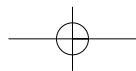
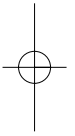
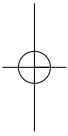
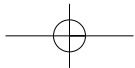
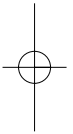
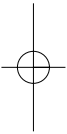




CIRCULUS

REVISTA DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS





REVISTA DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS



JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU
Seção Judiciária do Estado do Amazonas

ISSN 1679-4788



REVISTA DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS

© Justiça Federal de Primeiro Grau - Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Av. André Araújo, nº 25, Aleixo
CEP 69060-000-Manaus-Am

Tel.(0**)92 e 3241 9110
e-mail: circulus@am.trf1.gov.br
www.am.trf1.gov.br/circulus

Diretora: *Maria Lúcia Gomes de Souza*, Juíza Federal Titular da 3ª Vara
Vice-Diretora: *Jaiça Maria Pinto Fraxe*, Juíza Federal Titular da 1ª Vara
CIRCULUS N. 6

Ludmila Bezerra Paz Veras, **Presidente**
Jener Campos Vieira, **Secretário-Geral**
Carlos Gomes, **Revisor de texto**
Maria das Graças Rebouças Lopes, **Revisora Técnica**
Andréia Silveira Rocha da Silva, **Divulgadora**
Maria Elcina de Almeida Nascimento, **Colaboradora**

Editoração eletrônica: *Lo-Ammi Santos*
Foto da capa: *Marlon Franco da Costa*

Circulus Revista da Justiça Federal do Amazonas. v.1, n. 1 (maio/agosto. 2003). – – Manaus: Justiça Federal de Primeiro Grau. Seção Judiciária do Estado do Amazonas / Editora da Universidade Federal do Amazonas-EDUA, 2003 – v.: il.

Periodicidade semestral a partir do n. 3
ISSN 1679-4788

1. Direito-periódicos 2. Doutrina 3. Seção Judiciária do Estado do Amazonas-Jurisprudência. I. Brasil. Justiça Federal de Primeiro Grau-Seção Judiciária do Estado do Amazonas.

CDD 340-05
CDU 34 (05)

Nos artigos assinados, as opiniões emitidas são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, pois, o pensamento da revista. O controle do texto se limitará à diagramação, à conferência com os originais e à padronização.

Disponível também em:
<http://www.am.trf1.gov.br/circulus>

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Desembargador Federal **ALOÍSIO PALMEIRA LIMA**
Presidente

Desembargador Federal **MÁRIO CÉSAR RIBEIRO**
Vice-Presidente

Desembargadora Federal **ASSUSETE MAGALHÃES**
Corregedora-Geral

Desembargador Federal **TOURINHO NETO**
Desembargador Federal **CATÃO ALVES**
Desembargador Federal **JIRAIR ARAM MEGUERIAN**
Desembargador Federal **CARLOS FERNANDO MATHIAS**
Desembargador Federal **OLINDO MENEZES**
Desembargador Federal **LUCIANO TOLENTINO AMARAL**
Desembargador Federal **CÂNDIDO RIBEIRO**
Desembargador Federal **HILTON QUEIROZ**
Desembargador Federal **CARLOS EDUARDO MOREIRA ALVES**
Desembargador Federal **I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES**
Desembargador Federal **CARLOS OLAVO**
Desembargador Federal **AMILCAR MACHADO**
Desembargador Federal **ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA**
Desembargador Federal **DANIEL PAES RIBEIRO**
Desembargador Federal **LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA**
Desembargador Federal **JOÃO BATISTA MOREIRA**
Desembargador Federal **ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE**
Desembargadora Federal **SELENE MARIA DE ALMEIDA**
Desembargador Federal **SEBASTIÃO FAGUNDES DE DEUS**
Desembargador Federal **ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES**
Desembargadora Federal **MARIA ISABEL DINIZ GALLOTTI RODRIGUES**
Desembargadora Federal **MARIA DO CARMO CARDOSO**
Desembargador Federal **LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA**
Desembargadora Federal **NEUZA MARIA ALVES DA SILVA**

DIRETOR-GERAL: WASHINGTON RIBEIRO DA SILVA

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS

DIRETORIA DO FORO – DIREF

Juíza Federal Diretora do Foro: JAIZA MARIA PINTO FRAXE

1ª VARA FEDERAL

Juíza Federal Titular: JAIZA MARIA PINTO FRAXE

Diretor de Secretaria: RONALDO CAVALCANTE DE SOUZA

2ª VARA FEDERAL

Juiz Federal Titular: VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA

Diretora de Secretaria: ROSILENE DE SOUZA CASTRO

3ª VARA FEDERAL

Juíza Federal Titular: MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

Diretora de Secretaria: ANA CLÁUDIA RIBEIRO TINOCO

4ª VARA FEDERAL

Juiz Federal Substituto: RICARDO AUGUSTO DE SALES

Diretor de Secretaria: JÂNIO MADY DOS SANTOS

5ª VARA FEDERAL

Juiz Federal Titular: JOÃO CARLOS MAYER SOARES

Diretora de Secretaria: CARLENE LIMA RANIERI

6ª VARA FEDERAL - JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Juíza Federal Substituta Coordenadora Geral: MARÍLIA GURGEL DE PAIVA SALES

Diretor de Secretaria: DOMINGOS SÁVIO MACIEL ROESSING

TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – AM/RR

Membro Titular Presidente: MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

Membro Titular: JAIZA MARIA PINTO FRAXE

Supervisora: PAULA DE PAULA GOMES

VARA ÚNICA – SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TABATINGA
JUIZADO ESPECIAL FEDERAL ADJUNTO CÍVEL E CRIMINAL

Juiz Federal Titular: OSMAR VAZ DE MELLO DA FONSECA JÚNIOR

Diretor da Secretaria: MOISÉS LAERT PINTO NETO

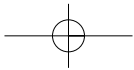
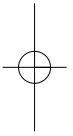
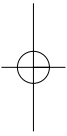
SECRETARIA ADMINISTRATIVA

Diretor Administrativo: EDSON SOUZA E SILVA

Diretora do Núcleo Administrativo: AUXILIADORA MARIA NEGREIROS DO
COUTO ALVES

Diretor do Núcleo Judiciário: JOÃO BOSCO DA SILVA VIEIRA

Diretora do Núcleo de Controle Interno: TÂNIA MARIA MOTA VIEIRA



SUMÁRIO

Apresentação

Juíza Federal Diretora da Revista13

Entrevista

Ministra Eliana Calmon Alves17

Artigos

Aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil
Sérgio Fernando Moro29

A responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais
Alaim Giovani Fortes Stefanello49

Inadmissibilidade das provas ilícitas
Paulo Christian Souza Costa65

Presunção de não culpabilidade e prisão cautelar
Marcus Vinicius Reis Bastos72

Tráfico de seres humanos: a questão de gênero ainda em destaque
Fabiola Girão Montecónrado Ghidalevich82

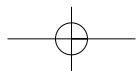
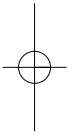
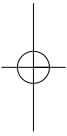
Conflito de princípios na antecipação do parto de fetos anencefálicos
Rafael da Silva Menezes92

Violação de Direito Autoral à vista do Direito Penal
Jacqueline de Araújo Bastos97

A culpabilidade e o Direito Penal brasileiro
Andrea Lasmar de Mendonça105

Delinqüência caracterológica: o comportamento “anti-social” e a semi-imputabilidade <i>Luíza Helena Simonetti Xavier</i>	124
Serão as Leis inúteis? <i>Paulo Queiroz</i>	130
Memorial <i>Dr. Sebastião Fagundes de Deus</i>	135
Decisões Ação Civil Pública – <i>Juiz Reginaldo Márcio Pereira</i>	147
Ação Civil Pública – <i>Juíza Jaíza Maria Pinto Fraxe</i>	151
Sentenças Criminal – <i>Juiz Osmar Vaz de Mello da Fonseca Júnior</i>	169
Previdenciário – <i>Juíza Marília Gurgel R. de Paiva e Sales</i>	183
Ementas Previdenciário – <i>Juíza Maria Lúcia Gomes de Souza</i>	191
Molduras <i>Dr. Plínio Coelho</i>	195
Mosaicos Posto que esteja errado – <i>Vallisney de Souza Oliveira</i>	205
O Beijo – <i>Dimis da Costa Braga</i>	209
Carta a um jovem Promotor de Justiça – <i>Paulo Queiroz</i>	210
Crimes na Internet – <i>Lupericino Nogueira</i>	212
Poema – <i>Francisco de Barros e Silva</i>	214
Sonegação fiscal no Brasil – <i>Agapito Machado</i>	215
O viajante e o sábio – <i>Marcos Mairton da Silva</i>	217
O Defensor Dativo (e/ou <i>Ad Hoc</i>) e seu comprometimento com a Justiça – <i>José Alberto Maciel Dantas</i>	222
Insegurança pública no Brasil – <i>Cleber Sanches</i>	228

APRESENTAÇÃO



APRESENTAÇÃO

Neste seu sexto número, *Circulus* abre suas páginas com uma entrevista da Ministra Eliana Calmon, que ilustra com seu desempenho o Superior Tribunal de Justiça, após ter passado, com igual brilhantismo, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pela Seção Judiciária da Bahia.

Dedicada principalmente ao ramo do Direito de que se fizeram ícones, no passado, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Heleno Fragoso e Nelson Hungria, aos quais se juntaram, no presente, Dinamarco, Mirabete, Capez, dentre outros, *Circulus* abriga, em sua seção própria, artigos de flagrante atualidade, subscritos por estudiosos da ciência penal como os Juízes Federais Sérgio Fernando Moro e Marcus Vinicius Reis Bastos, dos advogados Alaim Giovanni Fortes Stefanello, Fabiola Girão Monteconrado Ghidalevich e Luiza Helena Simonetti Xavier, do Procurador Regional da República, Paulo Queiroz, dos servidores Paulo Christian Souza Costa e Jacqueline de Araújo Bastos, do acadêmico Rafael da Silva Menezes e da professora Andrea Lasmar de Mendonça.

Para avivar a memória da Seção Judiciária do Amazonas, de que é veículo, *Circulus* estampa entrevista com o Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus, que, nos idos de 1986, atuou entre nós, deixando indelévels traços de sua sabedoria e prudência nas sentenças que produziu, das quais pode servir de exemplo a que inserimos neste número, escolhida entre tantas de igual qualidade.

A produção jurisdicional de nossa Secional vem representada por decisões dos Juízes Federais Reginaldo Márcio Pereira e Jaiza Maria Pinto Fraxe.

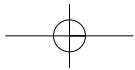
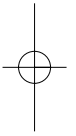
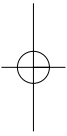
No mesmo segmento, *Circulus* acolhe prazerosamente sentença do Juiz Osmar Vaz de Mello da Fonseca Junior, que pertence à Subseção Judiciária de Tabatinga e da Juíza Marília Gurgel R. de Paiva e Sales da 6ª Vara dos Juizados Especiais Federais e ementa da Juíza Maria Lúcia Gomes de Souza, que preside a Turma Recursal do Juizado Especial do Amazonas e Roraima.

Pondo-o em moldura, *Circulus* presta neste número justa homenagem ao advogado Plínio Ramos Coelho, que, ingressando na política partidária, se fez sucessivamente Deputado Estadual, Deputado Federal e depois Governador do Estado. Atingido pelo Movimento Militar de 1964, recolheu-se à vida privada, continuando como advogado, mas exercendo também o magistério na Universidade do Amazonas e cultivando as belas letras, como membro da Academia Amazonense de Letras. É em sua porção poética que *Circulus* o divulga.

No vasto painel constituído por seus Mosaicos, *Circulus* reúne os Juizes Vallisney de Souza Oliveira, Dimis da Costa Braga, Agapito Machado, Marcos Mairton da Silva e Francisco de Barros e Silva, o Desembargador Lupercino Nogueira, o Advogado José Maciel Dantas, o Procurador Regional da República, Paulo Queiroz e o delegado Cleber Sanches. O Juiz Vallisney de Souza Oliveira incursiona nos domínios da linguagem para comentar o equívoco no emprego da locução *posto que*, a qual, sendo concessiva, vem-se consolidando no meio jurídico como causal. Os Juizes Dimis da Costa Braga e Francisco de Barros e Silva, em vãos líricos, brindam os leitores com seus poemas. O Procurador Paulo Queiroz faz consistentes ponderações sobre a atividade ministerial, dirigindo-se a um colega seu. O Desembargador Lupercino Nogueira faz considerações sobre novas figuras criminais em decorrência do avanço tecnológico nas comunicações. O Juiz Federal Agapito Machado e o advogado José Alberto Maciel Dantas trazem à discussão, respectivamente, o problema da sonegação fiscal no Brasil e a questão do comprometimento do defensor dativo com a Justiça. Marcos Mairton da Silva põe frente a frente o viajante e o sábio, em interessante crônica. E Cléber Sanches, delegado e sociólogo, examina os vários aspectos da insegurança pública no Brasil.

Eis o que *Circulus* oferece aos seus leitores neste novo número. Boa leitura!

ENTREVISTA



ENTREVISTA

Eliana Calmon Alves

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

Filha de Almiro Petronilho Alves e Elisabete Calmon Alves, nasceu em Salvador (BA) em 05 de novembro de 1944. Recebeu o grau de Bacharel em 1968, pela Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, instituição em que, em 1982, concluiu o curso de especialização em processo.

Entre 1974 a 1979, foi Secretária do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Norte, Auxiliar de Ensino da Universidade Federal do mesmo Estado, Procuradora da República em Pernambuco e em Brasília, além de Membro da Comissão Estadual de Repressão a Entorpecentes em Recife (PE).

Ingressou na Justiça Federal em 19 de outubro de 1979 como Juíza Federal Substituta, na Seção Judiciária de Sergipe.

Atuou, em seguida, como Juíza Federal da Seção Judiciária da Bahia e como membro do Tribunal Regional Eleitoral no mesmo Estado.

De 1989 a 1999, integrou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região. É desde 30 de junho de 1999 Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Foi fundadora do NUMAG e Diretora Cultural da AJUFE. Em ter as honrarias de que foi alvo, foi condecorada com a Medalha do Pacificador.

Aquiescendo gentilmente a nosso convite, a Desembargadora Federal Eliana Calmon concedeu a Circulus a seguinte entrevista:

Circulus - Poderia Vossa Excelência falar sobre sua vida profissional?



ECA - A minha vida profissional foi bem diversificada por circunstâncias alheias à minha vontade. No início do ano de 1969, logo depois de ter colado grau, transferi minha residência para o Rio de Janeiro em razão do meu casamento. Ali tive dificuldade em conseguir trabalho como advogada, diante da minha inexperiência e desconhecimento do foro do Rio.

Ocorreu, nesta época, um fato interessante. Um amigo de minha família, sergipano radicado em Salvador, ao levar-me uma encomenda de minha mãe, ofereceu-se para apresentar-me a sua irmã, Juíza Federal, a fim de que ela me orientasse profissionalmente. A juíza era a grande Maria Rita de Andrade, a primeira mulher a tornar-se Juíza Federal, escolhida para o cargo pelo Presidente Castelo Branco, quando da recriação da Justiça Federal pela Lei 5.010/66, dentre os seus advogados sediados no Rio de Janeiro. Maria Rita recebeu-me muito bem e procurou saber quanto tempo eu tinha de casada. Ao ouvir como resposta – dois meses, passou-me um grande carão, dizendo: menina, volte para sua casa, tome conta de seu marido e trate de ter os seus filhos. Você pensa que é fácil esta vida profissional? Não há encantos – é só trabalho e luta. Fiquei decepcionada, mas não segui o conselho. À época, não havia concursos públicos em abundância. Então decidi fazer o curso especial de administração de empresas, em dois anos, oferecido aos já graduados.

Dois anos depois, voltei para Salvador, minha terra, para onde foi transferido o meu marido. Ali resolvi advogar, engajando-me no escritório de um colega de turma.

Passados mais dois anos, meu marido foi novamente transferido – agora para Natal, no Rio Grande do Norte. Fiquei desolada, pois perdia, com a transferência, o meu trabalho. Em Natal, dois meses depois de lá chegar, soube, pelo jornal, de um concurso para professor – auxiliar de ensino – da Universidade Federal. Não tive dúvida, inscrevi-me no concurso e arrebatei a única vaga existente.

Fiquei na Universidade como professora por dois anos, deixando-a quando passei no concurso para Procurador da República. Fui lotada em Pernambuco, onde militei por dois anos.

Em 1976, quando o meu marido foi transferido de Natal para Brasília, acompanhei-o e fui lotada na Subprocuradoria-Geral da República. Estava

muito bem como procuradora, muito conceituada e amada pelos meus colegas, mas não satisfeita com o meu trabalho. Era o período da ditadura militar, e os procuradores que atuavam perante os tribunais eram meros pareceristas, cujo trabalho era revisto pelo Subprocurador-Geral – não tinham eles independência alguma. Decidi fazer o concurso para Juiz Federal, a fim de reciclar os meus estudos. À época, não eram muitos os cursos e pouquíssimos os cursos de pós-graduação.

Passi muito bem no concurso e então decidi assumir como Juíza Federal em Sergipe, já acertada com um colega da Bahia, o hoje Ministro Castro Meira, para com ele permutar. Fiz essa opção depois de muita relutância, pois gostava muito da Procuradoria da República. A decisão foi tomada diante da falta de estrutura do órgão e pela falta de independência dos procuradores, naqueles tempos. Fiquei durante dez anos como Juíza Federal na Bahia, até ser promovida para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, criado pela Constituição de 1988. No Tribunal, atuei como juíza por dez anos, até que, em 1999, fui indicada para o Superior Tribunal de Justiça. Como podem ver, foi uma carreira muito diversificada.

Circulus - Como Vossa Excelência avalia a reforma do Poder Judiciário em curso no Brasil?

ECA - A Reforma do Judiciário foi pouco profunda, lamentavelmente, deixando de alterar aspectos estruturais de importância fundamental. Mas foi a reforma possível, depois de mais de dez anos de tramitação.

Circulus - Qual a opinião de Vossa Excelência sobre a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos, o controle externo, o nepotismo e outros pontos da Reforma do Judiciário?

ECA - Entendo que a súmula vinculante não trará nenhuma melhora qualitativa ou quantitativa a médio ou longo prazo, servindo apenas para melhorar um pouco a situação do Supremo Tribunal Federal, assoberbado de demandas repetidas. O sistema, altamente concentrador, não ocorre por um

acaso e sim pela necessidade de manter aberto o acesso a um Tribunal essencialmente político.

A súmula impeditiva é um meio termo da súmula vinculante, e me parece que poderá surtir algum efeito no sentido de diminuir o número de processos. Digo poderá, porque o grande número de demandas gerado de um só litígio existe em razão de as partes procurarem não uma decisão justa e sim uma liminar, outorgada rapidamente. Na busca de uma liminar ou tutela antecipada, usam os advogados de todos os recursos possíveis, aproveitando-se de um sistema recursal extremamente rico. O sistema, inclusive, amesquinha a magistratura de primeiro grau, porque retira a autoridade da decisão do juiz singular, pois permite a revisão de todas as decisões interlocutórias.

A parte que não consegue a liminar ou a tutela antecipada recorre, buscando-a em seguidas investidas recursais; a parte contra a qual é concedida a tutela, antecipada ou de urgência, faz o mesmo caminho para derrubar a decisão, utilizando-se de recursos e mais recursos, cautelares e mais cautelares. O sistema permite que, de um litígio, antes do seu julgamento meritório, originem-se mais de quinze providências, entre recursos e medidas cautelares.

O controle externo tornou-se indispensável, porque os Tribunais de Justiça e Regionais, com um pouco menos de largueza esses últimos, pela presença do Conselho da Justiça Federal, administram o funcionamento do primeiro e segundo graus de jurisdição ao sabor dos seus próprios interesses, marcando a administração com um caráter bastante subjetivado, sem projetos institucionais de longo prazo. A administração do Judiciário sempre foi pautada nos moldes do presidente da Corte, com a mudança constante pelo rodízio presidencial. A cada gestão mudam-se as prioridades, as rotinas, os cargos de direção, os critérios de avaliação gerencial e até a decoração dos edifícios. Segundo minha ótica, o controle externo levará a uma uniformidade de gerenciamento, possibilitando a decolagem do Poder Judiciário para a modernidade como um todo e não isoladamente como ocorre ainda hoje.

Quanto ao nepotismo, estamos, no momento, presenciando o lamentável espetáculo de apego ao passado, a um sistema de administração promíscuo e deletério, que corrói as entranhas da administração de qualquer

órgão. A mistura dos interesses públicos com os interesses privados não pode ter lugar nos dias de hoje, sob pena de atropelo aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativas.

Circulus - Tendo atuado no TRF da 1ª Região, como Juíza e Desembargadora, como vê Vossa Excelência o desempenho da Justiça Federal no cenário nacional?

ECA - Preocupa-me sobremaneira a velocidade da interiorização da Justiça Federal, feita, segundo entendo, sem atender a um critério técnico adequado, atendendo a interesses políticos e trabalhada por quem não entende do assunto Justiça.

A Justiça Federal é altamente especializada, e a interiorização, muitas vezes, provoca um alto custo à máquina estatal, sem a contrapartida de acesso ao Judiciário – esta a razão invocada para a interiorização.

Observa-se que a grande concentração das demandas mais complexas, envolvendo questões de Direito Administrativo e Tributário, continua nas varas federais das capitais, onde estão os grandes escritórios. Nas pequenas cidades do interior dos Estados, sem expressão econômica, tramitam nas varas federais apenas as execuções fiscais e as ações contra a Previdência que, sozinhas, provocam o grande inchaço da Justiça Federal. Assim, cria-se uma vara federal com dois juízes federais, um titular e um substituto, em uma cidade do interior, e em torno dos dois juízes, nasce uma estrutura extremamente cara com prédio adequado, servidores, biblioteca, procuradorias, etc., para atender basicamente a essas ações – executivas e previdenciárias. Antes, tais ações tramitavam na Justiça Estadual, já estruturada e com maior número de juízes. Com a criação de uma vara federal são os feitos concentrados perante um ou dois magistrados – foi o que ocorreu, por exemplo, em Juiz de Fora, comarca com muitos juízes estaduais. Criada a vara federal, todos os processos da Previdência, que tramitavam regularmente, foram concentrados em um só juiz. Virou um caos, nada andava – e até hoje a Justiça Federal em Juiz de Fora padece com a lentidão na tramitação dos feitos. É o que tecnicamente se chama de disfunção da norma, ou seja, a lei vem para benefício social, mas tem efeito contrário.

As varas federais interiorizadas não conseguem solucionar o problema dos inchaços das varas das capitais, como ocorreu em São Paulo, por exemplo, ao tempo em que se pulverizam os recursos alocados à Justiça Federal, empobrecendo a estrutura como um todo.

Circulus - Como poderia o Poder Judiciário, ao ver de Vossa Excelência, colaborar para deter o avanço da criminalidade, em proveito da segurança pública, hoje em crise, sem, entretanto, enfraquecer as garantias de defesa do cidadão?

ECA - Uma das causas do avanço da criminalidade é a certeza da impunidade; e a impunidade é também traduzida em demora na prestação jurisdicional. Assim, uma forma de a Justiça colaborar para deter a criminalidade seria acelerar a tramitação dos feitos. Sem justiça rápida, teremos sempre uma sociedade doente e o crime é a doença social.

Circulus - Acredita Vossa Excelência que os aspectos negativos dos últimos acontecimentos políticos, alertando nosso povo para a necessidade de bem exercer o direito do voto, possam redundar no aperfeiçoamento das instituições democráticas no país?

ECA - A sociedade brasileira é ainda manipulada pelas políticas demagógicas e assistencialistas, poderosa arma em uma sociedade que ainda luta pelos direitos mais primários, como a alimentação e a habitação. Porém, os desmandos governamentais apresentados pela mídia, especialmente a televisão, que tem uma força fantástica, capaz de colocar a população alerta às manobras eleitoreiras, demonstram o grande papel da imprensa e da intelectualidade que precisam ser alimentadas, em favor da cidadania, independentemente de política partidária.

Circulus - Avalia Vossa Excelência, que vem adotando posicionamentos firmes no que concerne à questão ambiental, que é perfeitamente possível conciliar o desenvolvimento econômico da Amazônia com a proteção de sua biodiversidade?

ECA - Os países desenvolvidos e preocupados com a questão do meio ambiente têm obtido vitórias significativas no campo de preservação, sem impedir o crescimento tecnológico e o crescimento econômico. Com base nas experiências desses países, é possível acreditar que não seria diferente com o Brasil. A dificuldade é saber exatamente como fazer para desenvolver o gigante verde sem tocar na sua floresta. Daí a importância dos estudos de desenvolvimento sustentável, a partir de verdades científicas e não de opções políticas.

Circulus - Qual a sua visão da proposta de outorga de concessão pública para a exploração de nossas florestas pelas empresas privadas e pelas populações nativas?

ECA - Não tenho ainda opinião formada, mas creio que o meio-termo, como proposto, é melhor do que a posição radical impedindo totalmente a utilização. É uma experiência que precisa, necessariamente, de fiscalização e assistência científica séria.

Circulus - Nas últimas décadas, tem crescido significativamente a participação da mulher na vida social, econômica e política dos países de diversas regiões do mundo. Nesse contexto, como situa Vossa Excelência a mulher no âmbito do Poder Judiciário no Brasil?

ECA - O Judiciário foi o último dos Poderes a abrigar na sua cúpula a mulher magistrada. Essa característica tornou a mulher magistrada arredia aos movimentos feministas. Elas não participam de atividades femininas – é uma espécie de defesa contra o antagonismo dos homens aos movimentos de mulheres. Com o tempo, a novidade está acabando, as mulheres estão chegando à cúpula do Poder Judiciário e estão mais flexíveis e sensíveis, não só olhando, mas percebendo aquelas que ainda precisam da força do movimento em defesa delas próprias.

Circulus - Sabe-se que Vossa Excelência sempre conciliou o magistério público com suas atividades, primeiro no Ministério Público Federal e depois no Poder Judiciário Federal. Poderia Vossa Excelência

referir-se à sua atuação como professora? Que conselhos daria a seus alunos sobre como se conduzirem no mundo do Direito?

ECA - A atividade do magistério sempre foi para mim extremamente gratificante, encantadora mesmo. Trabalhar com a juventude, preparar o futuro, olhar além do presente é uma forma de realizar sonhos e vencer a crise de mediocridade que, de um modo geral, cerca as pessoas felizes. Explico melhor, quem é feliz não precisa mudar, não quer alterar as coisas, pela sensação de que a mudança poderá alterar o seu mundo. Mas esta é uma falsa sensação, pois perdemos o que conquistamos, se não alimentamos a conquista dentro dos padrões dos novos tempos. Assim, o magistério é a forma de mantermos a felicidade pelo que somos e conquistamos, repassando para a próxima geração o que aprendemos.

Dentro dessa perspectiva, com a experiência que tenho nesses vinte e sete anos de magistratura e quase trinta e oito anos de carreira jurídica, posso dizer aos jovens que nem a modernidade, nem a pós-modernidade foram capazes de mudar as coisas no campo do saber: somente o estudo dirigido e determinado é capaz de levar ao sucesso profissional. Não adianta querer enganar a si e aos outros. Somente com dedicação e estudo pode-se alcançar êxito no trabalho nas diversas áreas jurídicas – sem contar naturalmente com o passageiro sucesso de alguns advogados que, sem nada saberem, usam expedientes e subterfúgios para sobreviverem. São eles bem-sucedidos catadores de dinheiro, sem alcançarem a felicidade de qualificarem-se como profissionais de escol.

Circulus - Vossa Excelência já publicou um manual de cozinha muito apreciado por quem manipulou e experimentou as suas receitas. Que nos diz desse seu *hobby*?

ECA - É sempre gratificante dividir o nosso lazer com as pessoas que nos são caras, e a culinária é uma magia, é a nossa entrega aos nossos comensais. A mesa sempre foi, historicamente, uma poderosa arma de conquista, haja vista os banquetes dos primórdios tempos, as recepções oferecidas aos soldados romanos em cada terra conquistada, o fausto das refeições da época feudal e a sofisticação da cozinha moderna. A cozinha de

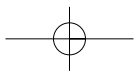
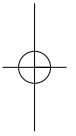
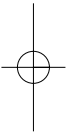
um povo conta a sua história de vida. Daí a dimensão da culinária, indo além do preconceito da mulher moderna – aquela que deixa a cozinha com receio de tornar-se submissa ou parecer serva. Decididamente, a cozinha não é uma das servidões da mulher – a servidão não está na atividade exercida, está na alma de cada um.

No meu primeiro livro de receitas, publicado em 1995, sustentei, na apresentação, com todas as letras, que era possível às mulheres tornarem-se profissionais atuantes e reconhecidas, sem deixar de exercer atividades gratificantes e tradicionalmente caracterizadoras da mulher, como a culinária, por exemplo.

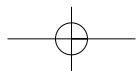
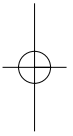
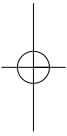
Circulus - Que mensagem aquiesceria Vossa Excelência em dirigir aos que querem abraçar a Magistratura?

ECA - A magistratura é, na minha visão, uma atividade sedutora e gratificante. Sedutora, porque os juízes vocacionados se dedicam cada vez mais aos afazeres, que passam de trabalho a deleite intelectual. Gratificante, pelo reconhecimento social que desfruta o bom juiz. O magistrado verdadeiro, aquele que se entrega à atividade judicante, não precisa de *marketing*, ele tem o apreço da comunidade jurídica que o distingue.

O que é preciso mais para ser feliz, senão a sedução do dia-a-dia pela vida e a gratificação interior pelo que se faz?



ARTIGOS



APLICAÇÃO DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

Sergio Fernando Moro

Juiz Federal da 2ª Vara Criminal de Curitiba
Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná

1 A ESPECIALIZAÇÃO DAS VARAS DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A Lei 9.613, de 03.03.98, que tipificou o crime de lavagem de bens, dinheiro e valores no Brasil, é relativamente recente.

Antes, condutas da espécie poderiam ser punidas apenas quando enquadradas no tipo penal mais limitado da receptação e previsto no artigo 180 do Código Penal. É certo, porém, que, devido às características do crime de lavagem, muitas vezes os agentes por ela responsáveis acabavam praticando condutas também puníveis como crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137, de 27.12.90) ou ainda como crimes financeiros (Lei 7.492, de 16.06.86). Ilustrativamente, se a lavagem de dinheiro envolvesse a remessa fraudulenta de moeda ou divisas ao exterior, poderia tal conduta ser tipificada no art. 22 da Lei 7.492/1986. Entretanto, nesses casos, não se punia propriamente a lavagem, mas sim condutas a ela relacionadas.

Apesar da Lei 9.613/1998, vários anos depois ainda eram raros inquéritos ou ações penais propostas relativamente a este crime.¹ Ela ainda era uma lei apenas nos livros, sem maiores reflexos práticos.

Tal fato, aliás, motivou, no âmbito da Justiça Federal, decisão do Conselho da Justiça Federal para que fossem especializadas varas para processar e julgar crimes de lavagem de dinheiro.²

Na esteira da recomendação, o CJF editou a Resolução 314, de 12.05.2003, do CJF, recomendando a especialização de uma vara por Estado de Federação no processo e julgamento de crimes de lavagem de dinheiro e de crimes contra sistemas financeiros, usualmente conexos.

Os Tribunais Regionais Federais, sucessivamente, passaram a, no âmbito das respectivas regiões, a determinar a especialização. Na Quarta

Região, foi editada, por exemplo, a Resolução 20, de 29.05.2003, da Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, especializando varas em Porto Alegre, Florianópolis e em Curitiba.

Embora a especialização em cada Região tenha nuances diversas, a competência das varas especializadas estende-se por todo o território da Seção Judiciária, não se restringindo à área da Subseção. Assim, exemplificadamente, a Vara Federal criminal especializada de Curitiba é competente para processar e julgar crimes de lavagem e contra o sistema financeiro praticados em qualquer local do Estado do Paraná.

A especialização das varas de lavagem sofreu e sofre questionamentos. Não se pretende aqui tratar dos aspectos jurídicos de tais questionamentos, embora mereça referência o fato de que até o momento a validade da especialização vem sendo reconhecida pelos Tribunais recursais e superiores (v.g.: Recurso criminal em sentido estrito n.º 2003.7001010030-4/PR - 8. T. do TRF da 4ª R. - un. DJU II de 15.10.2003, p. 989; e Habeas Corpus 31.294/PR - 6.ª T. do STJ - por maioria - j. 19.08.2004.).

Questionamento mais sério diz respeito à oportunidade e conveniência da especialização.

Concentrar poder é sempre um risco. Há o risco do detentor do poder dele abusar ou corromper-se e, por outro lado, há igualmente um risco pessoal para o juiz a quem é atribuída competência para processar e julgar casos criminais complexos.

A questão que se coloca é se as vantagens da especialização compensariam tais riscos ou desvantagens.

É interessante notar que o célebre promotor italiano, Giovanni Falcone³, propugnava, em outra realidade, mas com propósitos similares, a especialização de magistrados antimáfia, reconhecendo riscos como os ora mencionados:

Estou convencido do bom fundamento de outro imperativo: é preciso elaborar estratégias unificadas, com centros de decisão unificados (ou, pelo menos, coordenados) ao nível do Ministério Público. Os processos devem ser rápidos, a execução das penas, efetiva, e os centros de estímulo e de controle dos inquéritos, coordenados. Vantagens: o álibi dos magistrados que dizem 'Não tenho tempo para me

ocupar desse inquérito' cai, pois têm apenas de se ocupar de crimes mafiosos; o seu profissionalismo aumenta, pois são constringidos à especialização. Inconvenientes: quanto mais unificada é uma estrutura de estímulo e de inquérito, mais facilmente pode ser influenciada pelo poder político, que será tentado a dizer sim a este inquérito, não àquele. É um risco, mas sua coordenação e sua eficácia são as verdadeiras garantias de sua independência.⁴

Também é digno de nota que a especialização facilita o trabalho dos outros órgãos envolvidos na investigação e persecução dos crimes de lavagem e financeiro. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal sabem onde formular seus requerimentos e qual juiz os apreciará, o que pode, com o tempo, contribuir para harmonizar os procedimentos daqueles ao entendimento do juiz. Da mesma forma, o juiz sabe quem provocar para que suas determinações sejam atendidas e não recaiam em limbo burocrático.

Por outro lado, pode favorecer a melhor compreensão do crime de lavagem pelas autoridades judiciárias, pois diante de sua complexidade não raro envolve fatos praticados em diversas localidades e em diversas subseções judiciárias. Sem a visão do todo, o que é favorecido pela especialização, fatos relacionados podem sofrer investigação em separado e sua compreensão restar prejudicada por ter cada juiz acesso a apenas uma parte da informação necessária.

A principal vantagem, contudo, persiste na focalização dos esforços do Judiciário no crime de lavagem, como apontado acima por Giovanni Falcone. "Constrangendo" os juízes à especialização "controla-se", de certa forma, a agenda do Poder Judiciário, permitindo-se que os juízes dediquem o seu tempo aos crimes mais graves. Talvez o principal problema do Judiciário e dos órgãos da Justiça Criminal como um todo, Ministério Público e Polícia Federal, seja uma questão de agenda, em outras palavras, a falta de mecanismos legais ou mesmo a existência de obstáculos legais para que o trabalho, especificamente a investigação e a persecução penal, seja focado nos crimes mais graves e/ou nos com melhores perspectivas probatórias. Não raras vezes as energias das instituições e autoridades públicas são gastas com casos de menor relevância ou sem perspectivas úteis, com prejuízo para a eficiência nos casos relevantes.⁵

Nessa perspectiva, a especialização é um trunfo, sendo oportuno que o exemplo seja seguido pelos demais órgãos envolvidos na investigação e persecução dos crimes de lavagem. Apesar dessas vantagens, ainda é cedo, provavelmente, para uma avaliação conclusiva da experiência. O crescimento numérico dos processos envolvendo o crime de lavagem é, de todo modo, um indicativo de uma mudança. A experiência histórica revelará o acerto ou não da medida.

No âmbito da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba, no qual o autor deste artigo exerce jurisdição, acredita-se que a especialização trouxe manifestas vantagens, possibilitando, por exemplo, a concentração dos juízes e dos órgãos auxiliares em casos de lavagem de dinheiro bastante relevantes, dentre eles o assim denominado Caso Banestado e que merece uma exposição à parte.

2 O "CASO BANESTADO"

Na segunda metade da década de 90, as praças bancárias do Paraná, especialmente na cidade de Foz do Iguaçu, na Tríplice Fronteira, foram utilizadas em gigantesco esquema de remessa ilegal de dinheiro para o exterior.

É importante ressaltar que enviar moeda ou divisas ao exterior não é por si só crime. Não obstante, a remessa fraudulenta, por exemplo, por mecanismos informais ou com ocultação do titular e a origem dos ativos, pode ser caracterizado como o delito do art. 22 da Lei 7.492/1986, além de envolver lavagem de dinheiro.

Era isso o que ocorria em Foz do Iguaçu. O esquema fraudulento era até singelo. Através de contas de estrangeiros não-residentes, as assim denominadas "contas CC5" (por terem inicialmente sido disciplinadas pela Carta-Circular 05/1969 do Banco Central), qualquer pessoa pode remeter moeda para o estrangeiro. Aliás, trata-se do meio menos burocrático para tanto. Apesar da liberdade de remessa de capital, existem mecanismos de controle, a fim de identificar as remessas e os por ela responsáveis. Assim, por exemplo, ao tempo dos fatos, vigorava a Circular 2.677, de 10.04.96, do Bacen, que tornava obrigatória, nas movimentações de valor igual ou

superior a R\$ 10.000,00, a identificação dos recursos e depositantes, bem como o seu registro no SISBACEN.

Para burlar esse sistema de controle, o interessado na remessa não realizava o depósito diretamente na conta CC5, servindo-se, ao contrário, de contas correntes comuns abertas em nome de pessoas interpostas, os assim denominados "testas de ferro" ou "laranjas". Daí a identificação em Foz do Iguaçu de diversos correntistas sem capacidade econômica, como sacoleiros, domésticas, até pipoqueiros, que teriam remetido milhões de reais ao exterior.

Como a maioria das contas em nome dos laranjas era mantida no Banco do Estado do Paraná S/A - Banestado, o caso foi denominado vulgarmente na mídia de Caso Banestado. Registre-se, contudo, que o Banestado não foi a única instituição financeira nacional envolvida na fraude, tendo sido identificado fluxo de dinheiro por contas CC5 em diversas outras instituições, como o Banco Araucária, Banco Rural e Banco do Brasil.

Segundo perícia da Polícia Federal, cerca de US\$ 24.059.631.860,24 foram enviados ao exterior através de contas de domiciliados no exterior (contas CC5) no período de 04/1996 a 01/2000. Evidentemente, boa parte deste numerário foi remetida sem fraude, embora também parte substancial, não totalmente calculada, teria sido remetida de maneira fraudulenta.

Deste total, cerca de US\$ 5.688.391.948,30 teriam sido remetidos ao exterior através de contas CC5 mantidas no Banestado.

Em ação penal já julgada em primeira instância e proposta contra os agentes do Banco do Estado do Paraná S/A acusados de envolvimento na fraude⁶, restou provado, segundo a sentença, que cerca de R\$ 2.446.609.179,56 foram depositados, nos anos de 1996 e 1997, em contas CC5 através de contas titularizadas por pessoas interpostas. Os valores remetidos fraudulentamente através de contas CC5 mantidas no Banestado são provavelmente maiores uma vez que a ação penal não abrangeu os depósitos em espécie efetuados nas referidas contas. Na sentença, foram condenados, por crimes financeiros e de quadrilha, quatorze dos vinte e cinco acusados, abrangendo gerentes de agências de Foz e membros da Diretoria do Banestado.

Dentre as provas colacionadas, toma-se a liberdade de destacar uma que demonstra o grau de comprometimento da instituição financeira. Trata-

se de parecer emitido por assessor jurídico da Presidência do Banestado e que pretendia responder à consulta da Diretoria relativamente à conveniência ou não de manutenção pelo Banestado de tais contas em nome de interpostas pessoas. Transcreve-se dois trechos mais significativos:

Senhor Diretor,

A propósito da consulta vinculada à conveniência ou não de o Banco manter as contas correntes, abertas em nome de 'laranjas', para viabilizar a movimentação cambial de 'doleiros', em que pese o desconforto moral que a prática possa acarretar, ainda mais em um momento em que todos parecem haver-se transformado em vestais, há que considerar que, do ponto de vista jurídico, tal conduta se apresenta absolutamente legítima.

[...]

A eliminação pura e simples dessas contas, tal como pretendido, constitui medida inaceitável pelos efeitos que produzirá: primeiro, um decréscimo nas receitas do Banco pelo seu aparente afastamento desse segmento do mercado; segundo, uma possível explosão na prática do câmbio manual, alterando substancialmente o volume dos negócios e despertando suspeita em face da súbita elevação desse volume em face das médias históricas registradas. O comportamento do Banco, ao optar pelo encerramento e eliminação dessas contas, nesse caso, lembraria o do avestruz que, ao menor sinal de perigo, enfia a cabeça no primeiro buraco que encontra, deixando à mostra, em toda a plenitude, o restante do corpo, notadamente a parte mais emplumada [...]

De forma semelhante, foram identificados diversos outros documentos que revelavam a participação ativa dos agentes bancários no esquema fraudulento de evasão de divisas.

Outras ações correm na Justiça, nem todas em Curitiba, contra agentes bancários das outras instituições financeiras envolvidas.

Outro foco de trabalho foi sobre os doleiros, agentes do mercado de câmbio paralelo, que utilizariam as contas em nome das pessoas interpostas para a realização de seus negócios.

No que se refere a esse assunto, merece menção específica a assim denominada Operação Farol da Colina.

Na investigação do Caso Banestado, procurou-se identificar, através de rastreamento, a origem do dinheiro, e, na outra ponta, o destino do numerário enviado para fora do país.

Dentre os destinos localizados, foram identificadas contas titularizadas por off-shores e mantidas na casa bancária Beacon Hill Service Corporation em Manhattan. A referida casa bancária administrava contas no JP Morgan Chase. Foi ela investigada e condenada pelas próprias autoridades norte-americanas como uma instituição financeira ilegal (cf. http://www.manhattanda.org/office_overview/prominent/investigation.htm).

As autoridades norte-americanas compartilharam o material da investigação, o que incluiu a quebra do sigilo sobre as contas administradas pela Beacon Hill, com as autoridades públicas brasileiras. Foi então constatado que boa parte das contas em nome de off-shores era controlada por brasileiros. O volume e características das movimentações das contas indicavam que elas eram utilizadas para a prática de operações de câmbio no mercado paralelo, usualmente operações de compensação informais, com entrega de reais no Brasil e depósito de moeda estrangeira no exterior, sem transferência de divisas, pelo menos formalmente, pelas fronteiras, o que vem sendo denominado, principalmente nos Estados Unidos, de hawala system.

A Operação Farol da Colina visou à colheita de prova, no Brasil, a respeito da atividade dos controladores de tais contas. Envolveu a prisão temporária de cerca de cinquenta doleiros no Brasil e busca e apreensão em seus endereços comerciais e residenciais. Foi, até então, agosto de 2004, a maior operação, em número de agentes envolvidos, da Polícia Federal, com diligências em sete Estados da Federação.

