

3. Um debate necessário: compatibilizar a destinação dos recursos do FUNPEN com o cumprimento de direitos constitucionais

A decisão do STF proferida em sede de medida cautelar da ADPF 347, que determinou o descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, foi capaz de gerar expectativas positivas sobre o futuro do Sistema Penitenciário Brasileiro. Na verdade, a complexidade que envolve o uso dos recursos do FUNPEN exige debate que transcenda a questão do descontingenciamento. Isso porque há outros elementos relevantes a serem considerados para sua implementação, como, por exemplo, a destinação dos recursos e o procedimento para celebração de convênios e outros instrumentos de transferência.

Ao mesmo tempo em que é necessário estímulo para que os Estados tenham condições de executá-lo, igualmente é necessário que isso se dê de acordo com os parâmetros da decisão do STF, que determinou a adoção de medidas contra o *estado de coisas inconstitucional* do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Assim, se a principal despesa do FUNPEN consistiu na construção e manutenção de estruturas prisionais, não há, por outro lado, justificativa razoável por que os gastos com educação, saúde e assistência social e jurídica, potencialmente capazes de ressocializar o preso, são pouco expressivos. Se há preponderância de gastos com encarceramento, esses direitos correlatos não deveriam ser prestados na mesma proporção, considerando o aumento da população carcerária?

Pode-se argumentar, inclusive, que a opção política na alocação dos recursos, durante os mais de 20 anos de vigência do FUNPEN, também contribuiu para o *estado de coisas inconstitucional*, uma vez não houve modernização ou aprimoramento do Sistema Penitenciário; pelo contrário.

Requer-se, para reverter esse cenário, não somente uma atuação do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo, que podem alterar ou regulamentar a norma do FUNPEN, a fim de torná-la mais flexível e adequada à estrutura complexa do federalismo nacional e do sistema penitenciário. Critérios que permitam a ressocialização do preso poderiam ser prioritários e, assim, seriam capazes de otimizar o uso dos recursos.

Na verdade, não basta a existência de recursos para melhorar a situação penitenciária; é igualmente necessária gestão responsável e regulação que permita sua implementação segundo os direitos constitucionais. Esse tema, que ainda tem muito a ser explorado, pode ser objeto de debates frutíferos pela comunidade jurídica, a fim de compatibilizar o procedimento para uso dos recursos do FUNPEN com os direitos fundamentais.

Notas

- (1) BRASIL. *FUNPEN em números*. 6. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 20.
- (2) Cf. Exposição de Motivos 80/MJ, de 08.02.1993, subscrita pelo Ministro da Justiça Maurício Corrêa, p. 2.
- (3) Em 2016, o MJ publicou o “Manual de Convênios e outros instrumentos de repasse”, para orientar os Estados quando da apresentação de convênios e contratos correlatos, que está disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/convenios-1/manual-de-convenios-e-instrumentos-congeneres-depen-2016.pdf>>. Último acesso em: 12 nov. 2016.
- (4) Cf. “AGU defende esforço conjunto do poder público para enfrentar crise em presídios”. 27/08/2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id_conteudo/348575>. Último acesso em: 12 nov. 2016.
- (5) Referente ao Processo (Pedido de Informação) nº 08850002075201600, que foi respondido pelo MJ em 06/07/2016. Disponibilizam-se as planilhas publicamente em: <<https://goo.gl/pwjJHI>>. Último acesso em: 12 nov. 2016.
- (6) Os dados foram organizados em planilha do Excel, contendo o tema, unidade da federação, ano de celebração do contrato, objeto e valor, que está disponível para consulta em: <<https://goo.gl/VRAIoE>>. Último acesso em: 12 nov. 2016.

Alynne Nayara Ferreira Nunes

Mestre em Direito e Desenvolvimento
pela Fundação Getúlio Vargas (2016).

Pesquisadora.

Advogada.

Penas infamantes no Direito Penal Empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade

Marcelo Almeida Ruivo

A doutrina do Direito Penal empresarial de matriz anglosaxônica tem sugerido a utilização de penas criminais infamantes (*shame sanctions*).⁽¹⁾

Os eventuais benefícios radicariam desde diferentes finalidades preventivas relacionadas à utilidade da punição a consequências práticas, v.g., evitar o incremento da massa carcerária, os altos custos da punição⁽²⁾ e o afastamento do condenado da sua atividade produtiva lícita. Acredita-se que seria socialmente mais vantajosa a divulgação da condenação criminal irreversível, mantendo o empresário no gerenciamento do seu empreendimento, do que o encarceramento do condenado e, consequentemente, o enfraquecimento econômico.

