoas, que o *normalizam*. Com efeito, percebe-se facilmente porque por vezes não existe tanta indignação da sociedade contra a exclusão social (reforçada pelo sistema punitivo), as técnicas de higienização social – de onde surgiu o ditado cruel: sou pobre, mas sou limpinho! –, e os excessos em geral: tudo parece natural se as medidas atingem os *suspeitos de sempre*, não há *nada de novo no front...*

Parece-nos que essas concepções vulgares (*everyday theories*) partem de um pressuposto absolutamente equivocado, o que resulta obviamente em conclusões absurdas. Primeiramente, porque afirmam que a violação da lei penal ocorre com mais frequência entre pessoas das camadas mais miseráveis da população, conforme demonstram os dados oficiais disponíveis (estatísticas policiais e de encarceramento). Desse modo, a desobediência das normas por indivíduos dos setores mais privilegiados da sociedade seria excepcional, um fenômeno contingencial. Ora, acreditar nessa suposição equivaleria a ignorar o fato incontestável de que o número de indivíduos que burlam as regras criminais não coincide com o quantitativo de condenados pelo sistema punitivo. Conforme a influência de uma série de fatores – natureza do crime, quem seria o infrator, eficácia da estrutura policial ou judiciária, repercussão do delito, entre muitos outros –, o número *oculto* de violações da legislação, que não é, efetivamente, conhecido ou mesmo sancionado pelo Direito Penal, pode ser enorme. Essa criminalidade, que sabemos que existe, mas não podemos visualizar nas estatísticas oficiais, é chamada de cifra ou criminalidade oculta (Sutherland). Para se ter uma ideia da dimensão desses números, imaginem a quantidade de furtos, estelionatos, estupros ou sonegações tributárias que permanecem na clandestinidade, e por isso não serão punidas. Por isso, pode-se afirmar: não que sejam poucos os *privilegiados* que violam as leis penais, *é que são poucos os que são investigados ou punidos...*

Não é verdadeira essa afirmação do senso comum, e por isso podemos observar, nos mais recentes mapas da violência, que as taxas de vitimização não seguem uma lógica de níveis de pobreza, pois os Estados brasileiros mais violentos não são, necessariamente, os mais pobres (Waiselfisz). Isso para ficarmos somente em um exemplo.<sup>(1)</sup> Talvez seja mais interessante o questionamento sobre o problema da privação relativa (desigualdade social), que poderia gerar maiores conflitos sociais (Young). Assim, a privação relativa poderia ser considerada um fator

criminógeno, potencializador da ocorrência de violências. Nesse sentido, políticas sociais são sempre mais eficazes na prevenção de delitos, sendo as políticas estritamente penais meros paliativos. Não obstante, nem mesmo esse fator da *privação relativa* se constitui como *causa única* da criminalidade, visto que esta é criada *socialmente*, a partir de uma reação do controle punitivo, que faz com que alguém seja tratado como delinquente. Por isso, a criminologia mais contemporânea superou o paradigma etiológico, passando a preocupar-se, sobretudo, com a rotulação que é oferecida pelo sistema criminal. Em nossa opinião, isso não significa que o saber criminológico deve desapegar-se completamente da consideração de fatores criminógenos.<sup>(2)</sup> É necessário compreender a criminalidade como o produto complexo de uma equação social na qual, além de elementos de rotulação, também podem ter importância a presença de fatores sociais reais. Nesse sentido, a ideia de “quadrado do crime” (Young), com a indicação de quatro dados – infrator, vítima, controle social formal e informal – a serem analisados para a compreensão da infração criminal.

Ainda estamos aquém da superação dos filtros seletivos (Baratta) existentes no sistema criminal, que fazem com que ele funcione muito bem com relação aos grupos sociais marginalizados, e por outro lado não tenha eficácia alguma contra outros setores da população. Essa seleção punitiva parece corresponder às expectativas da população, que internalizou a lógica punitiva excludente, aceitando (ainda que inconscientemente) esse estado de coisas. É necessário perceber esse fenômeno, para que não se continue perpetuando esse comportamento ideológico. Somente desse modo, seria possível breçar a tendência de *criminalização da pobreza* (Wacquant), que é perceptível nesses tempos de grande encarceramento.

