

posta por esta globalização excludente. Nem mesmo “a princesinha da Sorocabana”<sup>(11)</sup> foi capaz de suportar as pressões da vertiginosa e galopante sede de punir, núcleo duro do direito penal da vingança.

Por fim, se vê que o cidadão pacato desta cidade se encontra naquele eterno dilema: é preso por vadiagem – engrossando as estatísticas de degeneração social – ou arranja emprego rápido e se contenta plenamente com seu salário mínimo; enfim, mais uma vez, “*punido ou mal pago*”. Neste passo, resta, de forma incisiva, questionarmos e manifestarmos toda a indignação na esperança de que a bela e charmosa cidade de Assis/SP volte a ser, como declama em seu hino, uma terra fraternal, hospitaleira, próspera e feliz e, na prática, seja uma terra de amor e paz em que todos seus moradores, se assim o desejarem, possam, sem medo,

sambar ao som de “*vai vadiar, vai vadiar, vai vadiar...*”.

## NOTAS

- (1) Em ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, vol. 1. parte geral, 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.
- (2) *Boletim IBCCrim*, ano 17, nº 200, julho de 2009, p.10-11.
- (3) Cidade com mais de 100 anos e aproximadamente 100 mil habitantes.
- (4) Utiliza-se o termo ressuscitar, tendo em vista o total desuso da legislação em comento.
- (5) A seletividade social do vetusto decreto, aqui hostilizado, é tão aparente que em seu parágrafo único o mesmo já afirma quais serão aqueles que se salvaram na “*bacia das almas*”, é o que segue: “Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena”.
- (6) BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no

- Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 35.
- (7) Desta maneira que também denominam a cidade de Assis, no interior de São Paulo.
  - (8) Disponível em [http://gazetaonline.globo.com/\\_conteudo/2009/08/117971-assis+endurece+acoes+contra+crimes+e+aplica+lei+que+pune+vadiagem.html](http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2009/08/117971-assis+endurece+acoes+contra+crimes+e+aplica+lei+que+pune+vadiagem.html)
  - (9) Revogada pela Lei nº 11.983 de 16 de julho de 2009.
  - (10) Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1253618-5605,00-ASSIS+ENDURECE+ACOES+CONTRA+CRIMES+E+APLICA+LEI+QUE+PUNE+VADIAGEM.html>
  - (11) Apelido carinhoso da cidade de Assis/SP.
  - (12) Samba de Zeca Pagodinho – *Vai vadiar*.

## YURI FELIX

Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro do IBCCrim e das Comissões: Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais e Política Nacional de Drogas. Advogado criminalista

## O BÊBADO E O EQUILIBRISTA?\*

Renato Stanzola Vieira\*\*

Circula na internet parecer jurídico da lavra da Advocacia-Geral da União elaborado a partir de *nota técnica* do corpo de consultores jurídicos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal que deverá causar preocupação não só aos constitucionalistas, mas também aos estudiosos do direito e do processo penal. Trata-se do Parecer nº 121/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ<sup>(1)</sup>.

Como ali consta, trata-se de um “*estudo sobre a legalidade e obrigatoriedade de uso de etilômetro, no sentido de uniformizar o tratamento do tema no âmbito deste Departamento*” (de Polícia Rodoviária Federal).

As preocupações nascem das erradas premissas da *nota* – “*análise acerca da legalidade do uso do etilômetro,*” evoluem no decorrer do texto e culminam com as conclusões do tal parecer subscrito por membro da AGU.

Mesmo que seja suficientemente preocupante ler o entendimento na tal *nota* de que “*não existe na Constituição Federal do Brasil, de forma expressa, dispositivo prevenindo que ninguém seja obrigado a produzir provas contra si*”, tão incompreensível quanto isso é a tentativa de colocar em pé de igualdade os artigos 8º, “g” e o 32, ambos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Se por um lado se atesta desconhecer a incorporação pelo direito positivo brasileiro – justamente aquela tão festejada por quem aprecia nosso texto e os direitos que lá estão explícitos *ou não*, como se sabe ocorrer com o artigo 5º, §§ 2º ao 4º da Carta – por outro se confundem as estruturas normativas: a garantia do art. 8º significa não um *mandamento de otimização* (respeite-se a garantia *na medida máxima em que e quando* for possível ser respeitada); não é

só uma recomendação ética e nem uma norma que não contenha uma *regra* no sentido de aplicação *tudo ou nada*. Como a *legalidade penal*, na forma de incidência o privilégio contra a autoincriminação é uma *regra*: ou se aplica ou não se aplica. Não há meio-termo; não é sopesada ao sabor da densidade do que se lhe queira abalancar em sentido contrário<sup>(2)</sup> Distinta normativamente da garantia é o que a própria Convenção nomeia de “*correlação entre deveres e direitos*”, que remonta à ideia liberal de que o direito de um acaba onde começa o direito do outro. Mais: mesmo que o *nemo tenetur* fosse *princípio* e não *regra*, justamente por tratar, no dispositivo do art. 32, de “*correlação*”, o sopesamento não poderia apagá-lo (o princípio); não poderia, seja qual fosse o caso, tirar-lhe a eficácia.