Na primeira fase da operação, era essencial a concentração dos atos decisórios em um só Juízo. Após a operação, a maioria dos processos, que tramitavam na 2ª Vara em Curitiba, foram remetidos aos Juízos dos

domicílios dos investigados. Alguns processos, por motivos peculiares, prosseguiram em Curitiba. Já há condenações e com acusados presos, inclusive de reponsáveis por movimentações de milhões de dólares.

Prosseguem no exterior as quebras de sigilo bancário, envolvendo outras instituições financeiras. Todo esse material está sendo compartilhado com a Receita Federal, COAF e Banco Central.

A Receita Federal, em análise da movimentação da Beacon Hill, já identificou cerca de 3.310 contribuintes, com transações no total de cerca de US\$ 839.885.884,00, e isso com corte de valor, a fim de desprezar transações de pouca expressão, e irá extrair as consequências tributárias de tal movimentação. Além disso, após as identificações, todo esse material está sendo remetido às varas de lavagem dos domicílios dos identificados, a fim de que sejam investigadas principalmente a origem e natureza do numerário mantido no exterior.

Evidentemente, nem todo esse numerário tem origem ilícita, com o que nem sempre haverá um crime de lavagem, embora seja bastante provável a caracterização de crimes tributários e financeiros.

De todo modo, as informações obtidas poderão auxiliar diversas investigações criminais em curso no País, não sendo rara a remessa ao exterior de produto ou proventos de crime de forma a ocultá-los ou protegê-los. A título ilustrativo e como inclusive já divulgado pela Comissão Parlamentar de Inquérito dos Correios, foram identificadas transações por contas da Beacon Hill em nome das empresas DNA Propaganda e SMP&B possivelmente envolvidas em crimes de lavagem de dinheiro. As informações colhidas estão à disposição para auxiliar outras autoridades públicas em suas investigações criminais.

O que chama a atenção é a dimensão no Brasil do mercado de câmbio negro. Considerando que as transações nesse mercado são mantidas fora da contabilização e de qualquer controle por parte das autoridades públicas, trata-se de ambiente propício à prática de lavagem de dinheiro. Como tal, deve ser coibido pelas autoridades públicas, com investigação e persecução dos agentes responsáveis pela sua manutenção, doleiros e clientes na medida de suas responsabilidades individuais.

Por motivos circunstâncias, as autoridades brasileiras contaram nesse caso com a cooperação ótima das autoridades norte-americanas. Nunca

antes, houve quebras de sigilo tão amplas no exterior e tamanha exposição do mercado de câmbio paralelo. O importante é que tal material renda os seus frutos, deles se extraíndo, no Brasil, todas as conseqüências possíveis.

Assim, embora o esquema fraudulento de Foz do Iguaçu tenha se encerrado, pois as contas CC5, após o aperto da fiscalização, não são mais utilizadas tão acintosamente para evasão fraudulenta, o assim denominado "Caso Banestado" continua sob investigação, possibilitando a revelação de novos esquemas fraudulentos. Certamente, diante do gigantismo do Caso Banestado, há sempre a sensação de que nem tudo foi apurado. Não obstante, as investigações/persecuções não se encerraram e há, pelo menos, uma modificação substancial do quadro desde a especialização da Vara.

Portanto, embora, por evidente, o mérito pelo trabalho já realizado caiba a diversas instituições, é possível afirmar que a especialização da vara de lavagem em Curitiba contribuiu para a maior eficácia de tais investigações, provavelmente indicando que a experiência da especialização é exitosa.

3 A PRÁTICA DA INVESTIGAÇÃO/PERSECUÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM

A experiência de trabalho na vara especializada é, por outro lado, um grande aprendizado.

Nessa perspectiva e evidentemente sujeito sempre a críticas, toma-se a liberdade de realizar algumas observações pontuais para investigação/persecução de crimes de lavagem e crimes financeiros.

3.1 SELETIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO E PERSECUÇÃO CRIMINAL

No processo penal brasileiro, vigora formalmente o princípio da obrigatoriedade da investigação e da persecução penal.

Pelo menos do ponto de vista formal, não há a possibilidade de juízos discricionários no âmbito do processo penal, nem das autoridades policiais, nem do Ministério Público ou do juiz. Tal princípio sofreu algum temperamento com a Lei 9.099, de 26.09.95, possibilitando a adoção de

algumas soluções consensuais para o processo penal, mas ainda bastante restritivamente.

Na prática, porém, o princípio da obrigatoriedade, exigindo que as autoridades tomem as providências investigatórias e persecutórias em relação a cada crime que lhes chega ao conhecimento, abarrota a agenda judicial com os assim denominados "crimes de rua", mais visíveis e portanto, regra geral, de mais fácil descoberta.

Não que os crimes de rua não tenham a sua gravidade. O grande problema é quando a agenda judicial é dominada por crimes da espécie, impedindo igual investigação e apuração de crimes mais complexos e mais graves como os de colarinho branco⁷ ou os praticados por organizações criminosas.

O argumento de que todos os crimes devem ser tratados iguais é falso. Os crimes não são iguais, podendo ser discriminados segundo a sua gravidade e mesmo segundo as suas perspectivas probatórias. Do ponto de vista racional, é justificável que os esforços das instituições públicas concentrem-se nos casos mais relevantes⁸. Certamente, não é possível defender uma seletividade perversa dos casos criminais, como, por exemplo, guiada por critérios raciais ou político partidários. O que se faz necessário é a elaboração de estratégias para uma seletividade ótima guiada por critérios compatíveis com a Constituição, bem como mecanismos de controle sobre as escolhas das autoridades públicas nessa seleção.

Apesar da complexidade de tal tarefa, trata-se de uma revisão urgente do processo penal brasileiro, especialmente porque, na prática, a suposta neutralidade do princípio da obrigatoriedade leva à concentração das energias de nossas instituições sobre determinada espécie de criminalidade, com prejuízo para apuração e persecução de casos criminais de elevada gravidade.

Nessa perspectiva, como já se disse, a especialização é um trunfo, possibilitando uma delimitação ótima da agenda judicial.

3.2 MÉTODOS MODERNOS DE INVESTIGAÇÃO

Os crimes de lavagem de dinheiro, financeiros e os praticados por organizações criminosas são de elevada complexidade, constituindo a sua investigação um desafio para as autoridades públicas.

No caso específico do crime de lavagem, este, não raramente, envolve a prática de transações financeiras complexas, com o emprego dos subterfúgios possíveis para evitar o seu desvelamento, como, por exemplo, a utilização de pessoas interpostas, off-shores ou ainda remessa do numerário ao exterior a fim de dificultar o seu rastreamento devido às dificuldades inerentes à cooperação judiciária internacional.

Também é prática comum a estruturação das operações de forma a burlar os sistemas de controle.⁹ Ilustrativamente, podem ser mencionadas as fraudes praticadas no âmbito do assim denominado Caso Banestado. Em um dos documentos que serviram de prova no caso criminal contra os agentes do Banestado, há resposta de gerente bancário ao setor de auditoria do próprio banco no sentido de que as contas em nome das pessoas interpostas deveriam ser movimentadas por apenas vinte dias, após o que seriam substituídas por contas em nome de outras pessoas. Tal estruturação da fraude visava a dificultar a detecção de tais contas, bem como de sua movimentação pouco usual, por parte da autoridade monetária.¹⁰

O toque final de tais dificuldades consiste na falta, não rara, de preparo ou treinamento específico das autoridades encarregadas da persecução penal, polícia, procuradores e juízes, para o trato de tal espécie de criminalidade. A estrutura da investigação e persecução penal está voltada para outra espécie de criminalidade, do tipo clássico, como homicídio ou crimes contra o patrimônio.

Diante de tais dificuldades probatórias, há duas saídas possíveis:

- a) a criação de regras probatórias compatíveis com as dificuldades; e/ou
- b) a incrementação dos meios de investigação disponíveis às autoridades públicas.

Como exemplo do primeiro caso pode ser citado o conteúdo da recomendação 2.b das Quarenta Recomendações do FATF - Financial Action Task Force on Money Laundering¹¹ (ou GAFI - Groupe d'Action

financière sur le blanchiment de capitaux), buscando facilitar a prova do elemento subjetivo do crime de lavagem:

"A intenção e o conhecimento exigidos para provar o crime de lavagem de dinheiro é consistente com os parâmetros traçados nas Convenções de Viena e Palermo, incluindo o conceito de que o estado mental pode ser inferido de circunstâncias fáticas objetivas."

Há, porém, limites para regras da espécie, considerando as exigências de um Direito Penal liberal-democrático, no qual deve prevalecer o princípio de que, em casos criminais, exige-se prova acima de qualquer dúvida razoável de todos os elementos do crime.

A outra saída possível para as dificuldades probatórias consiste, conforme adiantado, na incrementação dos meios de investigação disponíveis às autoridades públicas.

Os métodos de investigação modernos, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, delação premiada, infiltração de agentes, são especialmente importantes para crimes complexos como o de lavagem de dinheiro. O motivo é evidente, pois, quanto maior a complexidade do crime, mais difícil será compreendê-lo e prová-lo. A obtenção de "informação de dentro" da organização criminosa é, usualmente, essencial para provar o crime. O objetivo é romper a lei do silêncio, a omertà mafiosa, entre os criminosos.

Dáí o recurso usual, na investigação de crimes de lavagem ou de igual complexidade, desses métodos de investigação. Por certo, há limites na utilização de tais métodos, por serem bastante agressivos à privacidade individual. Não se pretende a construção de um Estado totalitário. Não obstante, com limites e controles, constituem o meio necessário para o desmantelamento de organizações criminosas e a colheita de informações e provas sobre crimes complexos. Piercamilo Davigo, um dos membros da equipe milanesa da famosa Operação Mani Pulite¹², disse, com muita propriedade: "A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir jamais."¹³ O mesmo raciocínio, com as devidas adaptações, é válido para outros crimes complexos, como o de lavagem de dinheiro.

Além das questões legais relativas aos limites desses métodos de investigação, deve-se ter cuidado, também por outros motivos, em relação a

sua utilização. Os recursos de investigação são escassos e não devem ser mal empregados. A interceptação telefônica, por exemplo, é diligência complexa cuja operacionalização exige o emprego de diversos agentes policiais. Não deve ser empregada senão quando existir uma expectativa razoável de sucesso. A "fishing expedition", para utilizar a expressão norte-americana, além de incompatível com o direito de privacidade, é contraproducente. Da mesma forma, quebras de sigilo bancário amplas em demasia geram problemas previsíveis de análise da informação. Embora sejam menos agressivas à privacidade do que a interceptação, não podem ser vulgarizadas, sob pena de prejuízos para a proteção da esfera privada e para a racionalização da investigação.

O emprego de tais métodos de investigações modernos pressupõe o sigilo das investigações e sem prejuízo do amplo contraditório na fase judicial. Por evidente, não há a possibilidade de realizar interceptação telefônica e infiltração de agente com publicidade.

No caso específico dos crimes de lavagem, um dos objetivos principais é a apreensão do objeto do delito, ou seja, dos bens, direitos ou valores lavados. Não há igualmente apreensão possível caso o investigado possa acompanhar passo a passo as investigações criminais. Holmes não pode desvendar o crime com Moriarty acompanhando seus passos. Assim, também há boas razões para a manutenção do sigilo de rastreamentos bancários.

A preservação do sigilo das investigações no Brasil, apesar da previsão legal do art. 20 do CPP, resta de certa forma dificultada, pelo entendimento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal. A interpretação do Supremo acerca do art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, e do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, eliminaram, na prática, o sigilo das investigações (cf. decisão proferida no Habeas Corpus 82.354/PR, Primeira Turma, DJU de 24.09.2004). A solução possível é adotar a prática sugerida no mesmo acórdão de reunir as diligências em curso, cuja eficácia possa restar comprometida com a publicidade, em autos ou procedimentos apensos ou paralelos¹⁴. Quando o próprio inquérito resume-se à realização de diligências sigilosas, a exigência do Supremo fica um pouco sem sentido, antes sendo mais apropriado decretar o sigilo sobre o próprio inquérito, mas, de todo modo, faz-se necessário trabalhar com o precedente.

3.3 O REGIME DAS LIBERDADES

Por força do princípio da presunção de inocência, a regra é que o acusado responda ao processo em liberdade no Brasil.

Uma interpretação exacerbada do princípio da presunção de inocência reputa presente direito da espécie mesmo após uma condenação criminal ainda que não definitiva.

Em outro trabalho¹⁵, pretendemos demonstrar o equívoco de tal interpretação, inclusive citando exemplos de Direito Comparado, nos quais, mesmo em países de larga tradição liberal-democrática, inexistente uma equiparação entre o acusado não-julgado e o acusado julgado, ainda que não por uma decisão definitiva.

Apenas como exemplo, é oportuna a referência ao artigo 5.º, I, "a", da Convenção Européia dos Direitos do Homem que considera a condenação criminal, ainda que por julgamento não definitivo, motivo suficiente e autônomo para a prisão. Também nos Estados Unidos, ainda um modelo de legislação eficaz e compatível com os princípios liberais democráticos (excluem-se os excessos decorrentes da assim denominada guerra contra o terrorismo), não tem o condenado em primeiro grau de jurisdição um direito irrestrito de apelar em liberdade. Ao contrário, tem ele o ônus de demonstrar que sua liberdade não coloca em risco a sociedade ou o processo e que seu recurso não tem cunho protelatório. Há uma nítida distinção entre a situação do acusado antes e depois da condenação, mesmo não sendo esta definitiva, cf. Título 18 do US Code, Seção 3.143, "b", e Rule 46, "c", da Federal Rules of Criminal Procedure.¹⁶

Certamente, cada país tem seus peculiares sistemas judiciais, nem tudo sendo apropriado à nossa realidade. O que chama, contudo, a atenção, é que o exemplo majoritário do Direito Comparado é que presunção de inocência não tem ligação necessária com efeitos de recursos e que não há o reconhecimento irrestrito do direito de apelar em liberdade mesmo contra uma condenação em primeiro grau de jurisdição.

Abstraindo desta questão, nosso sistema processual também carece de uma revisão do sistema de fiança, que, em crimes de lavagem, pode constituir um mecanismo eficaz para garantir a presença do acusado nos atos do processo, além de garantir a futura reparação do dano decorrente do crime.¹⁷

No que se refere à prisão preventiva, por ser ela medida extremada e para se evitar prisões de inocentes, deve-se exigir uma prova bastante robusta da materialidade do delito e da autoria, próxima à exigida para uma condenação criminal. Quanto aos fundamentos da prisão, em síntese risco ao processo e à sociedade, não se pode seguir o mesmo extremo, lembrando-se que se trata aqui de um juízo de risco, ou seja, com base em probabilidades e não certezas. Não se deve correr riscos desnecessários. No caso dos profissionais da lavagem, a medida prudente, desde que vencida a carga probatória para demonstrar autoria e materialidade, é impor a prisão evitando a continuidade delitiva e a fuga, visto que têm o crime como a sua atividade habitual e poder econômico necessário para furtar-se à aplicação da lei penal no momento necessário.

3.4 COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL

Como a lei da lavagem é relativamente recente, é importante ter presente a experiência internacional na persecução e investigação do crime de lavagem. Há regras importantes, como as quarenta recomendações do FAFT, bem como conceitos jurídicos estrangeiros, como a "willful blindness" da doutrina norte-americana.¹⁸

Além disso, a investigação e persecução penal, no mundo globalizado, do crime de lavagem não prescindem da cooperação jurídica internacional.

São cada vez mais comuns no Brasil pedidos de extradição de foragidos, rogatórias ou solicitações de cooperação judiciária internacional.¹⁹

Através de tratados bilaterais ou multilaterais, o mecanismo das cartas rogatórias, excessivamente formal e, por esse motivo, usualmente moroso, vem sendo abandonado, por pedidos efetuados na forma desses acordos.

Um passo seguinte, mais ambicioso é a cooperação direta entre as autoridades judiciárias ou entre os órgãos auxiliares, sem intermediários. Certamente, essa é uma possibilidade caso a caso.

A experiência em tais solicitações é importante, a fim de que as autoridades brasileiras aprendam o que as estrangeiras exigem para atendimento de nossas solicitações. Na 2.^a Vara Criminal de Curitiba têm sido bastante comuns pedidos de solicitação de cooperação para países do Mercosul e ainda para os Estados Unidos.

Deve-se evitar desgaste do capital institucional do país com solicitações em casos pouco relevantes ou, o que é pior, excessivamente amplas e complexas. Certamente a casuística pode exigir a solicitação mesmo de diligências complexas. O bom senso deve ser o guia.

Também é importante ter presente que a cooperação judiciária internacional é uma via de mão dupla. Prevalece o princípio da reciprocidade nessas práticas internacionais. Assim, quanto mais cooperarmos, tanto mais receberemos cooperação.

Nessa perspectiva, algumas de nossas exigências quando figuramos como autoridades passivas em solicitações de cooperação judiciária nos trazem algumas dificuldades. Os processos de extradição ou rogatórias ou solicitações de cooperação judiciária internacional devem ter trâmite rápido, não sendo esta, infelizmente, a realidade nacional. Um dos motivos é a concentração da competência nos Tribunais Superiores, até mais recentemente no Supremo Tribunal Federal e após a Emenda Constitucional nº 45/2004, também no Superior Tribunal de Justiça. Não há motivo para a atribuição desta competência a um Tribunal Superior. Faria melhor a lei brasileira caso a competência fosse dos juízes de primeira instância, no caso da Justiça Federal, com a possibilidade restrita de recursos às instâncias recursais. Não se trata, por evidente, de juízo de desconfiança sobre os Tribunais Superiores, mas de constatação de que estes, organizados para julgamento de recursos, não estão estruturados para conferir a esses pedidos do exterior a agilidade necessária. Pelo menos era o que ocorria no Supremo Tribunal Federal, sendo possível temer desvantagens equivalentes no Superior Tribunal de Justiça em vista do problema mencionado.

Nessas condições e diante da necessidade de incrementar a agilidade da cooperação judiciária internacional, é o caso de interpretar restritivamente a competência do art. 105, inciso I, alínea "i", da CF/88, ela abrangendo apenas rogatórias em sentido estrito, mas não pedidos de solicitação de cooperação judiciária internacional que tenham por base tratados bilaterais ou multilaterais que prevejam formas de solicitação mais singelas. Quanto a estas, a competência seria dos juízes federais de primeiro grau de jurisdição, valendo a regra do inciso II ou III do art. 109 da CF/88.

Algumas de nossas normas de direito material têm igual efeito negativo para a cooperação judiciária internacional, como, por exemplo, a

vedação da extradição de nacionais, salvo em casos bastante limitados (art. 5º, LI, da CF/88). Apesar da norma constitucional ter o seu valor, talvez fosse o caso de repensá-la nos dias atuais, uma vez que impede, em virtude do princípio da reciprocidade, a extradição de nacionais do país requerido quando o Brasil figura como solicitante. Certamente, mesmo com a revisão da regra, faz-se necessário manter a proteção do nacional contra extradições para países sem as mesmas garantias liberais-democráticas do processo penal ou que prevejam a aplicação de penas não admitidas pela Constituição brasileira, como a pena de morte ou perpétua. Neste último caso, todavia, a extradição pode ser deferida desde que com o compromisso do país solicitante mitigar a pena para alguma admitida pelo Direito brasileiro.

4 CONCLUSÕES

Conforme apontado no início do trabalho, é crescente a aplicação da Lei 9.613/1998 pelos órgãos judiciais brasileiros.

Com o tempo, várias questões interpretativas acerca da referida lei encontrarão um posicionamento em nossas Cortes, bem como serão amadurecidas experiências relativas à sua aplicação.

É natural que até então haja alguma ansiedade e insegurança em relação a lei de lavagem.

De todo modo, o que é positivo, e nesses aspectos a especialização de varas tem a sua participação, é que a lei de lavagem deixou os livros, passando a fazer parte de nosso cotidiano. Resta a nós aprender com sua aplicação, amadurecendo nossa prática penal e processual penal.

NOTAS

¹ Segundo estudo realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal a respeito da efetividade da Lei 9.613/1998, tramitavam, até setembro de 2001, apenas 260 inquéritos policiais junto à Polícia Federal a respeito do crime de lavagem de dinheiro. A maioria dos juízes federais entrevistados no referido estudo, especificamente 87%, respondeu que não havia qualquer processo em tramitação em sua Vara relativamente a este crime até 31.12.2000, data constante no formulário de pesquisa. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro**. Brasília: CJF, 2002.

- ² Resolução 314, de 12.05.2003, do Conselho da Justiça Federal - CJF. Tal resolução seguiu recomendação de Comissão constituída pelo próprio CJF para a realização de estudos sobre o crime de lavagem de dinheiro. Ela foi presidida pelo Exmo. Ministro Gilson Dipp do Superior Tribunal de Justiça e contou com a participação de representantes da Justiça Federal, Ministério Público Federal, COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Banco Central do Brasil, Receita Federal, Polícia Federal e ainda da Febraban. Ela teve o grande mérito de elaborar recomendações concretas para aprimorar a investigação e persecução do crime de lavagem de dinheiro a partir da cooperação entre os diversos setores do Estado e da sociedade responsáveis pela implementação da Lei 9.613/1998. Tal comissão pode ser considerada o embrião do ENCLA (Estratégia Nacional de Combate ao Crime de Lavagem) que é elaborada anualmente em conjunto pelos órgãos encarregados da implementação da Lei 9.613/98. Os resultados do trabalho da comissão foram publicados em CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Relatório da Comissão de Estudos sobre o crime de lavagem de dinheiro**. Brasília: CJF, 2003.
- ³ Giovanni Falcone liderou a luta antimáfia na Sicília durante as décadas de 80 e 90. Através dos assim denominados "maxiprocessos" e de utilização de delação premiada logrou a condenação pioneira de chefes da Cosa Nostra. O êxito teve o seu preço, pois Falcone foi morto em atentado cometido em maio de 1992. Sua morte gerou verdadeira comoção nacional, contribuindo para adoção de medidas legislativas e ações mais efetivas no combate à criminalidade organizada na Itália. O livro de Falcone, **A Cosa Nostra: O juiz e os homens de honra**, é leitura obrigatória para os interessados em compreender essa espécie de criminalidade e o que pode ser feito em relação a ela. Para um relato histórico, vide JAMIESON, Alison. **The Antimafia: Italy's fight against organized crime**. New York: St. Martin's Press, 2000.
- ⁴ FALCONE, Giovanni. **Cosa Nostra: O juiz e os homens de honra**. Trad. Maria Alexandre. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993. p. 135.
- ⁵ A seguinte frase de Giovanni Falcone é igualmente ilustrativa na necessidade da melhor focalização dos esforços dos órgãos de investigação e persecução: "Mais vale, depois de ter inquirido mil pessoas, contentar-se em perseguir apenas duas ou três." (FALCONE, Giovanni. **Cosa Nostra: O juiz e os homens de honra**. Trad. Maria Alexandre. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993. p. 129).
- ⁶ Ação penal 2003.7000039531-9, processada e julgada na 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba. O feito resultou em condenação criminal, ainda não transitada em julgado, de quatorze agentes financeiros, dentre eles diretores e gerentes do Banestado. A sentença condenatória pode ser lida integralmente em: <http://www.jfpr.gov.br/temp/sentenca_banestado.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2005. Contra ela, foi interposto recurso de apelação ainda não julgado.
- ⁷ Edwin Sutherland, o clássico autor de estudos sobre o crime de colarinho branco, já dizia em 1939 que "o custo financeiro do crime de colarinho branco é provavelmente muitas vezes superior do que o custo financeiro de todos os crimes que costumemente são considerados como 'o problema criminal'" (SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (ed). **White-Collar Criminality: classic and contemporary views**. 3. ed. New York: The Free Press, 1995. p. 32.)
- ⁸ A esse respeito, mais uma vez encontra-se recomendação de Giovanni Falcone: "a concentração dos esforços sobre certos processos, em detrimento de outros,

deliberadamente postos de lado porque se está convencido de que são, no momento, menos importantes" (FALCONE, Giovanni. **Cosa Nostra**: O juiz e os homens de honra. Trad. Maria Alexandre. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993. p. 137).

⁹ O anteprojeto de modificação da Lei de Lavagem elaborado e encaminhado pelo ENCLA introduz tipo de perigo abstrato consistente na estruturação de transações a fim de evitar uma comunicação obrigatória ("Art. 1º-B Estruturar transações ou operações com o fim de evitar, frustrar ou impedir uma comunicação obrigatória nos termos do inciso II do artigo 11. Pena - reclusão de dois a seis anos e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.")

¹⁰ Ação penal 2003.7000039531-9, processada e julgada na 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Do documento citado, transcreve-se o seguinte trecho: "As contas foram autorizadas a partir do mês 10/97 como comprova a data de abertura das mesmas, num total de duas contas de cada vez por cliente, que movimentariam pelo período de uns 20 dias e seriam substituídas por outras duas pelo mesmo prazo de duração e assim sucessivamente". Segue no ofício, duas listas com contas em nome das pessoas interpostas e encabeçadas pelo nome dos verdadeiros controladores.

¹¹ O FATF é uma organização inter-governamental que traça parâmetros, desenvolve e promove políticas para o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo. As quarenta recomendações do FAFT são reconhecidas pelo FMI e pelo BID como os parâmetros internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo.

¹² Sobre a Operação Mani Pulite, vide MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **Revista CEJ**, n. 26, , p. 56-62, 2004.

¹³ SIMON, Pedro (Coord.). **Operações Mãos Limpas**: audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 27.

¹⁴ "O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências)."

¹⁵ MORO, Sergio Fernando Moro. Justiça criminal em risco. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 30 jun. 2005, p. A2.

¹⁶ A primeira norma dispõe: "(b) Release or detention pending appeal by the defendant. - (1) Except as provided in paragraph (2), the judicial officer shall order that a person who has been found guilty of an offense and sentenced to a term of imprisonment, and who has filed an appeal or a petition for a writ of certiorari, be detained, unless the judicial officer finds: (A) by clear and convincing evidence that the person is not likely to flee or pose a danger to the safety of any other person or the community if released under section 3142(b) or (c) of this title; and (B) that the appeal is not for the purpose of delay and raises a substantial question of law or fact likely to result in - (i) reversal, (ii) an order for a new trial, (iii) a sentence that does not include a term of imprisonment, or (iv) a reduced sentence to a term of imprisonment less than the total of the time already served plus the expected duration of the appeal process." Já a segunda estabelece: "The provisions of 18 U.S.C. § 3143 govern release pending sentencing or appeal. The burden of establishing that the defendant will not flee or pose a danger to any other person or to the community rests with the defendant."

¹⁷ O Projeto de Lei 4.208/2001 do Poder Executivo de reforma do Código de Processo Penal revitaliza a fiança e, em essência, é um projeto bastante positivo. Cumpre ressaltar alguns retrocessos pontuais, como a exigência de trânsito em julgado para execução da condenação criminal, não mais possibilitando a execução provisória na pendência de recurso sem efeito suspensivo.

¹⁸ A willful blindness doctrine assemelha-se ao nosso dolo eventual e no crime de lavagem torna prescindível o conhecimento pleno, ou seja, a certeza pelo agente da origem criminosa do objeto da lavagem. A referida doutrina tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento tendo sido aceita pelas Cortes norte-americanas. A esse respeito: a) United States v. Rivera-Rodríguez, 318 F.3d 268 (1st Cir. 2003); b) United States v. Lally, 257 F.2d 751 (8th Cir.2001); c) United States v. Oberhauser, 284 F.3d 827 (8th Cir. 2002); d) United States v. Wert-Ruiz, 228 F.3d 250, 258 (3d Cir. 2000), no qual se entendeu que empresário de remessa de dinheiro (money remitter) que cria falsas faturas para dinheiro recebido de seus clientes está deliberadamente cego para a fonte dos fundos; e) United States v. Cunan, 152 F.3d 29 (1st Cir. 1998); f) United States v. Bornfield, 145 F.3d 1123 (10th Cir. 1998), no qual se entendeu que contador, que tinha conhecimento de que o cliente era um traficante e com limitadas fontes de dinheiro legítimo, estava deliberadamente cego para a origem do dinheiro que o cliente lhe forneceu para converter em cheque; g) United States v. Long, 977 F.2d 1264, 1270-71 (8th Cir. 1992); h) United States v. Jensen, 69 F.3d 906 (8th Cir. 1995); i) United States v. Prince, 214 F.3d 740 (6th Cir. 2000); j) United States v. Fuller, 974 F.2d 1474 (5th Cir. 1992); k) United States v. Rockson, 104 F.3d 360, 1996 WL 733945 (4th Cir. 1996), no qual se entendeu que empresário de transmissão de dinheiro (money transmitter) estava deliberadamente cego para a origem do dinheiro que lhe foi entregue em grande quantidade, em espécie, em sacolas de papel, no período da noite e por pessoas que não pediram que o dinheiro fosse contado; e l) United States v. Ortiz, 738 F.Supp. 1394, 1400 n.3 (S.D. Fla. 1990). A referência aos casos e os resumos ora expostos foram extraídos de U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Division: Asset Forfeiture and Money Laundering Section. **Federal Money Laundering cases:** cases interpreting the Federal Money Laundering Statutes (18 U.S.C. §§ 981 and 982), jan. 2004. p. 19-20.

¹⁹ No site do Ministério da Justiça, podem se consultadas estatísticas mensais sobre rogatórias e solicitações de cooperação judiciária internacional (www.mj.gov.br/drci/default.asp).

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS.

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Gerente Jurídico da Caixa Econômica Federal (CEF) no Amazonas e Roraima
Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA)
Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil (FADIVALE-MG)
Conselheiro Editorial da Revista de Direito da Associação
Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal (ADVOCEF)

1 INTRODUÇÃO

O escopo deste artigo é analisar alguns aspectos gerais da Lei de Crimes Ambientais, com foco especial sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica. Não se pretende esgotar o tema, até mesmo pela sua complexidade, bem como pelo objetivo deste trabalho que é fomentar a reflexão e o debate acerca da proteção ao meio ambiente como um bem de uso comum do povo.

Adentraremos em algumas noções de Direito Ambiental, passando por alguns dispositivos constitucionais que tratam do meio ambiente e da responsabilização criminal da pessoa jurídica.

De igual forma, analisaremos alguns aspectos da Lei de Crimes Ambientais, em especial sobre os crimes cometidos pelas empresas, fazendo alguns comentários acerca da desconsideração da pessoa jurídica como meio de garantir a efetivação da norma.

Outro tema estudado no presente artigo é a aplicação da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, em relação aos entes jurídicos de direito público. Trata-se de assunto polêmico, pois admite a hipótese de o Estado (União, Estados, Municípios) ser considerado responsável na esfera penal, o que, em tese, o tornaria um Estado criminoso.

Faremos considerações sobre a possibilidade de as instituições financeiras serem responsabilizadas penalmente na condição de partícipes ou co-autoras nos crimes cometidos por empresas que utilizaram financiamentos para realizar a atividade delituosa.

De igual forma, vamos expor quais as penas previstas na lei para os delitos cometidos pelas pessoas jurídicas, bem como a efetividade das mesmas.

2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A ordem constitucional vigente possui comandos normativos específicos para reger a relação do homem com a natureza. Ressalta-se, neste particular, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, constituindo-se em bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, competindo ao Poder Público, bem como à coletividade, o dever de preservá-lo e defendê-lo, não apenas para as gerações presentes, mas também para as futuras.¹

Para fins didáticos de contextualização do tema, esclarecemos que concebemos meio ambiente como "o conjunto de condições da existência humana, compreendendo a relação do homem com a natureza que o cerca nos aspectos físico, químico, biológico e cultural, onde a referência central é sempre o ser humano".²

Neste intuito de preservação e defesa, o Legislador Constituinte de 1988 preconizou que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente praticadas por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas, sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, as quais serão aplicadas independentemente da obrigação indenizatória decorrente de reparar os danos causados ao meio ambiente.

Ao elevar a nível constitucional a preocupação com o meio ambiente, o legislador conferiu a mais alta relevância para a temática ambiental, a qual está diretamente ligada ao direito à vida, junto com os demais direitos fundamentais.

De igual importância é a punição de natureza criminal de entes jurídicos. Paulo Affonso Leme Machado comenta:

Nas últimas décadas, a poluição, o desmatamento intensivo, a caça e a pesca predatória não são mais praticados só em pequena escala. O crime ambiental é principalmente corporativo. A sanção do crime

ambiental e a sanção da infração administrativa no tocante à pessoa jurídica guardam quase uma igualdade. A necessidade de se trazer para o processo penal a matéria ambiental reside principalmente nas garantias funcionais do aplicador da sanção... A possibilidade de serem responsabilizadas penalmente as pessoas jurídicas não irá desencadear uma frenética persecução penal contra as empresas criminosas. Tentar-se-á, contudo, impor um mínimo de corretivo, para que a nossa descendência possa encontrar um planeta habitável.³

Percebe-se, de imediato, que os ambientalistas comemoraram esta inovação constitucional que permitiu responsabilizar empresas na esfera penal. Todavia, cumpre ressaltar que tais dispositivos também encontram muitos críticos, principalmente dentre os estudiosos do Direito Penal, os quais consideram que a imputabilidade penal é uma qualidade própria dos seres humanos, pelo que as pessoas jurídicas não poderiam figurar como criminosas ou contraventoras.

Porém, "a ruptura com os paradigmas modernos de culpabilidade, punibilidade e aplicação da pena não ocorre tão facilmente, da noite para o dia. Será preciso muita discussão e muita teoria para, enfim, transformar a criminalização da pessoa jurídica em uma realidade não apenas aparente, no plano da norma, mas efetiva na aplicação deste pressuposto pelo judiciário".⁴

3 ASPECTOS DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS NA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, regulamentou o parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, adotando a responsabilidade criminal da Pessoa Jurídica por danos ao meio ambiente.

O artigo 3º da Lei em comento estabelece:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto

nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, o interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Neste debate não adentraremos nos aspectos da responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica por danos ambientais. Nosso foco será o aspecto penal, em que pese haver a previsão expressa na lei de responsabilização administrativa e civil.

Importante lembrar que o crime ambiental é cometido contra toda a coletividade, pois o meio ambiente, nos moldes do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, é um bem de interesse difuso, o que faz dele um direito de todos.

Como o meio ambiente possui essa característica "trans-individual", geralmente os maiores poluidores são as empresas que ao desenvolverem uma atividade econômica, muitas vezes, desmatam, poluem, praticam a pesca predatória, causando desequilíbrio ecológico e danos em grande escala.

A criminalização destas condutas lesivas ao patrimônio ambiental praticadas por pessoas jurídicas tem por objetivo maior a efetivação das normas de proteção ao meio ambiente, pois nem sempre a indenização na esfera cível garante a recuperação do prejuízo causado à natureza.

Trata-se de uma tendência em nível internacional, o que podemos constatar ao verificar que existem leis com intuito semelhante na França, Noruega, Portugal e Venezuela⁵. Neste sentido Toshio Mukai destaca que "não seria, à evidência, possível uma proteção eficaz do ambiente, sem a colaboração do Direito Penal. Por isso, as legislações dos vários países contemplam diversas condutas atentatórias ao meio ambiente como sendo crimes ou contravenção".⁶

Cabe destacar, também, o parágrafo único do artigo 3º, que prevê a responsabilização da pessoa física, independente da punição da pessoa jurídica, seja como co-autora ou partícipe do mesmo fato.

Isso evidencia a existência de uma dupla possibilidade de punição pelo mesmo delito, ou seja, tanto a empresa quanto a pessoa física poderão ser

penalizadas pelo delito cometido. A possibilidade de penalizar a pessoa jurídica derrubou o princípio até então vigente de que Societas delinquere non potest, ou seja, a pessoa jurídica é irresponsável penalmente.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

O artigo 4º da Lei de Crimes Ambientais trouxe um importante instrumento de efetividade da norma ao prever que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que esta estiver sendo obstáculo à recomposição dos danos causados ao meio ambiente.

"A desconsideração da pessoa jurídica para responsabilização da pessoa física já é tema muito conhecido da doutrina".⁷ Trata-se de uma medida muitas vezes necessária, para impedir que a pessoa física utilize a personalidade jurídica da empresa com finalidades escusas.

No caso específico da Lei 9.605/98, para que se efetive a reparação do dano causado ao bem ambiental, poderá ser utilizado este recurso como meio de evitar que a coletividade seja prejudicada com a falta de recomposição do ambiente degradado.

Trata-se, na verdade, de analisar se o conjunto de pessoas que constituem a empresa possui um liame jurídico cujo objetivo maior seja lícito. A desconsideração deve ser usada quando o escopo da empresa se desvirtua passando a servir de escudo para que grupos ou indivíduos atuem de maneira ilegal e sejam protegidos pela personalidade jurídica da pessoa coletiva.

Pode-se afirmar que o efeito prático desta medida é uma relativização da pessoa jurídica, pois ela não será despersonalizada, mas sim, desconsiderada, perdendo seu caráter absoluto para que se obtenha a reparação ao dano ambiental.

Estamos debatendo uma teoria já utilizada em outros países, como explica Suzana Gastaldi:

A teoria abordada possui também as seguintes designações: disregard of legal entity (desconsideração da entidade legal), nos Estados Unidos; lifting the corporate veil (levantamento do véu corporativo), na Inglaterra; durghgriff der juristischen person

(penetração da pessoa jurídica), na Alemanha; teoría de la penetración (teoria da penetração), na Argentina; e superamento della personalit  giuridica (supera o da personalidade jurídica), na Itália.⁸

Observa-se a finalidade deste dispositivo legal de ir além da mera repressão, objetivando dar eficácia   recupera o do dano, seja pela pessoa jurídica, seja pelos indivíduos que a constituem.

5 A CRIMINALIZA O DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Eis aqui um aspecto da Lei de Crimes Ambientais cujas nuances são tão pol micas que não permitem afirmar que existe uma posi o dominante na doutrina. Podem as Pessoas Jurídicas de Direito Público ser responsabilizadas penalmente? Pode a União, por exemplo, ser considerada como um ente criminoso? Seria possível aplicar uma pena de suspensão de atividades contra um Município? Ao penalizar uma Pessoa Jurídica de Direito Público, não se está penalizando, em última análise, o próprio povo? Pode o Estado (Poder Judiciário) condenar o próprio Estado (Pessoa Jurídica de Direito Público Interno) criminalmente?

Solange Teles da Silva e Guilherme Purvin de Figueiredo analisam vários aspectos do tema. Ao avaliar o artigo 3  da Lei 9.605/98, que aceita a responsabiliza o penal da pessoa jurídica por decisão de seu representante, no interesse ou benefício da sua entidade, afirmam que "a expressão-chave, aqui,   interesse ou benefício da sua entidade. Não basta, para o deslinde da questão, conseqüentemente, apenas determinar o alcance do termo entidade, mas também perquirir se o Estado poderia beneficiar-se com o cometimento de um crime. Afirmar essa possibilidade será negar o próprio Estado Democrático de Direito".⁹

Ney de Barros Bello Filho, analisando a ilicitude de um ato estatal, afirma que

não parece convincente o argumento, na medida em que uma coisa é o mundo do ser, e outra o do dever ser. O Estado não pode possuir fins ilícitos, mas a ilicitude da sua conduta não pode ser desconhecida

pelo próprio direito apenas e tão somente porque não houve uma real observância desta finalidade. Em regra, o Estado jamais poderia se beneficiar do cometimento de um ilícito, mas se a má interpretação do Administrador levou a tal cometimento, o direito não pode alterar o mundo dos fatos e desconhecer a prática de um ilícito.¹⁰

Rafael Dal'Agnol aponta que a "lei é omissa quanto a que tipo de pessoa jurídica poderá ser punida criminalmente por infrações a seus dispositivos, sendo que em tese, até mesmo as pessoas jurídicas de direito público"¹¹ poderão ser penalizadas.

Paulo Affonso Leme Machado é mais enfático e direto ao afirmar que "poderão ser responsabilizadas penalmente tanto a pessoa jurídica de Direito Privado como a de Direito Público. A lei brasileira não colocou nenhuma exceção. Assim, a União, os Estados e os Municípios, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e as fundações de Direito Público, poderão ser incriminados penalmente"¹². Segundo o autor, eventual condenação neste sentido não teria o condão de enfraquecer o Poder Público, antes pelo contrário, estaria a ajudá-lo no cumprimento de suas finalidades e obrigações.

Outro argumento usado pelos doutrinadores que entendem não ser possível a responsabilização do Estado é no tocante à aplicação das penas. Entendem que a incompatibilidade de aplicar penas de suspensão das atividades demonstraria que a lei não é compatível com os entes públicos.

Os defensores da tese contrária afirmam que esse aspecto não seria empecilho, pois bastaria o juiz aplicar as demais penas de multa e prestação de serviços à comunidade, por exemplo, uma vez que ambas são plenamente compatíveis com a atividade estatal.

Como se observa, o tema é polêmico. Todavia, a lei não guardou nenhuma distinção entre pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado. As restrições existentes são decorrentes de interpretações variadas, todas com bons fundamentos, mas nem todas condizentes, no nosso sentir, com o diploma legal em exame.

Realmente, não haveria como aplicar uma suspensão parcial ou total de atividades para a União ou para um Município, por exemplo. Porém, ao

mesmo tempo, negar que se possa aplicar uma pena de multa ou de recuperação de espaços públicos é recusar o que já está ocorrendo diariamente nas condenações cíveis aplicadas pelo Judiciário. A alegação de que a multa geraria um mero remanejamento de créditos orçamentários, não se constituindo numa pena propriamente dita, também não prospera, uma vez que, ao remanejar estes recursos, o juiz estará decidindo em favor da reparação do dano ambiental, dando outro destino ao dinheiro do contribuinte.

Logo, filiamo-nos à corrente de opinião de que as pessoas jurídicas de Direito Público podem ser responsabilizadas penalmente, competindo ao Poder Judiciário, dentro do princípio da tripartição dos poderes e do princípio da proporcionalidade, analisar qual a penalidade que melhor se adequará ao caso concreto, visando proteger o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, entendemos que poderá ocorrer a co-autoria do mandatário, gerente ou administrador, por exemplo, com a Pessoa Jurídica de Direito Público nos termos do artigo 2º da lei em comento, o qual prevê que aquele que de qualquer forma concorre para a prática do crime, incide nas penas a estes cominadas.

Reconhecemos, porém, que a aplicação deste dispositivo não é simples, pois além da dificuldade na identificação do responsável pelo ocorrido, surgirão situações peculiares, como, por exemplo, no caso do Presidente da República onde a acusação precisa ser admitida por dois terços da Câmara dos Deputados, sendo ele submetido ao julgamento do Supremo Tribunal Federal (infrações penais comuns) ou do Senado Federal (crimes de responsabilidade).

6 AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DIANTE DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

A temática que será abordada neste capítulo não avaliará se as instituições financeiras podem ser responsabilizadas penalmente pelos crimes ambientais que eventualmente venham a cometer de maneira direta, pois esta possibilidade já está clara nos capítulos acima; mas, sim, se poderiam ser penalizadas pelos delitos cometidos por seus clientes

(empresas) cuja atividade reprimida foi viabilizada através de financiamento bancário.

Essa questão também é polêmica. Em princípio, pode-se dizer que se aplica o artigo 29 do Código Penal, segundo o qual quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Tal dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais, que dispõe:

Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Do artigo acima podemos destacar dois comandos normativos: "de qualquer forma" e "na medida de sua culpabilidade". A primeira expressão, "de qualquer forma" tem sido interpretada por parte da doutrina como um meio de co-responsabilidade nos crimes ambientais, independente de participação direta na conduta delituosa.