## Notas

- (1) Para mais detalhes da não existência dessa correlação entre delito e pobreza, indicamos: WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2013: mortes matadas por arma de fogo*. S.l.: CEBELA, 2013. Disponível em: <[http://mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013\\_armas.pdf](http://mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf)>. Acesso em: 1.º nov. 2014. E a interessante pesquisa: ORTEGA SÁNCHEZ, José Antonio. *Pobreza = delito? Los factores socio-económicos del crimen y el derecho humano a la seguridad pública*. Toluca: Comisión de derechos humanos del Estado de México, 2010. Disponível em: <<http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/pobreza-delito/finish/3-pobreza-delito/173-pobreza-delito-libro-completo/0>>. Acesso em: 1.º nov. 2014.
- (2) Sobre o tema, e defendendo um modelo de criminologia crítica que busque considerar em seus preceitos elementos sociais potencialmente criminógenos, ver trabalho que brevemente será publicado, apresentado por Adrian Barbosa e Silva, no Seminário internacional Crítica e questão criminal na América Latina: balanço e perspectivas, realizado em dezembro passado no Rio de Janeiro, intitulado “Superar o trauma e redefinir o causal: um desafio para as criminologias críticas do século XXI”.

**Hugo Leonardo Rodrigues Santos**

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Professor de Direito Penal e Criminologia no CESMAC,

SEUNE e em cursos de graduação e

pós-graduação de Maceió (AL).

Coordenador adjunto em Alagoas do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

# A magistratura, a cartilha e a detestável prisão de um inocente

Ricardo Sidi

A sociedade vive uma crise de vazio ideológico, de incompreensão política, de visão rasa e binária dos efeitos daquilo que tão veementemente pleiteia. Preferem-se e aplaudem-se magistrados punitivistas e reacionários mais do que os libertários, clama-se por cadeia, reclama-se do dito excesso de recursos defensivos. Não se tem memória histórica para compreender a importância humana do *habeas corpus*, a necessidade de preservação da amplitude e admissibilidade deste que é chamado o remédio heroico constitucional, único capaz de rapidamente fazer cessar uma prisão ilegal, que vem a ser o mais terrível ato de Estado, capaz de infligir ao indivíduo um dos mais traumáticos e angustiantes sofrimentos. Esquece-se do AI-5, do que representou a proibição do *habeas corpus*. Os mais jovens não o vivenciaram e não é raro que os mais velhos, mesmo os que estiveram na vanguarda da resistência à ditadura militar, e mesmo os que foram presos ou sequestrados durante o regime, exerçam hoje um papel[ão] conhecido como esquerda punitiva,<sup>(1)</sup> que, igualmente aos – digamos – reacionários de berço, também batem palmas para a prisão imediata, para a não concessão de *habeas corpus*, para a restrição de seu cabimento e para os juízes que prendem mais do que para os que soltam.

As garantias processuais asseguradas constitucionalmente aos indivíduos se prestam a proteger o ser humano contra condenações injustas e prisões ilegais. Uma delas é a “balela” da tal da presunção de inocência, que existe para não se prender ou manter preso nenhum indivíduo antecipadamente, ou seja, antes de condenação transitada em julgado, a menos que a liberdade desse indivíduo traga risco ao próprio processo, à ordem pública ou à aplicação da lei penal. São os chamados requisitos de cautelaridade. O que isto significa? Os livros de Direito e a jurisprudência já respondem a essa pergunta há décadas, há praticamente uma cartilha a respeito. Para prender antecipadamente, antes da condenação final, é preciso, além, é claro, de provas mínimas de que o réu ou investigado cometeu determinado crime, que ele tenha praticado atos concretos (não incluído aí, evidentemente, o próprio cometimento do crime do qual é acusado) que permitam afirmar que ele irá fugir, ameaçar testemunhas ou autoridades, subtrair provas ou persistir na prática de crimes. Esses atos concretos precisam estar referidos na decisão que decreta a prisão. Se não houver esses elementos, queiram desculpar, mas a prisão só será possível quando da condenação final. A razão disso – é óbvio – é a possibilidade de que, no curso do processo, reste provada a inocência ou a ausência de crime. É o preço que se paga para impedir a prisão de um inocente, em um ordenamento jurídico que prefere (ou deveria preferir) dez culpados em liberdade a um inocente preso.

