

Editorial

Feliz 2014!

Mais um ano se foi e, *mais uma vez*, as esperanças voltam-se para o Ano Novo: 2014, certamente um ano melhor! O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais renova as suas expectativas e – sobretudo – esperanças.

Em 2013, o IBCCRIM esteve atento a temas caros a nossos ideais – o ano foi longo e complicado –, e expressou institucionalmente suas preocupações a respeito. O julgamento da Ação Penal 470 (STF), por exemplo, foi um desses temas; os reflexos e perigos das restrições ao *habeas corpus* foi outro (Boletins nº 242 e nº 243). No mesmo sentido, o Instituto lutou pela não aprovação do projeto de lei que viria, depois, a materializar-se na Lei Complementar nº 1.208, de 23 de Julho de 2013, do Estado de São Paulo, diploma que criou Departamentos (*e não Varas!*) de Execuções Criminais e de Inquéritos Policiais (Boletim nº 244). Mesmo aprovada e sancionada a lei, o IBCCRIM não desistiu: fez-se presente em audiência com o Procurador-Geral da República em defesa do ajuizamento de **ação direta de inconstitucionalidade** (hoje, ADI 5070 - STF) e, posteriormente, com o ministro relator Dias Toffoli, com vistas a que se obtenha a necessária declaração de inconstitucionalidade daquela normativa pelo Supremo Tribunal Federal.

O IBCCRIM denunciou os graves *retrocessos na política de drogas* que projeto de lei em tramitação no Congresso – à época, o PL 7663/10 em trâmite na Câmara dos Deputados; atualmente, o PLC 37/13 sob apreciação do Senado Federal – ameaça consagrar (Boletim nº 245); o “despautério” do projetado *Estatuto do Nascimento*, com suas disposições sexistas e iliberais (Boletim nº 248); e, como sempre, manteve-se vigilante ao *papel da polícia no Estado de Direito* (Boletim nº 246), assunto que preocupa sobejamente o Instituto desde a sua fundação. O mesmo se diga quanto aos temas dos direitos de reunião e de livre manifestação (Boletim nº 249), e quanto à discussão – sob seus vários e multifacetados ângulos – acerca da prevenção à corrupção e a crise de representação política (Boletins nº 250 e 251).

Com relação à política criminal e penitenciária, no que toca ao tema do “*business penitenciário*”, o IBCCRIM foi claro: “*a privatização dos presídios consolidará a lógica perversa segundo a qual a prisão é um negócio*” (Boletim Nº 247).

Por fim, bradou pela urgente “*aprovação do projeto em trâmite no Senado, que introduz no sistema processual brasileiro a tão esperada audiência de custódia*.” (Boletim nº 252), matéria em que a legislação brasileira é destaque negativo se comparada à da absoluta maioria de nossos vizinhos – para não mencionar as democracias mais avançadas.

Chegados os festejos de Ano Novo, o IBCCRIM põe-se a pensar: o que se espera de 2014? O momento, naturalmente, é também de reflexão.

Entre outras questões, os números do encarceramento no país vêm à cabeça. Nessa seara, a alegria de uns poucos é a profunda tristeza de muitos. Um país democrático não deveria colocar tantos jovens na cadeia: *algo parece errado!*

Entre 1995 e 2005 a população carcerária do Brasil saltou de pouco mais de 148 mil presos para 361.402, o que representou um crescimento de 143,91% em apenas uma década. Nos quatro anos subsequentes, a população carcerária aumentou para 473.626, o que significou um crescimento de mais 31,05%. Em dezembro de 2012, o Brasil tinha 548.003 mil presos (InfoPen, Ministério da Justiça).

Desse número, 97.820 referiam-se a *roubo qualificado*; 50.247, a *roubo simples*; e 138.198 a envolvimento com substâncias psicoativas. Mais da metade das prisões no Brasil, bem se vê, são por *roubo* ou *drogas*.

Estudo elaborado pelo Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo informa que, da totalidade dos casos de prisões por tráfico analisadas, 75,6 % são de jovens entre 18 e 29 anos; em 57% dos casos não se registrava *nenhum* antecedente; e 76% incorrem somente no art. 33, *caput*, da lei 11.343/2006 – o que indica a prisão de um *jovem*, invariavelmente *sozinho* e *desarmado*¹.

O Brasil está encarcerando seus jovens; os familiares destes jovens; os amigos destes jovens. E nesse contexto, não há como não lembrar as ácidas palavras de **Vera Malaguti Batista**: “É assustador, mas temos que encarar os fatos: este simulacro de democracia representa a liberdade para o mercado e restrições infinitas para a humanidade. Como disse Loic Wacquant: o ‘mundo livre’ está encarcerado. Somos mais exterminadores e autoritários do que éramos no fim da ditadura. A partir dos anos 80 do século XX, nossa legislação penal aprofunda o seu potencial bélico. Com a Lei de *Crimes Hediondos institui-se um oceano de criminalização sem perspectivas, projetos de emparedamento de uma geração de jovens*.”²

Mudança de ano é sempre um recomeço. O IBCCRIM compartilha com todos os seus votos. Seja 2014 um ano de muito menos encarceramento.

Feliz Ano Novo a todos!

Notas

- (1) *Prisão provisória e Lei de Drogas*: um estudo sobre os flagrantes de tráfico drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011.
- (2) Prefácio à 3ª edição. In: CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

| Editorial

PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem

Fauzi Hassan Choukr _____ 2

Movimentos sociais e a segurança nacional

Alexis Couto de Brito _____ 3

A era da vigilância

Guilherme Madeira Dezem _____ 5

Das violências reais e simbólicas – a violência sexual contra mulheres no Brasil

AnaGabrielaMendesBraga, Bruna Angotti e Fernanda Emy Matsuda _____ 7

Os tipos penais da Lei Geral da Copa e sua duvidosa legitimidade

João Paulo Orsini Martinelli _____ 9

O termo inicial do prazo da prescrição da pretensão executória e a vacilante jurisprudência dos Tribunais Superiores

Claudio Bidino _____ 10

O bloco de constitucionalidade e a garantia do duplo grau de jurisdição

Marcos Thompson Bandeira _____ 12

Integração jurídico-penal na União Europeia. E o Mercosul com isso?

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa _____ 14

Tríplice fronteira: blindada ou bestializada? Proposta de análise de uma subcultura delinquencial em Foz do Iguaçu

Marcos Araguari de Abreu _____ 16

| Com a Palavra, o Estudante

Punibilidade e ato infracional

Lara Maria Tortola Flores Vieira _____ 18

| Descasos

Do humanismo seletivo

Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1717

Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais _____ 1721

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1722

Superior Tribunal de Justiça _____ 1722

Tribunal Regional Federal _____ 1723

Tribunal de Justiça _____ 1724

PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem

Fauzi Hassan Choukr

Tramita de forma discreta no Congresso Nacional mais uma etapa das reformas pontuais do Código de Processo Penal, o Projeto de Lei 554/2011 que visa dar cumprimento à determinação da Convenção Americana de Direitos do Homem da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz (natural).⁽¹⁾

O tema já nos havia sido relevante em escritos anteriores⁽²⁾ quando pontuamos, ainda antes da iniciativa legislativa em apreço, que “a desejada apresentação imediata da pessoa presa à autoridade judicial que deveria acontecer por força do disposto na Convenção Americana de Direitos do Homem,... [é aspecto] crítico para uma verdadeira assunção da cultura acusatória no processo penal brasileiro” e continuou sem previsão quando da entrada em vigor da Lei 12.403/2011. Mais exatamente, desse aspecto não cuidou o Parlamento, bem como, antes dele, a Comissão de Juristas que esboçou o anteprojeto que viria, mais uma década após sua edição, ser transformado em Lei.

A forma inicialmente concebida pelo **Senador Antônio Carlos Valadares** preconizava a seguinte nova redação para o art. 306 do CPP: “§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

Já se fazia presente naquela iniciativa parlamentar que a apresentação da pessoa presa deve se dar à autoridade judicial competente – e não qualquer outra –, preocupação legislativa de grande importância prática para aqueles casos em que a formalização do auto de prisão em flagrante se dá em local distinto da competência para o julgamento da causa.