A segunda expressão, porém, remete ao conceito de culpa, sendo completada pela parte final do artigo que condiciona o delito ao conhecimento do mesmo. O que num momento inicial parece ser contraditório, num segundo instante toma forma mais nítida quando se contrapõem as expressões "de qualquer forma" e "na medida de sua culpabilidade"; ou seja, pressupõe-se a existência de culpa ou dolo para que ocorra o delito.

No caso das instituições financeiras, entendemos que o artigo acima poderia ser usado apenas quando a operação financiada exigisse cuidados por parte do banco que precisassem ser comprovados pela empresa financiada, como, por exemplo, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Em nosso sentir, somente se algum requisito como este citado anteriormente fosse desrespeitado é que poderia ser configurada a "culpabilidade" do financiador. Caso contrário, não se poderia falar em co-

responsabilidade ou participação no delito, sob pena de estarmos falando em responsabilidade penal objetiva.

Neste sentido, a título exemplificativo, podemos citar o artigo 17 do Decreto 99.274/1990, que estabelece:

a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

Por sua vez, a Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 64, prevê pena de detenção e multa para quem "promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida".

Logo, para fins ilustrativos, vamos imaginar que uma pessoa jurídica construiu um empreendimento potencialmente causador de degradação ambiental (art. 17 do Decreto 99.274/1990) em solo não edificável por possuir valor arqueológico (art. 64 da Lei 9.605/98), sem possuir autorização do órgão competente para realizar a referida obra.

A consequência será a responsabilização criminal da pessoa jurídica com base no artigo 64 da Lei de Crimes Ambientais, a qual prevê detenção de seis meses a um ano e multa.

Porém, prosseguindo em nosso exercício hipotético, vamos supor que o empreendimento antes referido tenha sido construído com recursos oriundos de financiamento específico para a obra citada, obtido junto a um estabelecimento bancário. Neste caso, a condenação atingirá também a instituição financeira? E se a concedente do empréstimo for uma entidade governamental?

Respondendo à primeira pergunta, entendemos que poderá ocorrer a condenação da instituição financeira caso ela não tenha exigido a

comprovação, por parte do tomador do empréstimo, de que a empresa tinha autorização para realizar o empreendimento naquela área específica (região arqueológica, por exemplo). Essa tese ganha mais força quando se comprova que a instituição financeira tinha conhecimento de que os recursos seriam aplicados na área protegida e, mesmo assim, não solicitou que a empresa apresentasse as respectivas chancelas e autorização dos órgãos competentes.

Neste caso, entendemos que se configura a segunda parte do artigo 2º da Lei 9.605/98, que estabelece que incorre nas mesmas penas aquele que, sabendo da conduta delituosa de outrem, nada faz para impedi-la. Ou seja, o preposto da instituição financeira deveria ter negado o financiamento por não ter a empresa solicitante comprovado possuir autorização para construir naquela região protegida.

Sobre a segunda pergunta, no caso de a instituição financeira ser uma entidade governamental, ratificamos o mesmo raciocínio do parágrafo anterior, com o acréscimo na fundamentação exposta de que o artigo 23 do Decreto 99.274/1990 estabelece que "as entidades governamentais de financiamento ou gestoras de incentivos, condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento previsto neste decreto". Logo, caso tenha ocorrido esta omissão, comprova-se a responsabilidade da entidade financiadora governamental no resultado do delito.

Sobre a co-autoria, importante destacar a lição de Ney de Barros Bello Filho, que, ao comentar o artigo 29 do Código Penal e o artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais, leciona que:

quis o legislador que todo aquele integrante da empresa que concorre para a prática do ato delituoso ambiental seja responsabilizado em co-autoria (lato sensu), que seja partícipe ou co-autor (stricto sensu). No caso de duas ou mais pessoas jurídicas virem a cometer o ato, a co-autoria englobará todas as pessoas que participarem do delito de ambas as pessoas jurídicas, além delas próprias.

Solange Teles da Silva ensina que "é possível distinguir na Lei 9.605/98 três modalidades de co-autoria: uma primeira, entre uma ou mais pessoas jurídicas e uma ou mais pessoas físicas; uma segunda, entre duas ou mais pessoas jurídicas; e uma terceira, entre duas ou mais pessoas físicas".¹³

No caso em tela, embora estejamos tratando da possibilidade de co-autoria entre duas pessoas jurídicas, sempre cabe lembrar, como já evidenciado, que a co-autoria também poderá ocorrer com a pessoa física responsável pelo ato criminoso, como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, etc. Todavia, entendemos que esta co-autoria dependerá da comprovação de culpa ou dolo da pessoa física envolvida, não ocorrendo, pois, obrigatoriamente a co-autoria necessária.

7 TIPOS DE PENALIDADES

O capítulo II da Lei de Crimes Ambientais trata da aplicação da pena. Do artigo 21 ao 24 estão previstas as penas aplicáveis às pessoas jurídicas. O artigo 21 estabelece o seguinte:

As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art.3º, são:

- I-multa;
- II-restritivas de direitos;
- III-prestação de serviços à comunidade.

Já o artigo 22 trata das penas restritivas de direito, que têm gerado uma certa polêmica com a suspensão total das atividades das empresas, o que alguns chamaram de "pena de morte" da pessoa jurídica. Vejamos:

As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

- I- suspensão parcial ou total de atividades;
- II- interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III- proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Adalberto Carim Antonio comenta que é "consistente lembrar ainda que a pessoa jurídica poderá ser penalizada nos moldes do art. 24 da Lei Ambiental com medida equivalente a verdadeira **pena de morte**".¹⁴ (grifo nosso)

Por sua vez, Rafael Dal'Agnol comenta que "tem-se a pena de morte explícita na lei dos crimes ambientais em seu artigo 24, onde agora a sanção é nada mais do que a liquidação forçada da pessoa jurídica, ou seja, os julgadores a condenaram a ser posicionada junto à força, onde o carrasco fará cumprir a sua função de matador delegado do Estado".¹⁵

Devemos destacar que esta medida de liquidação forçada ocorrerá apenas quando a empresa for constituída com fins ilícitos, o que, por si só, justifica o encerramento de suas atividades, pois, no nosso sentir, não faz sentido permitir que uma pessoa jurídica continue atuando quando se tem conhecimento de que seus objetivos são contrários à lei. Neste sentido, vejamos o artigo 24 da Lei 9.605/98:

A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Ainda, de acordo com o inciso I do artigo 22, a "suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente".

Sobre o tema, Paulo Affonso Leme Machado comenta que a "a suspensão das atividades de uma entidade revela-se necessária quando a mesma age intensamente contra a saúde humana e contra a incolumidade da vida vegetal e animal".¹⁶

Percebe-se, pois, a necessidade da aplicação desta penalidade, pois, por mais prejudicial que ela possa parecer para a empresa, causando prejuízos e danos por vezes irreparáveis, a sua aplicação se justifica diante da periculosidade que o ato da pessoa jurídica pode estar causando, ao colocar em risco, por vezes, a vida humana de toda uma população, como no caso de contaminação de produtos alimentícios.

De igual sorte, poderá ocorrer a interdição do estabelecimento conforme preconiza o inciso II do artigo 22 da Lei de Crimes Ambientais. Sobre tal medida, Toshio Mukai explica que "a diferença entre suspensão e

interdição está no seguinte aspecto: na primeira hipótese, a atividade não está obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente; na segunda hipótese, o estabelecimento, obra ou atividade estará funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar".¹⁷

Por fim, cabe destacar que o artigo 23 da lei citada também prevê prestação de serviços à comunidade, com custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos, contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Trata-se de uma gama de possibilidades de condenações diferenciadas, competindo ao juiz aplicar a melhor pena cabível ao caso concreto, a fim de que possa ser atingido o objetivo de preservação e educação ambiental, recuperando o meio ambiente degradado e conscientizando sobre a importância da sua conservação.

8 CONCLUSÕES

Expusemos ao longo do texto as importantes inovações que a Lei de Crimes Ambientais inseriu no ordenamento jurídico brasileiro. Por mais polêmico que o assunto seja, esse normativo legal trouxe importante avanço na conservação do meio ambiente, dando instrumentos concretos ao julgador para punir os responsáveis pelos ilícitos ambientais, e, ao mesmo tempo, buscar a recuperação do meio ambiente.

Para tanto, vários instrumentos jurídicos poderão ser utilizados; como a desconsideração da pessoa jurídica, a condenação dos responsáveis pela empresa como partícipes ou co-autores, a suspensão das atividades do estabelecimento que estiver incorrendo nos crimes previstos na Lei Ambiental, dentre as outras penalidades que servirão para dar eficácia à norma.

Cabe lembrar a conjuntura atual do mundo globalizado em que as empresas possuem cada vez mais caráter transnacional, exigindo do julgador decisões ágeis e eficientes. Some-se a isso o fato de vivermos numa sociedade capitalista em que o lucro na maioria das vezes é almejado sem respeito à

ética ambiental, na contramão de toda a conscientização que tem ocorrido em prol do desenvolvimento sustentável.

Aliás, os crimes ambientais não conhecem fronteiras, seja pela atuação dos infratores, seja pela própria atuação da natureza, como, por exemplo, na poluição dos mares ou de rios fronteiriços.

Eis aí o mérito do instituto da desconsideração da pessoa jurídica previsto na lei em comento. Trata-se de uma importante ferramenta na construção de uma sociedade responsável com o meio ambiente, sempre tendo em conta que a luta do Direito Socioambiental pela preservação da natureza significa, na verdade, uma batalha em favor da própria existência dos seres humanos.

NOTAS

¹ Artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, *caput*.

² STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. A Propriedade intelectual como instrumento jurídico internacional de exploração: a luta do Direito Socioambiental contra a Biopirataria. **Revista de Direito da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal - ADVOCEF**, Londrina, PR, p. 187, 2005.

³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 662- 663.

⁴ BELLO FILHO, Ney de Barros. A Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por danos ao ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. (Orgs.) **Direito Ambiental contemporâneo**. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 127-128.

⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 672-676.

⁶ MUKAI, Toshio. A administração pública em face da responsabilidade ambiental. In: HERMANS, Maria Artemísia Arraes. (Coord.). **Direito Ambiental**. Brasília: Brasília Jurídica e OAB, 2002. p. 127.

⁷ STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. A responsabilidade da instituição financeira ao financiar empresas causadoras de danos ambientais. **BDA - Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 8, p. 894, ago. 2005.

⁸ GASTALDI, Suzana. A desconsideração da personalidade jurídica e a sua importância para o Direito Ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. (Orgs.). **Direito Ambiental contemporâneo**. Barueri-SP: Manole, 2004. p. 646.

⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; SILVA, Solange Teles. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei nº 9.605/98. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 10, p. 180, abr./jun. 1998.

¹⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros, op. cit., p. 171.

¹¹ DAL'AGNOL, Rafael. Área Tecnológica: Análise do Conhecimento Jurídico-Penal-Ecológico. **Dissertação de Mestrado**. Florianópolis- SC: Universidade Federal de Santa Catarina., 2000. p. 101.

- ¹² MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 667.
- ¹³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; SILVA, Solange Teles, op. cit., p.182.
- ¹⁴ CARIM ANTONIO, ADALBERTO. **Ecoletânea**: subsídios para a formação de uma consciência jurídico ecológica. Manaus: Valer, 2000. p. 69.
- ¹⁵ DAL'AGNOL, Rafael, op. cit., p. 106.
- ¹⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 670.
- ¹⁷ MUKAI, Toshio, op. cit., p. 136.

INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Paulo Christian Souza Costa

Analista Judiciário da Seção Judiciária do Estado do Amazonas

Tem-se mostrado extremamente controversa a admissibilidade daquelas provas consideradas ilícitas no âmbito do Direito Processual Penal. Todavia, para melhor debater o assunto, faz-se imprescindível conceituar as expressões provas ilícitas, ilegítimas e ilegais.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LVI, dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. Por seu turno, o Código de Processo Penal, art. 155, estabelece que “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Por fim, o Código de Processo Civil, art. 332, preceitua, “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Diante desses comandos legais, há de observar-se, evidentemente, a hegemonia do *texto constitucional*. Para Alexandre de Moraes (2003, p. 125),

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

A despeito da conceituação adotada pelo citado constitucionalista, pensamos seja mais apropriado fazer uso da expressão *provas ilícitas*, como gênero, tendo em vista que se constitui naquela adotada pelo *texto constitucional*, abrangendo o meio probatório ilegal e ilegítimo, ou seja, com violação das normas de direito material e processual. O contrário seria

compreender o preceito constitucional como vedação apenas à prova com infringência de norma material, o que se afigura dissonante das normas constitucionais que tratam dos direitos e garantias individuais.

A esse respeito, revela-se indispensável abordar os princípios com assento constitucional e que se constituem no objetivo precípua de vedação da admissibilidade das provas ilícitas. Com efeito, o dispositivo da vedação de provas ilícitas visa à proteção de direitos e garantias individuais, com destaque primeiramente para o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III. A partir dessa premissa, são desenvolvidos os demais direitos, que são freqüentemente, saliente-se, os mais desrespeitados por ocasião da produção da prova: o direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI).

Desse modo, não há falar em idoneidade probatória de confissão obtida por meio de tortura, visto que se trata de flagrante agressão à dignidade humana.

Nesse aspecto, surgem duas teorias que procuram disciplinar a aceitação ou a rejeição das provas obtidas por meio ilícito: a teoria da prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*) e a teoria da proporcionalidade (da razoabilidade ou do interesse predominante).

Adota-se, no Brasil, a *teoria da prova ilícita por derivação* ou dos *fruits of the poisonous tree* (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), produzida pela jurisprudência norte-americana, inspirada no preceito bíblico segundo o qual *árvore envenenada não pode dar bons frutos*. Consolidou-se nos tribunais norte-americanos com a finalidade de coibir abusos cometidos sobretudo pela polícia daquele país.

Assim, produzida a prova através de meio ilícito, tal qual a interceptação de carta, não serão aceitas as provas dela derivadas, aquelas que com ela mantenham um encadeamento lógico para sua existência. Se a polícia intercepta carta endereçada a provável delinqüente e, ao violar seu invólucro, obtém elementos para localização de *res furtiva*, obtém mandado judicial, invade o local e apreende a coisa, a ilicitude existente na interceptação e violação de correspondência implicarão necessariamente na transmissão dessa ilicitude para os elementos derivados da aludida violação,

é a derivação da ilicitude da prova ou contaminação dos meios probatórios com o veneno da ilicitude do primeiro.

No entanto, não se faz muito simples, como possa parecer a alguns, a identificação da efetiva derivação de uma prova ilícita. Pode ocorrer ilicitude em determinado elemento probatório, mas não necessariamente em todos aqueles que o seguirem. Impõe-se exame cuidadoso do caso concreto. Desse modo, se a interceptação da correspondência e violação do sigilo postal não foram determinantes para a condenação, não há falar em sua nulidade, nem se cogitará de contaminação das provas obtidas independentemente da ilícita.

Por outro lado, vem ganhando algum destaque a Teoria da Proporcionalidade, também denominada Teoria da Razoabilidade ou Teoria do Interesse Predominante, originária da doutrina alemã. Consiste essencialmente na tentativa de ponderação, de equilíbrio dos interesses objeto de conflito. Deve-se, asseveram seus defensores, equilibrar os interesses individuais e os interesses da sociedade, admitindo-se, em certos casos, provas obtidas por meio ilícitos.

Desse modo, se o meio de localizar uma pessoa seqüestrada consiste na violação de sigilo postal ou mesmo em escuta telefônica clandestina, não há falar em inadmissibilidade dos meios empregados, visto que foram indispensáveis para a libertação do seqüestrado, prisão e processo dos seqüestradores. Trata-se de equilibrar o direito à intimidade e à privacidade daquele que teve o conteúdo de sua correspondência ou de sua conversa telefônica devassada, com a necessidade de proteção da liberdade e da vida do seqüestrado. Nessa situação, prevalecem estes últimos sobre os primeiros e admite-se a prova ilícita.

Alude Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 377-378) à utilização de prova ilícita, por meio da aplicação da Teoria da Proporcionalidade, por ocasião de julgamento envolvendo extradição de atriz mexicana que declarou encontrar-se grávida, em razão de estupro de que teria sido vítima nas dependências da Polícia Federal em Brasília. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal (RCL n. 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. **Informativo do STF** n. 257, 18/22 de fevereiro de 2002) deferiu a produção de prova por meio de exame de DNA na placenta da gestante, sem autorização desta.

Observa o processualista citado a inexistência de previsão legal para autorização de exame de DNA contra a vontade do titular do material recolhido; de prévia autorização judicial para a criação de meios de prova não estabelecidos na legislação em vigor. Pugna pela compreensão da produção probatória em tela segundo critério de razoabilidade, visto que seria prova *a priori* ilícita e, além disso, produzida em favor da acusação.

Em nosso pensar, divergimos dessa compreensão, e acompanhamos a doutrina que acredita ainda encontrar-se despreparado o sistema penal brasileiro para utilizar-se de tais mecanismos de prova. O Estado Brasileiro ainda não se tem revelado suficientemente apto a assegurar de modo ao menos razoável os direitos e garantias fundamentais, verificando-se, com regularidade e constância plausíveis, denúncias de violações à dignidade humana nas diligências investigatórias em todo o país, seja em prisões efetuadas pelo seu poder de polícia, seja nos interrogatórios efetuados em delegacias, onde os suspeitos são submetidos a tratamentos “especiais” para apresentarem confissão de provável delito que hajam cometido.

Haveria, contudo, única situação em que, pensamos, seja possível admitir a prova ilícita, qual seja, aquela produzida com o fito de provar a inocência do acusado. O Estado ao estabelecer “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CR/88, art. 5º, LVII), não pode nem deve se furtar de aceitar elemento probatório favorável ao réu, sob pena de se configurar o que se convencionou chamar de contradição em termos.

Nesse aspecto, convém salientar a admissibilidade de algumas espécies de provas que se revelariam inaceitáveis por sua aparente ilicitude. Trata-se da excludente de ilicitude aplicada à produção da prova ou de produção probatória durante o flagrante delito. Embora a Teoria da Proporcionalidade entenda tais exemplos como existência real de prova ilícita, mas que deve, contudo, ser aproveitada em função da ponderação dos interesses envolvidos, pensamos tratar-se de situações em que se deve excluir a ilicitude por alguma causa justificativa e tornar idôneo o aproveitamento da prova, eis que lícita.

Não nos esqueçamos de que o Código Penal brasileiro, em seu art. 23 e incisos, estatui as hipóteses de exclusão de ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de

direito. Ademais, preceitua, em seu parágrafo único que “o agente, em qualquer das hipóteses desse artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

A *ratio essendi* desse mandamento legal deve ser aplicada para a produção de determinados elementos probatórios que, em um primeiro momento, possam sobressair como ilícitos.

Assim, se alguém efetua escuta telefônica clandestina para localizar vítima de seqüestro, viabilizando sua libertação, não há falar em prova ilícita, visto que presente o estado de necessidade, excludente de ilicitude com previsão constante do Código Penal, art. 23, I. Cremos não se tratar de aplicação da Teoria da Proporcionalidade para decidir se há ou não ilicitude, mas em utilizar-se dos próprios mecanismos existentes no ordenamento penal vigente.

Relativamente ao flagrante delito, torna-se necessário esclarecer a inexistência de violação dos direitos fundamentais que a Constituição busca proteger, quais sejam a dignidade humana, a intimidade, a privacidade, a imagem, dentre outros.

Se, exemplificativamente, alguém encontra-se em seu domicílio durante o repouso noturno, não se admite que outrem ingresse em sua casa, sem sua autorização, pena de agredir flagrantemente a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Contudo, se há clara percepção de prática de delito no interior da casa, não há falar em ilegalidade no ingresso forçado para obstar o andamento da prática delitiva (CR/88, art. 5º, XI). Compreensão em sentido contrário, seria valer-se de esdrúxulo direito de santuário incompatível com nosso Estado Democrático de Direito.

De igual modo, verifica-se com as gravações realizadas por meio de gravador ou vídeos em que se constata a prática de delito.

Exemplificativamente, se turistas em um museu de artes procedem à filmagem de telas e esculturas, gravam por acaso quando um delinqüente danifica ou tenta subtrair obra de arte pertencente ao acervo da instituição, não haverá falar em invasão da órbita das garantias individuais constitucionalmente asseguradas. Saliente-se que o momento do crime consubstancia sempre violação de direitos e não seu exercício, pelo que não haverá norma jurídica que proteja a prática criminosa.

Na esteira desse entendimento, a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, durante extorsão mediante seqüestro, não se mostrará ilícita, visto que se trata de crime permanente e, enquanto não cessar sua prática, as tentativas para sua apuração não se mostrarão ilícitas, por aventada violação de intimidade dos autores do tipo penal.

Outro exemplo de relevo encontra-se naquele em que pai ou mãe, desconfiando de maus tratos infligidos a seu filho por babá por eles contratada, efetua gravação de todos os momentos em que a *profissional* está com a criança e termina por flagrá-la praticando lesões corporais em seu filho. Inviável, no mínimo, a alegação de ter sido violado o direito à intimidade da delinqüente, tendo em vista o flagrante delito verificado. Ademais, pensamos estarem os pais no exercício válido e pleno de seu direito-dever de zelar pela dignidade e integridade do menor (CR/88, arts. 227, *caput*, e 229).

Presentes, por conseguinte, causas excludentes de ilicitude e a situação de flagrante delito, não haverá falar em ilicitude do meio probatório.

Podemos concluir, argumentando pela manutenção da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e sua conseqüente introdução e valoração no processo. Cremos, desse modo, pela coerência da doutrina da prova ilícita por derivação e pelo afastamento, ao menos no atual momento da evolução histórica do sistema penal brasileiro, da doutrina alemã da proporcionalidade, salvo para comprovar a inocência do acusado.

Nada obstante a justificativa da aplicação da proporcionalidade para aceitação de provas obtidas por meio aparentemente ilícitos, compreendemos, em sentido contrário, que a aplicação das causas excludentes de ilicitude na constatação de flagrante delito, o que legitima o elemento probatório obtido através da gravação ambiental em que se flagra a prática de dano ou de furto, como também a escuta telefônica efetuada por um dos interlocutores para localização de vítima de seqüestro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 2.040. Relator: Min. Néri da Silveira. **Informativo STF**, n. 257, 18-22 fev. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 125.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. 3. tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 377-378.

PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E PRISÃO CAUTELAR

Marcus Vinicius Reis Bastos

Juiz Federal titular da 12ª Vara da Seção Judiciária do
Distrito Federal (juízo especializado em matéria criminal)
Professor de Processo Penal no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

1 PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

O princípio da presunção de não culpabilidade (CF art. 5º, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória") explicita o momento a partir do qual acerta-se em definitivo a culpa do acusado. Não se cuida de afirmar, a priori, sua inocência, pois, se assim fosse, não haveria lugar em nosso ordenamento jurídico para a prisão cautelar, a qual sequer depende da existência de ação criminal.¹ (grifo nosso)

Deste princípio extraem-se as seguintes conseqüências:

- a) o ônus da prova do crime incumbirá sempre à acusação; e
- b) a prisão processual somente poderá ser admitida quando indispensável à utilidade de futuro provimento judicial (natureza cautelar), não podendo servir como meio de se antecipar futura e incerta sanção penal.

2 COROLÁRIOS

Incumbe ao acusador demonstrar a pertinência dos fatos que alega, tendo a defesa o ônus de desconstituí-los apenas na hipótese de se fazerem acompanhar da indispensável prova. Por outro lado, jamais poderá o acusado ser constrangido, direta ou indiretamente, a se auto-incriminar. Precisamente por isto consagrou a Carta Política o direito ao silêncio (CF art. 5º, LXIII: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado").

3 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão processual há de ser admitida com a nota da excepcionalidade. A regra é que a persecução penal se desenvolva, estando o investigado (réu) em liberdade. Daí decorre ser imprescindível a fundamentação da decisão que restrinja o direito de ir e vir daquele que ainda não se encontra definitivamente condenado (CF art. 93, IX).

A prisão antes de sentença condenatória transitada em julgado constitui medida cautelar a ser determinada pelo magistrado, desde que devidamente provocado pelos atores envolvidos na persecução penal (em regra, a autoridade policial ou o Ministério Público). A esse respeito, é de ser afirmada a incompatibilidade com a Constituição Federal da norma do Código de Processo Penal que permite a decretação da prisão preventiva pelo Juiz de ofício (art. 311).

É que num processo penal que se proclama acusatório, não se admite possa o Juiz, ainda antes de decidir a lide, adotar postura que o aproxima de uma das partes, a saber, daquela que sustenta a pretensão punitiva. As medidas constritivas que a Lei Processual Penal permite possam ser efetivadas pelo Magistrado, ausente prévia provocação, afetam significativamente a situação do acusado e seu direito de liberdade, num momento em que se revela imprópria qualquer manifestação judicial sobre a culpa.² Manifestação a esse respeito, convém observar, deve se verificar após o término da instrução criminal, atendida em tudo a cláusula do devido processo legal.

A despeito disto, a prática judiciária freqüentemente apóia-se em tais disposições, daí porque deve ser repensada, afirmando-se o modelo acusatório em toda a sua extensão.

4 PRISÃO PARA APELAR

Se, por um lado, há que se afirmar a compatibilidade da prisão processual com a garantia constitucional da não culpabilidade, por outro, cumpre reconhecer que a custódia processual somente se legitimará acaso possua natureza cautelar. Neste sentido, ao aplicar-se a norma do art. 312 do CPP ("A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem

pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria"), dever-se-á caracterizar a cautelaridade da medida, isto é, sua imprescindibilidade para assegurar a utilidade de eventual sentença penal condenatória. (grifo nosso).

As hipóteses de prisão preventiva são:

- a) por conveniência da instrução criminal; e
- b) para assegurar a aplicação da lei penal possuem uma tal peculiaridade (a de serem medidas cautelares).

Num caso e noutro a segregação preventiva do acusado se revela medida necessária ao accertamento de sua suposta responsabilidade e à sua conseqüente efetivação. Sua decretação se dá sob o pálio da necessidade.

Fato diverso ocorre quando a preventiva é decretada com espeque na garantia da ordem pública e/ou garantia da ordem econômica. Embora o conceito de ordem pública seja controverso, doutrina e jurisprudência majoritárias o relacionam à necessidade de manter incólume o tecido social, o qual restaria agredido violentamente, acaso o acusado permanecesse em liberdade, praticando crimes. Assume uma tal prisão processual, dessarte, nítida função preventiva (e não cautelar). Visa impedir a reiteração criminosa por parte do acusado (preso). Como tal vem sendo recebida sem discrepância pelos tribunais pátrios.

Alguns autores acrescentam a este sentido a nota da exemplaridade, vale dizer, a preventiva com esteio na garantia da ordem pública também se legitimaria para resguardar a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas. Em ambas as hipóteses, como meio de defesa social ou como medida exemplar, a detenção processual antecipa a pena do condenado, fato, nunca é demais lembrar, futuro e incerto. Se é assim, outra não pode ser a conclusão que não aquela que asseve sua incompatibilidade com o texto constitucional.

A jurisprudência majoritária, contudo, acata a preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, entendida como tal a incolumidade do tecido social, o qual não pode ficar exposto à reiteração criminosa.³

5 PRISÃO CAUTELAR E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Assim entendida a prisão processual, não deve ser admitida em nosso ordenamento jurídico seu deferimento em razão do clamor público⁴ causado pelo ilícito ou da magnitude do dano causado pelo crime.⁵ A esse respeito, convém observar que a norma do art. 30 da Lei n° 7.492, de 16.06.86 (lei que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional), ao admitir a decretação da custódia preventiva "em razão da magnitude da lesão causada" pelo ilícito, faz tábua rasa da garantia constitucional sub examine, eis que uma tal medida possui caráter de antecipação de pena.⁶

6 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS QUE CERCAM A REALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR

Pela mesma razão, deve-se dar à norma do art. 2o, II, da Lei n° 8.072, de 25.07.90 ("Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] II - fiança e liberdade provisória") interpretação que reclame seja o indeferimento da liberdade provisória suficientemente fundamentado, demonstrando-se a utilidade da custódia cautelar. Nesse sentido, não basta afirmar a hediondez do delito, de sorte a justificar a detenção processual.⁷

Dita garantia constitucional também lança luzes sobre a inteligência que se deve conceder às normas dos arts. 9º da Lei n° 9.034, de 03.05.95 ("o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei"), 3º da Lei n° 9.613, de 03.03.98 ("os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade")⁸, e 594 do CPP ("O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto"). Em todos estes casos, a detenção provisória somente será admitida se demonstrada a presença dos requisitos da prisão cautelar, vale dizer, se comprovada qualquer das hipóteses que autorizam a custódia preventiva (CPP art. 312).⁹

A excepcionalidade da custódia processual recomenda a máxima cautela em sua concessão, de sorte a se evitar sejam concretizadas situações em que o agravo ao direito de liberdade se revele injurídico. Assim, nas hipóteses em que restam absolvidos cidadãos submetidos a qualquer das modalidades de prisão processual, não há como reparar o dano imposto, eis que é materialmente impossível o retorno ao *status quo ante* (tempo passado não pode ser restituído).

Em casos que tais, a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal não admite a responsabilidade civil do Estado, ao fundamento de que:

- a) a responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais somente se aplica nas hipóteses expressamente declaradas em lei, não havendo qualquer referência à situação *sub examine*; e
- b) o ato jurisdicional é emanção da soberania estatal, seguindo-se daí a impossibilidade de se equiparar o magistrado, que não exerce atos de execução vinculados ao princípio da legalidade, com o administrador, que os realiza em razão de seu ofício.

Prevaleceu na Suprema Corte a tese de que o decreto judicial que consubstancia a prisão preventiva, desde que suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizem, não se confunde com o erro judiciário a que alude o art. 5º, LXXV da Lei Maior. Entendimento diverso, implicaria na total quebra do princípio do livre convencimento do juiz, ferindo de morte sua segurança para avaliar e valorar as provas e, bem assim, adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto.¹⁰

A importância dada pela Constituição Federal à tutela do direito de liberdade se mostra ainda mais evidente, ao considerarmos as garantias que cercam a realização da prisão cautelar (CF art. 5º, LXII: "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada"; LXIV: "o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial"; LXV: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"; LXVI: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança").

Essas normas reforçam a excepcionalidade da detenção cautelar e exigem do magistrado que realize amplo controle da legalidade dos atos tendentes a afetar a liberdade dos cidadãos. Realizado um flagrante, por exemplo, incumbe ao juiz não apenas verificar a legalidade do procedimento adotado (legalidade formal), mas também a legalidade da manutenção da prisão (legalidade material). A prisão em flagrante, por conseguinte, somente subsistirá se não for admitida liberdade provisória e se estiver presente um dos fundamentos da preventiva. Em caso contrário, deverá o juiz restituir o preso à liberdade, independentemente de prévia provocação.

7 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Assim compreendidas a garantia da presunção de não culpabilidade e a detenção processual, indaga-se sobre a possibilidade de se admitir em nosso ordenamento jurídico a denominada execução provisória. A norma do art. 2º, § único, da LEP, ao se referir ao "preso provisório", parece indicar a resposta afirmativa.

Hipótese de execução provisória da pena acolhida sem maiores divergências é aquela em que a sentença penal condenatória tenha transitado em julgado para a acusação (pendente apenas recurso interposto pela defesa) e a sanção que tenha imposto se mostre menos gravosa do que aquela presentemente suportada pelo acusado. É que, em casos que tais, a par de não se poder prejudicar ainda mais a situação do réu (proibição da *reformatio in pejus*), vige o princípio geral de direito, segundo o qual ninguém poderá ser prejudicado pelo exercício regular de um direito, in casu, o atinente à ampla defesa (CF art. 5º, LV).

Com efeito, significativa jurisprudência não tem admitido seja o réu submetido ao cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o previsto na sentença.¹¹

A divergência maior reside na admissão (ou não) da execução provisória da sentença condenatória, pendente de exame de recurso de índole extraordinária (recurso extraordinário propriamente dito e recurso especial), eis que tais apelos não possuem efeito suspensivo.

Semelhante solução não agride o princípio da presunção de não culpabilidade, o qual convive com a segregação antes do trânsito em julgado

da sentença penal condenatória.¹² Outrossim, resta intocado o princípio do due process of law, o qual não exige o prévio esgotamento da via jurisdicional em "três graus" de jurisdição (a rigor, sequer impõe o duplo grau de jurisdição).¹³ Homenageiam-se regras processuais que, acerca dos recursos sub studio, assentam possuir unicamente o efeito devolutivo (com extensão limitada à discussão da questão de lei federal - recurso especial - ou da matéria constitucional - recurso extraordinário).

A exigência do trânsito em julgado para a admissão da execução da pena, exceção feita às hipóteses em que a materialização da reprimenda se dê em benefício do réu-condenado, significa retirar da jurisdição criminal o pouco de efetividade que lhe resta. É que nosso processo revela-se excessivamente burocrático e formal, características que contribuem decisivamente para a sua lentidão. Exigir, para o desencadear da execução penal, o exaurimento de todos os graus de jurisdição, que em alguns casos pode chegar a quatro, significa protelar para data incerta e absurdamente distante da data do cometimento do ilícito, a aplicação da sanção penal.

O juízo competente para deliberar em sede de execução provisória - excluída desde logo a opção pelo tribunal de apelação, fato que acarretaria supressão de instância ? é o da sentença condenatória, eis que somente se cogita da competência do juízo especializado em execuções penais após o trânsito em julgado do decreto condenatório (circunstância obstada pelo recurso apresentado pela defesa).

8 PROJETO DE LEI Nº 4.208/2001

Recente projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, a pretexto de atualizar as normas insertas no Código de Processo Penal que disciplinam a prisão, medidas cautelares e liberdade, inibe possa se iniciar a execução da pena corporal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁴

Essa opção, como se vem de expor, não é a melhor, quer se considere as regras disciplinadoras dos efeitos próprios dos recursos de índole extraordinária, quer se atente para a efetividade da prestação jurisdicional em sede criminal.

9 CONCLUSÃO

A admissão da prisão processual em nosso ordenamento jurídico há de assegurar o binômio garantismo/efetividade. Sua tônica, forte na presunção de não culpabilidade, aponta para a excepcionalidade. É medida que se legitima, uma vez assente sua necessidade (cautelaridade). Seu emprego, contudo, não pode assumir contornos tais que firam de morte a efetividade da prestação jurisdicional. Não há qualquer utilidade em um sistema processual que preveja o exaurimento obrigatório de três ou quatro graus de jurisdição, a fim de que se possa executar o comando judicial. O pleno conhecimento da demanda e seu julgamento em dois graus de jurisdição é suficiente para o resguardo da cláusula do devido processo legal.

NOTAS

¹ Este o entendimento de nossos tribunais. Confira-se, v.g., o enunciado da Súmula 09 do STJ ("a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência").

² Além da preventiva, prevê a Lei Processual Penal a possibilidade do Juiz determinar de ofício o seqüestro de bens do indiciado (art. 127) e a busca e apreensão (art. 242).

³ O Supremo Tribunal Federal, julgando o HC n° 80.717/SP, Tribunal Pleno, rel. p/o acórdão Min. Ellen Gracie, maioria, DJU I de 05.03.2004 (caso TRT/SP, ação proposta em favor do réu Nicolau dos Santos Neto), afirmou o entendimento então prevalecente sobre o que se deve entender como garantia da ordem pública, para fins de legitimação da prisão preventiva. O voto (vencido) então proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence contém substancioso estudo sobre a prisão preventiva e o princípio da presunção de não culpabilidade.

⁴ Confira-se, nesse sentido, o decidido pelo STF nos RHC n° 79.200/BA, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ I de 13.08.99; HHCC n° 80.379, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJ I de 25.05.2001, p. 611; 80.472/PA, 1ª Turma, rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, maioria, DJ I de 22.06.2001, p. 26 e 80.719/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJ I de 28.09.2001, p. 37.

⁵ O Superior Tribunal de Justiça também adota este entendimento, conforme se pode extrair do decidido no HC n° 33.770/BA, 6ª Turma, rel. Min. Paulo Medina, unânime, DJU I de 16.08.2004. Ali se assentou que (a) a gravidade do delito, ainda que em hipótese de crime hediondo, se considerada de modo genérico e presumidas de maneira divorciada de fundamento fático, objetivo e atual, não é bastante, por si só, para justificar a preventiva, e; (b) o clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não basta para a decretação da custódia cautelar.

- ⁶ Embora não haja manifestação específica do Excelso Pretório sobre o tema, aquela Corte, apreciando o HC nº 80.717/SP, Tribunal Pleno, rel. p/o acórdão Min. Ellen Gracie, maioria, DJU I de 05.03.2004 (caso TRT/SP, ação proposta em favor do réu Nicolau dos Santos Neto), acenou pela inconstitucionalidade da norma sub examine. Essa, ao menos, é a conclusão que se extrai da leitura dos votos escritos então proferidos, quando a maioria dos votantes pronunciou-se neste sentido.
- ⁷ O Superior Tribunal de Justiça teve ocasião de adotar este entendimento no julgamento dos HHCC nº25.976/DF, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, unânime, DJU I de 01.04.2003; 21.223/SP, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU I de 09.09.2002 e 5.247/RJ, rel. Min. William Patterson, DJU I de 04.08.97. Recentemente, conforme notícia de julgamento publicada no Informativo de Jurisprudência nº 205 (período de 12 a 16 de abril de 2004), aquela Corte assentou que "ainda que o processo criminal trate de crime tido por hediondo ou equiparado, o juiz está obrigado a fundamentar a decisão denegatória da liberdade provisória a partir dos motivos autorizadores da prisão preventiva, dada a natureza cautelar da prisão em flagrante. Com esse entendimento, a Turma, por maioria, concedeu a ordem. Preliminarmente havia rejeitado o incidente de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 suscitado pelo Min. Hamilton Carvalhido. Precedentes citados: RHC 7.886-SP, DJ 17/5/1999; RHC 15.350-SP, DJ 29/3/2004; RHC 15.234-MG, DJ 15/3/2004; HC 30.060-RJ, DJ 2/2/2004, e HC 28.012-RS, DJ 15/12/2003. **HC 32.551-PE**, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 13/4/2004". Acórdão publicado em 14.03.2005.
- ⁸ O Supremo Tribunal Federal, em julgamentos presentemente interrompidos por pedido de vista, está se posicionando pela inconstitucionalidade dos arts. 9º da Lei nº 9.034/95 e 594 do CPP e por conceder ao art. 3º da Lei nº 9.613/98 interpretação conforme à Constituição, no sentido de admitir a detenção, acaso se faça presente qualquer das hipóteses de prisão cautelar (Rcl nº 2.391 MC/PR, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa e RHC nº 83.810/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa - cf. Informativo STF nº 334. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info334.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2005).
- ⁹ O Supremo Tribunal Federal, recentemente, afirmou que a norma do art. 594 do CPP não implica o recolhimento compulsório do acusado, então condenado. Trata-se, antes, de modalidade de prisão cautelar, razão porque dita disposição legal deve ser interpretada em conjunto com a regra do art. 312 do mesmo ato normativo (HC nº 84.087/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, maioria, DJU I de 27.04.2004).
- ¹⁰ Cf., nesse sentido, o decidido no RE nº 429.518/SC, rel. Min. Carlos Velloso, decisão denegatória de seguimento ao recurso. Dita decisão faz referência a outros precedentes. Em doutrina, pode-se consultar: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, cap. 15.
- ¹¹ Cf., a esse respeito, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos HC nº 72.565-1, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJU de 05.05.95. Igual entendimento prevalece no Superior Tribunal de Justiça como se vê no RHC nº 3.875-6, 5ª Turma, rel. Min. Jesus Costa Lima, unânime, DJU de 05.09.94.
- ¹² Esse é o entendimento firme do Supremo Tribunal Federal, exposto no leading case do Plenário (HC nº 69.964, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 18.12.92, RTJ 147/243) Cf., no mesmo sentido, HHCC nº 69.714, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 148/408; 68.968, 2ª Turma, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 11.02.92, RTJ 141/523 e, mais

recentemente, 80.535-3/SC, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. em 12.12.2000, DJU I de 02.03.2001 e 81.580-4, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. em 19.02.2002, DJU I de 22.03.2002. O acórdão relativo ao HC nº 80.535-3/SC foi publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº35, julho/setembro de 2001, p. 297, seguido de comentário. O Superior Tribunal de Justiça adota idêntica posição, circunstância que se extrai do decidido nos HHCC nº 27.285/RS, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJU de 23.06.2003; 20.734/SP, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJU de 10.03.2003.

¹³ Recente decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (HC nº 85.289/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJU I de 11.03.2005), adotou tese contrária à admissão da execução provisória da sanção penal na pendência de recurso extraordinário. Argumentou-se, na oportunidade, com a presunção de não-culpabilidade e com o disposto no art. 147 da LEP. Este entendimento, contrário à posição até então adotada por aquele Tribunal, tem prevalecido na 1ª Turma, à vista do julgado nos HH CC nº 84.677/RS, rel. Min. Cezar Peluso, maioria, DJU I de 08.04.2005 e 84.741/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria, DJU I de 18.02.2005. Resta aguardar a revisão pelo Pleno do entendimento referido na nota de rodapé nº 81.

¹⁴ O Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, de autoria do Poder Executivo, propõe ao art. 283, *caput* do CPP a seguinte redação: "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva" (grifos nossos). Referido Projeto de Lei encontra-se, presentemente, pronto para apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados. Tramita em regime de urgência.

TRÁFICO DE SERES HUMANOS: A QUESTÃO DE GÊNERO AINDA EM DESTAQUE

Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich

Advogada, Professora de Direito Penal,
Direitos Humanos, Direito Penal Internacional
Coordenadora Estadual do Instituto Brasileiros
de Ciências Criminais no Amazonas
Membro da Associação Brasileira de Mulheres
de Carreira Jurídica, Seção Amazonas.

*Senhor Deus dos desgraçados!
Dizei-me vós, Senhor Deus!
Se é loucura... se é verdade
Tanto horror perante os céus?!
Ó mar, por que não apagas
Co'a esponja de tuas vagas
De teu manto este borrão?...
Astros! noites! tempestades!
Rolai das imensidades!
Varrei os mares, tufão!
(...)
Ontem plena liberdade,
A vontade por poder...
Hoje... cúm'lo de maldade,
Nem são livres p'ra morrer. .
Prende-os a mesma corrente
- Férrea, lúgubre serpente -
Nas roscas da escravidão.
E assim zombando da morte,
Dança a lúgubre coorte
Ao som do açoute... Irrisção!...*

NAVIO NEGREIRO

Aos 21 anos Castro Alves, certamente tocado pela atmosfera libertária que empolgava a mocidade acadêmica do final do século XIX, recitou o seu

canto de indignação contra as atrocidades praticadas pela primeira forma de tráfico de seres humanos praticado no Brasil: o comércio negreiro, em que seres humanos livres foram transformados em escravos, destituídos de direitos e comparados a animais.

Certamente os jovens idealistas dos movimentos libertários do século XIX não poderiam imaginar que no futuro, no longínquo século XXI, o tráfico de seres humanos ainda existiria, seria prática suportada pela sociedade planetária.

Atualmente, a despeito de toda a legislação internacional construída com vistas ao combate deste crime gravíssimo¹, a comunidade internacional, perplexa, defronta-se com as mais horrendas formas de exploração de seres humanos que ainda tem como principal alvo mulheres e crianças em todo o planeta.

