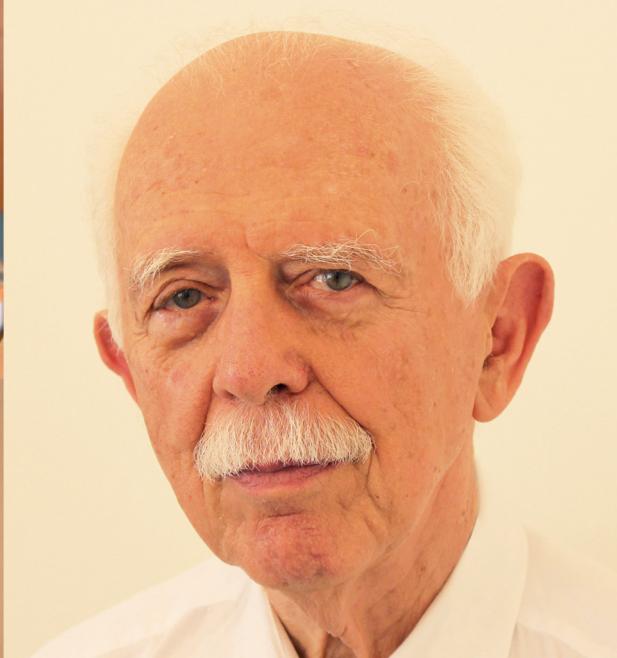
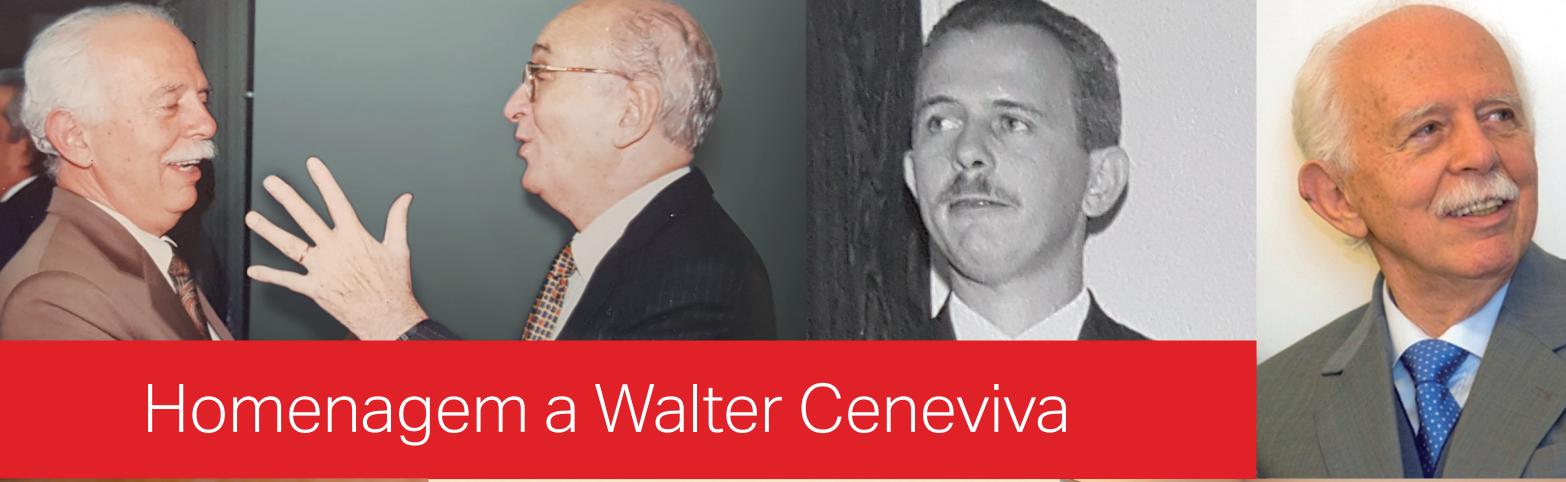


Revista do Advogado

Nº 145 | ABR | 2020



Walter Ceneviva e o Direito Penal: atualidade e atemporalidade.

Sumário

1. Introdução
2. As dificuldades do criminalista e a presunção de inocência
3. O problema penal e sua resposta a curto e a longo prazo
4. O papel do juiz legislador em sede penal
5. Sigilos e segredos profissionais: ontem e hoje
6. Considerações finais

Bibliografia

1 Introdução

Dando seguimento a uma muito elogiosa tradição, a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) traz a lume homenagem a uma importante figura do Direito brasileiro, o advogado Walter Ceneviva. Expressão das mais frequentes na mídia nacional e no mundo jurídico, é de se ver que sua multifacetada atuação faz por merecer, aprioristicamente, alguma necessária digressão.