No curso dos trabalhos legislativos foi apresentado interessante substitutivo na CCJ do Senado pelo relator da matéria naquela Comissão, **Senador Randolfe Rodrigues**, com o objetivo de ampliar a abrangência do controle judicial sobre a condição da pessoa presa.

Ainda que o § 1.º sugerido⁽³⁾ apresente-se, a rigor, desnecessário visto que as obrigações ali elencadas estão presentes na própria Constituição da República e na estrutura das cautelares pessoais em vigor, pode-se aplaudir ao menos a finalidade didática desse dispositivo, assim como o contraditório estabelecido no § 2.º⁽⁴⁾ que seria redundante não fosse nossa histórica vocação para o modelo inquisitivo de processo.

Das novas providências estabelecidas, aquela constante no § 3.º⁽⁵⁾ surge como de grande valia prática vez que estabelece os limites da

legalidade e da forma da oitiva, deixando claro que se trata de depoimento sem finalidades para o mérito da ação de conhecimento, complementado pelas disposições formais que se seguem.⁽⁶⁾

Os horizontes que se descortinam podem não ser tão promissores a partir de uma perspectiva prática tanto quanto o são a partir da adequação da potencial nova norma às estruturas constitucionais e convencionais.

De um lado, porque a única disposição existente no ordenamento que, com algum esforço interpretativo, mais se aproximaria do tema, consolidou-se num retumbante exemplo de não aplicação cotidiana, o art. 2.º, § 3.º, da Lei 7.960/1989.

Com efeito, a previsão da facultatividade da apresentação da pessoa presa, de ofício ou por provocação, transformou-se em letra inoperante e não ajudou a diminuir o hiato entre a prática inquisitiva e a construção de uma nova e desejada moldura acusatória. O balanço que se pode efetuar de forma empírica vinte e cinco anos depois da entrada em vigor dessa lei é que as dúvidas teóricas e práticas que pairavam sobre a denominada “prisão policial” não diminuíram com a existência do artigo e parágrafos mencionados.

De outro lado, porque não parece existir a necessária preocupação com a montagem de uma estrutura operacional – obviamente necessária ao menos nos grandes centros – para dar cumprimento ao quanto vier a ser legislado.

Ao contrário, com algum custo se vence a resistência à imediata verificação da necessidade da conversão da prisão em flagrante em outra medida cautelar e somente se dá algum avanço formal à disposição contida no atual art. 310 do CPP porque ela foi concebida da forma mais fiel à mais sólida forma escrita, como é natural na proceduralização inquisitiva.

Mais ainda, malgrado o discurso da ampliação de alternativas à velha dicotomia prisão *versus* liberdade no âmbito das cautelares, a construção dessas vias não encarceradoras não se vislumbra na prática menos por problemas teóricos da lei e mais pela incapacidade de gestão desse novo modelo que, assim, tende a não se consolidar e, por consequência, reintroduzir, do ponto de vista estritamente operacional, o velho arcabouço que se quis superar.

O risco, diante da falta de gestão adequada, é, assim, o do não cumprimento substancial da futura norma, mas somente a aparência. Audiências não deixariam de ser realizadas diante do manto da nova legislação, mas o que elas efetivamente tenderiam a trazer de novo é algo a ser questionado sob a recorrente justificativa de falta de estrutura adequada. Falta de estrutura que parece acompanhar o processo penal desde que foi concebido há mais de setenta anos.

Notas

- (1) Art. 7.º, n. 5: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

a única disposição existente no ordenamento que, com algum esforço interpretativo, mais se aproximaria do tema, consolidou-se num retumbante exemplo de não aplicação cotidiana: o art. 2.º, § 3.º, da Lei 7.960/1989

- (2) *Comentários ao Código de Processo Penal*, 4. ed. 2010, especialmente p. 301-302, e Choukr, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 58 e seguintes.
- (3) “**Art. 306.** § 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.”
- (4) “2.º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1.º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.”
- (5) “§ 3.º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão;

a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.”

- (6) “§ 4.º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5.º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3.º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.” (NR)

Fauzi Hassan Choukr

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra.

Doutor e Mestre pela USP.

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

Movimentos sociais e a segurança nacional

Alexis Couto de Brito

Recentemente presenciamos um fato, no mínimo, curioso: após mais uma manifestação social, uma viatura policial foi tombada e danificada e os supostos autores foram presos em flagrante delito. O curioso não está no ato em si, seja pela manifestação ou seja pela prisão em flagrante, e sim na eleição da tipicidade do fato: art. 15 da Lei de Segurança Nacional.⁽¹⁾ E ainda assim, não pelo fato de que evidentemente o tombamento de uma viatura não possa perfazer a adequação típica objetiva de tal artigo,⁽²⁾ e sim pelo desconhecimento histórico que acabou por levar à opção política de aplicação de uma lei de duvidosa constitucionalidade. E eis o tema principal deste texto: poderíamos aceitar que a lei em comento tenha sido recepcionada pela ordem constitucional de 1988?

Antes, para responder a tal pergunta, devemos esclarecer (1) o que se entende por Segurança Nacional, em especial ao conceito que deu mote à elaboração da Lei, para depois decidirmos (2) por seu cabimento no atual sistema jurídico-penal, à luz da Constituição Federal de 1988.

1. O cenário político do pós-guerra e a doutrina de Segurança Nacional

Ao fim da Segunda Guerra Mundial – ou mesmo antes disso – os Estados Unidos da América exerciam hegemonia econômica indiscutível que os alçaria à qualidade de maior potência econômica mundial. Isso evidentemente foi percebido e estrategicamente teria sido intenção americana a manutenção desse *status*. Várias são as descrições históricas desse momento e, por isso, correndo o risco de ser criticado pelo arbítrio, optei por trazer à colação a visão oferecida por **Noam Chomsky**. O professor do MIT, considerado um dos maiores intelectuais da atualidade, transcreve um trecho de um documento elaborado pelo Conselho de Segurança Nacional dos Estados Unidos (Estudo de Planejamento Político número 23, de 1948), que revela exatamente no que consistiria a estratégia americana: “*Nós temos cerca de 50% da riqueza mundial, mas somente 6,3% da sua população... nesta situação, não podemos deixar de ser alvo de inveja e ressentimento. Nossa verdadeira tarefa, na próxima fase, é planejar um padrão de relações que nos permitirá manter essa posição de desigualdade. Para agir assim, teremos de dispensar todo sentimentalismo e devaneio; nossa atenção deve concentrar-se, em toda parte, em nossos objetivos nacionais imediatos... precisamos parar de falar de vagos e irrealis objetivos, tais como direitos humanos, elevação do padrão de vida e democratização. Não está longe o dia em que teremos de lidar com*

conceitos de poder direto. Então, quanto menos impedidos por slogans idealistas, melhor”.⁽³⁾

Para colocar em marcha tal estratégia, o plano incluía a América Latina, notável por sua fonte quase inesgotável de recursos naturais. Em 1950 o secretário americano George Keannan participa de uma reunião de embaixadores americanos na América Latina e afirma que “*a maior preocupação da política americana deve ser a proteção das nossas matérias-primas*”, e por nossa quis dizer que a América Latina deve ser entendida como fonte de matéria-prima americana.⁽⁴⁾ Em total assimilação de estratégias autoritárias que supostamente combateu durante a Segunda Guerra (leia-se, nazistas), **Keannan** afirma que “*é necessária uma boa dose de ignorância proposital e de fidelidade ao poder para apagar da memória as consequências para o homem da instituição e manutenção de regimes autoritários*”. E mais, afirma que “*igual talento é indispensável para conservar a crença no apelo à segurança nacional invocado para justificar o uso da força, um pretexto que raramente pode ser arguido em nome de qualquer país, quando se passa em revista o registro histórico documental*”.⁽⁵⁾ Para isso deveriam combater a perigosa heresia que se estava espalhando pela América latina: “*a ideia de que o governo tem responsabilidade direta pelo bem do povo*”.⁽⁶⁾

Surge assim o que se denominou em seguida *Doutrina de Segurança Nacional*, elaborada pela Escola de Guerra Americana, pautada essencialmente em domesticar a população pregando pseudovalores como obediência, disciplina e fidelidade e negando a existência de classes sociais. Nesse contexto, o Estado era tido como ente em si independente das pessoas que o compõem, e por si só precisaria ser mantido. A sociedade era concebida como estática, imutável e perfeita, e qualquer posicionamento contrário à política estatal oficial era tido como subversivo. O conflito revelaria o sintoma de uma patologia e assim deveria ser tratado. O dissidente político era considerado um criminoso, porque ao se conceber o sistema como perfeito sua contestação adquire caráter de ato delinquente.