Trata-se de modalidade de criminalidade organizada de caráter transnacional que chega a movimentar, segundo levantamento do Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC), anualmente, valores estimados em US\$ 7 bilhões a US\$ 9 bilhões, perdendo em lucratividade apenas para o tráfico de entorpecentes e o contrabando de armas. Estima-se que, para cada ser humano transportado ilegalmente de um país para outro, o lucro das redes criminosas chegue a US\$ 30 mil.²

Conforme adverte Shecaira, os principais objetivos do tráfico internacional são a exploração sexual e a arregimentação de mão-de-obra escrava, a qual não se desvincula totalmente do interesse de comércio sexual.³ Neste contexto, a questão relacionada à discriminação de gênero alcança um patamar inusitado, pois, segundo estudo formulado pelo Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC), o tráfico para fins de exploração sexual de mulheres corresponde a 83% dos casos de tráfico de seres humanos.⁴

O Protocolo suplementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, conhecido como Protocolo de Palermo, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.017, de 12.3.2004, em seu artigo 2º, definiu o tráfico de seres humanos como sendo o

recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de

fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração.

Relativamente às vítimas menores de 18 anos, o mesmo diploma legal considerou tráfico "o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de uma criança para fins de exploração". O Protocolo de Palermo considera criança toda pessoa menor de 18 anos e prescinde, neste caso, da utilização de quaisquer meios persuasivos ou abusivos para a caracterização do ilícito, em virtude da falta de maturidade da vítima para optar, de forma consciente, pelo caminho desconhecido da prostituição gerida pelo crime organizado.

O tráfico de pessoas tem como principal característica, a exploração perpetrada pelo aliciador contra a vítima. O Protocolo de Palermo elenca como formas de exploração "a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos".

O Relatório Nacional elaborado a partir da Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF, sob coordenação do Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes, denuncia que a definição do Protocolo de Palermo é ainda limitada, pois trata apenas do tráfico internacional de seres humanos, deixando de abordar as modalidades de tráfico regional e interno, além de privilegiar o enfoque da violência criminal em detrimento de uma análise macro social e cultural.⁵

Destarte, caberá às legislações nacionais de implementação do Tratado suprirem as referidas deficiências adequando às suas realidades específicas os termos em que o delito deverá ser tipificado. No Brasil, com o advento da lei nº 11.106 de 29 de março de 2005, o Código Penal Brasileiro passou a tratar como tráfico internacional de pessoas o que antes era denominado tráfico de mulheres, além de aduzir o artigo 231-A para dispor sobre o tráfico interno de pessoas, suprimindo, em parte, a referida lacuna existente na legislação internacional.

Conforme assevera Bastos⁶, além de ampliar o sujeito ativo do delito, de mulher para pessoa, foi inserida no tipo penal previsto no artigo 231 novo elemento para abranger a figura do intermediador, incluindo quem exerce a função de aproximar a vítima daquela pessoa que promoverá ou facilitará a sua entrada ou saída do território nacional para fins de exploração. Trata-se de *novatio legis in pejus* que, por força do princípio da anterioridade da lei penal (art. 1º, do CPB), somente deverá alcançar fatos posteriores à sua entrada em vigor.

O mesmo autor esclarece que a revogação do parágrafo terceiro do artigo 231, que previa a pena de multa para a hipótese de ter o sujeito ativo intuito de lucro, se deu em virtude da referida modalidade de sanção haver passado a integrar o preceito secundário da norma penal em sua forma básica, prevista no *caput* do dispositivo, bem como em suas formas qualificadas, conforme prescrito em seus dois parágrafos. Portanto, não se deve sequer cogitar da ocorrência, na espécie, de *abolitio criminis* para o tráfico internacional de pessoas praticado com intuito de lucro. O que houve, de fato, foi o agravamento do delito, independentemente de ter agido o sujeito ativo com tal finalidade.

A Lei nº 11.106/05 inovou ao acrescentar o art. 231-A para tipificar o tráfico interno de pessoas para fins de exploração sexual. Bastos⁷ chama a atenção para a possibilidade de, no caso concreto, o aplicador do direito se deparar com um aparente conflito de normas entre o novo dispositivo e os artigos que compõem o capítulo V, do título VI, do Código Penal, uma vez que é tênue a distinção entre as condutas previstas nos tipos penais do capítulo que trata do lenocínio e do tráfico de pessoas. Segundo o autor, deve o intérprete, no caso concreto, solucionar o conflito aparente entre aquelas normas penais. Ressalte-se, neste sentido, que nos mesmos moldes do tráfico internacional de pessoas, o tráfico interno diferencia-se dos demais tipos penais do capítulo V em virtude de o verbo do tipo significar, a um só tempo, o comércio, que implicará recrutamento e negociação, bem como o tráfego, exigindo-se o deslocamento, a transferência ou o transporte das vítimas, dentro dos limites do território nacional.

Os dispositivos dos artigos 149, 206 e 207 do Código Penal Brasileiro, que tratam, respectivamente, da redução de pessoa a situação análoga, a de escravo, do recrutamento de trabalhadores para o estrangeiro e do

aliciamento de trabalhadores para o tráfico interno, juntamente com as medidas protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, complementam o arcabouço legal de que dispõe o Brasil para combater esta modalidade de crime organizado que, no entanto, não será objeto de apreciação deste artigo posto ser o seu objetivo a análise do tráfico para fins sexuais quando a vítima é a mulher.

É alto o índice de cifra negra⁸ no tráfico internacional de pessoas, pois o crime não é de fácil visibilidade. O número de vítimas, segundo a Organização Internacional de Migração pode chegar a 4 milhões por ano, no entanto, apenas cerca de 30% dos casos chegam ao conhecimento das autoridades públicas.

Aliados à versatilidade dos exploradores estão o medo, a marginalização da vítima e o preconceito, já que se trata de crime que normalmente implica prática de prostituição. Além disso, o aparato estatal é deficiente em virtude do despreparo dos agentes públicos em matéria de violações aos direitos humanos, além da corrupção e da burocracia estatal. A tendência dos agentes públicos é considerar o tráfico de mulheres menos relevante que outras ações do crime organizado, como o tráfico de drogas e de armas. Em relação especificamente ao comércio sexual de mulheres, verificou-se que os investigadores do crime têm pouca preocupação em traçar um perfil mais minucioso da vítima, pois na maior parte dos inquéritos e processos coletados pela PESTRAF a profissão da vítima é desconhecida ou assinalada na categoria "outras".⁹

É latente o agravamento do processo de vitimização feminina que usualmente passa da condição de explorada para a condição de cúmplice por conivência, da mesma forma que ocorre nos demais crimes de natureza sexual, em que a mulher é humilhada pelas autoridades públicas e tratada como causadora de sua próprio infortúnio. Destacam-se, ainda, situações em que o crime de tráfico de seres humanos envolve imigração ilegal, o que distancia ainda mais a vítima do Poder Público, afastando-lhe a possibilidade de ser resgatada.

Dados coletados pela PESTRAF indicam ainda que a exploração sexual comercial, principal atividade do tráfico de seres humanos, tem uma relação direta com a categoria abuso sexual (intrafamiliar e extra-familiar),

com a pornografia, o turismo sexual, a prostituição e o tráfico para fins sexuais.¹⁰

Por implicar o tráfico de mulheres, via de regra, exploração sexual, deve-se ter com clareza que o bem jurídico tutelado é a própria liberdade pessoal, não se devendo limitar a discussão em torno da repressão penal apenas à tutela da moral e dos bons costumes como o quer o discurso formal e moralista que historicamente estigmatiza a mulher.¹¹ Neste sentido, cabe o repúdio àquelas opiniões encontradas na literatura penal que entendem ser o bem jurídico tutelado a "moral sexual pública".¹²

Urge encarar o tema como violação grave aos direitos humanos, e suprir a falta de debate junto à academia e à sociedade civil organizada. Os temas relacionados à questão feminina, como denuncia a professora Stephanie Farrior, são abordados de forma precária mesmo nas Universidades e faculdades de direito, dificultando a formação de profissionais sensíveis e preparados, sob a ótica dos direitos humanos, para quebrar as barreiras do preconceito e da discriminação e enfrentar o problema adequadamente.¹³

Não obstante, a questão mais polêmica relacionada à tipificação do tráfico para fins de exploração sexual diz respeito ao consentimento da vítima, irrelevante quando a vítima é criança ou adolescente, posto que viciado em razão da falta de maturidade, mas merecedora de atenção quando se trata de mulheres que aceitam a proposta do aliciador.

Neste sentido ganha especial destaque a conclusão trazida à discussão pública pela PESTRAF que demonstra serem as mulheres verdadeiramente cooptadas em virtude de práticas abusivas por parte do explorador, levando-as a uma aparente escolha ou consentimento. Ludibriadas por promessas de melhoria nas condições de vida, casamento, emprego e outras expectativas, as mulheres são induzidas a consentirem no que mais tarde se transformará em escravidão por dívidas adquiridas junto ao aliciador ou mesmo por coação. O consentimento é, pois, induzido, o que, em consequência, não pode excluir a existência do crime.

O perfil da mulher vítima do tráfico para fins sexuais exposto pela PESTRAF revela que geralmente ela já sofreu algum tipo de violência intrafamiliar (abuso sexual, estupro, sedução, negligência, abandono, maus tratos, violência física e psicológica) e extrafamiliar (na rua, nas escolas, nos

abrigos, etc). Essa mulher normalmente é oriunda de uma família desestruturada pela pobreza e pela violência, tendo passado, portanto, por todo um processo de exclusão social, ruptura familiar, discriminação e marginalização pelo fato de ser mulher, precarização do trabalho, baixa escolaridade e desconhecimento de seus direitos, em decorrência da ausência da ação do Estado.

A mesma pesquisa afirma que a mulher do terceiro mundo é vista no comércio sexual como uma espécie de produto "exótico" para os países europeus, o que corrobora a lógica da dominação, da exploração e, em última análise, da idéia de superfluidade do ser humano, elaborada por Hannah Harendt.

Neste contexto, pode-se identificar um verdadeiro tripé formado pela violência criminal, pelas contradições das relações macrosociais e culturais como causa da exploração sexual de mulheres.

O aprofundamento das desigualdades de gênero, raça e etnia, a ausência de direitos, a aplicação precária das regras de direitos humanos e direito humanitário¹⁴, a pobreza e a desigualdade social, além de instabilidade política e guerras são fatores que propiciam e incrementam o tráfico de seres humanos, e, no contexto do recorte mais específico deste artigo, a exploração sexual feminina.

Dentre as medidas mais adequadas para combater o tráfico de seres humanos, visando à erradicação dessas gravíssimas violações aos direitos humanos, podem ser citadas as seguintes:

- a) tratamento respeitoso à vítima por parte dos agentes do Estado, compreendendo a sua situação de vulnerabilidade, prestando-lhe assistência, proteção e atendimento psico-social;
- b) políticas públicas voltadas à redução das desigualdades sociais e da inclusão feminina, com ênfase na assistência à saúde materna e infantil, bem como ao direito reprodutivo;
- c) envolvimento da sociedade civil organizada, ONGS, Movimentos Sociais e comunidade acadêmica com vistas a dar maior visibilidade ao tema e fomentar o debate em torno do combate à prática da exploração sexual;

- d) campanhas educativas mais constantes, mais explícitas e mais educativas, com a utilização positiva da mídia como instrumento de transformação social;
- e) criação de mecanismos de estabilidade política e redução da corrupção;
- f) sensibilização da opinião pública para repensar valores estigmatizantes, excludentes, xenofóbicos e racistas. O abandono do discurso moralista formal para dar ensejo a um discurso libertário, inclusivo afinado com o direito internacional dos direitos humanos;
- g) cooperação internacional, banco de dados interligados, eleição do critério de jurisdição universal entre os países signatários de tratados relacionados ao tema e legislação mais coerente no trato da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos;¹⁵
- h) desmistificação dos instrumentos legais, especialmente de direito penal, como "fórmulas milagrosas" para a erradicação do tráfico de seres humanos, uma vez que se trata de fenômeno com raízes profundas nas desigualdades sociais, cada vez mais profundas pela economia de mercado.¹⁶

Os referidos instrumentos devem ser utilizados de forma coordenada para otimizar o combate a esta modalidade perversa do crime organizado. No entanto, faz-se mister ressaltar que o Direito Penal deve ser sempre utilizado como ultima ratio, não devendo ser a ele atribuída a missão impossível de erradicar a ocorrência do crime, posto que a função preventiva da pena mostrou, ao longo de sua história, ter alcance limitado, apesar da ameaça violenta que representa ao homem livre.

Não obstante, somente com o que se tem denominado "empoderamento feminino" será possível prevenir em maior grau a ocorrência deste crime gravíssimo, com vistas a evitar que milhões de mulheres em todo o planeta sejam submetidas a tão cruel forma de exploração.

Trata-se, pois, de promover a libertação feminina, a que se refere Amartya Sen, para que as mulheres possam exercer o papel de "agentes ativos de mudança: promotoras dinâmicas de transformações sociais que podem alterar a vida das mulheres e dos homens". A libertação de que trata

o autor significa a mudança no estatuto social das mulheres e implica disposições legais, medidas técnicas e recursos para promover o favorecimento, dentre outros fatores, da escolarização feminina, educação sexual e do incremento do emprego feminino.¹⁷

Ao alcançar o acesso à educação, ao emprego, à saúde e demais direitos fundamentais, a mulher deixa a condição de vítima e passa a exercer papel ativo na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

NOTAS

¹ Destacam-se a Convenção sobre os direitos da criança, de 1989; a Convenção 182, da OIT, sobre as piores formas de trabalho infantil, de 1999; o Protocolo Opcional da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1999; o Protocolo Opcional da Convenção sobre os direitos da criança, sobre a venda de crianças, a prostituição e pornografia infantis, de 2000; a Convenção da ONU contra o crime organizado Transnacional, de 2000; o Protocolo para prevenir, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que suplementa a Convenção da ONU contra o crime organizado Transnacional, de 2000 e o Protocolo contra o contrabando de migrantes por terra, mar e ar, em complementação à Convenção ONU contra o crime organizado Transnacional, de 2000.

² Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2005.

³ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2005.

⁴ SHECCAIRA, Sérgio Salomão; SILVEIRA, Renato e Mello Jorge. O Tráfico internacional de mulheres e de crianças. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 112, p. 3-4, mar.2002.

⁵ LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima (Org). **Pesquisa sobre tráfico de mulheres para fins de exploração sexual comercial - PESTRAF**: Relatório Nacional. Brasília: CECRIA, 2002.

⁶ BASTOS, Marcelo. **Lei n. 11.106/05**: primeiras impressões. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 06 jun. 2005.

⁷ BASTOS, op. cit.

⁸ Segundo Cabette, a cifra negra poderia ser conceituada como um campo obscuro da delinqüência, consistindo na "existência de um bom número de infrações penais, variável segundo a sua natureza, que não seria conhecido 'oficialmente', nem detectado pelo sistema e, portanto, tampouco perseguido".CABETTE, Eduardo Luiz Santos. As estatísticas criminais sob um enfoque criminológico crítico. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n. 124, p. 6-7, mar. 2003.

⁹ LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima (Org). **Pesquisa sobre tráfico de mulheres para fins de exploração sexual comercial - PESTRAF**: Relatório Nacional. Brasília: CECRIA, 2002.

- ¹⁰ "O Instituto Interamericano del Nino/OEA classificou em 1998 a exploração sexual comercial em quatro modalidades: tráfico para fins sexuais, prostituição, turismo sexual e pornografia, e essa classificação foi incorporada nas agendas internacionais relativas à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes" (PESTRAF, 2002).
- ¹¹ SHECCAIRA, op.cit., p. 4.
- ¹² Mirabete equivocadamente já chegou a afirmar que o tipo penal previsto no artigo 231 objetiva "evitar o parasitismo da prostituição". MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal: parte especial**. v. 2. São Paulo: Atlas, 1997. p. 248.
- ¹³ FARRIOR, Stephanie. 587 the rights of women in international human rights law textbooks: segregation, integration, or omission?. **Columbia Journal of Gender and Law**, 2003.
- ¹⁴ A relevância da aplicação das regras do Direito Internacional Humanitário se dá em virtude dos milhares de refugiados de guerras que, por sua situação de vulnerabilidade, se tornam vítimas potenciais deste tipo de crime.
- ¹⁵ LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima (Org). **Pesquisa sobre tráfico de mulheres para fins de exploração sexual comercial - PESTRAF: Relatório Nacional**. Brasília: CECRIA, 2002.
- ¹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 105-117.
- ¹⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 221.

CONFLITO DE PRINCÍPIOS NA ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS

Rafael da Silva Menezes

Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Amazonas

A vida é o bem jurídico de maior proteção e relevância no ordenamento jurídico brasileiro, devendo este termo ser tomado em sentido amplo, levando em consideração *o completo bem estar físico, mental e social* como pontifica a Organização Mundial da Saúde (OMS) e deve estar intimamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não se pode conceber a vida apenas como simples existência, deve-se buscar proporcionar a esta vida condições para ser exercida em sua plenitude.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado recentemente a analisar a *antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), em que se busca a autorização para retirar os fetos portadores de anencefalia, de maneira que nem a mãe nem o profissional sejam punidos.

Acerca deste tema surgem opiniões muito diversas e muitas vezes extremadas uma das outras, todas elas embasadas em valores religiosos, éticos e morais.

É importante tratar este assunto desprovido de qualquer conceito de valor pré-estabelecido, sob pena de colocarmos em voga apenas valores de cunho pessoal e não o sentido do ordenamento jurídico.

A anencefalia é definida na literatura médica como sendo a má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico, importando desta forma na inexistência de todas as funções superiores do Sistema Nervoso Central, responsável pelas funções relativas à consciência, afetividade, cognição, comunicação e vida relacional. Não há controvérsia na literatura científica de que a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100 % dos casos.

Estudos indicam ser a anencefalia decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. As evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior freqüência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos.

Vale ressaltar o seguinte adendo feito pela CNTS na petição inicial da ADPF n.º 54: “a permanência do feto anencéfalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-uterinos desses fetos”.

Faz-se mister salientar que a anencefalia não se equipara exatamente à morte cerebral, já que nos casos de anencefalia encontram-se resquícios de atividade oriunda do Sistema Nervoso Central.

Na antecipação do parto de fetos dotados desta infeliz anomalia, entram em choque além dos valores éticos, morais e religiosos, questões eminentemente jurídicas, como o direito à vida deste feto, à dignidade e à saúde da gestante e ainda a punibilidade pelo crime de aborto, previsto nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro.

O Código Penal tipifica o crime de aborto, mas não o conceitua, deixando isto a cargo da doutrina e da jurisprudência. O que se visa proteger ao tipificar o crime de aborto, é impedir que por meio dele se anulem as chances de sobrevivência extra-uterina daquele feto, ou seja, que em virtude do procedimento abortífero se encerre as expectativas e possibilidades de vida daquele ser, em última análise é impedir que a mãe livremente disponha sobre a vida de seu potencial filho. Ocorre no caso concreto de anencefalia, que esta potencialidade de vida, já está aniquilada, a doença por si só já aniquila qualquer possibilidade de vida, visto que resulta na formação de feto sem os dois hemisférios cerebrais, sendo que 75 % morrem ainda no útero e o restante falece pouquíssimo tempo depois de virem ao mundo. O que se põe neste caso é a não tipificação do crime de aborto, pois nem a possibilidade nem a potencialidade da vida humana será aniquilada pela prática do aborto, esta já esta feita e pré-anunciada, este ato apenas impedirá o postergamento da morte irreversível, vindo ao mundo apenas para satisfazer requisitos positivistas e nada além disso. Não se trata portanto de inovação em matéria penal, não se pretende incluir no art. 28 do Código Penal uma nova excludente de punibilidade, se trata de não tipificação.

O Código Civil preceitua em seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O nascituro a que o Código Civil faz referência está relacionado ao desenrolar de uma vida no corpo de sua mãe, e a este sim cabe a proteção do referido código. A Lei protege os direitos personalíssimos para que este nascituro não seja impedido ainda no ventre de desenvolver a sua potencialidade de vida. o que se objetiva é o desenvolvimento da vida intrauterina normal para que este possa a viver fora do útero. Em fetos anencéfalos desde cedo não há vida intrauterina normal, mais que isso, existe uma previsão de morte certa e pré-estabelecida se não no útero, fora dele pouco tempo depois. Ou seja, o Código Civil objetiva que não se imputem ao nascituro fatores que poderiam atrapalhar seu desenvolvimento intrauterino. Cabe afirmar que os fetos que não morrem no útero, passam o tempo que antecede sua morte com muita dor, todo tempo que estão no mundo sofrem dores imensuráveis, numa situação análoga à de tortura. Os direitos a que faz referência o estimado Código se aplicam aos nascituros e não àqueles que apenas terão momentos de sua morte protelados mediante tortura.

Há ainda o fato de que em se autorizando a antecipação, estar-se-ia extirpando o direito patrimonial de que aquele ser ou outrem pudesse vir a se beneficiar em virtude do seu nascimento. Ocorre que este fundamento eminentemente patrimonial sucumbe diante dos direitos constitucionais à vida e à dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna institui como sendo um dos seus Princípios Fundamentais, bases sob as quais devem se estabelecer normas e relações jurídicas, o da Dignidade da Pessoa Humana e assegura em seu art. 5º a inviolabilidade do direito à vida. É certo que a vida humana deve estar intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, é certo também que não se diz aqui que apenas por o feto ser de família pobre a ponto de não ter as mínimas condições de criá-lo, é que se autorize o seu aborto, isto é, desde já descartado. O que se põe é que o potencial bebê não terá em tempo algum a dignidade da pessoa humana, pois o tempo que estiver no mundo estará sendo torturado, pois, como se sabe os bebês possuidores deste mal sentem infinitas dores enquanto sobrevivem. Em obrigando este ser a vir ao mundo

apenas para cumprir na íntegra sem interpretação a letra da lei, o Estado estaria não só chancelando, como também obrigando a prática de tortura contra o bebê e a mãe. Outro aspecto a ser suscitado é o fato de defender a tese da obrigatoriedade de se trazer este feto à vida para que seus órgãos possam ser doados. Ora se nem mesmo aquelas pessoas que não possuem esta grave e infeliz doença estão obrigadas a doar seus órgãos, é inconcebível obrigar uma mãe a dar a luz apenas com o objetivo de doação de órgãos mediante tortura, pois é o que se tem.

Reproduz-se em parte o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, quando do cabimento de ADPF no referido caso:

Ele, ser ainda alocado no ventre “materno”, é que padece de uma teratologia tal que antecipa esta dilacerante certeza: a certeza de que dele nem sequer é possível dizer que tem hora marcada para morrer... porque já vai nascer cerebralmente morto! Com o que se despedaçam por antecipação os mais dourados sonhos, as mais alentadoras expectativas, os mais afetivos planos, as mais lúdicas fantasias que soem permear o encantado universo da mulher às vésperas de ser mãe.

Esta mãe tem direito à saúde, e não poderia ser diferente, também direitos da dignidade. Desde o momento em que se tem diagnosticado a moléstia, a mãe começa a sofrer sabendo que não irá dar à luz, mas sim principiar a morte rápida e mediante tortura, o que causa indubitavelmente transtornos psicológicos à gestante e à inviolabilidade do direito à vida, no que concerne às aptidões psicológicas da mãe. Obrigar uma mãe a carregar um feto que não viverá por mais de alguns minutos, no máximo horas, para vê-lo sendo torturado, é um atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana. É indiscutível o risco de saúde física que esta mulher enfrenta tendo em seu útero um feto anencefálico, pelo que se invoca aqui mais uma vez o direito à saúde.

Sem dúvida, os valores culturais de um povo devem ser traduzidos por meio de seus representantes, o Poder Legislativo, principalmente. Mas o Poder Judiciário não pode ficar inerte ante as transformações da sociedade para que suas decisões não se distanciem da realidade social. Em não se

tendo uma resposta definitiva, gera-se uma patente insegurança jurídica, já que diante de tantos casos idênticos trazidos à baila, tem-se sobre eles as mais variadas decisões. A população brasileira vislumbra no Judiciário a última esperança de suas aspirações e de justiça. Invoco o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça Edson Vidigal em discurso proferido no Seminário *A Constituição Federal e seus Reflexos no Século XXI* na cidade de Manaus no ano de 2003 para exteriorizar a responsabilidade que tem o Judiciário perante a sociedade: “Se o Direito ignora a sociedade, a sociedade se vingará ignorando o Direito”.

O Judiciário não vai estar legislando ao permitir o aborto em fetos anencefálicos, estará apenas firmando princípios.

Por último deve-se ter em mente que a vida humana não pode ser concebida sem o direito à dignidade humana e deve ser entendida em sentido amplo, e não em um caráter eminentemente positivista, em que se ignora o real efeito de uma decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLETIM IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, n. 45, dez. 2004.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.752, de setembro de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 set. 2004, p. 140.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil [1988]**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Voto vista Min. Carlos Ayres Britto. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 84, 4 maio 2005, Seção 1, p. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio, E. de. **Código Penal anotado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PINOTTI, José Aristodermo. **Anencefalia**: opinião. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>>. Acesso em: 11 maio 2005.

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL À VISTA DO DIREITO PENAL

Jacqueline de Araújo Bastos

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM
Graduada em Engenharia de Produção pelo Instituto de Tecnologia da Amazônia - UTAM
Técnico Judiciário da Seção Judiciária do Estado do Amazonas

Diante dos inúmeros casos de reprodução, alteração e vendas não autorizadas de produtos, não podemos deixar de pensar na violação dos direitos autorais.

Primeiramente, devemos saber que o direito autoral é o ramo do direito privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências. O autor, segundo a Lei 9610/98, seria o titular de direitos morais e direitos patrimoniais sobre a obra que criou, entendendo-se por direitos morais do autor o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, e por direitos patrimoniais o direito exclusivo do autor de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

O direito autoral surge com a criação da obra, sendo abrangidos tanto os direitos do autor quanto os direitos que lhe são conexos.

De acordo com os arts. 89 a 96 da Lei 9610/98, crimes conexos são aqueles relacionados aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores fonográficos e às empresas de radiodifusão.

LEGISLAÇÃO PERTINENTE A VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

O Código Penal Brasileiro não define o direito autoral, caracterizando-se como uma norma penal em branco. A definição de direito autoral pode ser observada na Lei Civil. O direito autoral consiste nos benefícios, vantagens, prerrogativas e direitos patrimoniais, morais e econômicos (BITENCOURT, 2005, p. 814).

A violação do direito autoral está contida no art. 184 do Código Penal Brasileiro, tendo, segundo Cezar Bitencourt (2005, p.814), como sujeito ativo qualquer pessoa, sem nenhuma condição especial e como sujeito passivo somente o titular do direito autoral (ou conexo), isto é, o criador de obra intelectual, que pode ser literária, científica ou artística, na ausência do criador, seus herdeiros ou sucessores. Os direitos do autor podem ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, ressalvados aqueles de natureza personalíssima, como o de proceder a modificações na obras. A consumação deste crime pode ser observada com a publicação de uma obra ou exposição de pinturas.

A Lei 10.695/2003 alterou dispositivos do Código Penal relativos ao crime de violação de direito autoral. Foram incluídos no art. 184 os direitos conexos aos do autor. “**Art. 184** - Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

O meio de execução da violação pode ocasionar a punição do agente na forma do §1º do art. 184 do CP. O sujeito ativo lesa o direito reproduzindo obra intelectual, discos e filmes. A reprodução de obra intelectual pode ser feita no todo ou em parte, sendo necessária para tanto a conduta com intuito de lucro.

§ 1º - Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Com o intuito de lucro, muitas empresas que exploram a atividade fotocopiadora se instalam em instituições de ensino, reproduzindo obras não-autorizadas para os discentes. Muitas críticas são feitas pelos doutrinadores quanto aos professores que estimulam esse tipo de reprodução.

Os estudantes, diante do alto valor dos livros, vêem-se obrigados a extrair cópias. Vale ressaltar que estes não possuem intuito de lucro, mas

unicamente de conseguir instrumentos de estudo condizentes com a situação econômica em que se encontram.

Como ensina Damásio (2002, p. 10), na figura típica prevista no §1º, primeira parte (reprodução desautorizada de obra intelectual), é exigível ainda um outro elemento subjetivo, contido na expressão “com intuito de lucro”. Assim, se a reprodução desautorizada de obra intelectual não é feita para o fim específico de obtenção de lucro, o fato não se reveste de tipicidade. Logo, a reprodução, pelo sistema de xerocópias, para fins de estudo, não é típica.

Os direitos autorais são limitados nos artigos 46 a 48 da Lei dos Direitos Autorais. Não constitui ofensa aos direitos do autor a reprodução de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza e a citação de obras para fins de estudo.

Ao introduzir o § 4º no art. 184, excluiu-se das penas previstas nos parágrafos precedentes a prática da cópia única para uso privado do copista. Logo, se a cópia está em um só exemplar e não existir intuito de lucro, não há penalidade.

§4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Quanto à troca de arquivos de música na Internet, torna-se necessário verificar se há o consentimento do titular dos direitos autorais, pois, se assim for, em uma só obra e sem finalidade lucrativa, não tipificará o crime de violação de direitos autorais e conexos. Se o autor não autorizar, então incide o sujeito ativo no art.184.

A Lei 10.695/2003 representa um avanço no combate à pirataria já que eleva a pena mínima para os crimes de violação de direito de autor com intuito de lucro, ainda que indireto, para dois (2) anos de reclusão, evitando-se com isto a suspensão condicional do processo, que antes era permitida. A violação de direito do autor deixa de ser considerada crime de menor potencial ofensivo. Além da pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa e da

apreensão da totalidade dos bens ilicitamente produzidos, os equipamentos que possibilitaram a sua existência podem ser também apreendidos.

A Constituição Federal de 1988 no seu art. 5º, XVII, estabelece que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

CRIME E PENALIDADE

Existe a possibilidade de uma pessoa jurídica ser sujeito passivo deste crime? Para Biterncourt (2005, p. 814 e 817) sim, seja de direito público ou privado. Quando for pessoa jurídica de direito público, a ação pena será pública incondicionada. O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa; de mera conduta. É crime instantâneo, com exceção das modalidades “expor à venda” e “ter em depósito”, descritas no §2º, quando adquire a natureza de permanente. Para Damásio (2002, p. 11), é crime simples porque ofende uma só objetividade jurídica: a propriedade intelectual.

Quanto à pena, na figura simples, é cominada, alternativamente, detenção, de três meses a um ano, ou multa; nas figuras qualificadas (§§1º e 2º), é cumulativa: reclusão de 2 a 4 anos, e multa (grifo nosso).

A penalidade parece não intimidar os infratores, ocorrendo cada vez mais esse crime.

Quanto ao *caput* do art. 184, a ação penal é de iniciativa privada, salvo se em prejuízo a entidades de direito público. Será pública incondicionada quanto às condutas tipificadas nos §§1º e 2º.

MECANISMOS DE PROTEÇÃO

A ABDR (Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) é uma associação sem fins lucrativos que tem como objetivo a conscientização da população sobre a necessidade de respeitar o direito autoral, combatendo-se a contrafação, que é a reprodução não autorizada. Segundo a ABDR, inúmeras editoras que se especializaram em livros técnicos e didáticos fecharam suas portas devido à pirataria editorial.

Consoante o art. 3º da Lei 9610/98, os direitos autorais, reputam-se para os efeitos legais, bens móveis. Os mesmos são protegidos independentemente de registro (art.18), sendo facultado ao autor registrar sua obra em órgão público competente como a Biblioteca Nacional.

JURISPRUDÊNCIA

O delito previsto no art. 184, §2º, do Código Penal, pressupõe a vontade livre e consciente do agente de vender, expor à venda, alugar, introduzir no país, adquirir, ocultar, emprestar, trocar ou ter em depósito, com intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral (TJSC, AC 98.007259-0, Real. Paulo Gallotti, J. 1º-9-1998).

“À Justiça Estadual compete processar e julgar delito de violação de direito autoral, eis que ausentes indícios de lesão a bens, serviços e interesses da União” (STJ, CC 18.346/PR, Rel Fernando Gonçalves, DJU, 14-4-1998).

“Ausente o fim lucrativo na aquisição de fitas de videocassete reproduzidas clandestinamente, tem-se por configurado o crime de receptação e não o de violação de direito autoral, previsto no art. 184, §.2º do CP” (TAMG,AC.162.824-8, Rel. Herculano Rodrigues, 0000969).

TECNOLOGIA

Com o avanço da tecnologia, os recursos de fibra ótica, cabo, satélite e ondas proporcionaram um meio de usurpação de obras intelectuais, de filmes e outras obras, principalmente através da internet, onde o agente do crime oferece músicas e filmes, com o intuito de lucro. São feitos *downloads* de obras que o autor não autorizou expressamente.

§ 3º - Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem

formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

PROCEDIMENTOS ADOTADOS DIANTE DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Com a Lei 10695/2003, a autoridade, diante de crime previsto no art. 184, CP, procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, juntamente com os equipamentos que possibilitaram a sua existência. Os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos serão os fiéis depositários de todos os bens apreendidos, devendo colocá-los à disposição do juiz quando do ajuizamento da ação.

O juiz poderá determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito.

Ao ser prolatada a sentença condenatória, o juiz poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderá retorná-los ao comércio.

CONCLUSÃO

Aos autores é dado o direito de se manterem como donos exclusivos de suas obras, daí a necessidade de busca de proteção. O Código Penal com suas devidas alterações serve de amparo para os que se sentem lesados.

O autor tem o direito exclusivo de usufruir de sua obra por toda a sua vida e setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, segundo o art. 41 da Lei 9610/98. Cabe observar esse prazo para que não haja violação de direitos autorais.

É importante observar que o simples fato de a obra não possuir registro não significa que a conduta do agente seja lícita; ao contrário, uma vez que o direito autoral surge com a criação da obra, e não com o seu registro, subsiste ainda nesse caso a infração penal. O autor para se sentir mais protegido pode registrar suas obras intelectuais na Fundação Biblioteca Nacional, conseguindo com isso reconhecimento de sua autoria e maior proteção contra aos violadores de direitos autorais.

Enquanto não existir uma maior fiscalização sobre os produtos comercializados e a penalidade não intimidar os agentes deste crime, essa ação delituosa continuará a ocorrer cada vez mais às claras e em prejuízo aos autores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS. Disponível em: <<http://www.abdr.orh.br>>. Acesso em: 03 fev. 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 813-819.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **DJI – Índice Fundamental do Direito**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1998-009610-da/da001a006.htm>. Acesso em: 24 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Processo Resp 617130/DF. RECURSO ESPECIAL 2003/0208381. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/doc.jsp?i=2&livre=contrato+e+trabalho+e+auto>>. Acesso em: 23 fev. 2006.

BRUM, Nilo Barros de. **O interesse público no Direito Autoral**. Disponível em: <<http://www.nilo.brum.nom.br/tese.html>>. Acesso em: 23 fev. 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. .v.2: parte especial. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 561-569.

CARBONI, Guilherme C. **A Lei 10.695/93 e seu impacto no Direito Autoral brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4432>>. Acesso em: 03 fev. 2006.

CASTRO, Lincoln Antonio de. **Noções sobre direito autoral**. Disponível em: <<http://www.uff.br/direito/artigos/lac-03.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2006.

FARIAS, Káthia Lourenço de. **Dos crimes de violação do direito do autor bem como os direitos conexos.** Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1472>> Acesso em: 23 fev. 2006.

FURTADO, José Augusto Paz Ximenes. **Trabalhos acadêmicos em Direito e a violação de Direitos Autorais através de plágio.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3493>>. Acesso em: 03 fev. 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7-11.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 373-378.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 47-64.

A CULPABILIDADE E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Andrea Lasmar de Mendonça

Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA)
Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela
Universidade Federal do Amazonas (UFAM)
Professora de Direito Penal na Universidade Paulista (UNIP)
Advogada
Assessora Jurídica da Comissão Geral de Licitação do Amazonas
Psicóloga

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme expusemos em trabalho anteriormente publicado¹, para que um determinado comportamento seja considerado delituoso e possa ser aplicada a sanção ao seu sujeito é necessário que existam certos requisitos ou pressupostos, que, segundo a grande maioria da doutrina, são a *tipicidade* e a *antijuridicidade*. Nestes casos, considera-se o crime como um *fato típico e antijurídico* (conceito formal de crime).

O fato típico e sua antijuridicidade são, todavia, insuficientes para a imposição de pena ao autor do delito. No nosso Direito Penal, utiliza-se um brocardo latino que diz ser nula a pena sem que haja a culpa pelo praticado (*nullum poena sine culpa*); portanto, faz-se imprescindível a existência da *culpabilidade*.

Por conseguinte, além de típica e antijurídica, deve a ação praticada ser culpável. Desta forma, conclui-se ser a culpabilidade um elemento subjetivo do delito. No dizer de Flávio A. M. de Barros², deve-se à culpabilidade a aproximação da responsabilidade penal à vontade do homem, pois o arcaico sistema de responsabilidade sem culpa foi rompido graças ao desenvolvimento dos estudos sobre a culpabilidade. É ela que distingue a conduta do homem normal da conduta dos insanos ou imaturos mentais e dos atos dos animais.

Na culpabilidade examina-se se o fato antijurídico deve ser censurado pessoalmente ao agente; o fundamento do princípio da culpabilidade e responsabilidade é constituído pela capacidade do homem de decidir livremente acerca do certo e do errado.

Somente na existência da liberdade de decisão é que existe sentido na imposição de censura de culpabilidade contra o agente.

2 CONCEITO DE CULPABILIDADE

A palavra culpa, em sentido lato, serve para indicar que uma pessoa é responsável por uma falta, ou seja, por ter praticado um ato condenável. No entanto, para o ordenamento jurídico, esse resultado lesivo só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma, se pudesse, com seu comportamento, ter evitado a lesão.

O Código Penal vigente não define o que é culpabilidade, tendo em vista a complexidade da tarefa. A respeito do tema, existem quatro teorias, quais sejam: teoria psicológica, teoria psicológico-normativa, teoria normativa pura e teoria limitada.

De acordo com a tradicional *teoria psicológica*, a culpabilidade reside na relação psíquica entre o autor com seu fato; trata-se da posição psicológica do sujeito diante do fato. Sustenta que o dolo e a culpa são espécies de culpabilidade, tendo por fundamento a teoria causal do crime. O erro desta teoria foi ter reunido como espécies fenômenos completamente diferentes, que são o dolo e a culpa, pois se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não-querer, não podem ter como origem um denominador comum. Quanto à consciência da ilicitude, não há uniformidade em seu tratamento entre os seguidores. Tal teoria não encontra respaldo para explicar a coação moral irresistível nem a obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal (o sujeito age com dolo, mas não responde pelo crime).

Quando a doutrina percebeu que o dolo e a culpa, sendo esta normativa e aquele psicológico, não podiam ser espécies de culpabilidade, passou a investigar acerca de um liame normativo. A teoria *psicológico-normativa* parte do pressuposto de que a culpabilidade contém o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade e a culpa como fatores normativos.

Por isso, para tal teoria, a culpabilidade é o juízo de censura que se faz ao autor pela prática de um fato lesivo que poderia ter sido evitado. O sujeito que mata outro em estado de necessidade age dolosamente, no entanto, sua conduta não é culpável (uma vez que não se exigiria comportamento diverso). Portanto, embora o sujeito tenha agido com dolo ou culpa e não seja culpável, nota-se que a culpabilidade não é só um liame psicológico entre o autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). Diante disso, dolo e culpa não podem ser considerados espécies de culpabilidade, mas sim elementos dela. De acordo com tal teoria, os elementos da culpabilidade são: imputabilidade; elemento psicológico-normativo (dolo ou culpa); e exigibilidade de conduta diversa.

A *teoria normativa pura*, por sua vez, sustenta que o dolo e a culpa integram o tipo penal, localizando-se dentro da conduta humana. Diz-se normativa tal teoria porque os resíduos psicológicos que ainda restavam no interior da culpabilidade (dolo e culpa), foram transferidos para dentro do tipo legal. Desta forma, a culpabilidade passa a ser um mero juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato típico e antijurídico. A culpabilidade concentra-se na cabeça do juiz, e não no psiquismo do réu. Tal teoria é a que se relaciona com a teoria finalista da ação.

Por fim, a *teoria limitada*, aproxima-se da teoria normativa pura, pois em ambas, os elementos da culpabilidade são comuns. A única distinção entre as duas é em relação à disciplina das discriminantes putativas. Nesta, o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se realmente existisse, tornaria a ação legítima. De acordo com a teoria normativa, o dolo subsiste, excluindo a culpabilidade, se escusável o erro; se inescusável, o agente responde pelo crime a título de culpa. A teoria limitada, por sua vez, sustenta que o erro escusável exclui o dolo, subsistindo responsabilidade a título de culpa.

3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Para que se possa dizer que uma conduta é reprovável, ou seja, que há culpabilidade, é necessário que o autor pudesse agir com a norma, de acordo

com o direito. Para que se enumere os elementos da culpabilidade, é imprescindível a filiação a uma das teorias acerca da culpabilidade.

Portanto, vale ressaltar que a maioria dos doutrinadores em direito penal acolhe a teoria normativa pura da culpabilidade, na qual se retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal; exclui-se do dolo a consciência de ilicitude e a coloca na culpabilidade. Em consequência da adoção desta teoria, teremos os seguintes elementos da culpabilidade: possibilidade de conhecimento do injusto, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade. Esses três elementos serão expostos a seguir.

3.1 POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO INJUSTO

A consciência do injusto é elemento de reprovabilidade. Não faz parte do dolo, mas da culpabilidade. É a consciência que o agente deve ter de que atua de modo contrário ao direito. Para que haja culpabilidade, basta que o agente tenha conhecimento potencial da ilicitude.

Para que uma ação contrária ao direito possa ser reprovada, faz-se necessário que o autor conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude. Portanto, como salienta Manuel Vidaurri Aréchiga³, "a consciência da ilicitude (antijuridicidade) baseia-se no conhecimento das circunstâncias aludidas. Por isso, da realização do tipo deve-se acrescentar o conhecimento da antijuridicidade".

Tendo em vista que a consciência da antijuridicidade é excluída do dolo, integrando a culpabilidade, e com esta constitui puro valor, segue-se que o conhecimento do injusto deve ter a mesma natureza daquela. Aqui se trata de potencial conhecimento da ilicitude, não real e atual. Torna-se suficiente que o sujeito tenha a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta, não se exigindo que possua real conhecimento profano do injusto.⁴

3.2 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

O conhecimento do injusto, por si só não é motivo suficiente para reprovar a conduta do agente. Isso somente poderá acontecer quando o autor, numa situação concreta, podia adotar uma decisão de acordo com esse conhecimento. Portanto, um dos elementos mais importantes da

culpabilidade vem a ser a possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica, isto é, que se possa exigir do autor uma conduta conforme as normas.

O direito exige do sujeito imputável, daquele que pode conhecer a antijuridicidade de seus atos, que tome uma solução de vontade conforme esse conhecimento possível. Se um sujeito que pratica um ato ilícito podia, no tempo de sua ação ou omissão, agir de forma diversa, não praticando, assim, crime, diz-se que dele era exigível uma conduta diversa da que praticou, sendo, portanto, esta exigibilidade, um dos elementos da culpabilidade.

Se, ao contrário, o autor matasse uma pessoa por legítima defesa, dele não se poderia exigir conduta diversa daquela que teve, que foi a prática de delito (do homicídio), não tendo, portanto, neste caso, a presença do elemento exigibilidade de conduta diversa.