Antes de tudo, que se diga que o advogado, formado na Turma de 1954 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – a gloriosa Turma do IV Centenário –, fez breve incursão como Procurador-Geral, no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em 1961. Retornou, no entanto, rapidamente à advocacia, e nela brilha incessantemente desde então. Especialista em Processo Civil e Processo Penal, nos anos de 1967 e 1968, é mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da

Renato de Mello Jorge Silveira

Advogado. Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tendo lá sido docente entre 1975 e 1984.

Em entidades de classe exerceu reconhecido papel. Na casa que hoje lhe rende devoção, a AASP, teve atuação de destaque, tendo sido seu integrante destacado, conselheiro e vice-presidente, na gestão de Miguel Reale Júnior. Por fim, em cerimônia com tanto afeto, foi homenageado como sócio honorário. Mas não só.

Também o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) prestou-lhe reverências. Além de sócio remido do IASP e de ter sido seu vice-presidente, também a ele foi outorgada sua maior honraria. Em 2004, recebeu o Prêmio Barão de Ramalho, dado àqueles que tenham se caracterizado, com excepcional qualidade, em mais de uma ocasião, por serviços prestados ao Brasil e ao povo brasileiro, em todos os segmentos da atividade humana, mas em particular na área do Direito, Cultura e das Ciências Humanas. Aliás, seus estudos, como sobre a biografia do Barão de Ramalho (*Barão de Ramalho: uma vida para o bem comum*), primeiro presidente da instituição, são motivo de orgulho e felicidade, sendo leitura obrigatória aos ingressantes no instituto.

O difícil campo de atividade e labor do criminalista é motivo de preocupação perene.

Suas obras notadamente versam, entre outras áreas, sobre Direito Civil, Constitucional, Registros Públicos e Consumidor. Mais. Homem dos sete instrumentos, fez diversas incursões em todos os campos do saber, muito a destacar a liberdade. E, dada a extensão de seu pensamento, não raro produziu escritos no campo penal, podendo-o dizer, também, criminalista. E é esse campo árduo que espaço para a presente homenagem a um mestre na arte da palavra. Particularmente, tenho o orgulho, e tão carinhosa lembrança, de ter tido a

versão comercial de minha tese de doutorado por ele comentada, no distante 2003, em análise realizada por tantos anos no jornal *Folha de S.Paulo*, o que faz destas linhas também uma mostra de gratidão tardia.

Diga-se, antes de tudo, que a atualidade de seus escritos é absoluta. A escolhaposta à homenagem foi, portanto, a de um diálogo com o autor e suas obras, fundamentalmente com alguns artigos seus publicados em sua notória coluna no jornal *Folha de S.Paulo*, publicada ao longo de décadas, até 2013, e, também, com um significativo livro, sobre *Segredos profissionais*, publicado, inicialmente, em 1996. Muitos de seus pensamentos são, aqui, transplantados, com o objetivo de transmitir, ao leitor, a possibilidade de conhecer a antevisão posta, com comentários suplementares a evidenciar, mais do que a contemporaneidade, a real atemporalidade de seu raciocínio.

2 As dificuldades do criminalista e a presunção de inocência

O difícil campo de atividade e labor do criminalista é motivo de preocupação perene. Isso foi destacado ao longo dos tempos. Contudo, agudizou-se com o passar dos tempos e, em particular, já no início do século presente.

Em 24 de agosto de 2002, Ceneviva mencionou, em artigo no periódico *Folha de S.Paulo* ("Advogado criminalista tem suas angústias"), muitos dos traumas do criminalista. Ali, pontificou, para os não convertidos, que "o Advogado não julga o cliente. Avalia sua conduta e sabe da sua obrigação fundamental, constitucional, de o defender" (CENEVIVA, 2002). O texto se mostrava em homenagem ao então recém-falecido Raimundo Paschoal Barbosa, notável criminalista. Fundamentalmente, duas partes desse seu escrito devem, sempre, ser lembradas. Dizia, então, que

"a natural constitucionalidade da defesa, em favor de qualquer acusado, é sagrada. Decorre de

outro direito inafastável, o da presunção de inocência, que muitos tendem a recusar quando o acusado não é de seu grupo. Segmentos da sociedade quereriam que esse direito fosse negado a certos acusados, sobretudo aqueles que a mídia transforma em monstros sociais. Não é possível atendê-los. A consciência dos Advogados, mesmo em momentos de dúvida, deve ser assim – que o criminoso tem, pelo menos, o direito de não ser punido com pena mais grave do que a lei prevê para seu delito" (CENEVIVA, 2002, p. 1).