A reflexão sobre a eventual possibilidade de inclusão de penas infamantes no ordenamento penal brasileiro exige o enfrentamento a partir de distintos pontos.

1. *A indefinição do conceito e dos tipos de penas infamantes.* É necessário identificar o que exatamente se pode entender por penas infamantes, quais são os tipos e os crimes correspondentes para que se possa efetivamente avaliar os fundamentos, as finalidades, os limites e as consequências desse tipo de pena. **Julia Jeuken** indica corretamente a “*dificuldade de conceituação*

uniforme” desse tipo sancionatório,⁽³⁾ que varia nos tipos de penas indicados por cada defensor da ideia. A concreta análise da conformidade constitucional depende da especificação do tipo de pena.

2. *A indefinição dos elementos da teoria geral da pena.* A principal questão prévia à análise das penas infamantes diz respeito à imprecisão conceitual dos elementos componentes da teoria geral da pena criminal no Brasil, nos Estados Unidos e, em boa parte, na Europa. Não raras vezes, a doutrina e a jurisprudência confundem o fundamento com as finalidades, bem como as finalidades com as funções ou as consequências da pena. Diante da indefinição de quais requisitos a condenação deve cumprir para a aplicação de pena legítima, não há como avaliar juridicamente e verificar empiricamente a bondade de algum tipo de pena para uma conduta concreta. Justamente por isso se acredita na importância da doutrina quadripartida da pena criminal, prevendo progressivamente as quatro fases atinentes às questões do fundamento, das finalidades, da espécie de pena e da oportunidade de punição.⁽⁴⁾ Questões que suscitem as respectivas quatro perguntas: por quê, para quê, como e quando punir.⁽⁵⁾

A eventual viabilidade constitucional das penas infamantes remete ao tipo de pena, ou seja, o como punir. Para as penas infamantes seguem igualmente as exigências de satisfação do fundamento retributivo da culpa pela ofensa ao bem jurídico e das finalidades preventivas dos crimes, também conhecidas como doutrinas relativas.⁽⁶⁾ Na primeira fase, deve-se testar especificamente se o tipo de pena infamante em concreto seria suficiente para a retribuição proporcional da culpa. Na segunda, responder se haveria: (1) a orientação da conduta do destinatário da norma pelo receio de sofrer a infâmia?; (2) a confirmação da vigência da norma por meio da aplicação da infâmia?; (3) a ressocialização do condenado por vivência da infâmia?; (4) a neutralização da capacidade ofensiva do condenado por meio da infâmia?

Cada modalidade específica de pena infamante – quer desagregadora, quer reintegradora – ⁽⁷⁾ apresenta diferentes níveis de adequação a cada uma das finalidades preventivas da pena. Ainda assim a pena infamante suscita duas interrogações com base na lógica utilitária do custo-benefício. As finalidades da pena no Direito Penal Econômico podem se restringir ao puro cálculo se os prejuízos decorrentes da condenação não superam os benefícios decorrentes do crime? Depois, a pena cumpriria as eventuais finalidades, caso o condenado, despreocupado com a perda da reputação, renunciasse a sua honra pessoal por entender o proveito econômico oriundo do crime superior à humilhação pessoal?

3. A incerteza dos efeitos desse tipo de pena. Os fins político-criminais que se pretende alcançar com o uso das penas infamantes não podem ser afirmados categoricamente sem a verificação empírica,⁽⁸⁾ assim como ocorre com todo tipo de pena.⁽⁹⁾ Isto é, não se pode presumir que determinado tipo de pena sempre alcance as pretendidas finalidades em qualquer contexto de inserção,⁽¹⁰⁾ o que reivindica um estudo específico do tipo de conduta ofensiva e do tipo de pena associada. No fundo, o efetivo atingimento das finalidades da pena, pretendidas pelo legislador e pelo juiz, liga-se à outra questão, o efeito prático ou o funcionamento desse tipo de pena. O funcionamento do tipo de pena não se subordina à vontade do jurista, por exemplo, o dano à honra e a eventual estigmatização do condenado são intrínsecos à noção de pena infamante,⁽¹¹⁾ ainda que não se queira tal consequência.⁽¹²⁾ Ademais, o sentimento pessoal de humilhação do criminoso pode ser relativamente independente do setor de atividade empresarial, já os prejuízos comerciais à imagem serão incontrolavelmente distintos se a condenação for por crime tributário ou crime contra relação de consumo.⁽¹³⁾