Desta forma, para que exista a culpabilidade, faz-se necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível conduta diversa do agente. Tal assertiva é o que se denomina exigibilidade de conduta diversa.

3.3 IMPUTABILIDADE

O terceiro elemento da culpabilidade é a imputabilidade. Portanto, é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se ele tem a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta à sua compreensão⁵. Essa capacidade psíquica, como bem ressalta Zafaroni, é o que se denomina de imputabilidade.

Segundo a psicologia moderna, é a capacidade pessoal do homem de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento.

Assim, sem a imputabilidade, entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, com o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inimputável, ou como alguns doutrinadores denominam, inculpável.

Imputável diz-se o indivíduo mentalmente são, ou, na linguagem do art. 26 do CP (quando define o inimputável) o capaz de entender o caráter criminoso de seu ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade é uma capacidade adquirida com o desenvolvimento biológico e com a vida em sociedade.

O nosso ordenamento jurídico traz algumas causas de supressão da imputabilidade. São elas: inimputabilidade por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; e inimputabilidade por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

De acordo com Francisco Vani Bemfica⁶, a imputabilidade deve existir no momento da execução do ato até a sua consumação, ou até o momento em que ao agente nada mais cabia fazer para alcançar o resultado. É o que se denomina *actio libera in causa*. É a ação livre na sua origem, em que o agente se coloca propositadamente em estado de imputabilidade para praticar o crime.

4 A CULPABILIDADE NA VISÃO DA TEORIA FINALISTA DO CRIME

Uma concepção de Estado corresponde a uma de pena e a esta, uma de culpabilidade. Destaca-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social - algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal -, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização sócio-econômica específica.

Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, é evidente a relação de uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e da função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado.

Um conceito dogmático como o de culpabilidade requer uma justificativa mais clara possível do porquê e para que da pena⁷. Uma concreção do juízo de culpabilidade, sob o ponto de vista dos fins da pena, promete, além do mais, uma harmonização do sistema jurídico-penal, um encadeamento material de dois setores fundamentais, que são objeto hoje dos mais graves ataques por parte dos críticos do Direito Penal.

A teoria do delito encontra no finalismo um dos mais importantes pontos da sua evolução. E uma das mais caras contribuições da teoria finalista, que foi iniciada pelo normativismo neokantiano, foi a extração da culpabilidade de todos aqueles elementos subjetivos que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção *normativa "pura" da culpabilidade*, a primeira construção verdadeiramente normativa.

Como se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização, a culpabilidade, com o que a finalidade é levada ao centro do injusto. Como conseqüência, na culpabilidade, concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito. O objeto da reprovação repousa no injusto.⁸

As conseqüências que a teoria finalista da ação trouxe consigo para a culpabilidade são inúmeras. Assim, a separação do tipo penal em tipos dolosos e tipos culposos. O dolo e a culpa não mais são considerados como formas ou elementos da culpabilidade, mas como integrantes da ação e do injusto pessoal. Constituem o exemplo mais significativo de uma nova direção no estudo do Direito Penal, num plano geral, e a adoção de um novo conteúdo para a culpabilidade, em particular.

Jiménez de Asúa⁹, apesar de sua orientação causalista, definiu a culpabilidade do finalismo como "a reprovação do processo volitivo: nas ações dolosas, a reprovabilidade da decisão de cometer o fato; na produção não dolosa de resultados, a reprovação por não tê-los evitado mediante uma atividade regulada de modo finalista".

Se observarmos bem, a culpabilidade sob a ótica finalista, ou melhor, a definição que à mesma se dá, guarda muita semelhança com aquela do normativismo neokantiano. No entanto, não se pode negar, há notáveis diferenças quanto ao conteúdo que ambas as definições dão à culpabilidade. A culpabilidade, no finalismo, pode ser resumida como o juízo de reprovação

pessoal levantado contra o autor pela realização de um fato contrário ao direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez.

Tem sido dominante, entre os penalistas, a idéia de erigir a ação como a base do sistema jurídico-penal, tendência que se mantém atualizada. Ditas proposições têm seus antecedentes no pensamento globalizador e totalizante dos hegelianos, para os quais o delito era igual à ação e faziam coincidir em um só problema aspectos objetivos e subjetivos na teoria do delito, enquanto que a ação apresentava uma estrutura objetivo-subjetiva. Os hegelianos, sem dúvida, já trabalhavam um conceito de ação similar ao welzeliano, mas que aparecia enfraquecido pela confusão entre ação e culpabilidade, ao absorver todo o subjetivo naquele primeiro conceito.

Em todo caso, o finalismo pode orgulhar-se de haver concretizado em seu ideário o conceito final de ação humana no atual estágio de evolução do direito penal. Do conceito final de ação se extraem interessantes conseqüências: dizer que ação não é causal, mas final implica reconhecer que a finalidade da ação baseia-se no fato de que o homem, à mercê de seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de seu agir, podendo, por isso mesmo, propor-se fins diversos, e, de acordo com um plano, dirigir sua atividade à obtenção de tais fins. Com propriedade, Welzel afirmava que a finalidade é vidente e a causalidade é cega.

5 DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

5.1 NOÇÕES GERAIS

Com o passar dos anos, o nosso Direito Penal foi reformulando o que se considerava ou não excludente de culpabilidade. No Código Penal de 1890, por exemplo, a emoção e a paixão eram causas de exclusão da culpa. Estavam subentendidas na "completa perturbação dos sentidos e da inteligência".

Pelo atual artigo 28 do Código Penal, os motivos não são considerados como excludentes, pois a exaltação das paixões não exclui a culpabilidade, porque nela o sujeito não perde a percepção do bem e do mal, do que é justo e do que é injusto.

Nas palavras de Francisco Vani Bemfica¹⁰ "todo homem pode dominar suas paixões e tem o dever de fazê-lo. Se a emoção e paixão são dirimentes porque podem atingir um estado patológico, então aí não há mais emoção e paixão, mas doença mental, e da noção de enfermidade deve ser excluído o estado passional". Atualmente, nosso código considera a emoção uma atenuante, na forma do artigo 65, III, *c*.

Vimos que a culpabilidade é composta de três elementos, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Quando falta algum destes elementos, não subsiste a culpabilidade. O nosso Código Penal prevê expressamente as causas que excluem a culpabilidade. Portanto, são excludentes de culpabilidade o erro de proibição (art. 21, *caput*), a coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte), a obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte), a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*), a inimputabilidade por menoridade penal (art. 27) e a inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º).

Todas essas excludentes de culpabilidade se relacionam com os elementos da culpabilidade, cada qual de modo peculiar. Por exemplo, o erro de proibição exclui a potencial consciência da antijuridicidade (como se prevê no artigo 21, parágrafo único, do Código Penal). Veremos a seguir cada uma dessas excludentes.

5.2 DA CAUSA QUE EXCLUI A POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO INJUSTO

O tema "possibilidade de conhecimento do injusto", também é encontrado pela doutrina como "consciência da ilicitude" e "potencial consciência da antijuridicidade".

A consciência do injusto é elemento de reprovabilidade, não fazendo parte do dolo, mas sim da culpabilidade. Trata-se da consciência de que o agente deve ter de que age contrário ao direito, como já exposto anteriormente. Para que haja culpabilidade, basta que o agente tenha conhecimento potencial da ilicitude ou que seja conhecedor de que pratica algo ilícito.

Antes da reforma do nosso Código, a doutrina se pronunciava no sentido de que a possibilidade de conhecer o injusto era elemento do dolo. Atualmente, a teoria adotada pelo nosso Código, a finalista, deixa claro ao agente que reprova a realização da conduta típica e antijurídica, enquanto o dolo só é objeto de reprovação como conteúdo da conduta típica. Portanto, a consciência do injusto não corresponde ao dolo, mas sim à culpabilidade.

Quanto aos critérios relativos à conceituação da ilicitude, são três: o formal, o da concepção material do injusto e o do caráter injusto do atual agente. O formal exige que, ao cometer um fato, o agente saiba que infringiu a lei, que houve infração a uma norma penal. Para a concepção material do injusto, exige-se do agente, apenas o conhecimento da imoralidade ou da anti-sociabilidade de sua conduta ou da lesão do interesse. Para o caráter injusto do atuar do agente, não se exige o conhecimento da punibilidade de seu comportamento nem da disposição legal proibitiva, mas apenas o caráter injusto do seu atuar.

Um dos principais pontos a salientar neste tema, é a distinção entre falta de consciência da ilicitude e a ignorância da lei. Lei é uma regra de conduta geral e obrigatória emanada do poder competente e provida de sanção. A ilicitude de um fato é o conflito que se estabelece entre o fato e o ordenamento jurídico.

Portanto, o fato de uma lei ter sido editada e publicada, independentemente de ser conhecida em concreto nada tem a ver com a consciência de sua ilicitude. De acordo com o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, "ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece". Isso não se confunde com a falta de consciência da ilicitude do fato. Portanto, desconhecimento da lei e desconhecimento da ilicitude do fato correspondem a situações distintas.

5.2.1 ERRO DE PROIBIÇÃO

Como já visto, a potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade. De acordo com o artigo 21, parágrafo único, do Código Penal, além de o sujeito ser imputável, é preciso que no momento da prática do fato, ele tenha possibilidade de verificação de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico.

Se o sujeito não tem a possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade é afastada. Surge, então, o que se denomina erro de proibição, que incide sobre a ilicitude do fato, pois o sujeito supõe lícito o fato que cometeu, supõe inexistir a regra de proibição.

O erro de proibição pode ser escusável, quando nele incidiria qualquer homem prudente e de discernimento e o erro de proibição inescusável, quando o sujeito nele incide por leviandade, por imprudência, pois lhe era possível nas circunstâncias em que estava, atingir o conhecimento da ilicitude do fato.

No erro de proibição, ao contrário do que ocorre com o erro de tipo, o dolo subsiste, mas a culpabilidade fica excluída (quando escusável); quando inescusável, ela fica atenuada, reduzindo-se a pena de um sexto a um terço (art. 21, *caput*).

De acordo com Damásio de Jesus¹¹, são três os casos de erro de proibição, a saber: erro ou ignorância de direito (o sujeito sabe o que faz, mas não conhece a norma jurídica, não a conhece bem ou a interpreta mal); o sujeito supõe erroneamente a existência de causa de exclusão da ilicitude não reconhecida juridicamente; o sujeito supõe erradamente que ocorre uma causa de excludente de ilicitude (discriminante putativa).

No primeiro caso, erro ou ignorância de direito, ele pode ser escusável, não derivando da falta de atenção dele, excluindo, portanto a culpabilidade; ou inescusável, que é o que pode ser evitado por um homem prudente. Neste caso, atenua-se apenas a reprovabilidade.

No segundo caso, a suposição de causa excludente de ilicitude, pode ser, também, inevitável (excluindo, portanto, a culpabilidade) ou evitável (atenuando apenas a pena).

Por último, as discriminantes putativas, no caso de erro de proibição (pois também pode ocorrer no caso de erro de tipo), decorrem da má apreciação dos limites jurídicos de uma causa de excludente de ilicitude.

5.3 DAS CAUSAS QUE EXCLUEM A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Reza o artigo 22, do Código Penal vigente: "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem".

Portanto, pode-se perceber que o artigo 22 supra trata dos casos em que o próprio Código exclui a exigibilidade de conduta diversa. Trata-se na primeira parte, da coação irresistível e na segunda, da obediência hierárquica, como será visto em seguida.

5.3.1 COAÇÃO IRRESISTÍVEL

Por coação entende-se o emprego de força ou de grave ameaça contra alguém, no sentido de que faça algo ou não. Segundo Celso Delmanto¹², coação é a utilização de força física (coação física) ou grave ameaça (coação moral) contra alguém, a fim de que este faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Como se observa no artigo 22, do CP, trata-se aqui de coação moral, que é o emprego de grave ameaça contra alguém no sentido de que este realize o fim pretendido. No que diz respeito à coação física, ela está amparada pelo artigo 13, *caput* (o problema aqui é de fato típico, que não existe em relação ao coacto por ausência de conduta voluntária). Portanto, claro está que a coação que exclui a culpabilidade é a moral.

Quando um sujeito comete fato típico e antijurídico sob coação moral irresistível não há culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa; não é, portanto, reprovável seu comportamento. A culpabilidade se desloca da figura do coacto para a do coator. Também é de se ressaltar que não se confunde com o estado de necessidade (excludente de antijuricidade), pois neste ninguém constrange o sujeito a realizar o comportamento típico, ele o realiza para a salvação de direito próprio ou alheio. Na coação, existe uma pessoa que obriga a outra a realizar determinado fato.

Ressalte-se, ainda, que a coação deve ser moral irresistível. Se esta for resistível, não ocorre a exclusão de culpabilidade. Portanto, a penalização, no caso da coação moral irresistível, é do coator, com a agravação do art. 62, II, do CP.

5.3.2 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Trata-se aqui da obediência à manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize ou deixe de realizar uma conduta.

Uma ordem pode ser legal ou ilegal. Se legal, não existe qualquer delito, portanto, não sendo passível de excludente de culpabilidade, pois não fere qualquer tipo descrito em lei. Se ilegal, ocorre crime, estando tipificado na segunda parte do artigo 22. Quanto à ordem ilegal, esta pode ser manifestamente ilegal ou não manifestamente ilegal.

Quando é manifestamente ilegal, respondem pelo crime o superior e o subordinado. Isso ocorre porque ninguém é obrigado a obedecer a ordem de superior manifestamente ilegal. Neste caso, em relação ao subordinado, ocorre uma atenuante genérica (art. 65, III, c).

Quando a ordem não é manifestamente ilegal, aplica-se o dispositivo legal do art. 22 em questão. Como exemplo, Nelson Hungria¹³ relata o seguinte caso: "um bisonho soldado de polícia, por ordem do comandante da escolta, mata com um tiro de fuzil, supondo agir por obediência devida, o criminoso que tenta fugir ou opõe resistência passiva ao mandado de prisão". Trata-se de causa de exclusão da culpabilidade.

Desta forma, conclui-se que são requisitos da obediência hierárquica:

- a) que haja relação de direito público entre superior e subordinado;
- b) que a ordem não seja manifestamente ilegal;
- c) que a ordem preencha os requisitos formais;
- d) que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior; e
- e) que o fato seja cumprido dentro da estrita obediência à ordem do superior.

Presentes todos esses requisitos, o agente não responde pelo crime por ausência de culpabilidade, sendo o fato imputável ao superior.

5.4 DAS CAUSAS QUE EXCLUEM A IMPUTABILIDADE

Como nosso Código adotou a teoria finalista da ação, a imputabilidade é tida como pressuposto da culpabilidade. Na legislação penal

vigente, não houve a preocupação de definir a imputabilidade, limitando-se o legislador a mencionar os casos em que ela não se verifica.

De uma maneira clara, imputável é o homem que, ao tempo da conduta, apresenta maturidade mental para entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Ela torna o sujeito agente responsável pela prática do crime e, portanto, passível de punição.

O Código Penal menciona as seguintes causas de exclusão de culpabilidade por inimizabilidade do sujeito agente: embriaguez completa (art. 28, § 1º), doença mental (art. 26, *caput*), desenvolvimento mental incompleto (art. 26, *caput* e 27 - é a menoridade) e desenvolvimento mental retardado (art. 26, *caput*).

5.4.1 INIMPUTABILIDADE PELA MENORIDADE

Trata-se do menor de dezoito anos. De acordo com a legislação brasileira, a estes não se pode aplicar as penalidades legais cabíveis a qualquer delinqüente. A nossa Constituição vigente, em seu art. 228, também contemplou a inimizabilidade do menor: "São plenamente inimizáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

A inimizabilidade deste menor de dezoito anos decorre de uma justificativa biológica, pois, de acordo com o legislador, apenas a menoridade já é suficiente para presumir de forma absoluta a incapacidade destes indivíduos. Nosso ordenamento quis com isso presumir de forma absoluta que a menoridade é fator suficiente para demonstrar que o menor de dezoito anos é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Portanto, em virtude da menoridade, o indivíduo que possua o desenvolvimento mental incompleto, não está sujeito às normas estabelecidas em legislação comum. O menor de dezoito anos foi contemplado duas vezes em nosso Código vigente: uma no art. 26 (denominado de desenvolvimento mental incompleto, juntamente com o silvícola) e outra no art. 27.

Esse artigo diferenciado deve-se ao fato de que, apesar da inimizabilidade absoluta, esta é temporária, pois dura apenas o tempo em

que faltar para que esse indivíduo complete a maioridade penal (que é dezoito anos).

Finalmente, vale ressaltar que mesmo o menor devidamente emancipado nos termos do Código Civil¹⁴ continua penalmente incapaz, uma vez que a capacidade civil é diferenciada da capacidade penal.

5.4.2 INIMPUTABILIDADE POR EMBRIAGUEZ COMPLETA

A embriaguez é a intoxicação produzida pelo álcool ou substância de efeitos análogos. Ela pode ser completa ou incompleta (quanto ao grau de intensidade), fortuita, por força maior, culposa, voluntária e preordenada (quanto à causa) e acidental ou habitual (quanto à freqüência).

A embriaguez simples, prevista no Código Penal em seu artigo 28, II, não exclui a imputabilidade. A patológica, verificável naqueles que possuem predisposição, é inimputável, mas enquadrada como uma doença mental no *caput* do artigo 26 (pois provoca uma anormalidade psíquica), e não no artigo 28.

No caso da embriaguez preordenada, o que ocorre é uma circunstância agravante prevista no art. 61, II, do CPB. Por sua vez, a embriaguez voluntária ou culposa decorrente de ingestão de álcool ou de qualquer substância análoga não exclui a imputabilidade penal.

No caso excludente de imputabilidade, trata-se da embriaguez acidental proveniente de caso fortuito ou força maior completa. Nestes casos, ela é completa, em consequência da qual, ao tempo da ação ou omissão, o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, havendo exclusão de imputabilidade. Quando, no entanto, a embriaguez acidental por caso fortuito ou força maior não for completa, não existe exclusão de imputabilidade, mas apenas uma atenuação da pena.

Procurando sistematizar o tema, Damásio de Jesus¹⁵ nos apresenta o seguinte quadro acerca dos tipos de embriaguez e como a legislação penal brasileira os prevê:

1. Não acidental

a) Voluntária

- Completa (art. 28, II - não exclui a imputabilidade)
- Incompleta (art. 28, II - não exclui a imputabilidade)

b) Culposa

- Completa (art. 28, II - não exclui a imputabilidade)
- Incompleta (art. 28, II - não exclui a imputabilidade)

2. Acidental proveniente de:

a) Caso fortuito

- Completa (art. 28, § 1º - exclui a imputabilidade)
- Incompleta (art. 28, § 2º - atenua da pena)

b) Força maior

- Completa (art. 28, § 1º - exclui a imputabilidade)
- Incompleta (art. 28, § 2º - atenua da pena)

3. Patológica: Art. 26, *caput*, ou parágrafo único (exclui a imputabilidade ou causa a diminuição da pena).

4. Preordenada: Art. 61, II, I (circunstância agravante).

5.4.3 INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

Neste último tópico das excludentes de imputabilidade, estão enquadrados os doentes mentais, os com desenvolvimento mental incompleto e os com desenvolvimento mental retardado.

A inimputabilidade por doença mental ocorre em alguns casos em que a patologia atinge uma fase em que o indivíduo doente não é capaz de entender o caráter ilícito de suas ações. Ocorrem em doenças como a epilepsia, demência, esquizofrenia, embriaguez patológica, paranóia, senilidade patológica, dentre muitas outras doenças. Na maioria desses casos, o agente é considerado totalmente incapaz. No entanto, em alguns outros, tal agente terá sua capacidade reduzida, o que recairá na semi-imputabilidade.

Nos casos de desenvolvimento mental incompleto, enquadram-se taxativamente (ao contrário do rol citado nos casos de doença mental, que é exemplificativo) os menores de dezoito anos (já citados anteriormente) e os

silvícolas que, quando inadaptados à nossa realidade são absolutamente inimputáveis. No caso dos silvícolas, também estes podem ser imputáveis (quando se encontram totalmente adaptados à nossa realidade) ou semi-imputáveis (quando são parcialmente capazes de discernir entre o que é certo e o que é errado).

Finalmente, quando se fala em desenvolvimento mental retardado, falamos dos oligofrênicos, que são aqueles com a capacidade intelectual estagnada e que, na maioria das vezes, tende a regredir.

6 CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que:

- a) como conseqüência do conceito formal de crime ("crime é um fato típico e antijurídico"), para que seja considerado delituoso um comportamento e aplicada a correspondente sanção ao seu agente, é preciso a existência de certos requisitos: tipicidade, que é a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na lei e a antijuridicidade, que exprime uma relação de oposição entre o fato e o direito, representando um juízo de valor em relação ao fato lesivo do bem jurídico;
- b) o fato típico e a antijuridicidade são insuficientes para a imposição de pena ao autor do delito. Além de típica e antijurídica, deve a ação praticada ser culpável;
- c) para que se possa dizer que há culpabilidade, é necessário que o autor pudesse agir com a norma, de acordo com o direito. A maioria dos doutrinadores em Direito Penal, acolhe a teoria normativa pura da culpabilidade, onde se retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal. Em conseqüência da adoção desta teoria, teremos os seguintes elementos da culpabilidade: possibilidade de conhecimento do injusto, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade;
- d) a consciência pelo agente do injusto é elemento de reprovabilidade;

- e) a exigibilidade de conduta diversa é possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica, isto é, que se possa exigir do autor uma conduta conforme as normas;
- f) na imputabilidade – que em virtude da teoria finalista da ação é tida como pressuposto da culpabilidade – é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação;
- g) o nosso Código Penal prevê expressamente as causas que excluem a culpabilidade: o erro de proibição (art. 21, *caput*), a coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte), a obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte), a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*); a inimputabilidade por menoridade penal (art. 27) e a inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º).

NOTAS

- ¹ MENDONÇA, Andrea Lasmar de. Reflexões acerca da teoria do crime. **Revista Jurídica Amazonense**, Manaus, p. 61-79, abr./jun. 2000.
- ² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral: v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 283.
- ³ ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 319.
- ⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 404.
- ⁵ ZAFARONI, Eugênio Raul *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 1. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 197.
- ⁶ BEMFICA, Francisco Vani. **Da teoria do crime**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 181.
- ⁷ Para uma análise mais aprofundada das concepções acerca dos fins da sanção penal: MENDONÇA, Andrea Lasmar de. O Direito Penal e a evolução histórica da pena. **Revista Jurídica Amazonense**, Manaus, p. 147-161, jan./mar. 2000.
- ⁸ MENDONÇA, Andrea Lasmar de. **Reflexões acerca da teoria do crime**, op. cit., p. 64-65.
- ⁹ ASÚA, Jiménez de *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 301.
- ¹⁰ BEMFICA, Francisco Vani. **Da teoria do crime**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 177.
- ¹¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**, op. cit., p. 429.
- ¹² DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 38.

¹³ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao código penal**. v. I. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 262.

¹⁴ Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10.01.2002), art. 5º, parágrafo único: "Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menos tiver 16 (dezesseis) anos completos".

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**, op. cit., p. 449.

DELINQUÊNCIA CARACTEROLÓGICA: O COMPORTAMENTO "ANTI-SOCIAL" E A SEMI- IMPUTABILIDADE

Luíza Helena Simonetti Xavier

Advogada

Os comportamentos infracionários ou anti-sociais bem definidos por Odon Ramos Maranhão¹ como *delinquência caracterológica*, por ter como gênese traços individuais da personalidade do indivíduo, assim considerados como defeitos de sua constituição ou de formação, causam impacto no seio social geralmente pela agressividade como se apresentam.

Esses defeitos de formação advêm da incapacidade de pessoas que, tendo experimentado uma convivência socialmente marginal, aderiram aos parâmetros de moralidade e ética daquele determinado grupo social que geralmente são alheios aos dogmas sociais predominantes. Por outro lado, os defeitos de constituição de personalidade trazem como traço marcante a impossibilidade de impregnação do indivíduo a qualquer compreensão do ético ou moral que é doutrinado em seu meio. É um indivíduo estanque, imune a influências sociais. Não absorve regras sociais, não porque não tenha tido a oportunidade de formação de sua personalidade e sim por um defeito de constituição. Assim, subclassifica-se a "delinquência caracterológica" por defeito de constituição e de formação.

Ainda segundo Maranhão², os mal constituídos, os portadores de *defeito do caráter*, são os denominados detentores de *personalidades psicopáticas*. Já os defeituosos de formação possuem um desvio do caráter, classificados assim como possuidores de "personalidades delinquentes", ou delinquentes "psicopáticos" e "essenciais" respectivamente.

O ponto de destaque do distúrbio de personalidade é a inflexibilidade e a forma distorcida de implementar um relacionamento social, que são indeclináveis no seu mecanismo e fórmula de conhecer o seu meio e a si próprio. Geralmente esses "problemas" são tão graves que chegam a comprometer fatalmente as funções adaptativas. Esses distúrbios de personalidade são mais aflorados na adolescência, todavia seus "sintomas"

podem ser identificados já na infância, sendo que os atos delinquentes se apresentam com maior carga agressiva na vida adulta, podendo ainda sobreviver na velhice, nesta com velocidade decrescente.

Os psicopatas não possuem uma noção translúcida do que nos é ensinado do que é certo ou não. Assim, despojados de constituições morais, para alcançarem seus objetivos, atropelam os direitos de outrem sem pestanejar. Os psicopatas não têm preocupação com o futuro, vivem sempre no presente, rodeados de idéias sempre vinculadas ao objetivo alvejado. Sempre tendem a beneficiar-se com seus atos impulsivos e desejos momentâneos. Geralmente não se esforçam para encobrir seus atos, daí a razão por que são quase sempre apanhados.

Em substrato, personalidade psicopática ou sociopática é aquela onde o paciente, devido a alterações na afetividade, temperamento e no caráter, não consegue adaptar-se à vida social. Não há comprometimento da inteligência.

Suas características marcantes são os distúrbios da afetividade, ausência de delírios, boa inteligência, inconstância, insinceridade, falta de vergonha e de remorso, conduta social inadequada, imponderável, egocentrismo em último grau, imprevisibilidade, satisfação em deixar atônitas as pessoas com seus atos chocantes, ausência de predisposição ao suicídio, de vida sexual preterida por outros interesses. Em vista da euforia em que vive, não consegue pôr um rumo em sua vida.

Os psicopatas não reconhecem as regras da sociedade, sentem-se superiores e geralmente externam desprezo aos outros homens. Não possuem um senso ético desenvolvido, não se arrependem, não guardam nenhum tipo de sentimento remorsal, ainda que por mais hedionda a atrocidade cometida.

A "personalidade psicopática", isto é, a psicopatia por defeito de constituição, já tinha essa concepção desde o século XIX. Em 1850, Morel referia-se a uma "herança degenerativa" como causa da Psicopatia. Em 1888, Koch definia-a como "inferioridade psicopática".

Hoje em dia, ainda não se pode negar totalmente a "causalidade biológico-constitucional" da formação da personalidade psicopática, isso, porém, não afetou o interesse em se obter uma explicação psicodinâmica dos processos desencadeadores do comportamento psicopata. Craft, citado por

Maranhão³, indica os processos de biogênese da personalidade psicopática assim:

Os[...] processos primários seriam, segundo esse autor, dois: a) falta de sentimento (amor ou afeição pelas outras pessoas), e b) tendência à ação impulsiva. (grifo nosso)

Destes resultariam quatro processos secundários: 1. agressividade; 2. ausência de culpa; 3. incapacidade de aprender pela experiência; 4. falta de motivação adequada. (grifo nosso)

Ainda segundo o Mestre Maranhão⁴, uma das mais claras e precisas descrições do psicopata se deve a McCord e McCord, quando escrevem:

O psicopata é anti-social. Sua conduta freqüentemente o leva a conflitos com a sociedade. Ele é impelido por impulsos primitivos e por ardentes desejos de excitação. Na sua busca autocentrada de prazeres, ignora as restrições de sua cultura. O psicopata é altamente impulsivo. É um homem para quem o momento que passa é um segmento de tempo separado dos demais. Suas ações não são planejadas e ele é guiado pelos seus impulsos. O psicopata é agressivo. Ele aprendeu poucos meios socializados de lutar contra frustrações. Tem pequeno ou nenhum sentimento de culpa. Pode cometer os mais apavorantes atos e ainda rememorarlos sem qualquer remorso. Tem uma capacidade pervertida para o amor. Suas relações emocionais, quando existem, são estéreis, passageiras e intentam apenas satisfazer seus próprios desejos. Estes dois últimos traços: ausência de amor e de sentimento de culpa marcam visivelmente o psicopata, como diferente dos demais homens. (grifo nosso)

Os padrões, conceitos e roteiros de indentificação das personalidades psicopáticas vêm se diversificando durante os séculos, sob os auspícios das

mais variadas correntes e especialistas sobre o tema, todavia ainda hoje não se tem uma unanimidade do nascer do defeito constitucional da personalidade. A verdade é que grandes autores traçaram profundos tratados sobre o tema, ora dando ênfase às causas constitucionais, ora às psicodinâmicas.

As características mais identificáveis do psicopata, e quanto a isso não se percebe maior polêmica no meio literário da psiquiatria, são as seguintes:

- a) **Instintos agressivos:** uma força interna os leva a idealizar e realizar atos agressivos;
- b) **Incapacidade de amar:** o psicopata é incompatível com o amor, que é um sentimento, para ele, dos fracos. O delinqüente psicopata sente-se superior diante dos membros da sociedade, por isso não pode compartilhar dos mesmo sentimentos;
- c) **Dificuldade de planejar a médio e a longo prazo:** dentro de sua euforia, o psicopata vive o momento, e vive dentro da sua "felicidade" de realizar seus objetivos imediatos, não tem preocupação com o futuro;
- d) **Ética auto-centrada em seus interesses:** a vida do mundo, na sua mente, gira em torno da realização de seus interesses, não admite ser desconsiderado ou ser obstaculizado na realização de seus planos;
- e) **Mentira patológica:** o psicopata tem sentimento incontrolável de mentir e inventar, criar, seja gratuitamente, seja para a consecução de seus objetivos;
- f) **Não ter sentimento de culpa, ser frio e calculista:** na crueldade natural, o psicopata não se arrepende e nem nutre sentimento de culpa, suas realizações são seriamente planejadas e calculadas é imune a qualquer sentimento nobre, é frio como o gelo.

A questão da imputabilidade ou não do psicopata, aos nossos humildes olhos, ainda não se encontra bem definida na Codificação Penal Pátria, conforme estatui o art. 26, *verbis*:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão,

inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de uma a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No *caput* do artigo, vemos retratado o caso dos inimputáveis, cuja consequência jurídica encerra numa medida de segurança. Há absolvição, porém, se o indivíduo sofre uma medida de tratamento psiquiátrico.

Para efeito penal, não há uma inserção legal e explícita do psicopata no terreno vacilante da irresponsabilidade criminal, optando a maioria dos mestres penalistas por qualificar o psicopata no limbo existente entre a normalidade e a anormalidade psíquica.

O Saudoso Mestre Nelson Hungria foi taxativo ao limitar a responsabilidade penal do psicopata na semi-imputabilidade⁵, todavia foi incisivo em estendê-la somente aos psicopatas em sentido estrito, excluindo assim os delinqüentes essenciais.⁶

Zaffaroni e Pierangeli vão mais além e admitem até situações de inimputabilidade do psicopata quando realmente evidente que o desvalor moral pelo que se infectou o "delinqüente" lhe obnubilava a tal ponto que não permitia ao mesmo entender o caráter ilícito do crime⁷.

Muitas críticas há à aplicação da pena criminal ao psicopata, como não sendo o melhor caminho nem o mais adequado para a possível reinserção dele no seio social, todavia a semi-imputabilidade tem sido coroada como a melhor opção.

Portanto, a preocupação do meio médico sobre a eventual ineficácia da terapia prisional seria só parcialmente procedente e poderia valer apenas para os psicopatas constitucionais. O tratamento ortopédico correcional pode ser o único meio de controlar determinados pacientes anti-sociais.

Noutro passo, a adequação da pena ao crime e ao criminoso é matéria abrangida pelo princípio do tipo penal. Nem sempre é possível aplicar o conceito de semi-imputabilidade para também cobrir casos que, acredita-se, poderiam estar melhor servidos com a medida de segurança.

Não se pode olvidar que a pena, sobretudo, tem um caráter de proteção da ordem social e moral, que foi atingida pelo criminoso. Mesmo que a pena não consiga a reabilitação do criminoso, esta servirá para isolá-lo do convívio social, criando um sentimento de "segurança social".

Assim, é imperioso que se faça um trabalho criterioso para a identificação dos casos de imputabilidade e semi-imputabilidade. Como destacou Ernesto Fühler⁸, um equívoco nesse Juízo de valor "[...] estará premiando a malvadez pura."

NOTAS

¹ MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 78.

² Op. cit., p. 79.

³ Op. cit., p. 83.

⁴ Op. cit., p. 84.

⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed., v.I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 273, in verbis: "[...] Os estados mentais que condicionam a responsabilidade diminuída constituem, de modo geral, a zona limítrofe entre a doença mental ou a oligofrenia e a normalidade psíquica. Compreendem-se no seu elenco...e, sobretudo o vasto grupo das chamadas personalidades psicopáticas (psicopatias em sentido estrito) [...]".

⁶ Op. cit., p. 266.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique Pierangeli. Manual de direito penal brasileiro: 2. ed. parte geral, p. 631 e 632, in verbis: "[...] Dada esta falha proveniente do campo psiquiátrico, não podemos dizer como trataremos o psicopata no direito penal. Se por Psicopata considerarmos a pessoa que tem um atrofia absoluta e irreversível de seu sentido ético, isto é uma sujeito incapaz e internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, então ele não terá capacidade para compreender a antijuridicidade de sua conduta, e, portanto será um ininputável[...]".

⁸ FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 65.

SERÃO AS LEIS INÚTEIS?

Paulo Queiroz

Mestre e Doutor em Direito pela PUCSP

Professor do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB

Procurador Regional da República

Autor do livro Direito penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

Dentre as muitas ilusões que nós, operadores do direito, alimentamos, está supor que boas leis implicam, necessariamente, um bom direito ou que leis democráticas importam sempre em um direito democrático, suposição que confunde direito legislado e direito praticado, discurso e realidade, teoria e práxis.

No entanto, apesar da importância do direito legislado, leis, sejam constitucionais, sejam infraconstitucionais, são com frequência inócuas, pois rigorosamente falando o Direito não existe, porque, "aquilo que uma teoria do direito objetiva como Direito", são palavras de **François Ewald**, "como natureza do direito, como essência do direito, não tem existência real. O Direito - demos-lhe maiúsculas - não existe. Ou antes, não existe a não ser como um nome que reenvia a um objeto, mas serve para designar uma multiplicidade de objetos históricos possíveis - que, como realidades, não têm os mesmos atributos, e que podem mesmo ter atributos irreduzíveis"¹, de sorte que, assim como não há fenômenos morais, mas apenas interpretação moral dos fenômenos (**Nietzsche**), tampouco há fenômenos jurídicos, mas só interpretação jurídica dos fenômenos, pois nada é onticamente jurídico, lícito ou ilícito, mas socialmente construído.²

Conclusivamente, ele é o que dissermos que é, porque o direito, como de resto tudo que diz respeito ao homem, não está no fato ou na norma em si, mas na cabeça das pessoas, de modo que podemos afirmar, parafraseando o evangelho (Lucas, 17:21), que o reino do direito está dentro de nós, e que nós o criamos e recriamos permanentemente, dando-lhe distintos significados a cada momento de sua produção segundo um dado contexto histórico-cultural. Daí que o direito, como o poder, não é uma coisa, mas relações/interações/interpretações, ou seja, "é algo que se exerce, que se

efetua, que funciona como uma maquina social que não está situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social."³ Constitui, portanto, uma simplificação grosseira supor que o Estado seja a única fonte de direito ou que o direito se esgote no direito legislado, já que cada um carrega dentro de si seus microsistemas jurídicos, que faz ou tenta fazer prevalecer nos seus espaços de interação/exercício de poder: para uns o direito é uma pequena igreja, para outros, um capítulo da moral, para outros, um momento da política etc.

Partindo desse ponto de vista, seria mais correto falar, inclusive, de "direitos", tantas são as possibilidades de sua produção, donde se conclui que o fundamental não são as leis, mas os homens que as fazem e as interpretam. E se, como dito, as leis são grandemente inócuas, deveríamos ter um catálogo mínimo de leis, preferencialmente leis principiológicas, de modo que tão importante quanto um direito penal mínimo é um direito constitucional mínimo, um direito do trabalho mínimo, um direito processual mínimo, pois multiplicar leis significa, antes de tudo, multiplicar violações à lei, e não o seu cumprimento. Ademais, não podemos esperar das leis o que elas não nos podem oferecer, como se ocultassem algo de mágico e pudessem produzir algum milagre.

Exemplo frisante de quão inúteis podem ser as leis, mesmo quando assumam caráter constitucional, principiológico e garantista, a demonstrar, definitivamente, que o direito, e, pois, o não-direito, o lícito e o ilícito, é o que dissermos que ele é, foi-nos dado pelo Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004, que, a pretexto, e só a pretexto, de regulamentar os §§ 1º e 2º do art. 303 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), previu a destruição de aeronaves "hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins", vale dizer, instituiu, entre nós, a pena de morte por juízo de exceção, implicando, por isso, a violação sistemática de vários princípios constitucionais (CF, art. 4º e 5º): a)inviolabilidade da vida (art. 5º, *caput*); b)proibição da pena de morte em tempo de paz (art. 5º, XLVII, a); c)presunção de inocência (art. 5º, LVII); d)proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, a); e)devido processo legal (art. 5º); f)prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); g)defesa da paz (art. 4º, VI); h)solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII); i)repúdio ao terrorismo (art. 4º, VII); j)legalidade; l)proporcionalidade;

m)inviolabilidade da propriedade (art. 5º, *caput*). Nota: apreciando petição que argüia inconstitucionalidade do aludido Decreto, o Procurador Geral da República, contrariamente, assinalou que

a medida de destruição não guarda relação com a pena de morte. Aliás, sequer pode ser considerada uma penalidade, porquanto não se busca, com sua aplicação, a expiação por crime cometido. Em realidade constitui, essencialmente, medida de segurança, extrema e excepcional, que só reclama aplicação na hipótese de ineficácia das medidas coercitivas precedentes. É importante frisar que tal medida tem por objeto a preservação da segurança nacional e a defesa do espaço aéreo brasileiro.

Com a edição do decreto, sabemos, agora, que a pena de morte, que sempre existiu entre nós informalmente, passou a contar com o apoio oficial explícito, tudo a revelar quão violento e antidemocrático pode ser o "direito democrático", criado que é à nossa imagem e semelhança, e, pois, expressão fiel dos nossos microsistemas jurídicos.

Ontem, como hoje, portanto, o decisivo não é a lei, mas o homem!

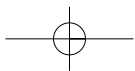
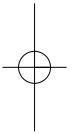
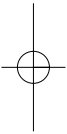
NOTAS

¹ FOUCAULT, Michel. **A Norma e o Direito**. Lisboa: Vega, 1993. p. 160.

² Como afirma Calmon de Passos, o Direito "enquanto apenas formulação teórica, enunciado normativo, proposição ou juízo, ainda não é o Direito", pois "o Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que nunca é algo dado, pronto, pré-estabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das conseqüências", razão pela qual "O Direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado". **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 67-68.

³ Roberto Machado. Por uma genealogia do poder. p. XIV. In: FOUCAULT, Michel. **Introdução à Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1995.

MEMORIAL



ENTREVISTA COM O DESEMBARGADOR FEDERAL SEBASTIÃO FAGUNDES DE DEUS

**Desembargador
Sebastião Fagundes de Deus**

A Revista Circulus, no cumprimento de um de seus objetivos programáticos – preservar a memória da Seção Judiciária – entrou em contato com o Doutor Sebastião Fagundes de Deus, magistrado que aqui exerceu suas funções pelos idos de 1986, o qual nos concedeu gentilmente a seguinte entrevista:



RC - Poderia Vossa Excelência referir-se à sua história de vida e em especial à sua trajetória profissional?

SF - A partir dos 14 anos de idade, sempre estudei no período noturno, por força da necessidade de trabalhar durante o dia, em tempo integral. Aos 21 anos de idade, já casado, e nos anos que se seguiram, com o advento dos primeiros filhos apesar das dificuldades inerentes a essa condição, meus esforços continuados contribuíram decisivamente para a minha caminhada em vitória e sem soluções de continuidade. Concluí o segundo grau no ano de 1967, ingressei na Faculdade de Direito da UFGO, no primeiro semestre de 1968, tendo terminado o curso em 1972 (dezembro/1972).

Na própria Universidade Federal de Goiás, realizei três cursos de especialização em Direito (Civil, Processo Civil e Agrário). Porém, antes de iniciar qualquer um desses cursos tive a felicidade de obter aprovação em concurso para Procurador do Incra (junho/1973), de nível nacional, seis meses após o bacharelado, naquele tempo em que não tínhamos as facilidades de estágios hodiernos, v.g, em Secretarias das Varas Federais, Tribunais e Ministério Público.

Em agosto/78, ingressei, por concurso, nos Quadros da ELETRONORTE, como advogado, onde permaneci até 1985, e de onde saí para tomar posse no cargo de Juiz Federal no dia 02.09.85.

RC - Que recordações lhe ficaram de Manaus e do Amazonas, onde se sabe que atuou como juiz federal?

SF - A cidade de Manaus proporciona aos seus visitantes recordações agradáveis. Não há dúvida de que tenho boas lembranças daquela importante capital do Estado do Amazonas, e bem assim, de servidores da Seção Judiciária local, onde estive em função de substituição do então juiz federal, Ubirai Costa Terra, por três vezes (novembro/85, fevereiro/86 e fevereiro/87).

RC - Lembra-se Vossa Excelência de quando se deu sua passagem entre nós e de algum fato interessante relacionado com a Seção Judiciária do Amazonas?

SF - Posso mencionar alguns fatores de interesse que me vêm à lembrança, a saber: um número razoavelmente elevado de audiências, inclusive criminais; interrogatório do então Reitor da UFAM, em ação penal; saneamento do processo relativo à ação popular movida contra a União e Juízes do TRT, em virtude de contratações de servidores não precedidas de

concurso público; atuação em ações movidas pelo INCRA, além de muitas outras.

RC - Vossa Excelência já conhecia o Amazonas antes de ingressar na magistratura federal?

SF - Eu já conhecia o Amazonas. Como advogado da ELETRONORTE estive várias vezes em Manaus, atuando em causas cíveis, trabalhistas e acompanhando o curso de ação penal de interesse daquela empresa estatal.

Anteriormente, na qualidade de Procurador do INCRA e chefe da coordenação fundiária regional da autarquia, participei de encontros na cidade de Manaus.

RC - Que pensa Vossa Excelência da questão amazônica? Já lhe ocorreu proferir sentenças em feitos sobre o meio ambiente, a biopirataria, o tráfico de entorpecentes e outras matérias freqüentes na cena judiciária da Amazônia?

SF - A região amazônica, dadas as suas peculiaridades, por apresentar uma gama diversificada de situações geradoras de conflitos, inclusive de natureza penal (v.g.: contrabando, descaminho, tráfico de entorpecentes), hoje muito mais do que antes, tem sido alvo de muita preocupação para as autoridades de um modo geral, inclusive as judiciárias, a quem incumbe compor os litígios típicos daquela região de tamanha vastidão e magnitude. A respeito dos feitos mencionados, atuei em alguns casos, impulsionando os respectivos processos; não, porém, em matéria de biopirataria e direito indígena.