Impressiona a atualidade que detêm tais palavras, escritas que foram há quase duas décadas. Falar-se de presunção de inocência com tal vigor, muito antes de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter manifestação, em 2009, no HC nº 84.078-MG (pelo qual se estabeleceu, inicialmente, a limitação da prisão até o trânsito em julgado),¹ é mérito a ser louvado por aqueles que entendem o conceito maior de liberdade e o drama de sua restrição. Em sua ode à advocacia criminal, continua, asseverando que

"o direito de defesa, já ficou dito ao longo do tempo, não se destina a ajudar culpados. Existe para assegurar que os inocentes possam ser inocentados, embora nem sempre o sejam, e, havendo graus de gravidade, que os culpados não sejam punidos mais do que devem ser em face da lei e que, havendo dúvida razoável sobre sua participação, sejam absolvidos. O direito antigo já dizia 'in dubio pro reo' (na dúvida se julga a favor do réu). É assim no direito americano: só se condena quando as provas sejam '*beyond reasonable doubt*' (além de uma dúvida razoável)" (CENEVIVA, 2002, p. 1).

Uma vez mais não há como não se assombrar com a contemporaneidade de suas colocações. Em tempos de um Direito Penal redefinido pela Operação Lava Jato, nos quais se tem novos monstros sociais, muitos atores penais negam a premissa da dúvida, mesmo no Direito norte-americano.²

1. Cf. WUNDERLICH, 2019, p. 23 e ss.

2. Isso se verifica, desde um primeiro momento, quando de →

Aliás, sob tais luzes, o próprio ministro Luís Roberto Barroso já afirmou, recentemente, que a corrupção é um crime violento, praticado por gente violenta, merecendo, pois, repressões significativas.³ Eis, segundo sua versão, o novo monstro da sociedade. É, nesse momento, de se recordar o alerta de Ceneviva.

Aqui, não poderia ser mais oportuna a menção feita por ele em outro artigo, no mesmo periódico – este de 7 de julho de 2006 – intitulado "Males da Advocacia e do direito". Ali, faz alusão às críticas postas à advocacia, vistas em Shakespeare, na peça, de 1593, sobre Henrique 6º, na qual é presente o diálogo "que o melhor meio de resolver os problemas do reino seria matar todos os advogados".⁴ Tais ponderações – menciona – também foram vistas em Gil Vicente e em Molière. Embora erros da advocacia possa haver – e tantos hoje são destacados – a advocacia se mantém essencial, pois, retrata o mestre, "nem por isso tem cabimento exagerar indiscriminadamente seus efeitos, pois com isso a grande vítima, mais uma vez, é a sociedade e, nela, os membros providos de recursos".⁵ Se essas colocações fossem tidas mais em pauta, talvez não

→ análise da obra acadêmica de alguns dos representantes da Operação Lava Jato. Cf. DALLAGNOL, 2015, p. 211 e ss. DALLAGNOL; CÂMARA, 2016, p. 445 e ss. MORO, 2019, p. 184 e ss.

3. É do teor de sua manifestação: "é um equívoco supor que a corrupção não seja um crime violento. Corrupção mata. Mata na fila do atendimento pelo Sistema Único de Saúde, na falta de leitos, na escassez de medicamentos. Mata nas estradas sem manutenção adequada. A corrupção destrói vidas que não são educadas adequadamente, em razão da ausência de escolas e de deficiências de estruturas e equipamentos. O fato do corrupto não ver nos olhos as vítimas que provoca não o torna menos perigoso. A crença de que a corrupção não é um crime grave e violento – e de que os corruptos não são perigosos – nos trouxe até aqui, a esse cenário sombrio em que recessão, corrupção e criminalidade elevadíssima nos atrasam e nos retêm num patamar de renda média, sem conseguirmos furar o cerco" (BARROSO, 2019, p. 16 e ss.).

4. Cf. CENEVIVA, 2006.

5. CENEVIVA, 2006, p. 1. Interessante verificar o uso que Ceneviva faz da história e da literatura, percorrendo caminho trilhado, antes e depois, por outros grandes nomes. Cf. FERRI, 1916, *passim*. AVELAR, 2017, *passim*.

surtissem tamanho efeito, como se novidade resolutiva de problemas fosse.

3 O problema penal e sua resposta a curto e a longo prazo

Em 17 de março de 2007, Walter Ceneviva escreve uma coluna na *Folha de S.Paulo* intitulada "Crime pede ações a longo prazo". Uma vez mais, o autor, a seu tempo, constata tantos problemas que, tristemente, são repetidos anos depois. De fato, talvez esse giro seja perpétuo.