As agências norte-americanas passam paulatinamente a estimular e até mesmo a impor a doutrina de Segurança Nacional a outros governos. E nesse contexto, passam a dar suporte à suplantação de Estados democráticos, pois tal regime é contrário aos fundamentos da doutrina, já que as democracias caracterizam-se por maior âmbito de liberdade e pouca subserviência. Para combater a democracia, preconceitos são instigados, programas (*slogans*) de “ameaça terrorista” em “desfavor da

propriedade privada” e “ditadura comunista” são implementados a ponto de qualquer organização mais à esquerda ser classificada como terrorista. E daí, contra a subversão e a defesa da sociedade não há limites, nem mesmo os constitucionais. Segundo **Chomsky**, “no governo Kennedy os liberais eram inflexíveis sobre a necessidade de vencer os excessos democráticos que permitem a **subversão**, que para eles, claro, significava pessoas pensando coisas erradas”.⁽⁷⁾

Nesse período, sob o pretexto de garantir a democracia contrariamente aos “maus” interesses comunistas, o real compromisso americano é com a empresa capitalista privada. Para **Chomsky**, “quando os direitos dos investidores são ameaçados, a democracia tem de desaparecer, se esses direitos são salvaguardados, assassinos e torturadores são bem-vindos”. Assim, os Estados Unidos derrubaram ou ajudaram a derrubar os governos do Irã em 1953; Guatemala em 1954 e em 1963; República Dominicana em 1963 e 1965; Chile em 1973; e o Brasil em 1964.

Nesse contexto, o governo Kennedy preparou o caminho para o golpe militar de 1964 no Brasil, ajudando a derrubar a democracia brasileira, que “estava se tornando independente demais”.⁽⁸⁾ Os chefes militares brasileiros, assíduos alunos da Escola de Guerra Americana, instituíram um Estado de Segurança Nacional de estilo neonazista, com repressão e tortura, nos melhores moldes da doutrina americana acima citada, ou seja, ignorando a história, reafirmando a fidelidade ao poder com o uso indiscriminado da força.

No terreno jurídico, a falsa legitimidade deveria decorrer da Constituição. A vigente à época era a de 1946, absolutamente recortada pelos atos institucionais que pudessem garantir o gerenciamento da doutrina da força e da repressão. Com um preâmbulo que lamentava o fato de que “os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País”, o Ato Institucional n.º 1 suspende as garantias da vitaliciedade e estabilidade para afetar o Judiciário e os demais órgãos do sistema penal como Polícia e Ministério Público (art. 7.º) e institui a cassação sumária dos mandatos para afetar a representatividade popular dos parlamentares (art. 10). E o Ato Institucional 2, embora mantivesse algumas garantias como *habeas corpus*, define que “não será, porém, tolerada propaganda de guerra, **de subversão da ordem** ou de preconceitos de raça ou de classe”, destinando à Justiça Militar o julgamento dos **crimes contra a segurança nacional** ou as instituições militares. O Ato Institucional 3 invoca expressamente ser “**conveniente à segurança nacional**” a eleição indireta dos prefeitos e governadores. O ponto culminante da doutrina e do regime vem com a edição do Ato Institucional 4 que provoca a edição da Constituição de 1967, e do Ato Institucional 5 que **suspende a garantia de habeas corpus**, nos casos de crimes políticos, **contra a segurança nacional**, a ordem econômica e social e a economia popular, e subtrai da apreciação judicial qualquer dos atos praticados de acordo com os Atos Institucionais anteriores. Como se não fosse o suficiente, o Ato Institucional 13 ainda permitiu “**banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional**”.

Acompanhando a desconfigurada ordem constitucional seguem os decretos e leis de segurança nacional, que em seus artigos fazem menção à “garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos”, combate à “**guerra revolucionária e subversiva**” e aos “**terroristas, subversivos e indesejáveis ao país**”.

O resultado, já sabemos: violência e terrorismo de Estado no campo dos direitos civis e políticos, com o desaparecimento forçado de pessoas, a tortura e o homicídio de inúmeros cidadãos; no econômico, um desastre faturado como “milagroso” que submete o país ao Fundo Monetário Internacional por décadas. Perfeito compasso com o plano americano descrito por **Chomsky**.

Ao fim do período militar, surge a Lei 7.170/1983, um pouco mais branda. Por que fazer tal Lei? Podemos especular na mesma linha de **Chomsky**, embora não se possa olvidar os esforços e inteligência do

então Ministro da Justiça para aproveitar o momento e fazer mudanças significativas na legislação penal da época. Seguindo nosso citado autor, podemos lembrar que a dívida e o caos econômico deixado pelos militares garantem, de forma geral, que as regras do FMI serão obedecidas, e o controle das “matérias primas” e dos governos agora pode ser feito por um método mais limpo e subliminar, a menos, é claro, que as forças populares queiram entrar na arena política e, nesse caso, os militares talvez tenham que reinstalar a estabilidade. Nesse contexto, haveria ainda uma Lei de Segurança para ser aplicada, com os mesmos ideais e fundamentos.

2. A ordem constitucional atual e a recepção da Lei 7.170/1983

Do preâmbulo da Constituição de 1988 extraímos nosso matiz político: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...*”.

O projeto político é outro, isso é claro. Não se fala mais em Segurança Nacional ou do Estado, e sim de segurança, que somente pode ser entendida como a jurídica. Não se fala mais de crime contra a Segurança Nacional, e sim de crime político, que será definido como o crime contrário ao Estado Democrático de Direito, passível, inclusive, de ser cometido pelo governante. Subversão, agora, é entendida como a subversão da democracia, em demagogia ou tirania, na mais pura expressão de Montesquieu como a corrupção do sistema político. Os “inconvenientes” não podem mais ser banidos e, portanto, devem ser incorporados e ouvidos. Os representantes políticos devem ser eleitos de forma direta e livre, ainda que alguns mal escolhidos ou mal-intencionados ameacem a nação com sua falta de técnica e compromisso cidadão. A sociedade e o Estado não são estáticos e por isso tantos programas políticos dirigentes no texto constitucional. Parece que nada no cenário atual justifica a aplicação de um diploma legal tão datado e absolutamente voltado a satisfazer uma ideologia que não mais tenta proteger o Estado como ser de vida própria, mas a reconhecer que o Estado somente existe por conta de uma relação jurídica formada por todo e cada cidadão.

Do ponto de vista prático, por algumas poucas vezes os tribunais superiores foram provocados a se posicionar sobre a Lei 7.170/1983, em especial no tráfico de armas de uso proibido. As cortes somente se debruçaram sobre os dois primeiros artigos da lei, e embora tenham ignorado qualquer debate sobre sua legitimidade e vigência, sempre afastaram sua aplicação, às vezes por falta do mote político, às vezes por falta do interesse da União.⁽⁹⁾

3. Conclusão

Ao dar uma entrevista sobre a prisão dos dois jovens “subversivos”, a autoridade policial teria emitido a seguinte declaração: “*A prisão dos dois jovens vai servir de exemplo para os outros que quiserem agir da mesma forma*”. Chamam a atenção duas palavras: *exemplo* e *outros*. Pergunta-se: exemplo do quê? De como ainda somos iniciantes ou até mesmo ingênuos na construção da democracia? De como de fato é brutalmente difícil fazer valer os direitos fundamentais em um momento de (pequeno) distúrbio social? De como não enxergamos ou não queremos enxergar que qualquer processo democrático pressupõe *a priori* a discordância e principalmente a manifestação dessa discordância? De que precisamos urgentemente pensar em preparar nossas instituições públicas para essa nova realidade? E, quem são esses outros? Talvez sejam o inferno, como disse Sartre, e ao qual os obedientes, passivos e disciplinados não pertencam.