RC - Que nos diria Vossa Excelência sobre o que poderiam fazer nossas elites para dar aos estratos menos favorecidos de nossa sociedade melhor condição de vida?

SF - O que falta, nessa área, a meu ver é, antes de tudo: a) real vontade política; b) seriedade, sinceridade, honestidade, HONRADEZ, probidade dos agentes políticos e dedicação, com afinco, ao trabalho nas respectivas esferas de poder que lhes compete. Penso, ainda, que lhes incumbe atuar sem egocentrismo, soberba, demagogia, não visando, portanto, seus próprios interesses egoístas, senão as legítimas aspirações da população desfavorecida.

RC - Sabendo-se que Vossa Excelência é profundamente religioso, em que sua crença tem influenciado em sua atuação profissional e em sua visão de mundo?

SF - Na verdade, sou estudioso das Escrituras Sagradas, a Bíblia, que é a Palavra escrita do Deus Altíssimo, Senhor dos céus e da terra.

O livro dos Salmos, capítulo 119, versículo 105, revela-nos o que a Bíblia representa para as nossas vidas: "Lâmpada para os meus pés é a tua palavra e luz para os meus caminhos".

O exercício da fé no Deus Todo-Poderoso, pondo em prática sua Palavra, tem sido fundamental para uma vida cheia de motivação e entusiasmo em todas as realizações ao longo de minha trajetória de vida.

O salmista disse: "Quanto amo a tua lei! É a minha meditação todo o dia" (Salmo 119:97).

Jesus Cristo declarou solenemente: "Eu sou a luz do mundo; quem me segue não andarás em trevas; pelo contrário, terá a luz da vida" (João 8:12).

Como, então, posso dizer a propósito do que tem sido essencial para alcançar as bênçãos do Altíssimo, ao lado do esforço continuado e plena dedicação ao trabalho como operador do direito? Certamente não é

simplesmente procurando obter fé ou tentando crer, porquanto tudo o que é necessário é pôr em prática aquilo que Deus diz, lendo, meditativamente, as Escrituras. Sem fé é impossível agradar a Deus, porque é necessário que aquele que se aproxima de Deus creia que Ele existe, e que é galardoador dos que o buscam para a satisfação de seus sonhos e necessidades (Hb 11:6).

SENTENÇA Nº 058/ 87 - 1ª VARA
CLASSE X – PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO Nº JFA – 0275/85
Autor: RAIMUNDO NONATO DE CASTRO
Ré: UNIÃO FEDERAL
Juiz Federal: DR. SEBASTIÃO FAGUNDES DE DEUS

Vistos, etc.

RAIMUNDO NONATO DE CASTRO, brasileiro, solteiro, maior, residente e domiciliado nesta capital, representado por advogado, ajuizou ação de indenização, pelo procedimento sumaríssimo, contra a União Federal, ao fundamento de que, no dia 28,12,84, fora vítima de trânsito causado por culpa do motorista Josimar Santos Batista, o qual dirigindo a viatura o Exército Brasileiro, prefixo CRO – 12, marca Chevrolet veraneio, cor verde colidiu com o veículo de sua propriedade marcas Volkswagen, ano 1979, causando-lhe sérios danos e no próprio autor que se encontra até o momento com o poder de locomoção bastante diminuído. Afirmo que o orçamento atingiu o montante de Cr\$ 15.383.528 (quinze milhões, trezentos e oitenta e três mil, quinhentos e vinte e oito cruzeiros), em maio de 1985 ao qual se deverão acrescentar jurus e correção monetária; que os danos físicos sofridos levou o autor a pagar no Pronto Socorro dos Acidentados a quantia de Cr\$ 3.810.456 (três milhões, oitocentos e dez mil, quatrocentos e cinquenta e seis mil cruzeiros), como despesas hospitalares, além de necessitar para sua recuperação de um tratamento de pelo menos 12 meses.

Sustenta a responsabilidade civil da União de indenizar os danos causados, inclusive lucros cessantes decorrentes do não-exercício de sua profissão como motorista de táxi, que somam a quantia diária de Cr\$ 50.000, atingindo um total de Cr\$ 15.200.000 (quinze milhões e duzentos mil cruzeiros) desde a data do acidente até o dia 31.10.95, correspondente a 304 dias não trabalhados.

Ao final, requer a condenação da União no pagamento da quantia de Cr\$ 34.383,528, apurada até o dia 31.10.85, com atualização até a data da sentença, acrescida de jurus e correção monetária.

A inicial acha-se instruída com os documentos de fls.06/18.

Na audiência a ré apresentou contestação oral, sustentando as seguintes razões:

- a) não reconhece culpa na conduta do motorista do veículo militar, prefixo CRO-12, à época dirigido por JOSIMAR SANTOS BATISTA;
- b) a descrição dos fatos se baseia exclusivamente na conclusão a que o perito oficial, sem oferecer provas da culpabilidade do motorista da viatura militar;
- c) o autor não provou a ocorrência de quaisquer elementos constitutivos da culpa, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia;
- d) analisando o laudo pericial de fls. 13 e 14, verifica-se que qualquer dos dois motoristas poderia ter causado a colisão.

Por esses motivos, a União não aceita a responsabilidade denunciada pelo autor, por falta de provas nos autos, da culpabilidade de seu preposto, esperando que seja declarada a improcedência do pedido, e todos os seus termos.

Replicou o autor (fls.25/ 28) foi determinada ex officio a realização de prova pericial na pessoa do autor, na modalidade de exame médico.

Apresentados os quesitos (fls. 31), os peritos-médicos responderam positivamente, no sentido de que o autor se encontrava em condições tais, de modo a não poder exercer a sua profissão de motorista de táxi, temporariamente (laudo pericial a fls. 39).

É o relatório. Decido.

Da prova documental, merecem citados os seguintes documentos:

- a) o atestado de internamento do autor (fls.7) em nosocômio que apresentava fraturas do fêmur esquerdo e do joelho direito;
- b) exame de corpo de delito na pessoa do autor (fls.8);
- c) recibo referente a despesas médico-hospitalares (fls. 10), no valor de Cr\$ 3.810.456;
- d) orçamento, (fls. 11/12), no importe de Cr\$ 15.383.528;
- e) laudo de exame (fls. 13/14), apresentando as considerações gerais e a conclusão, que se transcreve verbis:

“Tendo em visto os elementos coligidos no local do evento as sedes e orientações nos danos causados nos veículos e de acordo com a situação da via, permitiram

aos peritos tecerem os seguintes comentários.

Progredia pela av. Constantino Nery pela faixa da esquerda no sentido de deslocamento no sentido centro-bairro o veículo de prefixo CRO – 12 dirigido por Josimar Santos Batista, CNH-AM 009027930, quando em frente do Café Garçonete, efetuou o retorno irregular, sendo colidido pelo ZA 5677, que trafegava no sentido contrário na faixa da esquerda no sentido retilíneo.

Com o impacto o veículo colidente, isto é, o ZA 5677 imobilizou-se no flanco direito da via em que trafegava a uma distância aproximadamente de 15 metros do sítio do acidente enquanto o CRO-12 permanecia parado com as rodas anteriores na contramão de direção, saindo com ferimentos graves o motorista do ZA 5677 e uma passageira de identidade ignorada que foram atendidos no PSU.

Ante ao exposto o perito são de parecer que a causa do acidente foi motivada pelo condutor da viatura CRO-12, por dirigir sem os devidos cuidados a segurança do trânsito, efetuando o retorno irregular, interceptando o sentido prioritário do ZA 5677.

RESPOSTAS AOS QUESITOS

- 1º) Sim;
 - 2º) Colisão com vítimas lesionadas;
 - 3º) Vide as “ Considerações Gerais”.
- Manaus, 11 de janeiro de 1985”

f) nota financeira (fls. 15/16), demonstrando a emissão, pelo QG da 12ª Região Militar, a favor do autor do pagamento de Cr\$ 8.148.000, na data de 16.04.85.

O laudo pericial é conclusivo no atribuir aos motorista da viatura militar (CRO-12) a falta dos cuidados devidos, de sorte que, não atentando para a segurança do tráfego, efetuou um retorno irregular, na pista, em frente ao “Café Garçonete”, interceptando o sentido prioritário do veículo dirigido pelo autor.

O perito oficial da Secretaria de Segurança Pública, confirmou, em audiência, a conclusão do laudo, oferecendo, ainda outros esclarecimentos, (fls.23, verso).

Assim, atribuo à aludida perícia a idoneidade necessária a comprovar a culpa do preposto da União. Na esfera administrativa, as autoridades do QG da 12ª Região Militar não cuidaram de requerer qualquer revisão do laudo ou reconstituição do acidente. Ao contrário de tais providências, a referida unidade militar autorizou a realização de operação financeira (fls.15), efetuando o depósito a favor do autor da quantia de Cr\$ 8.148.000, que, implicitamente, demonstra sua posição de reconhecimento da responsabilidade do motorista da viatura militar pelo acidente.

A ré, por sua vez, na contestação limitou-se a questionar a falta de comprovação da culpabilidade do motorista da viatura militar, opondo contrariedade às conclusões do laudo, mas deixou de oferecer impugnação aos documentos relativos às despesas hospitalares e ao conserto do veículo (orçamento de fls.11/12). Assim, presumem-se aceitos pela ré os documentos contra os quais não se opôs. É que por força do princípio que atribui ao réu o dever de formular impugnação específica aos fatos da causa (CPC, arts. 300 e 302), importa reconhecer, in casu, a aceitação implícita pela ré dos documentos não contrariados.

Cumpre registrar, ademais, que a perícia realizada no autor, em 19.05.86, atestou um notável diminuição de sua capacidade motora, temporariamente, inclusive, que ficou ele impossibilitado parcialmente e temporariamente de exercer sua profissão.

É razoável, portanto, que se lhe reconheça o direito à indenização das diárias que auferiria com o táxi se trabalhasse, ao preço Cr\$ 50.000,00 (Cz\$ 50,00), às épocas, até perfazer-se 12 meses, porque, na data do laudo (09.05.86), o requerente ainda se encontrava com seqüelas dos traumatismos, necessitando de apoio com muletas (fls. 39).

Na hipótese dos autos, a ação funda-se na responsabilidade civil objetiva da ré, por ato do preposto seu (C.C., arts. 15 e 159), que é reconhecida nesta decisão, porquanto o motorista da viatura militar se houve culposamente no momento da colisão.

Ante o exposto, julgo procedente a ação e condeno a União a reparar os danos pessoais e materiais causados no autor, conforme documentos de fls. 10,11/12, e por lucros cessantes, na base de Cr\$ 50.000,00, por dia, a contar de 28.12.84 até 27.12.85, acrescidos de correção monetária (que incidirá, quanto aos valores de fls. 10 e 11/12, a partir de suas datas

respectivas, e mês a mês quanto aos lucros cessantes), e de juros de mora a partir da citação (CPC art. 219), de cujo montante de deduzirá a importância pelo Ministério do Exército de fls. 15/16, acrescida de correção monetária a contar de sua data até a conta de liquidação.

Condeno, ainda, a ré a pagar honorários advocatícios, nos termos do art. 20 § 4º, do CPC, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, na forma acima determinada, a ser apurado por cálculo do contador.

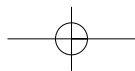
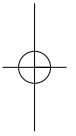
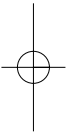
Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição. Decorrido o prazo para recurso voluntário, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Recursos.

P.R.I.

Manaus, 06.03.1987

SEBASTIÃO FAGUNDES DE DEUS
Juiz Federal

DECISÕES



Processo nº: 2005.32.01.000157-3

Requerentes: IBAMA e UNIÃO FEDERAL

Requeridos: ONG – Organização Geral dos Caciques das Comunidades Indígenas do Povo Cocama, de Tabatinga/AM
Francisco Guerra Samias
Eládio Rodrigo Curico
Terto Moraes Nogueir
Antônio Moraes Nogueira
Orlando Poças
Cleudomar Gomes de Almeida e
Francisco Nogueira Moraes.

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública, mediante o que pretendem os requerentes, em suma, obter provimento jurisdicional que determine aos requeridos que se abstenham de “ameaçar ou invadir” a Reserva Extrativista AUATÍ-PARANÁ, bem como a conseqüente condenação no pagamento de indenização por eventuais danos que venham os requeridos a causar. Requerem provimento liminar para “suspensão e impedimento de qualquer intervenção” dos requeridos na área da indigitada Unidade de Conservação da Natureza e em seu entorno legal, alcançando 30 Km de afastamento.

Decido o pedido liminar, que defiro parcialmente.

Os elementos que já constam nos autos evidenciam que há um grupo de pessoas não legitimadas a praticar o extrativismo na Unidade de Conservação RESEX AUATÍ- PARANÁ, grupo no qual se incluem os requeridos, que pretendem, à margem da legislação e dos procedimentos administrativos próprios de nosso Estado Democrático de Direito, romperem a ordem e, *manu militari*, atuarem naquela Unidade de Conservação da Natureza, cara ao meio ambiente e, por isso, objeto de atenção e proteção do Estado.

A legitimidade ativa dos requerentes é extrema de dúvidas, seja pelos dispositivos legais invocados na inicial, seja pelo previsto na Lei nº 9.985/00 (art. 6º), cabendo ressaltar que a RESEX AUATÍ-PARANÁ (art. 14, IV), criada conforme a referida lei, é um bem de domínio público federal, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais conforme contrato e até pagamento (arts. 18, 23 e 33) e seguindo um Plano de Manejo aprovado pelo Conselho Deliberativo da Unidade (art. 18, §§ 2º e 5º e art. 27, § 2º).

Como a criação de uma Unidade de Conservação (art. 22) só ocorre após estudos técnicos, consulta pública e efetiva participação das populações locais, que interferem (audiências/consultas públicas) também na implantação e gestão das unidades (arts. 5º, II, III, V, IX, X), aspectos que evidenciam a preocupação com a participação democrática, tudo leva à conclusão de que os requeridos estão à margem da lei, devendo, portanto, serem coibidos por um provimento jurisdicional porque o ordenamento jurídico, auto-aplicável e com imperatividade, está sendo insuficiente, assim como a simples atuação sócio-elucidativa-pedagógica da administração e a repressão policial a crimes ambientais noticiada nos documentos juntados com a inicial (v.g. 22, 26, 35 e 36), tudo dando conta de que houve ocupação e “roçado” na reserva (f. 23, 35 e 36) e ameaça aos locais para obterem adesão ao ideal e interesses cuja bandeira os requeridos levantaram (f. 35 e 36).

Constato a ilegalidade e ilegitimidade dos requeridos porque a presunção é de que o processo de criação da RESEX ocorreu conforme a legislação, notadamente a referida lei e seu Decreto (nº 4.340/02), razão pela qual não se pode concluir que eles, os requeridos, pertenciam à população tradicional de forma a serem também beneficiados. Ainda que não tenham se manifestado na forma legal, ou que não tenham obtido êxito administrativamente após se manifestarem, não podem fazer o uso da força, mas sim buscar as vias legais para serem reconhecidos seus alegados direitos, como os recursos administrativos e até a busca do Judiciário (art. 5º XXXV). Ressalto que os atos administrativos gozam de presunções de legalidade, boa-fé, imparcialidade, publicidade e eficiência, portanto não se pode levemente pensar que algum vício tenha ocorrido para excluir os requeridos da população tradicional a ser considerada.

Aliás, em relação a Francisco Guerra Samias e Eladio R. Curico, tenho sérias suspeitas de suas nacionalidades e, conseqüentemente, da regularidade de situação em nosso país, uma vez que se pode depreender do documento de f. 24/25, por eles assinado, que são descendentes de etnia peruana - aspecto também indicado por seus sobrenomes — nacionalidade estrangeira que, se constatada, já é, por si só, razão suficiente para que uma conduta mais enérgica por parte das autoridades brasileiras seja tomadas.

Pelo exposto, defiro parcialmente a liminar para determinar aos requeridos que se abstenham de praticar quaisquer atos tendentes a ingressar, permanecer, alterar ou extrair recursos naturais da Reserva Extrativista AUATÍ-PARANÁ, sob pena de multa diária de R\$5.000,00.

Deixo de examinar, por ora, a pretensão relativa ao “entorno legal” referido na inicial porque a Zona de Amortecimento e os corredores ecológicos devem estar estabelecidos e regulados pela administração da Unidade de Conservação (art. 25 da Lei nº 9.985/00 e art. 6º do Decreto nº 4.340/02). Como não há nada nestes autos a respeito, e como não se pode proibir o trânsito ou atividade sem arrimo legal, não pode ser deferido um provimento judicial aleatório. Ademais, eventuais excessos no “entorno” da RESEX AUATÍ-PARANÁ podem ser coibidos pelas autoridades policiais, como já vem ocorrendo, de acordo com os documentos, sendo certo que tudo poderá, posteriormente, após a cognição exauriente, ser resolvido em condenação em obrigações de fazer ou em indenização por danos.

Expeça-se mandados para citação e intimação dos requeridos, dando-lhes ciência desta decisão para incontinenti observância e cumprimento e para que possam responder no prazo e forma legais.

Intime-se o MPF.

Expeça-se ofício ao Sr. Delegado da Polícia Federal, com cópia do inteiro teor destes autos, para que tenha ciência e tome as providências que entender cabíveis.

As questões relativas à regularidade de constituição e legitimidade passiva da ONG – Organização Geral dos Caciques das Comunidades Indígenas do Povo Cocama de Tabatinga/AM serão examinadas na sentença.

Apesar dos elementos que constam nos autos levarem à conclusão de inviabilidade de ser firmado um Termo de Ajustamento de Conduta, tendo

em vista os conflitos não superados em várias oportunidades, os requerentes deverão formular eventual proposta, se houver.

P.I.

Tabatinga/AM, 31/05/05

Reginaldo Márcio Pereira
Juiz Federal Substituto

DECISÃO

Trata o presente processo de Ação Civil Pública promovida pelos Órgãos do Ministério Público Federal e Estadual, contra o Estado do Amazonas, visando:

- 1) ao fornecimento integral dos medicamentos denominados excepcionais;
- 2) ao fornecimento dos medicamentos e correlatos necessários ao atendimento prestado nas unidades de saúde do Estado, de média e alta complexidade;
- 3) a disponibilização aos usuários do SUS da execução dos exames especializados solicitados por médicos credenciados pela rede conveniada;
- 4) a aplicação de multa por dia de atraso na entrega dos medicamentos referidos.

A União manifestou expressamente o seu interesse no feito e aderiu ao pólo ativo da demanda (fls. 432 e 687), indicando Interventor para realizar a entrega dos medicamentos à população (fls. 1101).

Foi concedida, no dia 16 de janeiro de 2003, antecipação de tutela (fls. 434/447), onde foram deferidos os pleitos solicitados na inicial.

O Estado do Amazonas interpôs Agravo de Instrumento, enquanto o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região achou por bem manter a decisão, negando o efeito suspensivo postulado pela Procuradoria do Estado (fls. 478/480).

Realizaram-se audiências em que foram regularmente ouvidas as testemunhas apresentadas pelo Ministério Público, pelo Estado do Amazonas e pela União.

Em virtude de inúmeras reclamações de descumprimento de decisão judicial pela não entrega dos medicamentos, além de descontentamento por eventuais represálias contra pacientes que depuseram em juízo, foi determinada realização de Perícia para identificar os problemas (fls. 1285/1290).

As partes apresentaram quesitos. O Ministério Público Federal apresentou quesitos complementares (fls. 1317/1318), contra os quais o Estado do Amazonas ofereceu Agravo Retido (fls 1325/1329).

O Perito apresentou o Laudo.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Sobre tal questão, decido.

No plano jurídico, o debate que envolve a presente ação tem por alicerce o tema dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, cuja análise ocorrerá durante esta decisão, com enfoque nos princípios que norteiam o instituto, inclusive a moralidade administrativa e a eficiência na prestação do serviço.

No plano fático, constam dos autos perícia judicial, diversos documentos e depoimentos que comprovam a ausência de dispensação de medicamentos, bem como a não realização de exames aos usuários do Sistema Único de Saúde no âmbito do Estado do Amazonas.

A CEMA - Central de Medicamentos do Amazonas - foi criada e inaugurada no ano de 2001, com o objetivo de coordenar, controlar, distribuir e supervisionar o abastecimento dos insumos às Unidades que compõem a Rede de Assistência à Saúde do Estado, além de avaliar tecnicamente os procedimentos farmacêuticos adotados pelos organismos da Secretaria Estadual de Saúde do Amazonas, conforme descrição do Ministério Público (fl. 8).

Por estes objetivos, é dever da Central acima referida realizar o planejamento para atendimento à demanda bem como a programação de compras dos medicamentos. Não foi isso, contudo, o que se constatou ao longo de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, período em que a decisão que deferiu a antecipação de tutela permanece em vigor, porém sem o devido cumprimento por parte do réu, Estado do Amazonas, que vem deixando centenas de clientes (usuários) do Sistema em situação que se aproxima da barbárie.

Conforme claramente se observa do laudo pericial, no ano de 2003 e em parte de 2004 não foi encontrado um único planejamento para o atendimento à demanda, no que se refere aos Medicamentos Excepcionais (de uso contínuo e alto custo, utilizados em doenças crônicas e raras). O mesmo vem acontecendo com os Medicamentos referentes aos

atendimentos de Média e Alta Complexidade. O Sr. Perito Judicial afirmou, ainda, quanto aos medicamentos para atendimento ao Programa de Saúde Mental, que não foi encontrado "algo que possa ser definido como planejamento".

Por sua vez, as compras realizadas nos anos de 2003, 2004 e 2005 não seguiram um planejamento em relação à demanda. Tal circunstância gerou falta de medicamentos excepcionais para atendimento aos pacientes cadastrados, bem como dos produtos para saúde e medicamentos para atendimento à Média e Alta Complexidade nas Unidades Assistenciais do Estado.

Durante diversas audiências perante esta Magistrada, foi possível constatar o desespero e a angústia de vários pacientes transplantados que não obtêm a medicação em tempo hábil e sofrem inenarráveis prejuízos com tal ausência, chegando ao cúmulo da indignidade de implorar pelo empréstimo de uma ou outra pílula para não perder o órgão transplantado, mediante rejeição.¹

Por sua vez, a perícia judicial constatou que a Secretaria de Saúde do Estado do Amazonas não possui sequer registros documentais sobre a procedência dos medicamentos, não podendo identificar quais são os de "marca", os "genéricos" ou os "similares" em seus estoques. Atualmente, inclusive, a CEMA não recebe nem distribui mais os medicamentos, tendo "terceirizado" tal tarefa a uma empresa privada, que cuida da guarda, retirada do estoque, transporte para as unidades de Manaus, transporte para outros 61 municípios, entrega em Manaus e no interior do Estado, controlando diretamente todo o estoque da CEMA.

A gravidade se agiganta ainda mais quando verificamos que os preços pagos pelo Estado do Amazonas na aquisição de Medicamentos Excepcionais são superiores aos preços pagos por outros Estados e Instituições na aquisição dos mesmos medicamentos.

De 62 (sessenta e dois) itens pesquisados pelo Sr. Perito, o Estado do Amazonas pagou 57 (cinquenta e sete) deles a mais que a média de todos os outros Estados Brasileiros, em percentuais que alcançam 50%, 100%, 200%, 400%, 500%, 600% e até mais de 1000% que os preços pagos por outros Estados, conforme tabelas contidas no Laudo.

Os casos mais críticos e escandalosos, cuja constatação beira ao inacreditável, são referentes aos seguintes medicamentos:

- a) *Penicilamina 250mg cap*, cujo preço máximo de aquisição no mercado tem sido R\$ 2,38 , enquanto o Estado do Amazonas compra por R\$ 134,01 , ou seja, 5.530,67% mais caro que outros Estados ou instituições;
- b) *Interferon Beta Pó sol injetável 12.000.000UI seringa preenchida*, cujo preço máximo de aquisição no mercado tem sido de R\$ 333,12, enquanto o Estado do Amazonas compra por R\$ 7.450,00 ou seja, 2.136,43% mais caro que outros estados e instituições.

Quanto aos medicamentos utilizados no Programa de Saúde Mental, o Sr. Perito identificou que o Estado do Amazonas pagou preços que chegam a superar 800% em relação aos preços praticados por outros Estados e Instituições, no Programa de Saúde Mental.

Em pesquisa realizada durante os procedimentos periciais, 9 (nove) itens do Programa de Saúde Mental foram verificados, sendo que em 8 (oito) deles o Estado do Amazonas pagou a mais que o preço mínimo praticado pelos outros Estados e Instituições.

Merece destaque o fato de ter sido claramente identificado durante todo o curso do processo, inclusive durante a perícia, que os demonstrativos de entradas e saídas comprovam que os repasses federais de verbas estão ocorrendo regularmente. Neste particular, ressalte-se que o réu, Estado do Amazonas, jamais articulou em sua defesa qualquer argumentação em torno de atraso ou omissão da União quanto às verbas e seus repasses, estando tal matéria em situação de preclusão e incontrovérsia.

É informação de domínio público que a União, só neste ano de 2005, já repassou ao Estado do Amazonas (Fundo Estadual de Saúde) o montante de R\$ 61.941.436,73 (sessenta e um milhões, novecentos e quarenta e um mil, quatrocentos e trinta e seis reais e setenta e três centavos)², dos quais R\$ 1.874.493,47 (um milhão, oitocentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos) são destinados ao Programa de Aquisição de Medicamentos Excepcionais, enquanto o Sr. Perito constatou a total ausência deste item nos estoques da CEMA, em 2005. Desconhecemos, portanto, como teria sido planejada e executada a utilização de tais recursos.

Por sua vez, todos os Estados da Federação informam regularmente ao Ministério da Saúde o nome do fabricante e do fornecedor dos remédios adquiridos (como por exemplo Roche, Johnson, etc). Neste particular, o Estado do Amazonas informa como fabricante e fornecedor, ao mesmo tempo, a empresa denominada Mapemi³, cuja cópia do Contrato Social deverá ser imediatamente requisitada pela Secretaria desta Vara, mediante Ofício à JUCEA, a fim de ser verificada a veracidade da informação disponível na internet, para adoção das medidas cabíveis.

Ainda sobre a entrega dos medicamentos aos pacientes cadastrados nos programas, foi verificado que a chegada na sede da CEMA inicia-se normalmente às 5h (cinco horas) da manhã, dando ensejo a uma fila enorme do lado de fora, entre o relento e as intempéries (sem qualquer equipamento comunitário para os pacientes, nem mesmo um vaso sanitário para as mínimas necessidades), até que por volta das 7h30m é aberta a porta do local de dispensação. Tal procedimento, contínuo e rotineiro, demonstra total ausência de humanização no sistema de saúde no Amazonas, contrariando, inclusive, os objetivos do Ministério da Saúde, que vem instituindo diversos programas com este alcance, como por exemplo a premiação de algumas cidades pelo fim das filas no atendimento.

O relatório pericial mostrou, ainda, que existem medicamentos com estoque mínimo e outros com estoque zero, ou seja, sem possibilidade de entrega aos doentes, embora a União venha repassando regularmente as verbas federais respectivas.

Por outro lado, sem qualquer justificativa plausível, existem certos medicamentos com estoque muito alto e outros com estoque altíssimo, com previsão para atendimento durante cerca de 3 anos (aproximadamente 1000 dias), 4 anos (mais de 1300 dias), 7 anos (mais de 2950 dias), enquanto transplantados e doentes mentais sofrem com a ausência. Um exemplo curioso é a Toxina Butolínica tipo "A", identificada popularmente como Botox, cujo estoque estaria hoje para cerca de 3,4 anos.

Mais curioso, ainda, é a existência de medicamentos sem qualquer previsão de utilização. Nesta situação estão 6 (seis) deles, cujos exemplos seriam a ciclosporina 100mg por ml sol oral e o complemento alimentar para fenilcetonúria PKU n. 1 MIX. Tais constatações evidenciam, no mínimo,

falta de planejamento adequado e ineficiência de gestão, sem esquecer do evidente descumprimento de ordem judicial.

Durante todo o curso do processo, chamou enormemente a atenção o fato de que o medicamento "Tacrolimos 5mg cap.", utilizado por pacientes transplantados, mormente os renais, não é entregue à população de clientes (pacientes cadastrados). O sr. Perito identificou que tal medicamento faltou durante todo os anos de 2003 e 2004 e há uma ausência total neste ano de 2005, conforme anexo carreado com o Laudo. Aliás, neste ano de 2005, a perícia verificou que até agora faltaram 115 tipos de medicamentos diferentes, o que gera aos usuários enorme insegurança e sensação de ineficiência do sistema.

Ainda no plano fático, todas as dificuldades acima geradas são somadas à inexecução dos exames especializados requeridos pelos médicos credenciados. Neste particular, o Sr. Perito constatou que a Secretaria de Saúde do Governo do Estado do Amazonas teria todas as condições para atendimento aos pacientes, já que possui suporte técnico. Todavia, por limitar a aplicação da verba, acaba por gerar a ausência de atendimento aos necessitados, negando validade à concretização dos direitos fundamentais sociais, inclusive e sobretudo a saúde.

Para a melhor compreensão jurídica do debate, passamos, agora, para as argumentações em torno do direto em litígio.

A doutrina contemporânea, seguidora da posição jurídica germânica, pôs-se a distinguir entre direitos humanos e direitos fundamentais⁴, sendo esses últimos os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados como no plano internacional. Em outras palavras, são os direitos fundamentais os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.⁵

O reconhecimento oficial dos direitos humanos, por parte das autoridades políticas competentes confere muito mais segurança às relações sociais, ao mesmo tempo em que exerce uma função pedagógica na comunidade, contribuindo para o aprimoramento da consciência cidadã e da própria democracia, fortalecendo os valores morais e éticos.

Os princípios fundamentais que regem o sistema dos direitos humanos são de duas ordens, conforme digam respeito aos valores éticos

supremos ou à lógica estrutural do conjunto. Entre eles, lembramos o da complementaridade solidária, o qual foi proclamado solenemente pela Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, cujos termos são os seguintes:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Por sua vez, a justificativa deste princípio encontra-se, conforme explicita Fábio Konder Comparato, no postulado ontológico de que a essência do ser humano é uma só, não obstante a multiplicidade de diferenças existente, seja as sociais, as biológicas ou as culturais.

Esta é a razão pela qual os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo o tempo e em todas as partes do mundo, independente de condições financeiras ou preferências religiosas, ideológicas ou manifestações de pensamento.

Não por acaso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ainda em pleno vigor) já proclamava o direito à saúde, em seu artigo XXV, mencionando expressamente que são devidos aos seres humanos cuidados médicos e serviços indispensáveis em caso de doença.

Por seu lado, a Organização Pan-Americana da Saúde e o seu Escritório Regional já concluíram que a Constituição de 1988 adotou como um dos fundamentos da República a proteção à dignidade da pessoa humana, sendo que sua aplicação no âmbito da saúde implica no poder de controle, pela sociedade e pelo Estado, com vistas a zelar pela sua prestação e qualidade.

Tanto assim é verdade que a Constituição da República Federativa do Brasil menciona expressamente a saúde como um direito social de todos (art.

6º e art. 196) e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Não se trata, pois, de mera norma programática, como quiseram argumentar alguns juristas no passado⁶. Tanto assim é verdade que Dalmo Dalari, em recente pronunciamento, afirmou que até mesmo José Afonso da Silva revisou seu pensamento anterior para considerar, atualmente, como norma constitucional aplicável, o dispositivo garantidor da saúde, protegido que está pelo Princípio da Satisfação Progressiva.⁷

O acesso ao sistema de saúde pública e sua prestação de natureza contínua e progressiva, trata-se de um direito humano fundamental que adquire particular importância em situação de doença. Deve ser respeitado por todos os intervenientes no processo de prestação de cuidados, quer no que diz respeito à prestação técnica, quer ao ato de acolhimento, orientação e encaminhamento dos pacientes que deve efetuar-se dentro de uma *perspectiva humanizada*.⁸

Este direito abrange também as condições das instalações e equipamentos que devem proporcionar, também em caráter progressivo, o conforto e o bem-estar que a situação de vulnerabilidade e fragilidade intensa, em que o paciente se encontra, requer.

Recomenda-se, ainda, como medida de bom senso, que o apoio de familiares deve ser facilitado e incentivado com a finalidade de tornar menos penosa a situação do doente e proporcionar um mais rápido restabelecimento, medida que já deveria ter sido tomada pelo Estado-Saúde há muito tempo.

Os serviços de saúde devem estar acessíveis a todos os cidadãos de forma a prestar, em tempo hábil, os cuidados técnicos e cientificamente adequados, quer à melhoria da condição do paciente e seu restabelecimento (cuidados preventivos, curativos e de reabilitação) quer ao acompanhamento digno e humano em caso de situações terminais.

A determinação da oportunidade e adequação dos cuidados deve pautar-se por critérios científicos, não podendo daí resultar qualquer forma de discriminação, como por exemplo entregar o medicamento a alguns pacientes e negar a outros, sem qualquer justificativa plausível, situação esta que vem ocorrendo continuamente ao longo de mais de dois anos, com

pacientes transplantados, conforme fartamente comprovado no processo, especialmente por diversos depoimentos de testemunhas apresentadas pelo Ministério Público e não impugnadas pelo Estado.

Em situação de doença, devem todos os cidadãos obter do Estado e seus diversos níveis de prestação de cuidados uma resposta pronta e eficiente que se integre num plano de cuidados continuados, de modo a proporcionar-lhes um acompanhamento adequado até ao seu completo restabelecimento, respeitando-se, assim, o Princípio da Satisfação Progressiva, inerente ao exercício dos direitos humanos fundamentais, como é o direito à saúde.

Os diversos níveis de cuidados devem coordenar-se, de forma a não haver quaisquer quebras na sua prestação que possam ocasionar danos irreversíveis ao paciente ou à sua família.

O doente deve ser informado da garantia da continuidade da sua prestação de serviço e especialmente da eventual ausência de determinado medicamento que lhe foi regularmente prescrito por médico da rede, com a consequente perspectiva de dispensação (data provável de entrega ao paciente). Deste modo se procurará obter a confiança e proporcionar a segurança necessária ao seu equilíbrio físico e psíquico.

Deve estar acessível ao cidadão informação acerca da rede de serviços de saúde locais, regionais e nacionais, os respectivos níveis de atendimento, regras de organização e funcionamento, de forma a otimizar e a tornar mais cômoda a sua utilização.

Os Serviços prestados nos diversos níveis de cuidados devem assegurar que o doente seja sempre acompanhado dos elementos de diagnóstico e tratamento que sejam importantes para o alcance do seu restabelecimento.

A informação sobre a situação de saúde do paciente, bem como sobre eventual tratamento e medicamentos deve ser prestada de forma clara, devendo ter sempre em conta a personalidade, o grau de instrução e as condições clínicas e psíquicas do doente.

Toda a informação clínica e elementos identificadores de um doente estão contidos no seu processo clínico. O paciente tem o direito de tomar conhecimento dos dados registrados no seu processo, devendo essa informação ser fornecida e esclarecedora.

A prestação de cuidados de saúde deve ser sempre efetuada no respeito ao paciente, o que significa que qualquer ato de diagnóstico, tratamento ou terapêutica deve ser efetuado na presença de profissionais habilitados e indispensáveis à sua execução. Ainda neste âmbito se considera necessário garantir instalações e equipamentos que assegurem a dignidade e o respeito pelo indivíduo, o que desde já se recomenda ao Estado.

O pensamento jurídico contemporâneo, ao qual adiro, reconhece a capacidade do paciente para, por si, por meio do Ministério Público, Agências Reguladoras ou organizações representativas, avaliar a qualidade das prestações de serviços de saúde, especialmente a entrega dos medicamentos no âmbito da Central de Medicamentos, e apresentar sugestões, reclamações ou outras medidas cabíveis (inclusive no curso deste processo judicial).

Por sua vez, a fim de conferir a mais ampla efetividade e aplicabilidade à presente decisão, devo esclarecer que não existe direito sem que para o seu custeio não haja o respectivo exercício de um dever. O custo de um estado democrático de direitos corresponde à outra face da cidadania, ou seja, o cumprimento de deveres. Por tal razão, os pacientes, enquanto clientes do sistema de saúde pública devem observar seus deveres:⁹

- 1 - O doente tem o dever de zelar pelo seu estado de saúde. Isto significa que deve procurar garantir o mais completo restabelecimento e também participar na promoção da própria saúde e da comunidade em que vive;
- 2 - O doente tem o dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações necessárias para obtenção de um correto diagnóstico e adequado tratamento;
- 3 - O doente tem o dever de respeitar os direitos dos outros doentes;
- 4 - O doente tem o dever de colaborar com os profissionais de saúde, respeitando as indicações que lhe são recomendadas e, por si, livremente aceita;
- 5 - O doente tem o dever de respeitar as regras de funcionamento dos serviços de saúde.

Deve ser esclarecido, também que o conhecimento dos direitos e deveres dos pacientes, também extensivos a todos os utilizadores (clientes)

do sistema de saúde pública, potencia a sua capacidade de intervenção ativa na melhoria progressiva dos cuidados e serviços.

E assim ocorre porque se evoluiu o pensamento contemporâneo de humanização, no sentido de o doente ser ouvido em todo o processo de atendimento, em matéria de conteúdo dos cuidados de saúde, qualidade dos serviços e encaminhamento de queixas. Pretende-se assim assegurar o direito à autodeterminação ou seja, a capacidade e a autonomia que os doentes têm de decidir sobre si próprios.

Trata-se, pois, de mais um passo no caminho da dignificação dos doentes, do pleno respeito pela sua particular condição e da humanização dos cuidados de saúde, caminho que os doentes, os profissionais e toda a comunidade devem percorrer lado a lado.

Ademais, este juízo federal já vem examinando a questão desde janeiro de 2003, quando o Ministério Público ingressou com a ação e obteve decisão judicial favorável a sua pretensão, a qual não foi ainda reformada pelo e. TRF da 1ª Região. Neste particular, merece lembrança o pensamento do Ministro do STF Marco Aurélio, que acredita que o *Judiciário não prolata Sentenças simplesmente formais*¹⁰, em uma demonstração de pensar no sentido de que as ordens judiciais devem ser cumpridas, sob pena de se tornarem inúteis.

Não por acaso, a legislação processual brasileira evoluiu no sentido de oferecer ao juiz meios legais hábeis a fazer cumprir suas decisões, em caso de resistência injustificada, como a presente atitude tomada pelo Estado do Amazonas, negando-se ao cumprimento de uma ordem judicial proferida há 2 anos e 4 meses - período em que a Justiça Federal tomou, sem êxito, todas as medidas tendentes a oportunizar ao Estado o oferecimento de soluções legítimas para o problema. Mas este ente federativo quedou-se inerte.

Eis o momento em que se consagra o disposto no art. 461, §5º do Código de Processo Civil Brasileiro, que confere poderes ao juiz para, em caráter subsidiário e complementar à lei, fixar os meios executivos mais adequados aos direitos a serem tutelados *in executivis* (neste caso concreto, obrigação de fazer). Este também é o pensamento de Cândido Dinamarco, para quem tal dispositivo preconiza medidas necessárias à exigência de um sistema de tutela executivo completo, enquanto manifestação do direito fundamental à tutela efetiva.

O art.461, §5º revela verdadeira norma de encerramento, no sentido de permitir o máximo de concretização do direito fundamental diretamente relacionado, ou seja, aquele relativo à tutela jurisdicional efetiva. Em outras palavras, entendido como norma de encerramento, o referido dispositivo legal permite ao juiz providenciar adequadamente a satisfação integral da tutela já consagrada - neste caso, por meio da decisão judicial que antecipou os efeitos da tutela.

A intervenção judicial em instituições já não é novidade na legislação brasileira, estando expressa na Lei Antitruste e implícita na norma acima comentada. Trata-se de meio executivo sub-rogatório, o qual, na essência, corresponde à nomeação de terceiros para a realização de atividade específica que incumbia ao réu, pessoa jurídica (neste caso, o Estado do Amazonas) realizar.¹¹

Por outro lado, embora a confirmação de regularidade e continuidade nos repasses de verbas federais, como também a resistência injustificada do Estado em entregar os medicamentos por diversas vezes aqui referidos, bem assim em realizar os exames solicitados pelos médicos credenciados pela rede, possam permitir uma intervenção judicial total no sistema estadual de saúde, por ora faz-se necessária apenas uma intervenção parcial, na própria Central de Medicamentos, de modo a proporcionar uma última oportunidade ao Estado do Amazonas para organizar e planejar os seus serviços que estão *sub judice*, garantido-lhes eficácia e eficiência necessárias à dignidade da população.

Assim, por todos os argumentos acima expostos, tanto os contidos no plano fático como no plano jurídico-legal, e especialmente pelo evidente descumprimento de ordem judicial, que perdura há mais de dois anos e quatro meses, bem como pela falta de planejamento na aplicação das verbas federais destinadas ao SUS, além da inexistência de observância e respeito aos Princípios da Eficiência e Satisfação Progressiva na efetividade do direito fundamental à saúde, decreto a **Intervenção** na CEMA - Central de Medicamentos do Amazonas, **defiro** a indicação da União e nomeio como INTERVENTOR na referida Central de Medicamentos, a Sra. **ANA MÁRCIA MESSEDER S. FERNANDES**, farmacêutica do Ministério da Saúde em Manaus, cujo cargo atual reflete sua habilitação em questões estratégicas na saúde. A Interventora deverá exercer o *múnus* em caráter, a

princípio, temporário, cujo prazo restringe-se, por ora, a 10 (dez) dias. Suas atividades como Interventora restringir-se-ão, neste momento, a um minucioso levantamento dos problemas que impedem o planejamento acima referido e causam a ineficiência no sistema, que atualmente exclui inúmeros pacientes do acesso a medicamentos e exames, levando-os à condição de indignidade. Deverá, ainda, tanto quanto possível no tempo acima concedido, apontar os caminhos hábeis ao cumprimento da ordem judicial vigente, porém ignorada pelo Estado.

A presente intervenção não causará qualquer prejuízo ao funcionamento do Órgão ou à continuidade de eventuais serviços (embora já se tenha constatado a sua precariedade e ineficiência), mesmo porque a administração e aplicação de verbas, por enquanto, não estão contidas nas atividades da Interventora, que deverá elaborar um relatório ao final do prazo acima mencionado. Na hipótese de identificação de indícios de crime, os documentos serão encaminhados aos Órgãos persecutórios, sem prejuízo de providências que os Autores avaliarem, desde já, como pertinentes.

Assume, portanto, a presente **intervenção** o caráter de **instrumento de parceria na saúde, e não de confronto**, contribuindo para os seguintes objetivos:

- **Consagrar** o primado do cidadão, considerando-o como figura central de todo o Sistema de Saúde Pública;
- **Reafirmar** os direitos humanos fundamentais na prestação dos cuidados de saúde e, especialmente, proteger a dignidade e a integridade humanas, bem como o direito à autodeterminação, inseridos expressamente na Constituição Federal;
- **Incentivar** a humanização no atendimento a todos os doentes, principalmente aos grupos mais vulneráveis, portadores de moléstias graves e pacientes transplantados;
- **Estimular** o desenvolvimento de um bom relacionamento entre os doentes e o Estado, enquanto prestador de cuidados de saúde e, sobretudo, estimular uma participação mais ativa por parte do paciente;
- **Fomentar** a prática do exercício de direitos fundamentais entre os pacientes e o Estado, já que o dever de pagar tributos, enquanto dever fundamental, justifica o custo da liberdade de exigir a outra face, ou

seja, o exercício contínuo, mínimo, progressivo e satisfatório dos direitos fundamentais;

- **Identificar** todos os fatores impeditivos do planejamento e eficiência dos serviços na área de saúde, seja de natureza civil, administrativa ou mesmo criminal;
- **Apontar** os caminhos necessários ao cumprimento da decisão judicial, cuja validade perdura há dois anos e quatro meses, embora o Estado não tenha demonstrado com ações concretas o menor interesse em cumpri-la, evidenciando autêntica e odiosa postura de resistência;
- **Garantir** e fiscalizar o procedimento de dispensação de medicamentos a pacientes cadastrados e execução de exames solicitados por médicos credenciados.