Analisa, assim, ponderando que,

"se for possível dividir a sociedade brasileira em grupos homogêneos, a contar do que cabe fazer no combate à criminalidade crescente, encontraremos dois segmentos bem definidos. De um lado os que proclamam a urgência de penas mais rigorosas, para maior número de crimes e de pessoas (os menores, por exemplo). Do outro, os que não veem nessas supostas necessidades a essência do problema a ser enfrentado" (CENEVIVA, 2007).

Nos dias de hoje, em que a sociedade brasileira ainda se vê mais dicotomizada entre os que talvez se tenham, sempre em termos criminais, por garantistas e aqueles que buscam uma eficiência pontual do sistema, isso é ainda mais verdade. E, por isso, a recordação sobre o real problema penal.

Bettiol, penalista italiano de enorme importância na segunda metade do século XX, já dizia, em seu tempo, sobre os problemas políticos do Direito Penal, trafegando entre filosofia, política, ciências naturais e jurídicas.⁶ Também Silva Sánchez, um dos maiores penalistas espanhóis da atualidade, caminha nesse sentido ao dizer que a alegada crise do Direito não é só do Direito Penal, mas lhe é uma constante.⁷ E, em tal esteio, é interessante verificar

que as ponderações desde o próprio tempo do processo deveriam ser revisitadas,⁸ como, também, seus objetivos político-criminais.⁹

Pois bem, é de se voltar às linhas do homenageado. Aponta ele o que entende ser o cerne da questão. E, nesse sentido, coloca que "no campo dos juristas há muitos argumentos pela segunda posição" (CENEVIVA, 2007, p. 1). Seriam estes, hoje, visitos como os chamados garantistas – criminalistas em sua essência – que se batem pela não eficácia de um mero endurecimento penal, como, aliás, pontificam desde Beccaria ao próprio Ferrajoli, o qual menciona o embate entre um Direito Penal mínimo e um Direito Penal máximo.¹⁰ E continua, lembrando que

"é enorme o número de condenações cujas ordens de prisão não são cumpridas; a capacidade de ocupação das prisões está esgotada; são poucos os governantes que se dispõem a construir mais cadeias, até porque isso não dá voto e afasta os eleitores que vivam perto dos lugares nos quais as prisões são erguidas" (CENEVIVA, 2007, p. 1).

A seara criminal vive em crise, pois cuida de crises, mas nenhuma solução agressora de direitos deveria ser aceita.

E, ainda, coloca que "contra punições mais rigorosas e extensas e contra condenações aplicadas a menores, a segunda corrente tem, ao menos, um

→ abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis. Sin pretender negar la parte de razón que asiste a tales planteamientos, se acoge aquí la hipótesis de que tomar la 'crisis' como un fenómeno característico únicamente del Derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto. La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido en la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho" (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 3).

8. Cf. SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 661 e ss.

9. Cf. SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 11 e ss.

10. Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 83 e ss.

6. Cf. BETTIOL, 1966, p. 620 e ss.

7. Para Silva Sánchez, "en nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en 'crisis'. Por ello, es frecuente que las exposiciones de temas de fundamento o de política criminal comiencen →

argumento isento de dúvida: a prisão não regenera o condenado, mas agrava a qualidade negativa de sua personalidade" (CENEVIVA, 2007, p. 1), algo que retoma, ao depois, em artigo, "Crime: mais punição ou menos?", de 10 de setembro de 2011.¹¹

A busca de solução para essa situação não é novidade. Mostra-se tão antiga quanto o Direito. A seara criminal, enfim, vive em crise permanente, pois cuida de crises, mas nenhuma solução agressora de direitos deveria ser aceita. E é essa a lição posta ao final de sua oração, ao mencionar que

"os caminhos para a solução têm sido marcados por fatos estranhos ao direito e pela complexidade das condições da vida urbana, de escolaridade generalizada, da proteção à saúde, do atendimento previdenciário estendido a todos, menos pobreza e assim por diante. Em face dessas circunstâncias, mais se acentua o grave mal de leis nascidas de escândalos ocasionais e das paixões momentâneas, prejudicando e retardando soluções" (CENEVIVA, 2007, p. 1).

E finda, afirmando que

"o direito legislado não é, em si mesmo, a panaceia para todos os males. Ao sair uma lei nova, os políticos aparecem muito, sem contar ao povo (que parece gostar de ser enganado) que a interpretação final, pelos tribunais, só se consolidará anos depois. É chegado o momento de compreender que enfrentar o crime exige uma caminhada severa, ininterrupta, mas de longo prazo" (CENEVIVA, 2007, p. 1).