Aparentemente, a atual configuração política não permitiria que a Lei 7.170/1983 pudesse ser tida como recepcionada, nem mesmo

para “dar o exemplo” a qualquer “outro” que seja. Aplicá-la significa legitimá-la. Em um momento no qual o país busca passar a limpo seu passado de Segurança Nacional constituindo comissões da verdade e até mesmo sofrendo condenação internacional pela questionável lei de anistia, pugnar pela aplicação de tal diploma seria no mínimo contraditório ao movimento político. Do ponto de vista jurídico, parece não haver espaço no cenário constitucional atual para tanto. Quem não quiser concordar com **Chomsky**, infelizmente, não encontrará retrato histórico diferente em outro pensador realista.

Notas

- (1) Estou aqui desconsiderando que também foram acusados, segundo a mídia, dos crimes de dano qualificado, incitação ao crime, formação de quadrilha, porte ilegal de explosivos (uma bomba detonada pela Polícia Militar foi encontrada na mochila de um deles) e crime contra o Meio Ambiente, por causa das pichações em prédios e equipamentos públicos, o que por si só mereceria outro texto para discorrer sobre aspectos dogmáticos como *antefactum* e *postfactum*, crimes qualificados pelo resultado, entre outros.
- (2) “Art. 15. Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres.”

- (3) CHOMSKY, Noam. *O que o tio Sam realmente quer*. Brasília: UnB, 1999. p. 12-13. (grifo meu)
- (4) *Idem, ibidem*, p. 13.
- (5) CHOMSKY, Noam. *O império americano*. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 53.
- (6) CHOMSKY, Noam. *O que o tio Sam realmente quer*, p. 13. (grifo meu)
- (7) *Idem, ibidem*, p. 26.
- (8) *Idem, ibidem*, p. 40.
- (9) Tome-se, apenas como exemplo, o seguinte julgado: “Conflito negativo de competência entre as justiças estadual e federal – formação de quadrilha armada para evitar invasões rurais pelos integrantes do MST – crime contra a segurança nacional não configurado – ausência de interesse da União – competência da justiça estadual. 1. Evidenciando-se que os delitos porventura praticados pelos agentes não afetaram as principais instituições da República, inviável o reconhecimento de crime contra a segurança nacional, o que afasta qualquer interesse da União para a apuração do feito. 2. Competência da justiça estadual (CC 56.174/PR, rel. Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG), terceira seção, julgado em 13.02.2008, DJ 21.02.2008, p. 32)”.

Alexis Couto de Brito

Professor de Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal da Universidade Mackenzie.

A era da vigilância

Guilherme Madeira Dezem

Com a revolução tecnológica e o advento da pós-modernidade as maravilhas da tecnologia se apresentam em escala sem precedentes. Da mesma forma, sem precedentes é o aumento da vigilância sobre os dados dos indivíduos, seja pelo governo, seja por corporações.

O fato é que podemos dizer, assim como explicou **Neil Richards** (*The dangers of surveillance, Harvard Law Review*, v. 126:1934), que vivemos na era da vigilância, em que nossos dados são acessados constantemente por governos e por corporações.

Há uma série de questões nesse tema, notadamente envolvendo o chamado Big Data e a autogestão da informação. No entanto, o objetivo deste artigo está na análise da Lei 1.2850/2013, especificamente os arts. 15 a 17, que cuidam do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações.

O art. 15 estabelece que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Já o art. 16 estabelece que as empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de cinco anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

Por fim, o art. 17 fixa que as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de cinco anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

O que esses três artigos têm em comum é a restrição da privacidade independentemente de ordem judicial (ressalvada a disposição do art. 16). Aqui reside o problema da questão: haveria constitucionalidade desses dispositivos em autorizar que tanto a polícia quanto o Ministério Público tenham acesso aos dados independentemente de ordem judicial?

Há duas regras importantes para se analisar a questão: os arts. 5.º, X, da CF e 11 do Decreto 678/1992 (A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica).

No que se refere à Convenção Interamericana, é importante notar que a proteção da intimidade vem tratada mais especificamente no art. 11, 2: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

Nesse sentido já foi decidido no Caso Escué Zapata vs. Colômbia: “La Corte nota que si bien el artículo 11 de la Convención se llama ‘Protección de la Honra y de la Dignidad’, éste tiene un contenido más amplio que incluye la protección del domicilio, de la vida privada, de la vida familiar y de la correspondencia”.

Todo esse núcleo constitucional e convencional ressalta a ideia de que o indivíduo tem o direito à proteção de seus dados pessoais, seja em face do Estado, seja em face de outros indivíduos.

Mas afinal de contas, qual a importância da privacidade na época atual? Em que reside seu núcleo essencial e sua finalidade quando se pensa notadamente na hipereposição vivida por força da internet?

Será que é possível aceitar que a vigilância se dê sem necessidade de autorização judicial em prol da garantia da segurança pública? Em prol de mapear eventuais atentados? Para lutar contra o crime organizado?

É importante notar que a análise dos dados mencionados nos artigos mostra-se, sim, como elemento fundamental para a atuação do Estado em face da criminalidade organizada. Vale dizer: tenho poucas dúvidas de que a análise desses dados pode se mostrar útil para a investigação criminal.

Este é o caráter sedutor da questão: o acesso a esses dados de maneira rápida dada a desnecessidade de ordem judicial mostra-se eficaz justamente pela velocidade de acesso. Pela via aberta pelo legislador, o acesso a dados será muito mais rápido do que era antes da lei.

No entanto, parece-me que o ponto nevrálgico da questão não é discutir a eficácia ou não desses dispositivos. O ponto central não está em saber se a análise de tais dados será ou não útil para a atuação em face das organizações criminosas. A questão fundamental consiste em saber qual o custo dessa mudança e, ainda, se ele vale a pena para o objetivo perseguido pelo legislador.

A análise pormenorizada dos custos da vigilância foge aos limites deste artigo, no entanto, é possível que se tenha uma ideia de quais são os seus custos em termos gerais.

Os autores costumam apontar que a privacidade tem vários benefícios e, nesse sentido, **Daniel J. Solove** destaca dois (Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma, *Harvard Law Review*, v. 126:1880): (a) preservar uma zona de autonomia para os indivíduos; (b) permitir o desenvolvimento das ideias de maneira mais intensa, longe dos olhos do público ou do governo.

Além disso, é de destacar, como faz **Neil Richard**, que a vigilância se trata fundamentalmente de duas questões: primeiro estabelecer a relação de poder e, segundo, da pessoalidade, ou seja, da individualidade exposta ao investigador.

Aqui temos a questão fundamental: considerando-se toda a experiência histórica acumulada e todos os males que o uso indiscriminado de dados pelo Estado gerou, estamos realmente diante de um mal tão grande que justifique o pagamento desse preço? Vale dizer, os custos que a era da vigilância geram sobre o indivíduo são tão menores que os benefícios trazidos com o advento dessas modificações? Parece-me que a resposta é negativa.

Hannah Arendt, em sua obra *A condição humana*, explica que o aparecimento da sociedade acabou por turvar a fronteira entre o privado e o político. Essa imbricação entre o público e o privado produziu grande mudança na percepção dos indivíduos sobre quais são os dados sensíveis que podem ser acessados por qualquer pessoa e quais, não.

No entanto, como aponta **Daniel Solove** no estudo acima indicado, há um fator específico que não é levado em conta pelo indivíduo: trata-se do problema da agregação de dados.