Esclareço, ainda, que os procedimentos necessários à implementação da presente decisão poderão ser acompanhados integralmente pelas partes, Autores, Réu e União. A eles não poderá se opor o Estado, seja por seus servidores públicos, seja por seus agentes políticos, podendo ocorrer retenção de documentos e instrumentos de computação, na hipótese de eventual resistência ou oposição injustificada, além de outras medidas legais.

Deve a Secretaria providenciar as intimações necessárias ao cumprimento da presente decisão, oficiando à Polícia Federal para que disponibilize apoio técnico necessário.

Após, dê-se vista aos Autores para manifestação sobre o Agravo Retido.

Prossiga-se, cumprindo as formalidades legais.

Publique-se.

Em Manaus, 1º de junho de 2005.

Jaiza Maria Pinto Fraxe

Juíza Federal Titular da 1ª Vara/AM

NOTAS

¹ Os pacientes transplantados recebem receitas que lhes prescrevem medicamentos para 30 ou mais dias, mas a dispensação por parte da CEMA sempre ocorre com atrasos enormes e em quantidade inferior à necessidade do paciente que, em desespero, telefona para outro transplantado e pede "emprestado" o restante das pílulas por causa da omissão do Estado na entrega correta. Essa situação gera uma "bola de neve", onde uns estão sempre devendo remédios para os outros, por causa da não dispensação por parte da CEMA. Se considerarmos que a União está repassando regularmente as verbas para tais medicamentos, mas eles não estão sendo entregues à população, é necessária uma ampla investigação para identificar as causas do impasse. Afinal, onde está a falha?

² Disponível em: <<http://www.fns.saude.gov.br/visualizarFundoaFundo.asp?>>.

³ Disponível em: <http://bpreco.saude.gov.br/bprefd/owa/consulta.DetQueryByItem?p_tipo_consulta=1&>.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵ Op. cit., p 57.

⁶ José Afonso da Silva é exemplo de jurista que já defendeu no passado a categoria classificatória denominada norma constitucional programática.

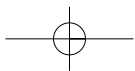
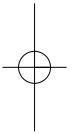
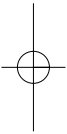
⁷ No dia 19.09.2004, no auditório do Supremo Tribunal Federal, o jurista Dalmo Dalari proferiu palestra sobre Controle de Constitucionalidade e Direitos Humanos, onde afirmou que "há muita omissão injusta que depende de iniciativas. São omissões inconstitucionais", disse ele. Ao finalizar a aula, deu ênfase ao perfil do novo profissional do direito, a partir da idéia de Direito como instrumento de Justiça.

⁸ Em situação semelhante se encontram as previsões expressas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que elencou no 1º de seus artigos a dignidade do ser humano como valor inviolável, em demonstração de elevada consciência de cidadania.

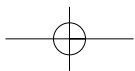
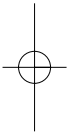
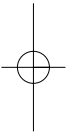
⁹ Semelhantes deveres já constam da Carta dos Direitos e Deveres dos doentes, corrente na Europa.

¹⁰ Tal argumentação foi utilizada pelo Ministro do STF Marco Aurélio quando proferiu voto favorável à intervenção no Estado de São Paulo.

¹¹ O modelo referido é baseado no direito norte-americano, destinado à execução direta das obrigações de fazer e não-fazer, o qual permite ao juiz fixar os meios sub-rogatórios mais adequados a proporcionar a satisfação integral do beneficiário das obrigações, que deveriam ser realizadas por pessoa jurídica (o institucional *defendant* do *common law*).



SENTENÇAS



Processo nº: 2005.32.01.000XXX-X

Autor: Ministério Público Federal

Réu: P. L. L. C.

SENTENÇA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** denunciou **P. L. L. C.**, peruana, pela prática do delito previsto no art. 12, c/c o art. 18, I da Lei nº 6.368/76.

Segundo consta na denúncia, a ré foi presa em flagrante por agentes da Polícia Federal, no Aeroporto Internacional de Tabatinga, em 14 de julho de 2005, quando tentava embarcar com destino a Manaus/AM, transportando consigo presas em seu abdômen, sob a blusa por ela utilizada, 116 cápsulas contendo em seu interior cerca de 1160 gramas de substância entorpecente identificada preliminarmente como "cocaína", sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A denúncia, na qual foram arroladas 2 (duas) testemunhas, veio acompanhada do Inquérito Policial nº 079/05 (f. 54/152).

Auto de Apresentação e Apreensão às f. 20/21.

Despacho de f. 28 determina a citação da ré para apresentação de defesa preliminar escrita e designa o dia 15.07.2005 para a realização do interrogatório preliminar, nos termos do art. 38, da Lei n. 10.409/02.

Citada, a ré informou não ter condições financeiras para constituir advogado, razão pela qual foi-lhe nomeada defensora dativa (f. 31).

Interrogatório preliminar da ré às f. 35/38. Na oportunidade, foi apresentada defesa prévia oralmente, sem nenhum requerimento de produção de provas ou diligências, limitando-se a reservar ao direito de apreciar o mérito por ocasião das alegações finais. Houve, ainda, o recebimento da denúncia e procedeu-se à imediata instrução do feito, com a realização do segundo interrogatório da ré e a oitiva das testemunhas de acusação (f. 39/43).

Em interrogatório prestado perante a autoridade policial, a ré forneceu nomes, dados e detalhes relativamente aos demais integrantes da organização criminosa (f. 62/68). A partir das informações coletadas, aquela autoridade representou pela prisão preventiva de O. L. B., I. R. J., L. A. G. M.

e de F. S. (ou S.), todos de nacionalidade estrangeira, o que foi deferido por este Juízo nos autos do processo cautelar nº 2005.32.01.000XXX-X, e cumprido em parte com a prisão, em 15/07/2005, pela Polícia Federal do Rio de Janeiro, de L. A. G. M., também conhecido por I. R. J. (f. 88/105 e 116/120).

Manifestação do Parquet Federal pugnando pela concessão à ré do benefício da redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), previsto na Lei nº 10.409/02, caso as informações por ela prestadas, referentes aos demais integrantes da organização criminosa, sejam eficazes para contribuir ao interesse da Justiça (f. 44).

Antecedentes criminais da ré às f. 51, 52, 156, 158/163, 166/168.

Laudos de constatação de substância entorpecente, preliminar (f. 22) e definitivo (f. 171/173).

Alegações finais do Ministério Público Federal às f. 175/178, pugnando pela condenação da ré nos termos da denúncia, porém com a fixação de um quantum de pena que leve em consideração sua colaboração para identificação dos demais integrantes da organização criminosa, bem como a pena de perdimento do numerário e do aparelho celular apreendidos em posse da ré.

Considerando o fato de que a instrução do presente feito já havia sido realizada e que a apuração, nestes autos, da responsabilidade dos demais membros da organização criminosa delatados poderia representar prejuízo para a ré, este Juízo proferiu decisão determinando a extração de cópia integral destes com vistas à formação de novo processo para tal mister (f. 181/182).

Alegações finais da defesa às f. 184/185, em que se requereu o reconhecimento da primariedade da ré e da sua colaboração na identificação dos demais membros, com a aplicação de uma pena que lhe seja justa.

Conclusos. Decido.

Segundo consta na inicial acusatória, **P. L. L. C.**, foi presa em flagrante por agentes da Polícia Federal, no Aeroporto Internacional de Tabatinga, em 14 de julho de 2005, quando tentava embarcar com destino a Manaus/AM, transportando consigo presas em seu abdômen, sob a blusa por ela utilizada, 116 cápsulas contendo em seu interior cerca de 1160 gramas de substância entorpecente identificada preliminarmente como

"cocaína", sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Da materialidade

Não há dúvidas quanto à materialidade do delito em questão. Os resultados dos laudos preliminar e definitivo (f. 22 e 171/173), são incontroversos ao atestarem que na substância apreendida em poder da ré foram detectados princípios ativos do entorpecente identificado como "cocaína", na forma de sal cloridrato, e do fármaco fenacetina, sendo que o uso daquele alcalóide em território nacional é defeso por causar deficiência física e/ou psíquica, estando, assim, inserida na Lista F1 (Substâncias Entorpecentes de Uso Proscrito no Brasil) da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 26 de 15.02.05, da ANVISA (Agência Nacional da Vigilância Sanitária), em consonância com a Portaria nº 344-SVS/MS, de 12.05.98 (f. 97/98). Já o fármaco acima mencionado encontra-se relacionado, conforme Anexo I da Portaria nº 1274/MJ, de 26.0803, na Lista II dos produtos químicos sujeitos a controle e fiscalização da Polícia Federal, de acordo com as condições do seu adendo.

O material submetido a exame foi apreendido logo após a realização de revista pessoal na ré e encontrava-se preso em seu abdômen, sob a blusa por ela utilizada, constando no auto de apresentação e apreensão de f. 20/21 e no registro fotográfico de f. 123.

Da autoria

Também não persiste dúvida sobre a autoria do crime. A própria ré, em depoimento prestado perante a autoridade policial e ratificado em juízo, admitiu integrar uma organização criminosa destinada à constante prática do tráfico internacional de substâncias entorpecentes. Na oportunidade, forneceu nomes, dados de empreitadas criminosas já realizadas e "funções" de todos os membros da mencionada organização, bem como detalhes dos fatos apurados no presente processo (f. 13/19). Senão vejamos:

... QUE está fora do Peru há oito meses, morando no Rio de Janeiro; QUE o único endereço onde recorda

ter morado no Rio de Janeiro, é na Rua Barata Ribeiro, 316, apartamento 501 (dois meses); QUE ultimamente estava morando na mesma Rua, mas em número que não recorda; QUE dá como indicação para se chegar nesse prédio, o salão de beleza chamado "Harris Hair", que fica nas esquinas da Barata Ribeiro com a Rua Ronaldo Carvalho; QUE, na Barata Ribeiro, a partir do salão, é o terceiro prédio; QUE o prédio onde estava morando, tem um portão para veículos, na cor verde; QUE estava morando no apartamento 505; QUE nesse apartamento 505, atualmente está um colombiano que a Conduzida conhece como L. A. G. M.; QUE L. A. G. M. tem passaporte colombiano, mas também tem o nome de I. J. R. (ou R. J.), com passaporte boliviano; QUE L. A. também tem um passaporte espanhol, mas a Conduzida não sabe o nome que está nesse documento; QUE L. A. tem os telefones 82448932, do Rio de Janeiro; QUE L. A. é o destinatário da droga que levava ao ser presa nesta data; QUE essa droga seria levada para a Holanda; QUE a Conduzida não trabalha na organização levando drogas, mas fazendo apoio logístico, como: comprar passagens, alugar apartamentos, transportar dinheiro; QUE o outro participante da organização se chama O. L. B., este colombiano, com o telefone 8245-9162, também do Rio de Janeiro; QUE O. está em Letícia neste momento, mas também mora no Rio de Janeiro; QUE conheceu os dois (L. A. e O.) na Bolívia, há aproximadamente oito meses; QUE conheceu eles em Santa Cruz, onde a Conduzida e uma amiga trabalhavam em uma "discoteca" (casa de mulheres); QUE já estava nesse lugar há dois meses; QUE seu passaporte mostra a data em que foi para lá; QUE a estória que contavam era de "exportação de café"; QUE ofereceram US\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos dólares) para a Conduzida, dizendo que ela trabalharia no Brasil, e que incluiriam apartamento, comida, viagens; QUE a principal atividade da Conduzida seria receber o dinheiro do negócio de "café" e levar para uma outra pessoa, que era o O.; (...) QUE depois de uns 15 (quinze) dias chegou a primeira remessa de

dinheiro vindo da Holanda; QUE esse dinheiro veio em nome da Conduzida, numa agência do Banco do Brasil, em Copacabana; QUE há duas agências em Copacabana, sendo que recebia o dinheiro na agência mais grande; QUE recebeu dinheiro nessa agência por seis ou sete vezes; QUE cada recebimento eram de E\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros), em nome da Conduzida ou de O.; QUE também recebiam dinheiro por mãos do mula que levava a droga; QUE, a princípio, faziam uma remessa por semana, sempre para a Holanda; QUE depois disso houve uma diminuição das remessas, porque sofreram dois prejuízos; QUE sempre mandaram a droga por "maletas", sempre com três quilos; (...) QUE a outra forma que utilizam para despachar a droga para a Europa, é colocando ela dentro de frascos de xampu; QUE já faziam isto quando trabalhavam a partir de São Paulo; QUE TODA A DROGA QUE CHEGA AO RIO DE JANEIRO, É PREPARADA EM LETÍCIA; QUE AS MALAS JÁ PARTEM PREPARADAS DE LETÍCIA; QUE OS FRASCOS DE XAMPU QUE UTILIZAM, LEVA 500 GRAMAS; (...) QUE não conhece as pessoas que preparam as malas em Letícia; QUE a Conduzida fez três viagens para esta região, sempre se hospedando em hotéis de Tabatinga; QUE todas as vezes que a Conduzida veio para cá, O. já estava em Letícia; QUE O. vem fazer os negócios e, quando está acertado, é a Conduzida quem vem trazer o dinheiro; QUE na primeira viagem, há aproximadamente três ou quatro meses atrás, trouxe E\$ 9.000,00 (nove mil euros) e US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares); QUE na segunda viagem trouxe US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares); QUE na terceira viagem não trouxe dinheiro, mas veio apenas para fiscalizar O.; QUE L. A. estava desconfiado que seria enganado por O. (que chama de "flaco") e mandou a Conduzida vir até Tatabinga para ver que ele não fizesse negócios com outros traficantes; QUE O. nunca disse para a Conduzida onde ficava hospedado, sempre fazendo contatos por telefone; QUE O. viajou de barco, utilizando o próprio passaporte (O. só tem

um passaporte colombiano); QUE, geralmente, O. vai ao Rio de Janeiro toda vez que uma carga de droga lá chega, ou ao mesmo tempo, ou logo depois; QUE nesta viagem a Conduzida não trouxe dinheiro; QUE tanto a Conduzida quanto O. partiram do Rio de Janeiro no mesmo dia; QUE O. partiu do Aeroporto do Galeão, pela Gol, enquanto a Conduzida veio com a Tam, partindo do Santos Dumont; QUE por problemas de conexão, a Conduzida chegou uma semana depois de O.; QUE a viagem atual da Conduzida nesta oportunidade, também era para vigiar O., que está querendo deixar a organização ; QUE a Conduzida chegou em Tabatinga na semana passada, não sabendo o dia; QUE a Conduzida se hospedou no Hotel Takanas e O. foi para Letícia, não sabendo onde; QUE um dia ou dois dias depois que partir do Rio, L. A. partiu para Bogotá, e daí veio para Letícia; QUE os três se encontraram em Letícia no sábado; QUE a Conduzida recebeu a visita de L. A., no hotel, na sexta-feira, quando recebeu R\$ 150,00 dele; QUE a Conduzida encontrou L. A. e O., no Hotel Yurupary, no sábado; QUE nesse encontro trataram do transporte da droga desta viagem; QUE O. disse que as cápsulas estariam prontas para terça-feira; QUE O. tem seu próprio "mula" para levar até Manaus; QUE O. avisou que mandaria o "mula" até Manaus, a partir de onde a Conduzida deveria encaminhá-lo para o Rio de Janeiro; QUE a partir de Manaus a Conduzida viajaria separada do "mula", mas o receberia no Rio, para colocar no apartamento; QUE o "mula" ligaria do aeroporto para avisar onde estava; QUE seria a Conduzida quem providenciaria o laxante para que ocorresse a expulsão das cápsulas; QUE falou com L. A. no sábado à noite, pelo telefone 8244-8932, quando então ficou sabendo que ele partiria para Bogotá no domingo; QUE na segunda-feira O. informou que o "mula havia dado para trás" e que não havia quem carregasse a droga; QUE, em razão da falta do "mula", O. passou a dizer que a Conduzida deveria fazer alguma coisa mais no negócio, pois recebia bastante para isso; QUE a sugestão de O. era que a Conduzida

levasse e por isso pagariam mais; QUE a Conduzida ligou para L. A. (82448932), informando da situação; QUE L. A. falou em "comer uva"; QUE L. A. ofereceu R\$ 8.000,00 (oito mil reais); QUE a Conduzida disse a L. A. que tentaria; QUE, se não conseguisse, L. A. mandaria uma pessoa de Bogotá; QUE em data de ontem, a Conduzida tentou engolir as cápsulas, mas não conseguiu; QUE as cápsulas foram entregues por O., por volta das 1900h, em frente da DigitalNet da Avenida da Amizade; QUE as cápsulas estavam dentro de duas caixas de leite achocolatado; QUE O. informou que o quilo não estava completo, parecendo que haviam perdido 50 gramas na manipulação, pelo que teria sobrado 950 gramas; QUE, não conseguindo engolir, resolveu levar de outra forma; QUE por volta das oito da noite, telefonou para O. (8245-9162, do Rio) e pediu que ele intercedesse junto a uma namorada dele, pedindo o "body" (faixa, segundo a Conduzida), para colocar a droga; QUE O. intuiu que era essa a pretensão e passou a dizer que a Conduzida "cairia", que seria apanhada ; QUE a Conduzida o tranquilizou, dizendo que era para colocar com um vestido, pois iria a uma festa de militares, para a qual havia sido convidada; QUE por volta das 2030horas, onde recebeu o "body" de O.; QUE se preparou para a viagem nesta manhã, mas estava insegura que haveria sucesso na viagem; QUE foi para o Aeroporto de Táxi; QUE O. não foi consigo para o Aeroporto, mas viu que ele estava na frente do prédio; QUE a Conduzida viu ele quando estava na fila para entrar na sala do check-in; QUE, como esperava, foi presa; QUE depois de já ter sido descoberta, ligou para O. na presença dos policiais; QUE dizia a O. que estava com problemas no estômago, com vontade de vomitar; QUE O. disse que a Conduzida deveria sair do Aeroporto, mas que não fosse para o mesmo hotel; QUE O. mandou que a Conduzida fosse para um hotel que está perto do Takana, que também seria "bom"; QUE O. lhe informou que estava em Letícia e que ligasse quando chegasse ao Hotel; QUE nesta manhã O. passou pelo Hotel, quando entregou para a Conduzida o dinheiro

que foi apreendido; QUE voltou a confirmar para O. que levava a droga no estômago. (f. 13/19).

Tais declarações também foram ratificadas em juízo pela ré. Veja-se:

... que tem curso de enfermagem, mas atualmente está desempregada; que tem três filhos que vivem em sua dependência econômica; que seus filhos moram atualmente com seus pais; que seu ex marido não dá pensão; que nunca foi presa ou processada; que tem conhecimento de que está sendo processada; que a denúncia é verdadeira; que nada tem a alegar contra as testemunhas arroladas na acusação; que prestou as informações na delegacia livre de qualquer coação; que confirma, integralmente suas informações prestadas na delegacia; que gostaria de acrescentar que L. A. pagava o seu apartamento e lhe dava um pouco de dinheiro para compra de supermercado; que também recebia um pouco de dinheiro para outros despesas; que não recebia mil dólares em dinheiro mensais para isto. (f. 37)

Os depoimentos do Agente de Polícia Federal responsável pela condução da ré até à Delegacia de Polícia Federal de Tabatinga e da funcionária da INFRAERO, a senhora A. C. M. L., que trabalha no Aeroporto daquela cidade e encontrava-se presente naquele local no momento da abordagem da mesma, revelam detalhes de como se deu a descoberta e apreensão da substância entorpecente que a ré transportava consigo presa em seu abdômen, sob a blusa por ela utilizada. Neste sentido, vejamos trechos dos depoimentos:

... que estava de serviço no Aeroporto de Tabatinga juntamente com o APF P. na ocasião em que a denunciada foi presa; que uma vez que não tinha policial do sexo feminino solicitou a A. C., pessoa contratada pela INFRAERO, para proceder a vistoria pessoal na denunciada; que por ocasião da entrada da denunciada no Brasil, mas exatamente quando foi pegar o seu visto na DPF, ficaram desconfiados dos motivos que alegou para entrar no país; que o

movimento da denunciada no Brasil não foi acompanhado, mas ficaram atentos para a ocasião em que a mesma embarcasse; que o depoente efetuou a vistoria da bagagem da denunciada; que após a denunciada passar pelo detector de metais, o depoente solicitou a A. C. que efetuasse a vistoria pessoal na sala da DPF no aeroporto; que A. C. retornou e disse ao depoente que havia algo na barriga da denunciada; que o depoente retornou à sala e pediu a denunciada que levantasse um pouco a blusa, até a altura do umbigo, quando constatou que no body existiam várias cápsulas; que após a pesagem das cápsulas verificou que as mesmas continham aproximadamente dez gramas cada uma de cloridrato de cocaína; que normalmente as cápsulas encontradas na região pesam em média cinco gramas; que talvez por isso a denunciada não tenha conseguido engolir as cápsulas; que a denunciada não esboçou qualquer reação; que a denunciada, após alguns instantes, informou ao depoente que estava sendo acompanhada pelo O., descrevendo o seu tipo físico e sua vestimenta; que o depoente fez averiguações ao redor do aeroporto não logrando êxito em localizar O.; que a pedido do depoente, a denunciada ligou para O. solicitando que o mesmo viesse pagá-la no aeroporto, sobre o pretexto de que estava passando mal; que a ligação foi acompanhada pelo depoente; que segundo a denunciada, O. lhe disse que fosse para um hotel, que depois ele lhe procuraria; que por ocasião de seu interrogatório na delegacia, P. deu todos os detalhes constantes do seu termo de depoimento prestados na delegacia. (f. 41, APF. G. R. G.)

... que é contratada pela INFRAERO como Agente de Proteção no aeroporto de Tabatinga; que ocasionalmente auxilia a Polícia Federal nas vistorias pessoais; que identificando P. na sala, confirmou que fez vistoria pessoal na data de ontem, quando a denunciada estava embarcando; que quando a denunciada foi passar pelo detector de metal o aparelhou registrou a existência de algo em seu corpo;

que por orientação do APF G., levou-a até uma sala, onde ao colocar sua mão na barriga dela constatou a existência de um volume; que a depoente não chegou a fazer a vistoria, somente tocou na barriga dela; que a denunciada pegou na mão da depoente e pediu que ela não falasse nada porque tinha filhos; que a denunciada não chegou a ser agressiva; que na vistoria pessoal realizada pelo agente G., ao levantar um pouco a camisa e o corpete, caíram algumas cápsulas no chão; que a depoente buscou um saco plástico aonde foram colocadas as cápsulas; que acompanhou a denunciada quando a mesma retirou a blusa e o corpete, sendo que ainda existiam algumas cápsulas na parte de cima do corpete. (f. 43, A. C. M. L.)

Fica, assim, suficientemente demonstrado a partir das circunstâncias apontadas nos autos que a ré, voluntariamente, aceitou a proposta de realizar o transporte de substância entorpecente identificada como "cocaína", proveniente da Colômbia, até a cidade do Rio de Janeiro para, posteriormente, remetê-la para Holanda, e que tinha plena consciência do caráter ilícito de sua conduta.

Da internacionalidade

Da colaboração premiada

A internacionalidade do delito fica evidenciada a partir da análise dos bilhetes de passagens aéreas, que informa parte do trecho percorrido pela ré, e das declarações prestadas pela mesma em seu depoimento.

Pelos bilhetes de f. 130/131, a ré saiu da cidade de São Paulo, em 25/06/05, e chegou em Manaus no dia 26/06/05. Em seguida, embarcou para Tabatinga no dia 02/07/2005, quando então, como relatado em seu depoimento, dirigiu-se até a cidade de Letícia/Colômbia não para trazer dinheiro para pagamentos, como de costume, mas sim "... para vigiar O., que está querendo deixar a organização ..." (f. 16).

Já em Letícia/Colômbia, a ré, juntamente com seus consortes O. e L. A., este último vindo de Bogotá/Colômbia, "acertaram" o transporte da substância entorpecente apreendida nestes autos, que percorreria o seguinte

trecho: a) entraria em território nacional pela fronteira entre Letícia e Tabatinga; b) partiria desta até a cidade de Manaus; c) em seguida, iria para o Rio de Janeiro; d) por fim, seria remetida para Holanda. Neste sentido, vejamos parte do depoimento da ré:

... QUE a viagem atual da Conduzida nesta oportunidade, também era para vigiar O., que está querendo deixar a organização ; QUE a Conduzida chegou em Tabatinga na semana passada, não sabendo o dia; QUE a Conduzida se hospedou no Hotel Takanas e O. foi para Letícia, não sabendo onde; QUE um dia ou dois dias depois que partir do Rio, L. A. partiu para Bogotá, e daí veio para Letícia; QUE os três se encontraram em Letícia no sábado; QUE a Conduzida recebeu a visita de L. A., no hotel, na sexta-feira, quando recebeu R\$ 150,00 dele; QUE a Conduzida encontrou L. A. e O., no Hotel Yurupary, no sábado; QUE nesse encontro trataram do transporte da droga desta viagem; QUE O. disse que as cápsulas estariam prontas para terça-feira; QUE O. tem seu próprio "mula" para levar até Manaus; QUE O. avisou que mandaria o "mula" até Manaus, a partir de onde a Conduzida deveria encaminhá-lo para o Rio de Janeiro; QUE a partir de Manaus a Conduzida viajaria separada do "mula", mas o receberia no Rio, para colocar no apartamento; QUE o "mula" ligaria do aeroporto para avisar onde estava ... (f. 16)

... QUE L. A. é o destinatário da droga que levava ao ser presa nesta data; QUE essa droga seria levada para a Holanda ... (f. 13)

E para extirpar qualquer dúvida remanescente quanto a internacionalidade do delito em questão, cite-se trecho do depoimento da ré onde ela deixa claro:

... QUE TODA A DROGA QUE CHEGA AO RIO DE JANEIRO, É PREPARADA EM LETÍCIA; QUE AS MALAS JÁ PARTEM PREPARADAS DE LETÍCIA ...(f. 15)

Comprovadas, pois, a materialidade e autoria do delito de tráfico internacional de entorpecentes e que a ré não está acobertada por qualquer excludente de ilicitude, merece apreciação a questão afeta ao possível reconhecimento dos benefícios previstos na Lei n. 9.807/99:

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Ora, conforme referenciado nos autos, a ré forneceu dados e informações sobre a ação dos demais membros da organização criminosa, razão pela qual foi decretada, nos autos do processo nº 2005.32.01.000XXX-X, a prisão preventiva de O. L. B., I. R. J., L. A. G. M. e de F. S. (ou S.), com êxito pela prisão, em 15/07/2005, pela Polícia Federal do Rio de Janeiro, de L. A. G. M., também conhecido por I. R. J. (f. 116/120)

A presença no abdômen da ré, especificamente sob a sua blusa, da substância entorpecente identificada no laudo definitivo, configura o delito capitulado no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, nas modalidades "transportar" e "trazer consigo".

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia e condeno P. L. L. C., nas penas do artigo 12, caput, da Lei nº 6.368/76.

Passa-se, então, à dosimetria da pena.

In casu, do cuidadoso exame das circunstâncias judiciais (art. 59, CP), considero que:

- a) a culpabilidade da agente recomenda a fixação da pena-base acima do mínimo legal, eis que transportava substâncias potencialmente lesivas à saúde pública: a primeira, identificada como "cocaína"; a segunda, como sendo o fármaco "fenacetina", em quantidade considerável e sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (f. 171/173);
- b) com relação aos antecedentes da ré, as certidões juntadas aos autos não apontam para a existência de maus antecedentes, embora tenha confirmado em seu depoimento o exercício de traficância anterior;

- c) não há elementos que permitam aferir sua personalidade nem sua conduta social;
- d) as circunstâncias autorizam a elevação da pena-base, porque a substância entorpecente estava sendo transportada ocultamente sob a blusa da ré, dificultando assim a ação de vigilância e reprimenda as autoridades;
- e) as conseqüências do crime não sugerem a exasperação da pena-base, porquanto se inserem naquelas já dosadas pelo legislador na tipificação da conduta. Também não há conduta da vítima individual a considerar, eis que se trata de crime de perigo abstrato.

Ante o exposto, fixo a pena-base do delito de tráfico internacional de entorpecente em 4 anos de reclusão.

Encontra-se presente a atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal, eis que houve confissão espontânea da ré, razão pela qual reduzo a pena-base para 3 anos e 6 meses de reclusão. Por outro lado, reconheço a agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, posto que a ré cometeu o delito em concurso com seus consortes e mediante a promessa de recompensa, razão pela qual acrescento à pena-base a exasperação de 6 meses, elevando-a para 4 anos de reclusão.

Além disso, constata-se a existência da causa especial de aumento de pena do artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76, pelo que deve ser aumentada a pena-base na fração mínima de 1/3 (um terço), elevando-a para 5 anos e 4 meses de reclusão.

Reduzo, não obstante, a pena em 1/3 (um terço) em decorrência da colaboração da ré com a investigação policial, nos termos do art. 14 da Lei 9.807/1999.

Assim, fixo a pena definitiva para o réu em 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, nos termos do art. 2º, caput, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Para atender à dupla apenação do artigo 12, caput, da Lei nº 6.368/76, em observância às circunstâncias judiciais acima mencionadas, fixo a pena de multa em 100 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Com relação à quantia mencionada no item 02 do Auto de Apresentação e Apreensão (f. 20 e 187/189), aplico-lhe a pena de

perdimento em favor da União, devendo a mesma ser repassada ao Fundo Nacional Antidrogas, nos termos do art. 48, § 4º, da Lei nº 10.409/02.

Quanto ao valor de R\$ 579,22 (quinhentos e setenta e nove reais, vinte e dois centavos), pago pelo Bilhete de Passagem Aérea, emitido em nome da ré pela Companhia Rico Linhas Aéreas (f. 133) e não utilizado, mencionado no item 10 do Auto de Apresentação e Apreensão (f. 20), aplico-lhe também a pena de perdimento em favor da União, devendo-se expedir ordem judicial à filial daquela companhia aérea, localizada neste município, determinando a devolução/reembolso da referida quantia, no prazo de 30 (trinta) dias, que deverá ser juntada aos autos para, posteriormente, ser repassada ao Fundo Nacional Antidrogas, nos termos do art. 48, § 4º, da Lei nº 10.409/02.

Quanto ao aparelho telefônico celular, mencionado no Auto de Apresentação e Apreensão (f. 20, item 03) e acautelado neste Juízo (f. 153 e 155), determino o seu encaminhamento à unidade prisional onde se encontra a ré, a fim de proceder-se à sua devolução após o cumprimento da pena.

Após o trânsito em julgado da sentença, lance-se o nome do réu no rol de culpados, remeta-se cópia da presente sentença, acompanhada da certidão de trânsito em julgado, ao representante do Ministério Público Federal para as providências estabelecidas no art. 68, da Lei nº 6.815/80, por se tratar de ré estrangeira, bem como fica desde já autorizada, também após aquele trânsito, a destruição da substância tóxica apreendida, devendo-se oficiar autoridade policial para tal mister.

Fixo em R\$ 200,75 (duzentos reais e setenta e cinco centavos) , os honorários advocatícios da defensora E. M. A., devendo-se oficiar à Seção de Pagamento para os fins de mister.

Custas pela ré, ex lege.

Intime-se a ré e sua defensora dativa. Notifique-se o MPF.

Tabatinga/AM, 07 de outubro de 2005.

Osmar Vaz de Mello da Fonseca Júnior
Juiz Federal

SENTENÇA N.º __/B-1/2006 PROCESSO N.º2004.32.00.711227-3
CLASSE:51209 – PREVIDENCIÁRIA/OUTRAS
REQUERENTE: PAULO CESAR STONE DE OLIVEIRA
REQUERIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL –
INSS
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA: MARÍLIA GURGEL R. DE PAIVA E
SALES

SENTENÇA

Ementa: Previdenciário. Contribuição Social. Gratificação Natalina (Décimo Terceiro Salário). Incidência em separado. Lei n.º8.212/92. Decreto n.º612/92. Lei n.º8.620/93. Pedido Improcedente.

Relatório dispensado, nos termos do art.38, *caput*, da Lei n.º9.099/95.

§1º - Preliminares de Decadência e Prescrição

O demandado suscitou que a pretensão deduzida na exordial estaria fulminada, tanto pelo instituto da prescrição, quanto da decadência, em relação ao quinquênio que antecede a propositura do feito.

No presente caso, convém esclarecer que os artigos 45 e 46 da Lei n.º8.212/91 não se aplicam à espécie, no tocante aos prazos decadencial e prescricional dos indébitos, pois a Magna Carta de 1988 devolveu às contribuições previdenciárias a natureza de tributo, *ex vi* do *caput* do seu artigo 149.

A natureza da contribuição em tela implica, pois, na submissão às normas de direito tributário e, por conseguinte, tem o contribuinte o prazo de cinco anos para pedir a restituição do tributo pago indevidamente, contado a partir do recolhimento (art. 168, I - CTN), mesmo nos casos de lançamento por homologação.

O prazo decadencial previsto para a homologação do lançamento

(art. 150, § 4º), não interfere na contagem (termo inicial) do prazo de repetição, para ampliá-lo, pois se trata de prazo destinado à Administração e não quis a lei dar ao contribuinte prazo repetitório superior a cinco anos (Decreto n.º20.910/32 - art. 1º).

Assim, por força do artigo 168 do CTN, possuía a parte autora o prazo de cinco anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de pagamento tributário indevido, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, sendo que em relação à primeira, tem natureza decadencial; e à segunda, tem caráter prescricional.

Conclui-se, portanto, que restam fulminadas pela prescrição as parcelas pleiteadas, que foram recolhidas até o lustro que precedeu o ajuizamento desta ação.

§2º - Incidência da Contribuição Social sobre a Gratificação Natalina (Décimo Terceiro Salário)

A parte autora se insurge contra o recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre o 13º salário na forma estipulada pelo art. 37, §§ 6º e 7º do Decreto n.º612/92, que modificou a base de cálculo da contribuição prevendo o recolhimento mediante aplicação em separado da tabela de salário-de-contribuição, pleiteando que seja reconhecido o direito de recolher as contribuições nos termos do art. 28, da Lei n.º8.212/92; bem como a restituição dos valores pagos indevidamente a título de contribuição previdenciária.

Deve-se analisar, a princípio, se o § 7º do art. 37, do Decreto n.º612/92, ao regulamentar o disposto no art. 28, § 7º, da Lei nº 8.212/91, teria extrapolado os limites da competência regulamentadora.

Como é cediço, não seria possível ao regulamento em questão alterar a forma de incidência de tributo, sem afrontar a legislação disciplinadora da contribuição previdenciária incidente sobre a gratificação natalina. Por oportuno, confira-se o teor do § 7º do art. 37 do Decreto n.º 612/92:

Art. 37. Entende-se por salário-de-contribuição:

[...]

§ 6º A gratificação natalina - décimo-terceiro salário

integra o salário-de-contribuição, sendo devida a contribuição quando do pagamento ou crédito da última parcela, ou na rescisão do contrato de trabalho.
§ 7º A contribuição de que trata o § 6º incidirá sobre o valor bruto da gratificação, sem compensação dos adiantamentos pagos, mediante aplicação, em separado, da tabela de que trata o art. 22 e observadas as normas estabelecidas pelo INSS.

Pode-se observar, ainda, que a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 28, § 7º, limita-se a definir a gratificação natalina como integrante do salário-de-contribuição para todos os efeitos, fazendo exceção apenas ao cálculo do salário-benefício.

O regulamento de lei não serve para o preenchimento de eventuais lacunas e omissões, não pode acrescentar conteúdo material novo e deve ser restrito ao fim precípuo de facilitar sua aplicação e execução. Esses princípios, contudo, não foram observados pelo Poder Executivo na edição do §7º do art. 35, do Decreto n.º612/92, quando determina que a contribuição incidente sobre a gratificação natalina deve ser calculada mediante aplicação, em separado, da tabela de alíquotas prevista para os salários-de-contribuição.

Ora, se a Lei 8.212/91 contém previsão diversa para cálculo da contribuição social incidente sobre o 13º salário, não poderia o Decreto n.º612/92, sob pena de ultrapassar as divisas do poder regulamentar, determinar a incidência em separado da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina, mediante a aplicação das alíquotas pertinentes.

Entretanto, não se pode olvidar que, com o advento da Lei n.º8.620/93, a tributação em separado da gratificação natalina galgou amparo legal, sendo isto o que se infere do disposto no § 2º do art. 7º deste diploma legal, a saber:

Art. 7º O recolhimento da contribuição correspondente ao décimo-terceiro salário deve ser efetuado até o dia 20 de dezembro ou no dia imediatamente anterior em que haja expediente bancário.

[...]

§ 2º A contribuição de que trata este artigo incide

sobre o valor bruto do décimo-terceiro salário, mediante aplicação, em separado, das alíquotas estabelecidas nos arts. 20 e 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Do cotejo de tais fundamentos jurídicos e legais, conclui-se que, em relação ao período posterior à Lei 8.620/93, a tributação em separado é legal, consoante prescreve o seu artigo 7º, § 2º. Nesse sentido, vem se posicionando remansosa jurisprudência, donde se pode extrair os seguintes excertos:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRATIFICAÇÃO NATALINA. CÁLCULO EM SEPARADO DOS RENDIMENTOS DO MÊS DE DEZEMBRO. LEI Nº8.620/93. DECRETO. LEGALIDADE. A contribuição previdenciária incidente sobre a gratificação natalina (décimo-terceiro salário) é calculada em separado da parcela previdenciária atinente ao salário de dezembro, conforme determina o § 2º do art. 7º da Lei nº 8.620/93, não havendo ilegalidade no procedimento explicitado no § 7º, do art. 37 do Decreto nº 3.048/99. (TRF 4ª Região, 2ª T., rel. João Surreax Chagas, AC-672575, DJ 16/03/2005, p.482).

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. EXTENSÃO DE DECRETO REGULAMENTADOR. LEI Nº8.212/91. DECRETO Nº 612/92. LEI Nº 8.620/93. 1. O regulamento não pode estender a incidência ou forma de cálculo de contribuição sobre parcela de que não cogitou a lei. Deve restringir-se ao fim precípuo de facilitar a aplicação e execução da lei que regulamenta. 2.

No período anterior à Lei nº8.620/93, o Decreto nº 612/92 (art. 37, § 7º), ao regulamentar o art. 28, § 7º, da Lei nº 8.212/91, extrapolou sua competência ao determinar que a contribuição incidente sobre a gratificação natalina deva ser calculada mediante aplicação, em separado, da tabela de alíquotas prevista para os salários-de-contribuição. Precedentes. 3. Entretanto, com o advento da Lei nº 8.620/93, a tributação em separado da gratificação natalina galgou status legal, nos termos do art. 7º, § 2º, desse diploma normativo. 4. Recursos especiais improvidos. (STJ, RESP-415604, 2ª T., Rel. Castro Meira, DJ 16/11/2004, p.227).

Mercê do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão da parte autora e EXTINGO O FEITO, com apreciação do mérito, nos termos do art.269, inc.I, do CPC, consoante fundamentação.

DEFIRO o pedido de gratuidade da Justiça.

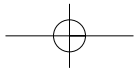
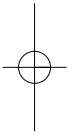
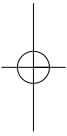
Sem custas, nem honorários advocatícios.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

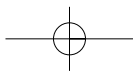
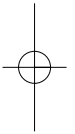
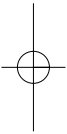
Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Manaus, 10 de fevereiro de 2006.

Marília Gurgel R. de Paiva e Sales
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA



EMENTAS



PROCESSO Nº: 2005.32.00.706048-8

RECORRENTE: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -
INSS**

RELATOR(A): DRA. MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA. PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS. IMPOSSIBILIDADE.

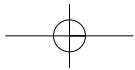
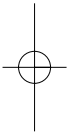
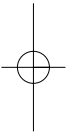
1. A norma previdenciária não excepcionou a situação dos filhos maiores estudantes. Assim sendo, completado este marco temporal, perde-se o direito ao benefício, nos termos do artigo 16, inciso I da Lei 8.213/91.
2. Sem condenação em honorários advocatícios.
3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

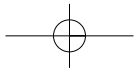
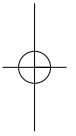
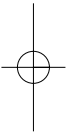
Vistos e relatados estes autos, **ACORDAM** os Excelentíssimos Senhores Juízes da Egrégia Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Amazonas e Roraima, **À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA, PARA MANTER A SENTENÇA RECORRIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. SEM CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Além da signatária, participaram do Julgamento a MM. Juíza Federal, Dr^a. Jaiza Maria Pinto Fraxe, 2^a Relatora, e o MM. Juiz Federal, Dr. João Carlos Costa Mayer Soares, Relator Suplente.

Manaus, 25/11/2005

MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA
Juíza Federal, 3^a Relatora



MOLDURAS



PLÍNIO RAMOS COELHO

Plínio Ramos Coelho nasceu em Humaitá, no Amazonas, 21 de fevereiro de 1920, filho de Francisco Plínio Coelho e Ana Ramos Coelho. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Amazonas, muito cedo dividiu suas atividades entre a advocacia e a política, colaborando, também, na imprensa. Foi Deputado Estadual, Deputado Federal, Procurador da Fazenda, Professor da Faculdade de Ciências Econômicas e da Faculdade de Direito do Amazonas. Exerceu o cargo de Governador do Estado por duas vezes, tendo tido na segunda seus direitos políticos cassados pelo AI-5, especialmente por pertencer ao Partido Trabalhista Brasileiro, cujo líder nacional era o Presidente João Goulart, deposto pelo Movimento Militar de 1964.



Pertenceu à Academia Amazonense de Letras.

Colaborou, assiduamente, na imprensa de Manaus. Publicou: Mandado de Segurança, Em Defesa da Autonomia Municipal, Amazônia, Imperialismo e Vargas, Discursos.

Estreou na poesia com o livro Vozes da Amazônia.

Faleceu em Manaus no dia 05.08.2001. Suas cinzas foram espalhadas em torno de uma mangueira no sítio da família, em Puraquequara, conforme o seu desejo, expresso inclusive no poema abaixo, dedicado ao poeta Américo Antony, que, como Promotor de Justiça, também circulou no mundo do Direito:

Quando eu morrer
Num rubro amanhecer, num reflorir fecundo
Quando desfalecido, exausto e moribundo
Exalado eu tiver meu último suspiro,

Em vez da cova rasa, ó mil vezes prefiro!
Meu corpo em cremação, como o iniciar do mundo.

Depois então que fibra a fibra do meu ser,
Num belo comburir, num divinal arder,
Fugindo de ser pasto a nocivas bactérias
E não mais exalar essências deletérias,
De cinzas, um punhado, eu voltarei a ser.