Ceneviva retomou esse ponto em outros momentos. De se ver, assim, v.g., seu artigo na *Folha de S.Paulo*, de 2 de fevereiro de 2013, intitulado "A justiça dos homens", no qual, comentando a tragédia da boate Kiss, entoava que

"a resposta da justiça humana não será rápida. Será muito mais lenta do que desejarião ver os parentes das vítimas. O resultado almejado, da resposta em tempo breve, poderia sacrificar o direito

de defesa dos que o quiserem defender? Essa é a pergunta mais comum, ouvida quanto aos fatos. É sempre respondida pela última alternativa possível: não" (CENEVIVA, 2013a).¹²

Enfim, delineia que o tempo penal é naturalmente mais lento do que alguns gostariam, mas que isso, ao contrário do que pode ter pensado Rui, a seu tempo, por vezes é necessário.

4 O papel do juiz legislador em sede penal

Em 31 de agosto de 2013, Walter Ceneviva apresentou, no mesmo jornal, artigo intitulado "Juiz faz a lei?". Nele, antes de tudo, faz o vaticínio que justifica o revisitado de seus escritos, asseverando que "os paradoxos da vida diária se repetem". A partir daí, coloca sua derradeira indagação: "na tripartição dos poderes, a base da atividade judicial consiste em examinar fatos e dar razão a quem a tenha. Justifica a volta a velha pergunta: o juiz faz a lei? Ou apenas a aplica?" (CENEVIVA, 2013b).

Semelhante questão assumiu um relevo atual muito particular, principalmente em face de decisões mais recentes do STF. Note-se, entre outras, o HC nº 124.306-RJ, no qual o tribunal tornou elástica a interpretação do aborto legal; ou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, no qual foi reconhecida a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais de integrantes da comunidade LGBT. A partir de então, foi entendido o enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989), até que o Congresso Nacional edite norma sobre a matéria. Em outras palavras, o Tribunal estabeleceu questionável interpretação criminalizante.

De todo modo, e voltando ao texto original, Ceneviva anotava que

11. Cf. CENEVIVA, 2011.

12. Cf., sobre o caso da boate Kiss: SILVEIRA, 2015, p. 421 e ss.

"nos países da lei escrita (caso do Brasil) o magistrado aplica a lei, da Constituição para baixo. Em outras nações, não é assim. Nos Estados Unidos, por exemplo, há Estados que se guiam predominantemente pela chamada '*common law*', em que a fundamentação básica dos julgamentos parte do exame de decisões anteriores dos tribunais, rumo que se repete em vários países de formação anglo-saxônica. Baseado, portanto, em precedentes judiciais para resolver um caso novo" (CENEVIVA, 2013b, p. 1).

E, ainda, que, "desde o começo do século, os dois sistemas trocaram informações e experiências. Houve lenta combinação dos elementos essenciais. Entre nós, a evolução trouxe soluções indo mais além do puro texto legal" (CENEVIVA, 2013b, p. 1). Assim, já naqueles dias, era possível "dizer que, nos dois tipos, a vida sugere que o juiz também faz a lei, neste mundo em transformação. Assim será pelo fato de que a lei escrita, base de nosso direito, não acompanha a mutante realidade socioeconômica. Desatualiza-se rapidamente. Na faixa anglo-saxônica a invocação de velhos julgados foi superada quando atacados pela crescente adesão da lei escrita" (CENEVIVA, 2013b, p. 1).

Mesmo assim, a elegância do pensamento do homenageado já intuía a saída, vista também em questões criminais. Dizia, assim, que

"temos evoluído para uma solução mista. No Brasil o espaço vazio da lei é preenchido, nos cinco primeiros artigos da Constituição, por preceitos gerais denominados 'fundamentos', orientando a interpretação da normatividade inferior. É o caso de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e mesmo o pluralismo político. De igual modo, diga-se dos objetivos fundamentais da República de definição constitucional, em casos de regência imperativa (arts. 3º e 4º). Dão ordem à resposta inicial: a sentença, quando não caiba mais recurso, também faz lei, consolidando interpretação e sua aplicação em casos semelhantes" (CENEVIVA, 2013b, p. 1).

Por certo, os cultos dirão que a migração do Direito normativo ao entendimento principiológico é dotada de razão. O próprio hoje ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, já ponderava, anos antes, em significativa obra acadêmica, essa questão, ao atestar a sujeição do Direito Penal à interpretação da própria Constituição.¹³ Nesse sentido, ganha importância a colocação de Cappelletti, sobre o papel dos juízes legisladores. O professor de Florença denota, pois, que, apesar de a interpretação judiciária ser uma constante, ela foi bastante intensificada a partir dos últimos anos.¹⁴ A dúvida é em que medida isso poderia, apesar do alerta de Ceneviva, ser tolerado.

Os cultos dirão que a migração do Direito normativo ao entendimento principiológico é dotada de razão.