4. A difícil conformidade constitucional. O texto constitucional, quando trata da inviolabilidade da “honra e imagem das pessoas” (art. 5.º, X, CF), não aponta quaisquer legítimas hipóteses de desproteção dos direitos fundamentais da honra e da imagem. Tudo leva a crer que o cidadão criminalmente investigado ou, até mesmo, condenado possui a mesma garantia dos direitos à sua honra e à sua imagem que o cidadão que jamais foi investigado ou acusado. A inviolabilidade da honra e da imagem do cidadão funda-se, em última instância, na dignidade da

pessoa humana (art. 1.º, III, CF), que impede o Estado de humilhar e estigmatizar o cidadão, mesmo que condenado criminalmente. O conceito geral de pena criminal caracteriza-se pela temporária restrição do direito fundamental afetado, o que não ocorre com a mesma delimitação nas penas infamantes. Não se trata apenas da temporária restrição do direito fundamental à honra, pois da humilhação pública do condenado pode decorrer a sua estigmatização – mesmo depois de cumprida a pena –, o que sabidamente não é controlável por via judicial.

Por essas e outras razões, o acolhimento da política-criminal que propõe penas infamantes requer cautela e o aprofundamento das reflexões nas ciências criminais.

Notas

- (1) Em sentido crítico, KAHAN, Dan; POSNER, Eric. *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines* In: BROOKS, Thom. *Shame punishment*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 155 e ss. Analisando a publicação da decisão condenatória de empresas, TIEDEMANN, Klaus. *Leciones de derecho penal económico*. Barcelona: Ppu, 1993. p. 231; HEINE, Gunther. *Sanctions in the field of corporate criminal liability*. In: ESER; HEINE; HUBER. *Criminal responsibility of legal and collective entities*. Freiburg: MPI, 1999. p. 249-250.
- (2) Sobre os benefícios das *shame sanctions* em geral, JEUKEN, Julia, *Análise crítica às shame sanctions*, São Paulo: LiberArs, 2017. p. 19, 38, 40, 53, 73 e 98 (prelo).
- (3) Idem, p. 19, 33, 52, 74 e 97.
- (4) RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *RBCCRIM*, v. 121, p. 165 e 185, 2016.
- (5) Idem, p. 165 e 185.
- (6) Sobre a imprecisão da diferenciação entre doutrinas absolutas e relativas estabelecida sobre o critério da finalidade, ver RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal cit., p. 173.
- (7) BROOKS, Thom. *Punishment*. Londres: Routledge, 2012. p. 75.
- (8) Idem, p. 78; KAHAN, Dan; POSNER, Eric. *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines* In: BROOKS, Thom. *Shame punishment*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 163 e 177.
- (9) RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal cit., p. 185.
- (10) KAHAN, Dan; POSNER, Eric. *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines* In: BROOKS, Thom. *Shame punishment*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 163-164.
- (11) BROOKS, Thom. *Punishment* cit., p. 76.
- (12) Outros exemplos de tipos de pena e as correspondentes consequências em RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal cit., p. 183-184.
- (13) JEUKEN, Julia, *Análise crítica às shame sanctions*, São Paulo: LiberArs, 2017. cit., p. 42-43 (prelo).

Marcelo Almeida Ruivo

Doutor pela Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg,
Alemanha) em 2009, 2011-2012, 2014, 2016 e 2017.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana
Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Blazi.

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e
Williams Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Sugumori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anê Andorato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogués Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Guedes Pirágine, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana

Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Salomão Shecira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Mauricio, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolin, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silknas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Belto, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Paula Mamede, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, Vivian

Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

**COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO
CONTROLADO (VBC):** Adriano Galvão e Eduardo Carvalho.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

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

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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