Interpretar duas normas (uma regra e um princípio) com incidências distintas e não oponíveis entre si, não autoriza nem a dizer que o artigo 32 da Convenção relativiza o âmbito do privilege against self-incrimination (principalmente se em vista de situação pré-determinada tendo em conta uma *meta pública* perseguida<sup>(3)</sup>, e nem muito menos (muito menos, cara páldia!) que, como diz a nota, “na gama dos objetivos citados no Pacto, está claro que a proteção dos direitos coletivos se encontra acima da proteção dos individuais, não se confundindo e sim sobrepondo-se aos apontados direitos fundamentais de presunção da inocência e proibição da auto-incriminação”. O caso não é de colidência de princípios e já está na hora de pararmos de pensar na falsa oposição apriorística entre o que se apresenta como individual e o que nos apresenta como coletivo. É de complementaridade que se trata e o respeito ao público ou

coletivo arranca fundamentos do respeito às próprias garantias individuais.

Impressiona a tentativa do velho discurso travestido na leitura de novo documento e pretensamente novas – mas comumente sincréticas<sup>(4)</sup> – interpretações: caminhou-se tanto para colocar os direitos fundamentais na centralidade da conformação dos Estados de Direito (alguém se lembra do *Rechtstaat* alemão pré- segunda guerra?) e, em pleno ano de 2009 se insinua a velha lição de que o “*direito fundamental coletivo*” deve se sobrepor ao “*direito fundamental individual*”.

Com tal forma de ver as coisas, a partir da noção utilitária *do que se almeja conseguir* (como no caso da *nota*, “com o objetivo de diminuir a quantidade de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados”), tenta-se fazer com que uma *política pública utilitarista* sacrifique o *homem* e sua individualidade a serviço da *meta*. Gera desalento, depois de *Kant*, patrono da ideia de que dignidade humana sintetiza-se na ideia de que o homem é um *fim em si mesmo* e não um *meio para a satisfação alheia* (é por isso que ela, a dignidade humana, tem *Würdigkeit*, e não *Wert*), colocá-lo a serviço de alguma ideia de “bem comum” circunstancial.

Com essas premissas e essas considerações da *nota*, paradoxalmente não estranha que a AGU, no tal parecer, tenha considerado o entendimento adequado e inclusive tenha sugerido ao final que “*caso o condutor nega-se (sic) a fazer o teste este deve ser enquadrado no crime de desobediência do art. 330 do Código Penal*”. Tal entender atesta flagrante desconhecimento também de norma imposta pela própria lei de trânsito já

vigente (Código de Trânsito Brasileiro, com redação da Lei 11.705/2008) que prevê **medidas administrativas** ao recalcitrante na produção de prova contra si (art. 165, § 3º), tudo a afastar, na raiz, a cogitação do tal crime.

A conclusão do parecer desconsidera não só a evolução no sistema do common Law do *privilege against self-incrimination*<sup>(5)</sup> como a noção agudizada entre nós – que, sim, temos a garantia insculpida na Constituição, cara páldia! – de que “o nemo tenetur se detegere é direito fundamental do acusado. É que o exercício regular de um direito não pode caracterizar crime, nem acarretar conseqüências prejudiciais ao acusado. A recusa é legítima”<sup>(6)</sup>. Mais que isso, nem se resolve o problema pois se deixa em aberto a propalada proteção ao trânsito: **ou será que alguém escolheria ser processado por crime apenado com o mínimo de 01 ano de detenção** (art. 306, CTB) ao invés de conduta punível com pena máxima de **06 meses de detenção** (art. 330, CP)? Nem aos utilitaristas, pois, o argumento serve.

Ressalvada a necessidade de maior estudo sobre a constitucionalidade da lei vigente em si, anseia-se, pelo menos, a revisão do parecer objeto dessas linhas, não só pelos contra-argumentos que aqui foram lançados como também, por apego aos clássicos brasileiros, parecer ser correta a lição de **Celso Antonio Bandeira de Mello**: “*Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente,*

*não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um*”<sup>(7)</sup>.

Não se leia a crítica como apologia aos **bêbados**. Mas, com argumentos assim, o pareceristas é que mal se equilibram.