Não se duvida da importância de temas penais como os relativos a aborto ou homofobia. Mas será que a resposta desriminalizante ocorre em igual medida à da criminalizante? Ou, em outras palavras, uma chave hermenêutica poderia, de igual modo, limitar ou ampliar o espectro penal. Uma leitura mais

13. Nesse sentido, Barroso menciona que "a constitucionalização do Direito Penal suscita um conjunto instigante e controvérsio de ideias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição" (BARROSO, 2013, p. 405 e ss.).

14. Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 91 e ss.

conservadora, e apegada a uma construção limitada do Direito Penal – e também garantista –, por certo, adota crítica indelével a tal ponderação. Em outros termos, o poder criacional da jurisprudência deveria ser redutor do aspecto criminalizante. Nunca seu autorizador.

5 Sigilos e segredos profissionais: ontem e hoje

Em 1996, Ceneviva escreve *Sigilos e segredos profissionais*, livro publicado pela Editora Malheiros, de São Paulo. Tratava-se, como alerta em seu prefácio, de “uma montagem que aproveitou partes preexistentes e na criação de outras, tratadas de modo a comporem um todo homogêneo”.¹⁵ Para tanto, e uma vez mais evidenciando a atemporalidade de seu pensamento, trabalha sobre segredo e sigilo; segredo profissional; segredo do advogado; segredo médico; segredo bancário; segredo de jornalistas e parlamentares; segredo em matéria fiscal; e, em âmbito penal, sobre segredo e liberdade individual, exercício profissional e dever de testemunhar. De tantos temas, caberá, aqui, a menção atemporal de apenas três.

Por primeiro que se faça uma recordação sobre sua assertiva sobre o segredo bancário. Menciona, assim, que “sigilo bancário da pessoa natural é direito de não divulgação de fatos do relacionamento com instituições financeiras, inerentes à sua intimidade, aos seus negócios, à sua condição financeira ou econômica”.¹⁶ E que “também é direito da pessoa jurídica, decorrente de regras de direito público ou provado ou do contrato, as quais se vinculam aos preceitos constitucionais da liberdade e da livre-iniciativa”.¹⁷ Mas, de igual forma, clarificava que

“a compreensão dos limites entre o direito ao segredo e a supremacia do interesse coletivo na

afirmação das exceções reconhece que o sigilo bancário não pode ser privilégio dos ricos, mas de toda pessoa que tenha negócios ou contratos com bancos. Seja qual for o seu valor. Existe em todo o mundo civilizado. Pode, como também se reconhece no Primeiro Mundo, ser quebrado em homenagem a valores sociais, relevantes a ponto de permitirem a mitigação do direito individual, sem sacrifício para o princípio da legalidade, mas a bem dos interesses superiores da Justiça”.¹⁸

É verdade que toda a noção de segredo bancário foi bastante revisitada quando da entrada em vigor da Lei nº 13.254/2016, que instituiu, no Brasil, o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária, segundo o qual se abriu a possibilidade de que detentores de valores não declarados no exterior poderiam, mediante ideal pagamento de multas, ter extinção de responsabilidades penais. Tal situação procurou adequar o Brasil a programas internacionais, os quais redefiniram, entre agências nacionais, o compartilhamento de dados bancários.¹⁹ A partir de então, a própria noção de segredo e sigilo adquire nova vertente.²⁰ No entanto, suas ponderações ainda servem de estribo para reflexão sobre o tema.

Mais fundamental, todavia, foi sua menção ao segredo em matéria fiscal. Dizia ele que “a atividade de Administração Pública relacionada com a cobrança de tributos corresponde ao exercício da soberania, no uso de um poder do Estado que realiza formas de redistribuição coercitiva de recursos, recolhidos dos contribuintes para, em tese, serem aplicados a benefício da coletividade e, principalmente, dos hipossuficientes”.²¹ Assim, e tendo em vista que

“a necessidade de compor com equilíbrio direitos e deveres decorrentes da exigibilidade da

15. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 11.

16. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 79.

17. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 79.

18. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 79 e ss.

19. Cf. CERVINI; ADRIASOLA, 2012, p. 175 e ss.

20. Cf., em detalhes, SILVEIRA, 2017, p. 155 e ss.

21. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 107.

obrigação fiscal decorre do poder de tributar, no sentido amplo que venho de explicitar, e, simultaneamente, das garantias do contribuinte, entre as quais – no que interessa ao tema aqui tratado – o sigilo. O segredo em matéria tributária é espécie própria, examinável sob o ângulo do sujeito passivo da obrigação (o servidor público) e do sujeito ativo, titular do direito (o contribuinte).