Juízes, desembargadores e ministros de tribunais conhecem essa lógica de cor, lecionam, escrevem livros e defendem teses de doutorado a esse respeito, mas, com raras exceções – infelizmente, cada vez mais raras –, não conseguem enxergá-la nos casos concretos, que envolvem seres humanos de carne e osso, que lhes chegam todos os dias para análise em seus gabinetes. Também entre eles, os magistrados, quase que como ocorre entre os cidadãos comuns acometidos por vazio ideológico e incompreensão política, é comum ver uma preocupante incompreensão acerca da magnitude de sua própria missão constitucional, de seu papel, que deveria ser de zelador intransigente das garantias do indivíduo. Para muitos destes, a magistratura se apresenta muito mais como um mero emprego, um ótimo emprego, aliás, cercado de pompas, honras e liturgias.

No dia 3 de outubro de 2013, 30 pessoas foram presas na chamada operação parasitas, da polícia civil do Rio de Janeiro, deflagrada contra um suposto esquema de cobrança de propina na Vigilância Sanitária Municipal. Um dos presos, arrancados de casa pouco depois das 6 da manhã, foi o funcionário público concursado Marco Peixoto. Como a decisão que decretou sua prisão não tinha nenhum dos requisitos constantes da cartilha acima, a Desembargadora Regina Lúcia Passos, no plantão judiciário noturno, concedeu liminar em *habeas corpus* e determinou sua imediata soltura, naquela mesma noite. Seis dias depois, o Desembargador Antonio Eduardo Ferreira Duarte cassou a liminar concedida por sua colega e, sigilosamente, autorizou uma nova visita surpresa de policiais à casa de Marco, para prendê-lo novamente.

A defesa impetrou *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal,<sup>(2)</sup> mas nenhum dos ministros que analisaram o caso vislumbraram na prisão de Marco Peixoto descumprimento gritante à cartilha.

E Marco, lá de dentro do pior lugar da Terra, em um degradante desespero, repetia para sua família e advogados que fora confundido com outra pessoa, que jamais travara os diálogos a ele atribuídos nas interceptações telefônicas e que, de tão reta a sua conduta funcional, o apelido pelo qual era chamado em seu ambiente profissional era Lineu, em referência ao honestíssimo fiscal da vigilância sanitária interpretado por Marco Nanini, no seriado A grande família.

Que horror! Como podia ser tão impertinente um réu acusado de cobrar propina, preso em uma operação intitulada parasita?! O momento de se defender não era aquele, o processo mal começara, ora!

Passaram-se 26 dias de prisão, até que o burocrático Estado finalmente disponibilizasse aos advogados os áudios das interceptações telefônicas. E qual não foi a terrificante surpresa dos defensores ao apertar o play: a voz não era mesmo de Marco. Aliás, nada era de Marco, nem a linha de telefone, nem o vocativo pelo qual a outra voz se dirigia àquele estranho interlocutor. O erro era grave mas também grosseiro. Quanto à voz, qualquer leigo concluiria o erro, sem necessidade de perícia. Seria como comparar as vozes inconfundíveis de Cid Moreira e William Bonner.

A partir dali, a ilegalidade da prisão de Marco se evidenciava, não só pela já gritante ausência dos requisitos de cautelaridade da cartilha, mas também porque, com a revelação de que a voz flagrada cometendo crimes não era a dele, desaparecia a própria prova mínima necessária à prisão.