Ou seja, os dados hoje analisados não podem ser vistos de maneira isolada, mas devem ser analisados dentro da cadeia de somatória. A análise de um dado isolado (como o endereço) pode nada revelar, mas esse dado somado a tantos outros sem que haja nenhum filtro pode revelar muito além de qualquer parâmetro investigativo, envolvendo o mais íntimo da pessoa.

Essa percepção de agregação ainda não se encontra adequadamente presente na mentalidade dos indivíduos, daí por que é comum o pensamento de que no caso de dados cadastrais não haveria nenhum problema de acesso pela polícia ou pelo Ministério Público.

Tanto a Constituição Federal quanto a Convenção Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceram que o indivíduo deve ser poupado de ingerências arbitrárias em sua intimidade.

Essa opção constitucional e convencional foi feita justamente por se compreender que o acesso indiscriminado às informações do indivíduo mostra-se um poderoso instrumento de perseguição pelo Estado, sem contar que se mostra prejudicial para o desenvolvimento da própria sociedade (como apresentado acima).

Essas ingerências só assumem legitimidade quando submetidas a um terceiro imparcial, que é o julgador. Daí por que a era da vigilância não pode se sobrepor à proteção constitucional e convencional, e entendo, pois, pela inconstitucionalidade dos respectivos artigos ora em debate.

Permitir que o acesso aos dados mencionados nos artigos antecedentes seja feito sem autorização judicial é flertar com o abuso e ignorar toda a experiência histórica, notadamente latino-americana (veja-se, nesse ponto, a relativamente recente experiência do Peru com o então Presidente Fujimori).

Há ainda outra questão relativa à paridade de armas. Ora, se o Ministério Público e também a autoridade policial podem ter acesso a esses dados sem necessidade de ordem judicial, exigir da defesa que obtenha tais dados parece ferir a paridade de armas.

Em um processo penal que se pretenda representador do Estado Democrático de Direito a lei não deve alterar os poderes e deveres dos sujeitos processuais de forma que estimule o desequilíbrio.

Muito pelo contrário, deve o legislador trabalhar para atenuar o desequilíbrio naturalmente existente entre acusação e defesa, e esses artigos, ao dispensarem a autorização judicial para o Ministério Público e para a autoridade policial sem incluir a defesa, violam a paridade de armas.

Imagine-se, por exemplo, a situação em que a defesa precisa requerer ao juízo a expedição de ofício para a obtenção de determinado dado constante de cadastro e que o juízo indefira. Ora, nessa situação caberia à defesa ou recorrer da decisão, ou solicitar ao promotor que pedisse diretamente tais dados. Ou, ainda, poderia a defesa pedir para o delegado que requeresse tais dados?

Embora o raciocínio pelo exagero tenha seus problemas metodológicos, o fato é que a situação exposta imprime bem a tônica de violação da paridade de armas criada pelo legislador, caso não se reconheça sua inconstitucionalidade.

Poderia muito bem terminar este texto usando a imagem do panóptico de **Foucault**, no entanto parece-me que a era da vigilância requer outra imagem. Na antiguidade a medusa era uma das górgonas, com o rosto belo e a cabeça cheia de serpentes, quem quer que para ela olhasse era transformado em pedra. O acesso amplo e irrestrito aos dados do indivíduo pode ser como a medusa: com um belo rosto, mas cujo olhar indiscriminado pode a todos transformar em pedra.

Guilherme Madeira Dezem

Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela USP.

Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.



Fundado em 14.10.92

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Assessor da Presidência: Rafael Lira

1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

Suplente: Átila Pimenta Coelho Machado

2.ª Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna

Suplente: Cecília de Souza Santos

1.ª Secretária: Heloisa Estellita

Suplente: Leopoldo Stefano G. L. Louveira

2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

Suplente: Fernando da Nobrega Cunha

1.º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

Suplente: Danyelle da Silva Galvão

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Suplente: Renato Stanzola Vieira

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e

Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Suplente: Matheus Silveira Pupo

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

Das violências reais e simbólicas – a violência sexual contra mulheres no Brasil

Ana Gabriela Mendes Braga, Bruna Angotti e Fernanda Emy Matsuda

Entre as diversas formas que a violência de gênero assume, o estupro é a que demonstra de maneira mais eloquente a existência da desigualdade entre homens e mulheres, ao submeter a vítima de modo integral, atingindo seu corpo e sua autonomia.

Dados das secretarias estaduais de segurança divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostram que, entre 2011 e 2012, houve aumento significativo no número dessas ocorrências no Brasil: a taxa de 22,1 passou a ser de 26,1 por 100 mil habitantes,⁽¹⁾ ultrapassando a taxa de homicídios.

A reforçar a sensação de que o estupro é um problema que vem se agravando, têm-se os episódios de grande repercussão na mídia, como o caso em que a vítima foi estuprada dentro de um ônibus com passageiros,⁽²⁾ tendo uma arma apontada para sua cabeça, e o de duas mulheres que, em ocasiões diferentes, foram estupradas dentro de uma *van*.⁽³⁾ Só houve reação da polícia quando se identificou que a segunda vítima era uma turista norte-americana, evidenciando o caráter seletivo que muitas vezes orienta a atuação das autoridades. A mudança na legislação criminal em 2009 pode ter tido alguma influência sobre o aumento, pois a supressão das condutas “atentado violento ao pudor” e “atos libidinosos” e sua inclusão na figura típica do estupro no Código Penal logicamente teriam o efeito de inflar as estatísticas relativas ao estupro. As estatísticas disponíveis para o estado de São Paulo são indicativas desse acontecimento: em 2009 a taxa era de 13,6 estupros e em 2010 saltou para 23,9. Todavia, passado o impacto da alteração legislativa, tem-se que em 2011 a taxa que era de 25,0 subiu para 30,8 em 2012.⁽⁴⁾

É preciso destacar ainda o peso da mudança de atitude das vítimas, que passaram a identificar e denunciar mais frequentemente a violência sexual sofrida. Esse mesmo fenômeno tem sido verificado no tocante a outras modalidades de violência contra a mulher, sobretudo a violência doméstica e familiar, objeto da Lei Maria da Penha. Pode-se apontar, ainda mais remotamente, o impacto que a criação das Delegacias de Defesa da Mulher nos anos 1980 teve sobre a percepção e a denúncia da violência praticada contra mulheres. Campanhas informativas e de incentivo à denúncia, a criação do disque 180, a ampliação da rede de serviços especializados de atendimento e a visibilidade social do problema certamente contribuíram para o crescimento do número de ocorrências registradas.

Apesar da grande mobilização das mulheres, do fortalecimento da luta feminista no país e das diversas conquistas nas últimas décadas, pode-se identificar uma série de retrocessos que ameaçam o exercício de direitos sexuais e reprodutivos pelas mulheres atualmente. Nessa seara, é emblemático o Projeto de Lei 478/2007, denominado Estatuto do Nascituro, que protege juridicamente o embrião desde sua concepção, e

Só houve reação da polícia quando se identificou que a segunda vítima era uma turista norte-americana, evidenciando o caráter seletivo que muitas vezes orienta a atuação das autoridades.

que implicará retrocesso, se aprovado, nas ressalvas legais à proibição do aborto previstas no art. 128 do Código Penal.⁽⁵⁾ Nesse projeto, a mulher nem sequer aparece como sujeito de direitos, assumindo o nascituro essa posição com exclusividade. A previsão de não “restrição de direitos” ao nascituro concebido por meio da violência sexual é um exemplo disso. Em seu art. 13, o projeto prevê o pagamento de pensão alimentícia, pelo Estado ou genitor, à criança fruto de estupro, evidenciando a legitimação explícita e legal da violência sexual no Brasil, pois garantir um futuro ao filho da vítima de estupro acaba por legitimar a violência anterior.