Tais pontos foram, outrossim, decisivos em todo o embate dado em sede do STF quando do julgamento, pelo STF (RE nº 1055941), do chamado compartilhamento sem autorização judicial, e para fins penais, de dados fiscais e bancários de contribuintes (o que incluía órgãos da Procuradoria-Geral da República; Tribunal de Contas da União; Receita Federal; Conselho de Controle de Atividades Financeiras; Procuradorias-Gerais de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público). Em dezembro de 2019, o Plenário do STF entendeu por bem fixar a tese de repercussão geral segundo a qual

"é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da Unidade de Inteligência Financeira (UIF) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (RFB), que define o lançamento do tributo com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisprudencial".

E, ainda, que "o compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios".

As colocações do homenageado, embora em parte, foram, aqui, de alguma forma seguidas, ainda que críticas possam, e devam, ser feitas à decisão.

Derradeiramente, de se mencionar sua dicção sobre o sigilo do advogado. Além de pontuar

os valores milenares mencionados pela advocacia, verifica que "não há outro modo de garantir a confiança do constituinte, senão através do sigilo profissional, o que explica as prerrogativas que a lei atribui ao Advogado, como elemento da dignidade de sua prática".²² Nessa linha, tem que

"a Advocacia, enquanto função essencial da justiça, por definição constitucional, não sobrevive se não for a certeza de que o sigilo profissional representa a base sobre a qual se sustenta seu exercício".²³

"O sigilo absoluto, que não admite exceções, chama-se sigilo sacramental, porque 'selado' pelo sacramento."

A amplitude do segredo seria, pois, "semelhante à definida pelo novo Catecismo católico. O sacerdote, ao ouvir a confissão, fica 'obrigado a guardar segredo absoluto a respeito dos pecados que seus penitentes lhe confessaram, sob penas severíssimas. Também não pode fazer uso do conhecimento da vida dos penitentes adquiridos pela confissão.' O sigilo absoluto, que não admite exceções, chama-se **sigilo sacramental**, porque 'selado' pelo sacramento".

Tais considerações mostram-se absolutamente atuais, entre outras, em duas instâncias distintas.

Uma, por fato notório e de dimensões políticas marcantes no Brasil atual. Trata-se do fato de o sigilo profissional ter sido questionado, recentemente, em Mandado de Segurança (MS) nº 1000399-80.2019.4.01.0000 relativo a obrigação de o advogado constituído pelo acusado de crime contra a vida do candidato à Presidência da República, Jair Bolsonaro, revelar quem havia realizado sua

22. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 41 e ss.

23. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 41.

contratação. No caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) decidiu, ainda que liminarmente, paralisar as investigações relativas ao advogado do autor do atentado. De se ver que, hoje, já se fez maioria para envio do caso ao STF, o qual deve dar sua manifestação sobre a questão.

Já em uma segunda instância, ter-se-ia a tentativa hodierna de obrigar o advogado a avaliar as próprias origens dos recursos destinados a seus honorários, ou, ainda, a, eventualmente, denunciar dinheiros de origem suspeita, sob pena potencial de incorrência em lavagem de dinheiro. Tal tema já fora apontado, no Brasil, inicialmente ainda em 2005,²⁴ sendo que, anos depois, ganhou maiores repercussões.²⁵ Essa questão, que também ganha fronteiras no estrangeiro com muito destaque, encontra, felizmente, alguma contenção mesmo de membros destacados do Ministério Público Federal, como é o caso de Rodrigo De Grandis, que entende que eventual resposta só seria possível em casos de advocacia consultiva tributária, e, diga-se, jamais criminal (DE GRANDIS, 2012, p. 165 e ss.). Ainda assim, seria sempre de se ter em mente a lição de Ceneviva, segundo a qual

“o vínculo de confiança está inserido no relacionamento patrono/constituinte como fonte de vida da prestação. Esta perece sem aquele, independentemente do que as partes ajustem. Daí a propriedade da comparação com o exercício sacerdotal da Igreja Católica, como certamente o será em outras religiões, na relação entre fiéis e seus ministros”.²⁶

Somente se quebrado tal vínculo – como já destacava o homenageado –, o que implicaria, por sua

vez, má-fé e escape obrigatório de uma conduta neutra, é que se poderia imaginar responsabilidade do advogado. Nunca antes.

6 Considerações finais

Existem exegetas que se limitam a interpretar leis. Existem juristas que, indo além, compreendem e pensam o Direito. Walter Ceneviva não só pensa o Direito de seu tempo, como também destacou e anteviu inúmeros problemas que se aperfeiçoaram com o tempo. Traduziu, com rara propriedade, todo o drama do Direito para leitores leigos. Entendeu e explicou temas que, anos depois, continuam atuais.