Mas tal não bastou para fazer cessar o calvário de Marco.

As autoridades que decidiriam seu destino, pessoas que, em uma canetada, poderiam fazer cessar seu intenso sofrimento, desejavam uma perícia de voz e se renderam às mais inimagináveis e inaceitáveis burocracias, como – pasme – a proibição de requisitar um preso (para colher sua voz) com menos de 72 horas de antecedência. Métodos propostos pelos advogados, como a simples comparação da voz interceptada com a voz do preso, ao vivo, nem que a juíza se dignasse a ir até o presídio com sua viatura, não eram levados a sério. Chegou-se a propor a criativa solução de que Marco Peixoto fosse solto, periciado e preso novamente no mesmo dia até a conclusão da perícia. Chegou-se, também, a entregar ao juízo gravações domésticas com a voz de Marco brincando com familiares, para comparação imediata, mas nada disso foi

admitido, pois o mesmo Estado que o prendeu sem observar a cartilha queria, agora, cercar-se de todos os formalismos possíveis e imagináveis para ver atestado que ali havia um erro judiciário.

Levou-se o caso à segunda instância e até mesmo à presidência do Tribunal de Justiça. Já não se insistia na soltura, negada dias antes, mas, tão somente, na realização imediata da tal perícia, nem que fosse viabilizada por uma espécie de “alvará de soltura temporário” acompanhado de um novo mandado de prisão, até que a perícia se concluísse. Mas nenhuma porta se abriu. Pelo contrário, passou-se a hostilizar os insistentes e açodados advogados, que não sabiam – meu D’us, quanta impertinência – esperar a ordem natural das coisas, o tempo das juntadas das petições, das aberturas de conclusões, das manifestações do Ministério Público, das expedições e remessas de ofícios. Aos advogados exigiu-se, com rispidez, respeito à “rotina do cartório”. Tudo isso tomou, simplesmente, mais 27 dias desde que a notícia do gravíssimo erro foi levada à juíza e ao promotor, *totalizando inimagináveis 55 dias de prisão ilegal*.

E como explicar a Marco Antônio, que sequer estava acusado de algum crime violento, que precisava aguardar a perícia preso, em vez de solto? Não existe uma tal de uma presunção de inocência? É simples: não havia como explicar, tinha-se apenas que aceitar.

Faz lembrar o juiz Eduardo Mayr, já aposentado como desembargador. Durante o regime militar, diante de denúncia de tortura a um preso seguida de dificuldades reportadas por seu oficial de justiça em apreender os instrumentos do crime, Mayr se levantou da cadeira, requisitou escolta policial armada e foi, ele próprio, ao órgão de repressão apreender o material. E quanta coragem não terá sido necessária para uma providência daquelas?

Mas não no caso de Marco, não no regime democrático. Hoje, não há DOPS, DOI-CODI, CENIMAR, PE, sequestros oficiais, cassação de ministros do Supremo, mas há – isto sim – uma “norma” da Secretaria de Administração Penitenciária que proíbe requisitar um preso com menos de 72 horas de antecedência e uma absoluta falta de iniciativa das autoridades às quais a Constituição atribuiu poderes para superar, desembargar esses absurdos.

Porém ainda há juízes em Berlim. Sobral Pinto dizia que Justiça não se agradece. Aos juízes Guilherme Schilling e Rubens Casara não se deve agradecer por terem sido, o primeiro o que subscreveu a ordem de soltura e o segundo aquele que, nove meses depois, excluiu Marco Peixoto da ação penal, em razão de uma gritante e constrangedora falta de prova mínima. Mas, diante do preocupante cenário supradescrito, merecem sim homenagens, senão pelas decisões que tomaram, por dar à missão sagrada de zelar pelos direitos individuais *status* superior aos detestáveis óbices burocráticos de todos os dias, por pegar o telefone e impor o cumprimento imediato de uma decisão urgente, por levantar da cadeira quando necessário e até por ler atentamente os pedidos defensivos, coisa cada vez mais rara.