E quando fatigado, emurhecido e exangue
Adormecer o sol sobre a paisagem languê,
Que em cinzas o meu corpo adube a terra fria,
Donde ressurgirei não despertar do dia,
Em seiva transformado, ou transformado em sangue,

Assim reviverei numa árvore frondosa,
Em terra ressequida, em região arenosa,
Por onde trilharão os viajeros perdidos,
Das estradas sem fim dos sonhos não vividos,
A mendigarem paz, num sonho cor de rosa.

Egresso do Interior do Estado, Plínio Ramos Coelho revela sua afinidade com a sua gente neste canto de amor ao homem simples do beiradão amazônico:

Sou teu fã, meu irmão
Sou teu fã, amazônida admirável,
Assombro-me ao te ver no furacão
Sem medo ante o soçobro inafastável
E no sentir assim tanta emoção
Orgulho-me em chamar-te : Meu irmão!

Como não ser irmão de um bravo herói...
Que comanda uma igara ou montaria
Que da casca de uma árvore constrói

Se igual procela eu não enfrentaria,
Inda que em barco maior por garantia?

Sou teu irmão, embora em noite escura
Não conduzisse barco entre calhaus,
Banco de areias... em leito que não dura,
Exorcizando espíritos do caos,
Como quando pilotas navios, naus...

Quero ser irmão de quem na vazante
Não teno ághua potável para beber,
Colhe-a além do *banheiro* bem distante,
Achando ser normal assim viver,
Eis que logo outro sol irá nascer.

Sei bem, ó! Meu irmão, que nas enchentes
Vês as tuas plantações sendo afogadas,
A água subindo da casa os batentes
E nela crês as terras adubadas
Na abundância das searas esperadas.

E à proporção que o nível dágua baixa,
Começas a plantar até na lama,
Juta, milho, feijão o que se encaixa
No uso da várzea que o êxito proclama
Enquanto saltam peixes sobre a grama!

Bem sei, ó! meu irmão no seringal
Madrugas com poronga na cabeça.
Tigelinha, facão, faca, bernal...
E *estradas* corres antes que anoiteça
E a tormenta que está vindo aconteça.

Sangrando árvores, látex recolhido
E defumado para a *péla* fina,

Eu protestaria e tu sem um gemido
Aceitas tudo como se rotina,
Como se acreditasses ser tua sina.

No *centro* tudo rápido escurece...
No terreiro o sol morre – quiriti!
E no meu irmão um riso aparece
Vendo a mulher que para ele sorri...
E abraça-a ao entrar no tapiri.

Co mão te admirar, ó! Castanhairo,
Quando no castanhal te vejo entrando,
Eu sei – se afora o céu é um, braseiro,
Estará daqui por horas ventando
E as árvores e copas ondulando

E cada ouriço feito em um petardo
Que a castanheira do alto lançará
Entoando com trovões e vento um bardo.
Enfrentado por ti logo será,
Pois que da floresta o herói não correrá!

No piaçabal, ó! meu irmão audaz
Ciente estás de que é presente o perigo
E dele a antevisão não é mendaz,
Sabendo, como sabes, que o inimigo
Todo observa, atento, em seu abrigo,

E eu, ó! bravo irmão. Com um terçado
De botas rotas ou com pés descalços
Poderás no caminho ser flechado
- Quietude, ermo, paz, em torno são falsos
E ainda sorris, irmão, desses percalços.

Às terçadadas nas fibras em malhas

Que recobrem dos fustes a nudez,
Surgem lacraus ou cobras... de entre as palhas
E tu, meu irmão, safas-te outra vez
Demonstrando coragem e altivez.

Confesso, ó! meu irmão, que me assustava
Quando dizia Vô Preto (era eu pequeno)
Que entravas na floresta umbrosa e brava
Sem temer amerabas e o veneno
Das flechas, mas alerta, audaz, sereno...

E ele contava que na terra firme
Distante, longe, lá nas manadeiras
Mapinguari mataste – há quem confirme! –
E golpeavas também as verdadeiras
Árvores da balata e outras madeiras.

Noite e rondando estão os filhos de Uairi,
Lembras que o patrão datas não adia
E contempas no seu Arapari...
Por tua mente perpassa, fugidia,
A mulher que a teu lado estar podia.

Por isto é que te chamo: meu irmão
E alto proclamo sem nada ceder:
És bravo, és herói, és uma lição.
Aos que as imagens não podes perder
Os que amanhã irão te suceder!

Por isto, impõe-te, irmão, a rebeldia,
Repele o fatalismo que e malsão,
Lutando pra que em próximo dia,
Teus netos tenham saúde, educação,
Transporte e preço para a produção...

Plínio Ramos Coelho, além da intrepidez do caboclo, exaltou nos sonetos abaixo a luxuriante natureza da Amazônia:

Amanhecer no Estirão

Fantástico! Estonteante! Esplendoroso! Lindo!
No estirão, a fornalha aberta, escancarada
E a cálida caudal caminha conduzindo
O mágico pintor da natureza acordada!...

E pinceladas vão o mundo colorindo...
A esmeraldina flora em nuança avermelhada.
Em seu paludamento, o astro-rei emergindo
E as estrelas sumindo em fugaz cavalgada!

Na safira do céu engastados opala,
Ametista, rubi.... são os cirros e estratos
Que os ventos do dealbar conduzem para a pala!

E entre murumurus e canaranas.... patos
Jaçanãs, maguaris, garças... fazem a sala
Ao retorno do sol, por entre lhanos tratos.

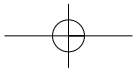
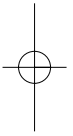
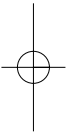
Pororoca

Majestoso e imponente, estende-se o rio-mar
Refletindo em seu dorso arfante e fatigado,
A beleza do céu azul, rubro e dourado,
Em fagulhas de luz, em lindo escamejar.

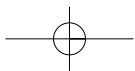
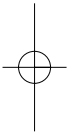
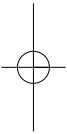
De repente o colosso em fremente ulular,
Escumando se eleva e erguido e espadanado,
Reconcentrado ruge e rugindo raivado,
Investe contra o oceano, irado e a esbravejar!

Chocam-se os dois titãs! Em retumbar imenso,
Odes loucas bramindo, esmagam-se raivosos
E vários vagalhões as vargens vergasteiam.

Chocam-se os dois titãs! No torvelim suspenso
O so coroa o embate espargindo preciosos
Cristais que brilham, que rebrilham, que estonteiam...



MOSAICOS



POSTO QUE ESTEJA ERRADO...

Vallisney de Souza Oliveira

Juiz Federal.

Professor da Faculdade de Direito da UFAM

Mestre e Doutor em Direito (PUC-SP)

Autor das obras *Embargos à execução fiscal,*

Audiência, instrução e julgamento e

Nulidade da sentença e o princípio da congruência (Editora Saraiva).

Existem certas locuções na linguagem forense, das quais, acatando os ensinamentos de conspícuos autores, evito fazer uso. Tais são, por exemplo, *vez que* e *de vez que*, no lugar de *uma vez que*, e *face a*, no lugar de *em face de*.

Outra locução amiúde empregada erroneamente em artigos jurídicos, petições iniciais, sentenças, acórdãos e pareceres é *posto que* no sentido de *porque*, *porquanto*, *visto que*, isto é, como conjunção causal ou explicativa.

Já li diversas decisões em que o juiz assevera: “A lei tal é inconstitucional, *posto que* viola o princípio da ampla defesa e do contraditório”. “O autor não tem direito ao benefício, *posto que* já o recebeu”.

Não é difícil encontrar também o mau emprego de *posto que* em livros de Direito, mesmo naqueles que trazem o selo de grandes editoras, os quais, portanto, costumam ser publicados após minuciosa revisão gramatical.

Diante do uso generalizado de *posto que* como *porque*, *porquanto*, *visto que*, até cheguei a pensar que essa locução pudesse ter mesmo o significado de *porque*, *porquanto*, *visto que* e não haveria razão para rejeição ou prevenção contra seu uso. Baseava-me em que, como sempre ouço, o mais importante é ser claro, fazer-se entender, comunicar...

Cheguei a cogitar de que a locução *posto que* significasse *embora* apenas na língua de épocas passadas, não sendo mais utilizada em sentido causal na linguagem culta dos nossos dias.

É que *posto que* como conjunção concessiva se encontra largamente nos *Sermões* do Padre Antônio Vieira e nas *Consolidações das Leis Processuais* de Joaquim Ribas.

O Barão de Ramalho, jurista do século passado, doutrinava: “É admissível esta ação somente entre as próprias partes contratantes, endossadoras de letras e papéis de crédito, não entre outros, *posto que* herdeiros sejam”. (*Praxe brasileira*. 2. ed. São Paulo: Duprat & Comp., 1904. p. 388). Isto é, mesmo entre herdeiros não seria possível esta ação, somente admitida entre as próprias partes.

Já de longa data, onde quer que encontre escrito *posto que* como sinônimo de *porque*, adquiri o hábito de sublinhar e substituir essa locução por *visto que* ou por outra do mesmo sentido, até para poder entender mais prontamente o que está escrito.

Em frases como “não se trata de direito adquirido, *posto que* não existe direito adquirido contra a Constituição”, ocorre-me às vezes eliminar *posto que* e exprimir a idéia causal em oração introduzida pela preposição *por* ou locução equivalente: “não se trata de direito adquirido, *por (em virtude de, em face de) não haver* direito adquirido contra a Constituição”.

No Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, notavelmente aberto a novas expressões, mais uma vez se comprova que o termo *posto que* é usado errônea e equivocadamente, pois, como registra o ilustre lexicógrafo, *posto que* significa “ainda que, se bem que, embora, posto.” E *posto*, segundo o mesmo dicionário, tem o mesmo sentido de *posto que*.

Aurélio abona a observação com exemplo de Machado de Assis, em *A ressurreição*: “Como caráter, fazia-lhe a mãe grandes elogios, e eram fundados, *posto* fossem de mãe.” Ou seja, os elogios maternos tinham fundamento, *embora (conquanto, se bem que)* fossem elogios de mãe.

Geraldo Amaral Arruda, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, ensina em *A Linguagem do Juiz* (São Paulo: Saraiva, 1996, p. 109) que a locução *posto que* não deve ser empregada como causal, mas como concessiva, e se usa com o verbo no subjuntivo: “Posto que fosse tarde, o magistrado mesmo assim continuou a audiência.”

José Maria da Costa (*Manual de Redação Profissional*. Campinas/SP: Millenium, 2002, p. 1070) informa que o filólogo A.M. de Sousa e Silva insere também a locução *posto que* “no rol das conjunções concessivas”, o que este . exemplifica com o seguinte excerto do escritor português Camilo Castelo Branco: “Posto que o vosso sangue me não corra nas veias, sou vosso neto pelo sacramento que me liga à mui nobre dama”. Segundo a

mesma fonte citada por José Maria da Costa, o romancista luso observou ser “grave incorreção, assaz freqüente no Brasil, empregar *posto que* como conjunção causal ou como conjunção explicativa”.

Com base em outros autores, José Maria da Costa dá exemplos do emprego correto na legislação brasileira, como se vê do art. 1046, § 2º, do CPC (embargos de terceiro), no qual a palavra *posto* (igual a *posto que*) é utilizada como conjunção concessiva, isto é, significando *embora, conquanto, ainda que, se bem que*: “Equipara-se a terceiro a parte que, *posto* figure no processo, defende bens que não podem ser atingidos pela apreensão judicial”.

Por outro lado, pode constatar que o emprego de *posto que* como causal não ocorre somente em textos jurídicos, mas também em poemas e textos de ficção, como se vê no antológico *Soneto da Fidelidade*, de Vinicius de Moraes: “E assim, quando mais tarde me procure / Quem sabe a morte, angústia de quem vive / Quem sabe a solidão, fim de quem ama/ Eu possa me dizer do amor (que tive): / Que não seja imortal, *posto que* é chama / Mas que seja infinito enquanto dure”.

Nos versos finais do poema, o poeta reconhece que o amor não é imortal, porque, como a chama, é fugaz. Postula, entretanto que, já que é efêmero, que seja o sentimento amoroso infinito enquanto dure. Os amantes devem amar-se intensamente, enquanto o amor está vivo. Porque, como a chama, o amor se extingue.

Relembrando passadas aulas na Universidade Federal do Amazonas, o Professor Carlos Gomes disse-me que *posto que*, com a significação de *porque, porquanto, visto que*, é, segundo os autores, influência do espanhol, língua em que essa locução tem sentido causal. Porém alertou que, dado o uso generalizado, é praticamente irreversível o seu emprego para ligar a oração causal à sua principal. Sem prejuízo de também introduzir oração concessiva. Por ora deve equivaler a *embora, se bem que* (como concessiva), mas freqüentemente ocorre em lugar de *porque, porquanto* (como causal). Como concessiva, o verbo da oração estará no subjuntivo. Como causal, no indicativo.

Entretanto, sem querer ser purista no uso do vernáculo, continuarei, relutante, seguindo os autores que recomendam evitar o emprego de *posto que* como conjunção causal ou explicativa. *Posto* não desejasse, sei, entretanto,

que os fortes ventos do uso acabarão soberanamente apagando a renitente
chama de minha relutância.

O BEIJO

Dimis da Costa Braga
Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia

Contigo tudo eu quis
E o que tive foi um beijo em fim de tarde
A tua boca e a minha num segundo
E nada mais

Tudo te ofertei
Minha vida te entreguei anos a fio
E tu me deste um beijo em fim de tarde
E nada mais

Mas naquele beijo em fim de tarde
Eu vivi a vida num segundo
E valeu por toda a eternidade

E por mais que eu viva neste mundo
Nada me fará esquecer o beijo
Que até agora queima e arde!

CARTA A UM JOVEM PROMOTOR DE JUSTIÇA

Paulo Queiroz

Procurador Regional da República

Professor do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB

Caro Promotor: em resposta às indagações que me fizeste, segue o que penso a propósito.

Bem sabes que, dentre as relevantes funções que agora exerces, está a de acusar, tarefa das mais graves e difíceis, por certo. Pois bem, quando acusares – e tu o farás muitas vezes, pois o teu dever o exige – não esqueças nunca que sob o rótulo de “acusado”, “réu”, “criminoso” etc. há sempre um homem, nem pior nem melhor do que tu; lembra que nosso crime em relação aos criminosos consiste em tratá-los como patifes (Nietzsche). Evita incorrer nessa censura! Acusa, pois, dignamente, justamente, humanamente!

Lembra que, entre os teus deveres, não está o de acusar implacavelmente, excessivamente, irresponsavelmente. Se seguirem a Constituição, como é teu dever, e não simplesmente a tua vontade, atenta bem que a tua função maior reside na defesa da ordem jurídica e do regime democrático (CF, art. 127), e não da desordem jurídica, nem da tirania. E defendê-la significa, entre outras coisas, fazer a defesa intransigente dos direitos e garantias do acusado, inclusive; advogar é guardar a própria Constituição, é defender a liberdade e o direito de todos, culpados e inocentes, criminosos e não criminosos.

Por isso, sempre que te convenceres da inocência do réu, não vacila em pugnar por sua pronta absolvição, ainda que tudo conspire contra isso; faz o mesmo sempre que a prova dos autos ensejar fundada dúvida sobre a culpa do acusado, pois, como sabes, é preferível absolver um culpado a condenar um inocente. Ousa, portanto, defender as garantias do réu, ainda que te acusem de mau-acusador, ainda que isso te custe a ascensão na carreira ou a amizade de teus pares. Assim, sempre que o teu dever o reclamar, não hesita em impetrar habeas corpus, em recorrer em favor do condenado, em endossar as razões do réu, e jamais te aproveites da eventual

deficiência técnica do teu (suposto) oponente: luta, antes, pela Justiça! Lembra, enfim, que és Promotor de Justiça, e não de injustiça!

E quando te persuadires da correção do caminho a trilhar, segue sempre a tua verdade, a tua consciência, não cede à pressão da imprensa, nem de estranhos, nem de teus pares; sê fiel a ti mesmo, pois quem é fiel a si mesmo não trai a ninguém (Shakespeare), porque não cria falsas expectativas nem ilusões.

Trata a todos com respeito, com urbanidade; sê altivo com os poderosos e compreensivo com os humildes; lembra que quem se faz subserviente e se arrasta como verme não pode reclamar de ser pisoteado (Kant).

Evita o espetáculo, pois não és artista de circo nem parte de uma peça teatral; sê sereno, sê discreto, sê prudente, pois não te é dado entregar a tais veleidades;

Estuda, e estuda permanentemente, pois não te é lícito o acomodamento; não esqueças que toda discussão técnica encobre uma discussão ideológica; lê, pois, e aplica as leis criticamente; não olvides que teu compromisso fundamental é com o Direito e a Justiça e não só com a Lei;

Não te julgues melhor do que os advogados, servidores, policiais, juízes e partes, nem melhor do que teus pares;

Não coloques a tua carreira acima de teus deveres éticos nem constitucionais;

Vigia a ti mesmo, continuamente, mesmo porque onde houver uso de poder haverá sempre a possibilidade do abuso, para mais ou para menos; antes de denunciar o argueiro que se oculta sob olhos dos outros, atenta bem para a trave que te impede de te ver a ti mesmo e a teus erros; lembra que as convicções são talvez inimigas mais perigosas da verdade que as mentiras, e que a dependência patológica da sua óptica faz do convicto um fanático (Nietzsche);

Não te esqueças de que, por mais relevantes que sejam as tuas funções, es servidor público, nem mais, nem menos, por isso sê diligente, sê probo, sê forte, sê justo!

Cordialmente,

CRIMES NA INTERNET

Lupercino Nogurira

Desembargador do Tribunal de
Justiça do Estado de Roraima e professor
lupercino@uol.com.br

A Internet é um valioso instrumento de troca de informações, porém, com o seu advento, surgiram novos e sérios problemas jurídicos não previstos claramente na legislação vigente.

Atualmente é comum o saque indevido de dinheiro das contas bancárias, manifestações racistas e até venda de drogas.

Há delitos tradicionais praticados através da Internet: estelionato (fraude eletrônica com vantagem indevida em prejuízo de outrem), crime contra a honra e ameaça, em que se aplica o Código Penal.

Outros crimes não possuem leis especiais, como a disseminação de vírus, spam (propaganda desagradável) e acesso não autorizado em banco de dados. Advogados procuram adequar os crimes virtuais à legislação tradicional.

Nas compras na Internet, muitos entendem aplicável o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil por ser um contrato feito por meio eletrônico, ainda que não exista documento assinado. É evidente que o consumidor deve acautelar-se para poder provar a relação de consumo.

Já há nas leis penais algumas previsões pontuais. O Estatuto da Criança e do Adolescente pune com até 6 anos de reclusão o crime de pedofilia. Figuram também no Código Penal os crimes praticados por funcionário público referente à inserção de dados falsos em sistema de informações, bem como sua alteração não autorizada, incluindo programas de informática.

Cumpra lembrar que a Lei 9.800/99 permite o petição eletrônico e é positiva a inclusão do Direito Eletrônico ou Direito da Informática nas grades curriculares de algumas Faculdades de Direito.

Há crimes virtuais de difícil punição – fraude em comércio eletrônico, uso indevido de direitos autorais, saques irregulares de conta corrente através

da Internet – face à inexistência de leis específicas que permitam a devida sanção.

Estão ocorrendo delitos eletrônicos que precisam figurar em legislação específica: propagação de vírus, invasão de sites (endereços na Internet), fraude eletrônica com deturpação do sistema de apuração de votos ou fraudes informáticas contra o sistema previdenciário.

Urge, portanto, uma lei especial para que se possa dar um efetivo combate aos bandidos virtuais ou *hackers* que, através da fraude eletrônica e estimulados pela impunidade, lesam milhares de desprotegidos cidadãos brasileiros.

MOSAICOS

Francisco de Barros e Silva

Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco

Não sei a que título estou no mundo.
Mas o caminho é melhor que a pousada.
Sigo lendo Drummond e Pessoa, Vinicius e Quintana.
E guardo as recordações dos amigos que deixei.

Vivo às vezes no tempo da memória.
Recordo sonhos realizados e pesadelos adormecidos.
Tenho meu sentimento de mundo e duas mãos que desenham sorrisos.
Trabalho, estudo, aprendo todo dia minha imperfeição.

Estou em paz com o espelho e com a consciência.
Descanso às vezes de quem sou.
Paradoxalmente, não gosto de julgamentos.
As tardes são longas; os julgamentos, difíceis.

Sou completo, pois não termino em mim mesmo.
Amo o pensamento e o que lhe escapa.
Intransitivo e dúbio.
Inexequível como certas idéias, mas repleto de sentido.

Não diga nada sobre meus defeitos.
É tarde e me resta apenas ser grato pelo que me sacia.
Como diria o velho Ortega y Gasset, “eu sou eu e minhas circunstâncias”.

SONEGAÇÃO FISCAL NO BRASIL

Agapito Machado

Juiz Federal e Prof. da UNIFOR

Pela experiência de mais de 18 (dezoito) anos no exercício da magistratura federal, afora mais de trinta e cinco no serviço público, todos por concurso público, portanto, sem depender de indicações políticas, verifiquei que a tipificação, como crime, da **sonegação fiscal**, é simplesmente uma terceira maneira de se forçar o sonegador a pagar o tributo, já que existem, em prol do Fisco, a ação cautelar fiscal e a própria execução fiscal.

É que, mal chegam a ser denunciados, a elite sonegadora logo consegue no Congresso Nacional a elaboração de Lei concedendo-lhe vantagens para parcelamento do débito e obter a imediata suspensão do processo criminal e até mesmo a extinção da punibilidade, ou seja, o fim do processo criminal, deixando o Juiz simplesmente pasmo, ou seja, sem outra solução.

O maior exemplo é o chamado “novo REFINS”, que admite o parcelamento do débito por 180 (cento e oitenta) meses pelo sonegador que pode pagar. Assim, o pequeno empresário, pobre, que não tem condição de pagar o tributo devido e atualizado, no prazo fixado, termina condenado e aí vão dizer que a Justiça só prende preto, pobre e prostituta, quando na verdade o juiz cumpre a Lei feita pelos representantes da elite brasileira.

Não deixarão também de aparecer os “juristas de ocasião”, vale dizer, quem diga que o juiz que não cumpre a Lei quer fazer média para obter notoriedade e por isso deve ser punido, tal como consta de um inusitado projeto de lei recentemente enviado ao Congresso Nacional.

Quanto à obtenção da extinção da punibilidade para o sonegador que podia e não pagou o tributo na época própria, o STF decidiu que a Lei nº 10.684/03 também se aplica às contribuições previdenciárias (HC 85.542, Rel.Min.Eros Graus).

Como se não bastasse a proteção do Legislador (Lei) aos sonegadores de tributos, o Poder Judiciário através do STF (HC 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) decidiu que a ação penal incondicionada, nesses crimes tributários, não deve ser iniciada senão após o termino do procedimento administrativo fiscal, ou seja, somente após a Administração Tributária dizer se há ou não tributo devido e portanto, crime de sonegação.

Aprendemos que as instâncias cível, administrativa e penal são independentes salvo se, no âmbito criminal, for negado o fato ou a autoria.

Dirão os tributaristas que a intromissão/prevalência da instância administrativa sobre a criminal, mesmo em crime de ação pública incondicionada está correta, porque só o Fisco pode dizer se o tributo é devido e o STF já deu a última palavra. E Supremo é Supremo. O resto é conversa para boi dormir.

Se é assim, ou seja, se se entrega à Administração Pública Brasileira e não ao Ministério Público/Poder Judiciário, o enorme poder de dizer se há ou não crime tributário, os tributaristas e o STF deveriam manter a mesma “coerência” e também só admitirem fosse oferecida a denúncia por crimes praticados pelos funcionários públicos, tais como, corrupção passiva, peculato, excesso de exação, concussão e outros previstos como funcionais nos arts. 312 a 326 do Cód. Penal e no art. 3º da Lei 8.137/90, após o término do respectivo Inquérito Administrativo.

Não há diferença entre crime tributário e crime funcional praticado por funcionário público. Ambos são, inquestionavelmente, de ação pública incondicionada (Súmula 609 do STF e a própria Lei nº 8.137 remete ao art. 100 do Código Penal) e sujeitam-se obrigatoriamente à dupla instância: administrativa e penal.

Porque o privilégio só para o sonegador? Que País é esse?

Já pensou o Ministério Público e o Poder Judiciário dependerem de um julgamento prévio da Administração Pública Brasileira em crime de ação pública incondicionada? Pois é: isso só ocorre em matéria tributária e no Brasil. Êta privilégio...

O VIAJANTE E O SÁBIO

Marcos Mairton da Silva

Juiz titular da 8ª Vara Federal do Rio Grande do Norte

Diz a lenda que um homem viajava
À procura de mais sabedoria,
Quando teve a notícia, certo dia,
De um sábio que as montanhas habitava.
Que a tudo que se lhe perguntava,
Respondia, sem sequer titubear,
Com lições que ele sempre ia buscar
Nos provérbios e adágios populares,
Destacando os princípios basilares
Da melhor sabedoria popular.

Logo que desse guru ouviu falar,
Lá se foi, bem depressa, o viajante.
Muitos dias depois, o caminhante
Encontrou em seu refúgio o avatar.
Mal chegou e pôs-se logo a perguntar
Se era justo o comentário que havia:
Que a fonte da sua sabedoria
Vinha toda de provérbios e ditados,
E, aos problemas que lhe eram formulados,
Baseado em adágios respondia.

– A verdade e o azeite na água fria
vêm à tona, cada um na sua hora.
Respondeu logo o mestre, sem demora,
À pergunta que o homem lhe fazia.
E pegando uma cadeira ali vazia

Empurrou em direção ao visitante
E lhe disse: – Sente um pouco, viajante,
Quem tem pressa, come cru ou come quente.
O que eu sei não se aprende de repente,
Pois não se construiu Roma num instante.

Aceitando o convite, o caminhante
Recostou-se na cadeira oferecida.
Disse: – Mestre, uma coisa nessa vida,
Que eu acho curiosa e intrigante,
É ver gente que se acha importante
Esquecer como essa vida é passageira.
Que a alegria que durou a noite inteira
Talvez não veja o sol se por de novo.
Quem é hoje aclamado pelo povo
Amanhã pode até comer poeira.

– Comentaste uma coisa verdadeira –
Disse o sábio com ele concordando.
E depois também foi se acomodando
E sentando-se ali noutra cadeira.
– Vaidade não é boa conselheira,
Pois, se sabe, tudo muda nesta vida.
Não se planta com colheita garantida.
De certeza no futuro só a morte:
Assim como leva o fraco leva o forte.
Essa história já é muito conhecida.

– Pois me ajude a encontrar uma saída,
Grande sábio desta terra tão distante,
Para outra questão interessante
Que pra mim continua irrespondida:

Dizem que, se muitas vezes repetida,
A mentira fica igual a uma verdade.
Haverá mesmo essa possibilidade?
Ou é coisa de cabra mentiroso?
Que, contando alguma “história de trancoso”,
Justifica desse modo a falsidade?

– Apesar de ser grande a velocidade
Da mentira, quando ela se espalha,
Sua vida é como o fogo de palha.
É lagoa que não tem profundidade.
Eu lhe disse, ainda há pouco, que a verdade,
Como azeite, qualquer hora à tona vem.
Diz o povo, agora eu digo também:
Passa o tempo e logo tudo se descobre.
Gente que muito enganou o povo pobre
Hoje em dia não engana mais ninguém.

Mas, eu quero que você entenda bem,
Que, às vezes, não dá para desmentir
A história que acabamos de ouvir,
Quando ela é contada por alguém
Que nos diz que nos lugares de onde vem
Acontecem coisas espetaculares.
Se a gente nunca foi nesses lugares,
Já não pode dizer nada, pois, na terra
Onde a gente nunca foi, cachorro berra,
Rato mia e boi voa pelos ares.

– Grande Mestre, viajando, cruzei mares,
Conheci muitos povos e nações.
Visitei monumentos e vulcões,

E andei por estradas seculares.
Das pessoas que conheço, são milhares
As que pensam que têm sabedoria.
Mas, agora eu acredito em quem dizia
Que ninguém supera sua sapiência.
Não pensei que fosse haver tanta ciência
Nos ditados que o povo pronuncia.

– Se você sabe mais do que sabia,
Sua vinda até aqui foi importante.
Aprendendo é que o principiante
Vai tornando-se mestre a cada dia.
Na cidade onde antes eu vivia,
Comentava-se que, com perseverança,
Tudo aquilo que se busca se alcança.
Bem se sabe que uma grande caminhada
Já começa com a primeira pisada.
De bem cedo se educa a criança.

Digo, ainda, com toda segurança:
Não se guarda a luz acesa num armário;
Não se ensina padre nosso a vigário;
A prudência é irmã da desconfiança;
Não aceite o peso de qualquer balança.
Pois nem todo rezador merece fé;
Muita coisa parece mas não é;
Muita coisa que é não se parece;
Sob as vistas do dono a planta cresce;
Um sapato não dá em qualquer pé.

Mas, agora, vamos tomar um café
E comer um pedaço desse pão.

Repartindo se aprende a ser irmão.
Então, meu convidado você é.
Pois vazio o saco não se põe de pé.
Quem tem fome não faz filosofia.
Para ter uma mente mais sadia,
Convém ter o corpo bem alimentado.
O tempero melhor para o guisado
É a fome que chega ao meio-dia.

Desde então, o viajante passaria
A ser o aprendiz mais dedicado
Que aquele guru já teve ao lado.
Aprendendo as lições que ele daria,
Igualando-se em sabedoria,
Tem estado em diversos lugares.
Seguidores se acumulam aos milhares,
Sempre em busca da sua experiência:
aprender os segredos da ciência
Escondida nos ditados populares.

O DEFENSOR DATIVO (E/OU *AD HOC*) E SEU COMPROMETIMENTO COM A JUSTIÇA

José Alberto Maciel Dantas

Advogado

Como Advogado de Empresas que sou, posso dizer que tenho uma carga de trabalho excessivamente pesada, seja com elaboração de Defesas, Recursos e Pareceres, seja com inúmeras audiências e reuniões, notadamente nas áreas trabalhista e cível.

Essa canalização de áreas de atuação, que se reflete também no Magistério (tenho ministrado aulas de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Processo Civil), faz (e fez) com que eu me afaste/afastasse um tanto quanto do Direito Penal e do Direito Processual Penal, e por isso mesmo posso dizer, sem vergonha, que sou fraco em ambos.

Não obstante minha ignorância “criminalística”, volta e meia tenho recebido alguns casos da Justiça Federal exatamente nessa área, em que sou nomeado como Defensor Dativo ou *Ad Hoc*.

Não há dúvidas que seria muito mais fácil (para mim) peticionar alegando falta de tempo (e não estaria mentindo) ou de conhecimento (também não mentiria), ou simplesmente deixar de responder às intimações, como infelizmente tenho visto aos montes. Seria correto, no entanto, fazer isso?

Segundo o Estatuto do Advogado (Lei nº 8.906/94), “o advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina” (art. 33), constituindo infração disciplinar “recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública” (art. 34, XII). Por sua vez, no Código de Ética e Disciplina constam, dentre outros, os seguintes deveres do Advogado, norteados por “princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta”:

- a) empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses;
- b) comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos;
- c) exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho;
- d) agir com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe;
- e) o advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos;
- f) é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado;
- g) advogado, na condição de defensor nomeado, conveniado ou dativo, deve comportar-se com zelo, empenhando-se para que o cliente se sinta amparado e tenha a expectativa de regular desenvolvimento da demanda.

Como claramente se percebe, o Advogado não pode furtar-se a cumprir um “chamado” para atuar como Defensor Dativo ou *Ad Hoc*, já que ao assim proceder estará, no mínimo, cometendo uma ilegalidade.

E o que se ganha atuando como Defensor Dativo? Quanto isso retorna, em termos financeiros?

Essas são perguntas freqüentes que tenho escutado não apenas de leigos na área jurídica, mas também de Advogados já com muitos anos de carreira, e certamente bem mais experientes que eu.

Talvez seja difícil, para muitos, acreditar que é possível ter prazer no que se faz mesmo que não se ganhe um centavo sequer. No entanto, é exatamente assim que me sinto.

Advogar é uma arte, e como toda arte exige amor, determinação, desejo de vencer e também de ajudar. Não se pode (ou pelo menos não se

deve) advogar simplesmente porque não há outra opção melhor, mas sim porque se acredita que alguma coisa pode ser mudada, que injustiças podem ser reparadas, e acima de tudo que todos, independentemente de cor, religião, dinheiro e outros fatores, têm direito a uma defesa justa. Ainda que você não ganhe um centavo sequer, repita-se!

É claro que eu ganho dinheiro advogando para grandes Empresas, pois também preciso sobreviver, e tenho família que depende de mim. Mas isso quer dizer que atuo como Defensor Dativo apenas porque não preciso de mais dinheiro? Nem de longe isso é verdade, a uma porque preciso sim de mais dinheiro (e quem não precisa?), e a duas porque mesmo no início de minha labuta advocatícia, quando o que ganhava nem dava para pagar as minhas necessidades básicas, já fazia esse tipo de trabalho gratuito.

Normalmente os Réus para os quais se nomeiam Defensores Dativos são pessoas sem condições de contratar um Advogado, e muitas das vezes ignorantes do ponto de vista jurídico. São inocentes? São culpados? Sabiam o que estavam fazendo? Não importa, pois de acordo com a Lei, têm direito a uma defesa justa, devidamente assistidos por um Defensor.

O fato de gostar de advogar, aliado à consciência de que tenho o dever de aceitar as causas que me são confiadas, faz com que a dedicação a uma causa criminal dativa seja a mesma que tenho para, por exemplo, defender uma Ação impetrada em face de um cliente de porte multinacional, e o resultado até então obtido, em sua média, tem sido satisfatório, apesar de toda a minha ignorância “criminalística”, conforme já confessado.

Por falar em resultados, alguns casos ou fatos encontrados ao longo dessa Defensoria Dativa são até pitorescos, pelo menos em um momento posterior, como por exemplo os seguintes (em todos eles tivemos resultados positivos, ou seja, os Réus foram absolvidos):

- a) no início da advocacia, um tanto quanto precipitado e metido a gracioso e audacioso (o que é um mal da maioria dos novos advogados), cai na besteira de dizer na Defesa Prévia que o Ilustre Membro do MPF “não leu os Autos, ou se leu não os entendeu, ou se entendeu é porque se enganou”. Como justa e merecida resposta, o Ilustre Membro do MPF disse que “esperava que o neófito causídico pudesse aprender nas lides forenses o que não teve

- oportunidade de aprender nos bancos da faculdade que cursou”. É claro que isso serviu para “baixar minha bola”;
- b) em um outro caso, em que o Réu estava sendo acusado de pescar em águas proibidas, mas tendo sido encontrado com o mesmo apenas uma canoa, um remo e dois peixes (não havia linha, anzol e nem isca), questionei o seguinte: “Estaria o MPF sugerindo que o Réu pacientemente esperava os peixes colocarem a cabeça para fora d’água, e em seguida dava uma “remada” nos mesmos? Em outras palavras: será que o Réu matava os peixes à paulada (ou “remada”)? Ou os pegava com as mãos, sem qualquer linha, anzol, isca ou rede? Ou ainda: será que usava os dois peixes em seu poder como isca para atrair os que pretendia pescar, e em seguida tentaria pegá-los com as mãos?” Felizmente o Ilustre Membro do MPF dessa vez não respondeu aos gracejos;
- c) houve um caso em que eram 14 acusados de crime de genocídio (extermínio de índios), sendo que o único absolvido foi o que defendi. No entanto, após a Sentença apareceu um determinado Advogado e recorreu em nome de todos, inclusive do meu dativo (já absolvido). Questionado pela MM. Juíza qual o motivo de ter feito isso, já que o Réu tinha sido absolvido, o Advogado teve a cara de pau de responder que foi a pedido da família, que tinha certeza de que ele seria condenado, e por precaução entrou logo com o recurso;
- d) em um outro caso, foram encontradas no sítio do Réu, localizado ao longo da BR-319 (km 70, lá no meio do mato, em local extremamente isolado e distante de qualquer centro urbano, segundo certidão constante dos Autos), **duas pacas abatidas** e duas armas velhas sem porte, e por isso deveria o mesmo (Réu) ser condenado a no mínimo 01 (um) ano de detenção e multa, de acordo com o enquadramento legal sugerido na Denúncia (crime ambiental). E mais: constava dos Autos que o Réu, **“tendo como atividade econômica a pesca e a venda de farinha, poderia perfeitamente alimentar-se dos produtos que comercializava, não havendo necessidade de caçar animal, cujo abate é proibido”**.

Diante de tal afirmativa, questionou-se que **“deveria o Réu comer apenas farinha e peixe! E se faltar o peixe? Come apenas farinha. E se faltar o peixe e a farinha? Não come, pois é proibido caçar animais silvestres”**. Mais um caso ganho!

O fato é que muitos casos são de certo modo fáceis de serem “derrubados”, por absoluta falta de provas. Portanto, basta apenas um pouco de dedicação do Advogado. Outros casos, no entanto, são extremamente difíceis (ou mesmo impossíveis), pois tudo conspira contra o “infeliz”, dando mesmo vontade de manifestar-se dizendo que concorda-se com todos os termos da Denúncia, requerendo a imediata prisão daquele criminoso. Como não é possível fazer isso, e também como Advogado não é mágico, para esses casos só resta fazer aquela “manjada” Alegação dizendo que “não se vê nos autos qualquer elemento incriminador contra o Réu, pelo que se requer seja o mesmo absolvido”. Fazer o que?

Há outros casos, no entanto, em que ocorre um verdadeiro conflito de consciência, onde de um lado encontra-se o dever legal de defender o Réu, e de outro o entendimento de que não está correto prosseguir com tal defesa, pois você também acredita que ele é culpado e que realmente fez aquilo tudo que está sendo acusado.

Um exemplo disso, ocorrido comigo, foi quando fui nomeado para defender uma pessoa acusada de tráfico internacional, juntamente com outros cinco ou seis. No curso do processo, em conversa com o mesmo, ele (o meu “Dativo”) me confessou que realmente fez aquilo que estavam lhe acusando, e que inclusive havia (junto com os demais) ameaçado uma testemunha de acusação, que “coincidentemente” em juízo negou todos os fatos que já havia confessado na Polícia Federal.

O que eu deveria ter feito, já que ouvi isso de forma reservada, e portanto com o dever legal de guardar segredo, além do dever de também ter que defendê-lo? Confesso que fiquei desorientado e ao mesmo tempo assustado, mas em verdadeiro conflito de consciência optei por continuar no caso e defendê-lo com as únicas armas que tinha, quais fossem, as provas constantes dos autos, e o fato é que ele foi absolvido (não havia provas concretas contra ele). Fiquei feliz por um lado (afinal, venci!) e frustrado por outro, pois sabia que um criminoso havia escapado ileso de um crime confessado.

As principais dificuldades na Advocacia Dativa, pelo menos para mim, são encontrar o Réu (mesmo tentando pesquisas no Google, no 102 on-line, etc.) e escutar do mesmo alguma coisa que sirva para tentar derrubar a Denúncia, ou ainda tentar encontrar assinaturas divergentes e documentos falsificados (já consegui livrar alguns com base nisso), além do curto tempo para defesa, principalmente quando se é nomeado “*ad hoc*” para as alegações finais, em processos volumosos. É realmente um desafio e tanto!

Em suma, e conforme já dito, advogar é uma arte, e por isso mesmo deve ser feito com gosto, amor, dedicação e comprometimento. Portanto, se você advoga, deve comprometer-se com a Justiça, e conseqüentemente não pode furtar-se à responsabilidade que lhe é colocada nas mãos.

INSEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Cleber Sanches

Prof. Universitário, escritor, sociólogo,
cineasta e Delegado de Polícia

A insegurança pública já se tornou tão grave no Brasil, que o governo federal, em ato de desespero, deflagrou um Plano Nacional de Segurança Pública, para fazer frente à criminalidade. Contudo, o que se tem observado é que há uma grande preocupação com o crime organizado, e um certo descaso com o crime comum que tem suas raízes nos bolsões de miséria instalados nas periferias dos grandes centros, formados, principalmente, por brasileiros que saem do interior e vão a busca de melhores condições de vida nas principais cidades, onde se deparam com o preconceito, a falta de emprego e acabam se enfiando em casebres que mal os protegem da chuva. Muitos deles, com suas esposas e filhos, são submetidos à exploração no trabalho informal e, sem alternativas, resignam-se com o que lhes oferecem, quase nada. Outros, menos afortunados ainda, mendigam pelas ruas movimentadas das metrópoles, dormindo sob marquises ou simplesmente ao relento.

Sem trabalho, sem comida, sem estudo e, por conseguinte, sem perspectivas, tornam-se presas fáceis dos mercadores do tráfico de drogas, facilmente recrutáveis para a atividade de vendedores, olheiros, passadores e seguranças, com bons salários e uma carreira onde, para aqueles padrões de vida, lhes dá *status*. É a lei da sobrevivência!

Temos aí a matéria prima do crime! Primeiro vêm os pequenos furtos, são os famosos ladrões de galinhas, que apenas buscam alimentos para saciarem a fome do corpo. Depois, vêm os grandes roubos ou o emprego no tráfico de drogas. Nesse momento a segurança pública lança uma ofensiva direta sobre essas pessoas que defendem seus salários, seus produtos e suas posições sociais. Aí vira guerra! A sociedade quer eliminar o tráfico e os traficantes, utilizando-se de suas polícias, com métodos estratégicos de guerra, mas nunca chega nos donos do tráfico, nos “generais”. Fica lutando com os “praças”, quando muito chegam aos “tenentes”, donos de “bocas de

fumo”. Aí, viram baratas tontas! O que fazer? E haja reuniões em Brasília e planos de segurança para conter o tráfico e os traficantes. E aí, um outro criminoso que nunca é citado nesse cenário de guerra, o **usuário de drogas**, aquele que mantém o tráfico vivo e rico, aquele que tem condições financeiras de comprar drogas para saciar seus divertimentos e luxúrias, situado a partir da classe média, é tratado como **doente**, como **vítima** dos traficantes, como pobre coitado que precisa de tratamento médico e internação em clínicas de reabilitação. Em alguns casos isso pode até ser verdadeiro, mas na maioria das vezes, é pura insensatez, é ato de sã consciência que traz os nefastos resultados apresentados. Tanto, que tem usuário de drogas que não é viciado, mas garante com seu dinheiro, a manutenção da grande indústria do tráfico de drogas ilegais. Entre esses usuários vamos encontrar, provavelmente, filhos, netos, irmãos, sobrinhos, amigos, primos, tios e pais de autoridades civis e militares, políticos, empresários, artistas, quando não se trata dos próprios. Eles, e somente eles são os responsáveis, porque possuem e usam o dinheiro para a aquisição da droga. O pobre, o desempregado, não tem dinheiro para esse “luxo”, mas quando são apanhados com uma trouxinha de maconha acabam servindo de bode expiatório e são mostrados, utilizando-se a imprensa, como verdadeiros troféus no combate ao tráfico de entorpecentes.

Se quisermos acabar com o crime, o que é uma utopia, quando muito poderemos reduzi-lo substancialmente, há que se combater, verdadeiramente, os privilégios instituídos a alguns, como a redução de lucros a banqueiros e grandes empresas, distribuindo-os equitativamente na geração de empregos.

Se quisermos acabar com o tráfico, há que se instituir leis severas e aplicá-las, também, contra os usuários de drogas, sem paternalismos e sem receio de revanchismos.

É preciso agir com dureza e muito rapidamente, antes que seja tarde demais.

Se não houver quem compre não haverá quem venda.