Ao deixar de lado o espectro hermético da ciência jurídica, trouxe luzes para signos bastante complexos. Nesse sentido, explicitou e ainda explicita dons e propriedades que escapam de boa parte do mundo jurídico, que, por amarras postas pela formação tradicional, tem enorme dificuldade de lida.

É, enfim, exemplo de dedicação e atuação. Advogado, líder de classe, professor, escritor, pensador do Direito e defensor da liberdade. De inúmeros reconhecimentos que lhe são prestados ao longo de tantos anos, que se some o de modelo, espelho e retrato a ser assumido pelas novas gerações. A leveza de sua escrita deve ser perenemente recordada, pois muitas das agruras que hoje são constatadas na constelação penal já haviam sido antevistas por suas argutas lentes. A ele, somente os obrigados, também da seara penal, pela oportunidade de sua leitura, e que continue, sempre, e por muito mais tempo, a iluminar o turvado cenário jurídico atual. ■

24. Cf. SILVEIRA; SCHORSCHER, 2005.

25. Cf. BORRAIGNE, 2016, p. 229 e ss. SILVA, 2016, p. 295 e ss. DIAS, 2016, p. 331 e ss. CRUZ, 2016, p. 367 e ss.

26. Cf. CENEVIVA, 1996, p. 44.

Bibliografia

- AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de (Coord.). *O julgamento de Otelo, o mouro de Veneza*. Direito e literatura: edição comemorativa Shakespeare 400 anos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. Empurrando a história: combate à corrupção. Mudança de paradigmas e re-fundação do Brasil. In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.
- BETTIOL, Giuseppe. Il problema penale. In: BETTIOL, Giuseppe. *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966. Tomo II.
- BORRAIGNE, Bruno Garcia. O exercício da advocacia e os pontos de conexão com o delito de lavagem de capitais: análise de dois casos examinados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. In: ESTELITTA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: FGV, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CENEVIVA, Walter. Advogado criminalista tem suas angústias. *Folha de S.Paulo*. 24 ago. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2408200207.htm>. Acesso em: 17 jan. 2020.
- CENEVIVA, Walter. A justiça dos homens. *Folha de S.Paulo*. 2 fev. 2013a. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/columnas/walterceneviva/2013/02/1224788-a-justica-dos-homens.shtml?mobile>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- CENEVIVA, Walter. Crime: mais punição ou menos? *Folha de S.Paulo*. 10 set. 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1009201105.htm>. Acesso em 20 jan. 2020.
- CENEVIVA, Walter. Crime pede ações a longo prazo. *Folha de S.Paulo*. 17 mar. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1703200705.htm>. Acesso em: 17 jan. 2020.
- CENEVIVA, Walter. Juiz faz a lei? *Folha de S.Paulo*. 31 ago. 2013b. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/columnas/walterceneviva/2013/08/1334836-juiz-faz-a-lei.shtml>. Acesso em: 18 jan. 2020.
- CENEVIVA, Walter. Males da Advocacia e do direito. *Folha de S.Paulo*. 8 jul. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0807200603.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*. Buenos Aires: BdeF, 2012.
- CRUZ, Lara Mayara da. Análise de casos examinados pelo Superior Tribunal de Justiça. In: ESTELITTA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: FGV, 2016.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo penal*. Prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento da macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de "lavagem" de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*. Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- DIAS, Fernanda Barboza. Análise de casos examinados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. In: ESTELITTA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: FGV, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Tradução de João Moreira de Almeida. Lisboa: Clássica, 1916.
- MORO, Sérgio. Sobre a Operação Lava Jato. In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio Penguin, 2019.
- SILVA, Eduardo Ferreira da. Análise de caso examinado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. In: ESTELITTA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: FGV, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCAÉR GUIRAO, Rafael; VALLE MARISCAL DE GANTE,

Bibliografia

- Margarita (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2009. Tomo I.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Avaliação sobre a responsabilidade criminal do empresário: o caso do incêndio da boate e situações correlatas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alaimo Velludo; SOUZA, Luciano Anderson (Coord.). *Direito penal na pós-modernidade*. Escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e anistia: aspectos criminais da prestação de informações (disclosure) em ambiente de *tax compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime. Aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da Advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Ciências Criminais*, n. 2, 2005.
- WUNDERLICH, Alexandre. Avanços e retrocessos do STF nos 30 anos de “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” – uma homenagem ao Ministro Eros Grau. In: AAVV. *Presunção de inocência. Estudos em homenagem ao Professor Eros Grau*. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.



Rua Álvares Penteado, 151
Centro | Cep 01012 905 | São Paulo | SP
(11) 3291 9200

www.aasp.org.br