Marco, já nos primeiros dias de prisão, tinha sido exonerado de seu cargo, teve seu nome jogado na lama e, no cárcere, vivenciava, dia a dia, um trauma que nunca mais se apagaria de sua memória, trauma que nem mil ações indenizatórias apagariam, fosse contra o Estado, fosse contra a juíza, promotor, delegado ou desembargador. A estes a história, os anais.

É por tudo isso que se exige algum ato concreto do preso demonstrando que este irá prejudicar o processo, a ordem pública ou a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP), de modo a indicar que a prisão antecipada é estritamente necessária e, assim, evitar violências abomináveis e inomináveis como esta.

Se, por um lado, pode ser difícil ao magistrado evitar ser induzido a erro pela polícia ou constatar que determinada voz não é de um preso, por outro, é fácil verificar se uma curtíssima decisão decretando a prisão antecipada de 30 pessoas traz ou não os requisitos de cautelaridade da cartilha. É também fácil verificar, em 24 horas, diante de uma denúncia de tão grave erro judiciário, que a voz de Cid Moreira não é a de Willian Bonner, não podendo o desejo ultrazelososo de uma perícia de voz de 27 dias impedir a soltura imediata da vítima do arbitrio.

O caso de Marco Peixoto é, enfim, como o do capitão Dreyfus, o da Escola Base, o do fazendeiro Motta Coqueiro e o do personagem hollywoodiano David Gale, segundo o qual “almost martyres don’t count” (quase heróis não contam). Há outros, é claro, muitos outros pelo Brasil afora, especialmente entre as populações impossibilitadas de contar com uma defesa plena. O que torna o caso de Marco diferenciado é o fato de ter ele contado com defesa extremamente rápida, plena e diligente, tendo, da primeira à última instância, lançado mão de tudo que era possível em termos de providências judiciais. Basta dizer que, já no oitavo dia de prisão, o caso de Marco Peixoto estava submetido ao Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, e que – diga-se – recebeu amavelmente os advogados no intervalo da sessão de julgamento. A Suprema Corte, no entanto, também manteve a prisão.

O mais incrível é que magistrados poderão ler as palavras acima e sentir que o assunto não é com eles, mas é claro que é. É verdade que o sorteio das distribuições dos tribunais escolheu aleatoriamente as mãos que decidiram a intensidade que teria o sofrimento de Marco Peixoto naqueles 55 dias, mãos que se lavaram. Mas a verdade é que, fossem outras mãos, o tratamento atual dado ao *habeas corpus* não deixa a menor dúvida de que as chances de se ter obtido uma liminar para ordenar sua soltura imediata pode ser estimada em algo próximo a dois por cento. Basta perguntar a qualquer operador do Direito criminal.

Que entre para a história, que toque corações de pedra, que juízes compreendam a grandeza de sua missão constitucional e, quem sabe, que se freie a onda reacionária da sociedade que empurra a Justiça para um lado absolutamente perigoso.

## Notas

- (1) KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1, 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.
- (2) Diante de flagrante ilegalidade, requereu-se fosse superado o impedimento decorrente da Súmula 691 do STF.

**Ricardo Sidi**

Mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.  
Advogado.

Prezados associados,

Deixa de ser publicada nesta edição a coluna “Descasos”, da autora Alexandra Lebelson Szafir.

A Coordenação.

# TV IBCCRIM

Os vídeos do IBCCRIM  
onde você estiver



São diversas palestras de renomados juristas nacionais e internacionais, disponíveis *online* para você assistir quando e onde quiser!

Se você ainda não é um membro do IBCCRIM, associe-se agora mesmo e tenha acesso a mais esta facilidade!

Saiba mais em

[www.ibccrim.org.br/tv\\_ibccrim](http://www.ibccrim.org.br/tv_ibccrim)