Outro exemplo é a polêmica em torno da aprovação do Projeto de Lei Complementar (PLC) 3/2013, que regulamenta o atendimento emergencial nos equipamentos de saúde a mulheres vítimas de violência sexual, prevendo a “profilaxia da gravidez”.⁽⁶⁾ Embora o PLC 3/2013 tratasse de um protocolo que há anos é vigente no país, grupos religiosos atacaram o projeto, alegando que se tratava de uma forma de legalização do aborto. A administração do contraceptivo de emergência prevista pelo PLC não trazia nenhuma novidade, sendo injustificável a celeuma promovida pelos grupos religiosos em torno desse ponto. A sanção integral pela Presidenta da República está de acordo com interesses e direitos já há muito conquistados pelas mulheres, uma vez que visa a humanizar o atendimento a vítimas de violência sexual, minimizando, na medida do possível, os seus efeitos nocivos.

Recentemente foi sancionada, no Rio de Janeiro, a Lei 6.457/2013, que institui o “Observa Mulher-RJ”, política estadual para o sistema integrado de informações de violência contra a mulher, que tem por finalidade organizar e analisar dados sobre os atos de violência praticados contra a mulher no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, bem como promover a integração entre os órgãos que atendem a mulher vítima de violência. Trata-se de avanço importante, uma vez que é fundamental investir na produção de dados que possibilitam diagnósticos e o consequente investimento em políticas de prevenção e combate à violência de gênero.⁽⁷⁾

Os retrocessos legislativos evidenciam quanto os direitos sexuais e reprodutivos femininos estão em constante negociação, sendo preciso alerta constante para que o que foi até agora conquistado não nos escape das mãos. Já os avanços nos mostram que passos importantes foram dados no tangente à garantia formal de direitos, mas que é preciso efetivar materialmente essas garantias.

Violência simbólica e violência real

Embora se saiba que há grande subnotificação no que se refere às ocorrências de estupro, é inegável que a violência sexual faz parte do cotidiano das mulheres, assumindo desde maneiras que poderiam ser consideradas mais sutis, como a cantada/assédio,⁽⁸⁾ até maneiras mais agressivas, como a relação sexual sem consentimento.

O desencorajamento para a denúncia é um componente bastante presente no contexto em que a vítima da violência sexual se insere: a culpabilização da mulher é uma estratégia recorrente e sua conduta ou vida pregressa são exploradas para justificar o comportamento do estuprador. Não por acaso encontram-se na internet sites que fazem apologia ao estupro “corretivo”, que vitima mulheres de orientação homossexual. Não por acaso o estupro é usado como arma de guerra contra povos inimigos.

Na tutela penal da dignidade sexual da mulher, “a construção jurídico-social da figura da mulher vítima aparece junto com atribuição de culpa,

oscilando entre tutela e incriminação, entre vítima e vilã”.⁽⁹⁾ e⁽¹⁰⁾

O julgamento moral da conduta da mulher vítima excede o poder legal, para conformar dispositivos que buscam disciplinar e normalizar a sexualidade. Logo, a violência real sofrida pela mulher é reatualizada pelo sistema de justiça na sua forma simbólica, a qual de acordo com Bourdieu⁽¹¹⁾ pode ser compreendida como uma “violência suave, insensível e invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação, do conhecimento, ou, mais precisamente do desconhecimento, do reconhecimento, ou, em última instância, do sentimento”.

Nesse sentido, o sistema de justiça perpetua a violência de gênero, ao abrir poucos espaços de reconhecimento e acolhimento às mulheres vítimas de violência sexual. Ao contrário, em muitos casos, a reação social (formal e informal) incrementa o sofrimento dessas mulheres, produzindo a vitimização secundária, por meio da resposta violenta e moralista do sistema de justiça àquelas que buscam nele proteção. Segundo Bourdieu:⁽¹²⁾ “aceitando tacitamente os limites impostos, assumem a forma de emoções corporais – vergonha, humilhação, timidez, ansiedade, culpa. [...] emoções que se tornam ainda mais dolorosas, por vezes, se traírem manifestações visíveis, como o enrubescer, gaguejar, o tremor, a cólera ou a raiva onipotente, e tantas outras maneiras de se submeter, mesmo de má vontade ou até contra a vontade, ao juízo dominante”.

As emoções corporais acima descritas podem ser facilmente identificáveis em algumas das mulheres vítimas ao procurarem o sistema de justiça, as quais são examinadas, interrogadas e, moralmente julgadas. O exercício da dominação simbólica encontra respaldo nas práticas e nos discursos do sistema de justiça, uma vez que reafirmam no campo jurídico a desigualdade entre os gêneros presente na sociedade. A mentalidade institucional é um exemplo claro de como não bastam mudanças legais: é essencial que haja capacitação de operadores(as) e ruptura com o sistema simbólico de modo que se permitam espaços que realmente acolham. Isso porque o Sistema de Justiça Criminal e os aparatos médicos são relutantes em seguir protocolos que buscam evitar o processo de revitimização da mulher que sofreu violência sexual. Um exemplo disso é a difícil implementação da Norma Técnica para prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes, editada pelo Ministério da Saúde em 2005,⁽¹³⁾ que é explícita ao destacar a desnecessidade de Boletim de Ocorrência para a realização de aborto legal.

Um dos primeiros passos para enfrentar a violência simbólica, produzida pelo campo jurídico, é torná-la visível, reconhecível e ilegítima. A naturalização dos modos de pensar e fazer o Direito contribui para a perpetuação da dominação simbólica masculina no universo jurídico e para o incremento da vitimização das mulheres pelo sistema de justiça. A política criminal (nas suas três esferas, quais sejam: legislativa, executiva e judiciária) utiliza-se de categorias androcêntricas para interpretar e reagir a situações que exigiram reflexões a partir de um recorte de gênero.

Ainda assim, não é suficiente que passos sejam dados uma vez cometido o crime. É fundamental que o Brasil adote políticas de prevenção a crimes sexuais. Há de se combater a cultura do estupro que objetifica mulheres, garantindo sua segurança no espaço público e privado. Prevenir e combater a violência sexual contra mulheres é investir na garantia de direitos humanos essenciais, como segurança, liberdade e paz. Para tanto, mais uma vez se faz necessário o diálogo entre os poderes, bem como o investimento, no longo prazo, em uma educação⁽¹⁴⁾ não sexista, capaz de romper com os grilhões do patriarcado, do machismo e da misoginia que não só vitimam mulheres, mas a sociedade como um todo.

No atual momento é necessário que haja investimento em campanhas incisivas contra a violência sexual, que os serviços de denúncia, acolhimento e atendimento às mulheres vítimas de violência sejam eficientes⁽¹⁵⁾ e que essa violência não seja banalizada e sufocada, mas publicizada, debatida e combatida.

Notas

- (1) Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2013. Disponível em: <http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>. Acesso em: 9 dez. 2013.
- (2) Ver notícia em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/05/video-mostra-acao-de-estuprador-em-onibus-do-rio.html>. Acesso em: 9 dez. 2013.
- (3) Ver notícia em: http://www.istoe.com.br/reportagens/288618_SELVAGERIA+A+BRASILEIRA. Acesso em: 9 dez. 2013.
- (4) Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2011 e 2012. Disponíveis em <http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>. Acesso em: 9 dez. 2013.
- (5) A interrupção da gravidez é autorizada quando decorre de estupro e nas situações em que há risco para a vida da mãe, segundo o Código Penal, e nos casos de feto anencefálico, em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal.
- (6) Ou “medicação com eficiência precoce para prevenir gravidez resultante de estupro”, definição proposta pela presidenta para substituição da expressão “profilaxia da gravidez”.
- (7) A produção de dados permite análises como o Dossiê Mulher, produzido pelo Instituto Brasileiro de Segurança Pública (ISP), que mapeia, entre outras, a ocorrência de crimes sexuais no Rio de Janeiro. Ver: http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/DossieMulher2013cap5.pdf. Acesso em: 9 dez. 2013.
- (8) Nesse sentido vale verificar os resultados da pesquisa “Chega de Fiu Fiu”, realizada com 7.762 mulheres, com o objetivo de mapear o assédio sexual em lugares públicos (<http://thinkolga.com/2013/09/09/chega-de-fiu-fiu-resultado-da-pesquisa/>).
- (9) BRAGA, Ana Gabriela Mendes. A vítima-vilã: a construção da prostituta e seus reflexos na política criminal. In BORGES, Paulo César Correia (org). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo, NETPDH/Cultura Acadêmica Editora, 2013 (Série “Tutela penal dos direitos humanos”) n. 3, p. 217-230, p. 225.
- (10) Sobre o tema vale a leitura de PIMENTEL Silvia; SCHRITZMEYER Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria *Estupro: crime ou “cortesia”?* Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- (11) BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012. p. 7.
- (12) *Idem, ibidem*, p. 51.
- (13) Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/crmonline/publicacoes/prevencao.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2013.
- (14) Aqui mencionada em sentido mais amplo que a formal, considerando a educação midiática e informal também.
- (15) O serviço de atendimento a vítimas de violência sexual do Hospital Pérola Byington, em São Paulo, é um exemplo de serviço eficiente e humanizado no atendimento a vítimas. Apesar de existirem outros serviços na Capital, é o único considerado referência.