## NOTAS

- \* Agradeço ao amigo **Diogo Malan** pelo encaminhamento da notícia e por me manter sempre com o espírito crítico alerta.
- \*\* Com a superveniência da Instrução Normativa nº 03, de 25.08.2009, do Departamento de Polícia Rodoviária Federal que, em seu artigo 19, com muita sobriedade, isentou de responsabilização criminal hipotética aquele que se recusar à submissão aos procedimentos de fiscalização de estado etílico, o autor chegou a considerar que este artigo não tinha mais motivo para ser trazido a público. Parece, contudo, que as razões do texto permanecem, quer porque é elogiável a postura dos agentes da polícia judiciária federal, quer porque a irrisignação com o entendimento contido no parecer da A.G.U. parece justificar, ainda, o questionamento público.
- (1) A cópia do citado parecer e da nota técnica que motivou sua confecção pode ser encontrada em <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-etilometro.pdf>
- (2) No sentido do texto, com suas próprias e autorizadas palavras, **Virgílio Afonso da Silva**. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 36.
- (3) Mesmo que se conheça a problemática da ponderação que, segundo alguns, permite-se ver en-

tre princípio e política pública (**Daniel Sarmento**. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. **Daniel Sarmento** (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 85.

- (4) Mais uma vez, a nada desautorizada lição do professor titular de Direito Constitucional da USP é uma voz que, conquanto alentadora, talvez ainda pregue no deserto: “*Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior e, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado com revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis*”. (Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In Interpretação Constitucional. **Virgílio Afonso da Silva** (coord.). São Paulo: Malheiros. 2005, p. 116). Aliás, para não ir tão longe, basta uma leitura da obra de **Konrad Hesse** citada na nota para desconstruir a ideia falsa da suposição de que os condutores de veículos enquadrar-se-iam no chamado “grupo especial”, a submetê-los à acriticamente reproduzida noção de “relação de poder especial”.
- (5) Por todos, ler **Leonard W. Levy**. Origins of the fifth amendment. The right against self-incrimination. Chicago: Ivan R. Dee. 1999.
- (6) **Maria Elizabeth Queijo**. O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva. 2003, p.370.
- (7) A noção jurídica de “interesse público”. In: Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 182.

**Renato Stanzola Vieira**

Mestre em Direito Constitucional (PUC/SP),  
membro do Instituto de Defesa do direito de Defesa e  
advogado criminalista em São Paulo

## A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

**Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva**

A jurisprudência dos EUA, ao longo do último século<sup>(1)</sup>, construiu o raciocínio segundo o qual atua dolosamente o agente que preenche o tipo objetivo ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado **voluntariamente numa posição de alienação diante de situações suspeitas**, procurando **não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas**. Trata-se da teoria da **cegueira deliberada**.

Fora do sistema da *Common Law*, o Tribunal Constitucional da Espanha vem acatando esse entendimento há quase uma década<sup>(2)</sup>, no sentido de dizer que atua dolosamente quem pratica o núcleo do tipo, diante de uma situação suspeita, colocando-se em condição de ignorância, sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato.

No Brasil, **Moro**, em matéria de lavagem de capitais, defende serem subjetivamente típicas condutas que tenham sido praticadas nessa situação de “*autocolocação em es-*

*tado de desconhecimento*”, quando o agente procura não conhecer detalhadamente as circunstâncias de fato de uma situação suspeita.

Sobre o tema houve, recentemente, na jurisprudência brasileira, um importante precedente. Trata-se da sentença que julgou os supostos autores e partícipes do furto de mais de R\$ 160 milhões dos cofres do Banco Central em Fortaleza/CE. Dentre os acusados, estavam dois vendedores de carros que realizaram negócios com os supostos ladrões, recebendo altas somas de dinheiro vivo em troca das mercadorias. Ao considerar que o furto foi praticado por uma organização criminosa (enquadrando-se na hipótese do artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/98), o juiz singular, aplicando a teoria da **cegueira deliberada**, condenou os dois comerciantes por lavagem de dinheiro, asseverando que agiram com indiferença à estranheza da negociação realizada com dinheiro em espécie, assumindo o risco de

vender automóveis em troca de dinheiro sujo. Em segunda instância, o TRF da 5ª Região afirmou expressamente que “*a doutrina da cegueira deliberada é aplicável a todos os delitos que admitam o dolo eventual*”. Contudo, como a imputação dizia respeito ao artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei de Lavagem de Dinheiro, que só admitiria o dolo direto, reformou-se a sentença de primeira instância<sup>(4)</sup>.

O problema da **cegueira deliberada** é, em verdade, um problema de **dolo eventual**: cabe perquirir se, segundo o ordenamento pátrio, atua com **dolo** aquele que, diante de situações suspeitas, age de modo a possivelmente praticar o tipo objetivo sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato.

Desde já, cabe assentar uma premissa: quando se trata de ignorância deliberada, fala-se sempre em “*certo grau de suspeita a respeito das circunstâncias de fato*”. O sujeito tem alguma noção daquilo que o rodeia,