Ana Gabriela Mendes Braga

Coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP.

Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP.

Bruna Angotti

Coordenadora-chefe do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

Professora da Faculdade de Direito da

Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Doutoranda e mestra em Antropologia pela USP.

Fernanda Emy Matsuda

Coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre

o Crime e a Pena da Direito GV.

Doutoranda em Sociologia pela USP.

Os tipos penais da Lei Geral da Copa e sua duvidosa legitimidade

João Paulo Orsini Martinelli

Está em vigência, desde junho de 2012, a Lei 12.663, mais conhecida como a “Lei Geral da Copa”. Em suas disposições, encontram-se alguns tipos penais cuja vigência termina em 31 de dezembro de 2014. Após o último dia de 2014 esses tipos penais deixam de ter vigência e as condutas ali descritas voltam a ser atípicas ou a adequar-se a outros tipos penais. Os arts. 30 a 33, portanto, são tipos penais temporários ou autorrevogáveis.

Cabe analisar a constitucionalidade de tais tipos penais e, por consequência, a legitimidade para sua aplicação durante e após sua vigência. A questão a ser proposta é confirmar se a previsão de lei penal temporária, prevista no art. 3.º do Código Penal, teria sido recepcionada pela Constituição Federal e, com efeito, se os tipos penais da Lei Geral da Copa são legítimos.

A lei penal temporária constitui exceção à regra da lei sem prazo de validade. Por questões de segurança jurídica, e com o intuito de reforçar o princípio da legalidade, a lei penal entra em vigência sem prazo certo para sua revogação. Deve-se respeitar a estabilidade do sistema jurídico com a revogação de uma lei penal somente por outra lei, seja de forma tácita, seja expressamente. A lei temporária, se fosse a regra, levantaria dúvidas a respeito dos limites da licitude de comportamentos humanos e geraria instabilidade jurídica pela enorme flexibilidade e mutação do poder punitivo estatal.

O art. 3.º do Código Penal prevê a lei penal excepcional e a lei penal temporária. Lei excepcional é aquela que visa atender a situações anormais da vida social (Fragoso, 2006, p. 126), enquanto a lei temporária aparece no sistema jurídico-penal já com a data do término de sua vigência previamente agendada (Busato, 2013, p. 129). Conforme as definições doutrinárias, entende-se aqui que a lei penal temporária deve ser excepcional e a lei excepcional só pode ser temporária. Ou seja, os conceitos complementam-se e a distinção não se faz necessária. Ao afirmar-se que uma lei penal é temporária, necessariamente deve ser, também, excepcional, e vice-versa.

O principal efeito da lei penal temporária ou excepcional é a possibilidade de manter a ultratividade após sua vigência, mesmo que implique tratamento mais gravoso ao agente. No Direito Penal, a regra é a retroatividade da lei penal mais benigna, cujos efeitos podem ser a *abolitio criminis*, que constitui causa de extinção da punibilidade pela desconsideração do fato como crime em momento posterior à sua prática. Pela regra consagrada ao longo da história, a lei posterior que deixa de considerar um fato criminoso deve retroagir e beneficiar aquele que responde pela conduta até então ilícita. A lei posterior, assim, aumenta o grau de liberdade de agir conforme o direito.

No caso da lei penal temporária ou excepcional, a previsão legal autoriza sua ultratividade após cessar sua vigência, o que, nas palavras de Bitencourt (2013, p. 191), constitui a “exceção da exceção” à retroatividade da lei penal mais benéfica. A doutrina majoritária reconhece a legitimidade da lei penal temporária ou excepcional e sua ultratividade após a vigência. Souza e Japiassu sustentam que “esse grupo de leis regula situações que, na sucessão de leis penais no tempo, não correspondem a uma evolução social a respeito da concepção ilícita do fato” (2011, p. 93). Para essa corrente, o grau de reprovabilidade da conduta em momento certo e determinado não pode ser desprezado, mesmo quando a situação anormal estiver finalizada, ou seja, a desconsideração posterior da periculosidade do comportamento não pode retroagir para o período de anormalidade. Além disso, aceitar

a retroatividade da revogação da lei temporária ou excepcional levaria à impunidade do agente que deveria apenas aguardar a cessação de sua vigência para obter os efeitos benignos, apesar da gravidade pontual de seu comportamento. Quer dizer, aceitar a retroatividade, nesses casos, tornaria a lei temporária ineficaz para atingir o objetivo pretendido pelo legislador, qual seja, tutelar bens jurídicos específicos de forma especial, em situações de gravidade anormal.

Em divergência à doutrina majoritária, adota-se aqui o entendimento pela ilegitimidade da lei penal temporária ou excepcional. A Constituição Federal é clara ao afirmar que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5.º, XL). O texto constitucional não faz menção a qual lei deverá retroagir para beneficiar o réu: se é apenas lei posterior que venha a modificar lei anterior ou se podem ser incluídas, também, as leis com prazo de vigência e que deixam de ter efeitos após sua autorrevogação. O dispositivo constitucional deve ser interpretado de forma ampla, pois a lei penal envolve restrição da liberdade individual e a estigmatização do acusado. Toda norma que diz respeito a liberdades individuais requer interpretação mais favorável à pessoa humana, desse modo, qualquer vedação a direitos fundamentais deve ter expressa previsão constitucional. Portanto, ao afirmar que a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu, a lei temporária perde seus efeitos no plano infraconstitucional. A criação de leis penais temporárias deve ser muito criteriosa, a começar pela necessidade de sua previsão na Constituição Federal.

Especificamente em relação à Lei Geral da Copa, há outros problemas que merecem atenção. Mesmo que se aceite a legitimidade da lei temporária, o conteúdo dos respectivos tipos penais foge à essência de sua excepcionalidade. As leis penais temporárias, para quem as aceita, requer uma situação de anormalidade, de grande crise. O fundamento de se aceitar uma estrutura normativa frágil como as leis temporárias ou excepcionais são situações de anormalidade social ou emergência, ou melhor, uma situação transitória de emergência (Regis Prado, 2004, p. 190).

Na atenta leitura dos tipos penais previstos na Lei Geral da Copa, percebe-se que o objeto de tutela nada mais é que um evento esportivo (de grandes proporções, isso é claro) e sua entidade organizadora. São crimes: “reproduzir, imitar, falsificar ou modificar indevidamente quaisquer Símbolos Oficiais de titularidade da FIFA”, “importar, exportar, vender, distribuir, oferecer ou expor à venda, ocultar ou manter em estoque Símbolos Oficiais ou produtos resultantes da reprodução, imitação, falsificação ou modificação não autorizadas de Símbolos Oficiais para fins comerciais ou de publicidade”, “divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA” e “expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária”.

Não há qualquer referência a interesse público ou a situação de anormalidade previstas em lei. Apenas se quer tutelar o interesse da entidade responsável pela Copa do Mundo, afirmação reforçada pela previsão de que a ação penal é publicada condicionada à

representação da FIFA (art. 34). E, como complemento, a própria lei, no art. 2.º, descreve a FIFA como “*associação suíça de direito privado, entidade mundial que regula o esporte de futebol de associação*”. A interpretação sistemática da lei confirma que seus tipos penais carecem de legitimidade porque são temporários e sua vigência não decorre de situação de anormal gravidade.

Não há como sustentar os tipos penais da Lei Geral da Copa. A começar pela própria estrutura típica, a lei penal temporária ou excepcional apresenta duvidosa constitucionalidade porque não está prevista na Carta Magna e por representar flexibilidade exagerada da segurança jurídica. Além disso, a distinção entre lei temporária e lei excepcional não tem utilidade, pois são conceitos que se complementam. Finalmente, mesmo que se reconheça a legitimidade da lei penal temporária, no caso da Lei Geral da Copa, ausentes o interesse público e a situação emergencial temporária. Os tipos penais ali previstos desvirtuam a função do Direito Penal de tutelar os bens mais importantes da sociedade, e não o patrimônio de uma entidade particular, em evidente violação ao princípio da *ultima ratio*.

O termo inicial do prazo da prescrição da pretensão executória e a vacilante jurisprudência dos Tribunais Superiores

Claudio Bidino

A prescrição da pretensão executória, como se sabe, é a perda do poder-dever estatal de dar início ao cumprimento da pena imposta por uma sentença penal condenatória em virtude do transcurso de determinado lapso temporal.

Uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não admite que se promova a execução penal antes de se configurar o trânsito em julgado da sentença condenatória,⁽¹⁾ consoante entendimento pacificado em nossa doutrina e jurisprudência, em especial, após o julgamento do HC 84.078, pelo Pleno do STF, em 05.02.2009, mister se faz reconhecer que somente se poderá falar em prescrição da pretensão executória a partir do momento em que a condenação se tornar definitiva para a acusação e para a defesa. Antes disso, a única prescrição passível de reconhecimento é a da pretensão punitiva.

O Código Penal, em seu art. 112, prevê como termos iniciais da prescrição da pretensão executória: (I) o “dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”; (II) o “dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena”.

Muito embora a prescrição da pretensão executória somente possa ser vislumbrada quando transitar em julgado definitivamente a condenação (para a acusação e para a defesa), o art. 112 do CP estipula que, uma vez que se chegue a esse instante processual, o seu prazo deve ser contabilizado a partir “do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória, para a acusação”, pouco importando a data em que a decisão se tornou irrecorrível também para a defesa.

Afigura-se oportuno notar que não foi inadvertidamente que o legislador brasileiro, durante a reforma de 1984, alterou a redação do art. 112 do CP, para fixar como termo inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Na verdade, o legislador mais não fez do que concretizar no artigo penal,

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1. São Paulo: RT, 2004.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*, v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2011.

João Paulo Orsini Martinelli

Pós-doutor em Direitos Humanos

(Universidade de Coimbra).

Mestre e Doutor em Direito Penal (USP).

Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF).

de forma proposital e deliberada, o entendimento predominante na jurisprudência da época. É isto que nos reporta **Luiz Carlos Betanho** e **Marcos Zilli**, na influente obra *Código Penal e sua interpretação*, coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco.⁽²⁾

Nos tempos atuais, entretanto, é possível encontrar algumas vezes na doutrina que discordam desta opção legislativa. **Guilherme de Souza Nucci**, por exemplo, assevera ser “*inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa*”. Segundo o renomado jurista, não faria sentido algum permitir o transcurso do prazo, na medida em que não houve falta de interesse, e muito menos desídia, do Estado em dar início ao cumprimento da pena pelo condenado.⁽³⁾

Apesar das pertinentes críticas – *de lege ferenda* – à norma vigente, a doutrina brasileira parece compartilhar o entendimento de que, ante a clareza do texto legal, o cômputo do prazo da prescrição da pretensão executória, embora seja condicionado ao trânsito em julgado da condenação para ambas as partes, deve ser iniciado a partir da data em que a sentença transitar em julgado para a acusação.

Com efeito, é esta a compreensão perfilhada por: **César Roberto Bittencourt**; **Damásio de Jesus**; **Guilherme de Souza Nucci**; **Juarez Cirino dos Santos**; **Júlio Fabbrini Mirabete**; **Luiz Carlos Betanho** e **Marcos Zilli**; **Luiz Flávio Gomes**; **Luiz Regis Prado**; **Miguel Reale Júnior**; **Eugenio Raul Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli**; **Paulo José da Costa Jr.** e **Fernando José da Costa**; **Celso Delmanto**, **Roberto Delmanto**, **Roberto Delmanto Júnior** e **Fábio M. de Almeida Delmanto**; entre outros.⁽⁴⁾

A jurisprudência de nossos Tribunais, contudo, encontra-se dividida acerca desta matéria, sendo certo que, há não muito tempo, emergiu uma corrente jurisprudencial que passou a dar uma nova interpretação aos mencionados dispositivos penais, vindo a sustentar que o prazo da

prescrição da pretensão executória deveria ser contabilizado a partir do trânsito em julgado da condenação não apenas para a acusação, como também para a defesa.

Esta nova interpretação veio amparada por dois argumentos principais: um de ordem teórica e outro de ordem prática. Assim, alegava-se que não seria razoável admitir que se desse início ao prazo prescricional referente a uma pretensão que nem sequer poderia ser juridicamente exercida. Além disso, alertava-se para o fato de que a interpretação literal da norma insculpida no art. 112 do CP, estimulava a acusação a recorrer, com a única finalidade de procrastinar o trânsito em julgado da condenação e de minimizar os riscos de prescrição da pretensão executória, o que supostamente frustraria os anseios sociais a uma prestação jurisdicional justa e eficiente.

No âmbito do STJ, até o final do ano de 2012, as duas turmas responsáveis pelo julgamento de causas criminais divergiam frontalmente sobre esta questão. De um lado, a 6.^a Turma mantinha o seu tradicional entendimento de que, “[d]e acordo com a redação do art. 112, inciso I, do Código Penal, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação”.⁽⁵⁾ De outro, a 5.^a Turma reproduzia a orientação que passou a adotar em seus julgados a partir de meados de 2010, de que “o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado”.⁽⁶⁾

Ocorre que, no início deste ano, os Ministros que integram a 5.^a Turma revisaram o seu posicionamento e passaram a também entender que “a contagem do prazo necessário à prescrição da pretensão executória começa a fluir a partir da data do trânsito em julgado para a acusação”,⁽⁷⁾ de modo que hoje está pacificada em ambas as Turmas do STJ esta orientação.⁽⁸⁾

A jurisprudência do STF, entretanto, parece caminhar em sentido oposto. Assim, até o final do ano passado, tanto a 1.^a quanto a 2.^a Turma perfilhavam o entendimento de que, embora a prescrição da pretensão executória somente se verifique com trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória (para ambas as partes), o seu prazo começa a ser computado a partir da data do trânsito em julgado para a acusação. No entanto, atualmente, não parece existir um consenso no âmbito da Suprema Corte acerca deste tema.

Nesse passo, a 1.^a Turma, no curso do julgamento do ARE 682013/SP, sinalizou uma mudança de orientação ao sustentar que o prazo da pretensão executória somente pode ser iniciado a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes, pois somente nesse momento a pena pode ser efetivamente executada. No acórdão relatado pela eminente Min. Rosa Weber, sublinhou-se então que seria “necessário reinterpretar o art. 112, I, do Código Penal, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotado no HC 84.078, em relação ao princípio constitucional da presunção de inocência”.⁽⁹⁾

Por sua vez, a 2.^a Turma, em decisão mais recente, proferida no último dia 16 de abril, manteve firme a sua posição de que, nos termos dos arts. 109 e 110 do CP, e na esteira da jurisprudência sedimentada no STF, “o prazo prescricional da pretensão executória começa a fluir da data do trânsito em julgado para a acusação”.⁽¹⁰⁾

A instável situação da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no que se refere ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, é deveras preocupante. A insegurança jurídica e as desigualdades que advêm desta conjuntura são incompatíveis com um Estado que se proclama Democrático de Direito, como o brasileiro.

Por mais razoáveis que sejam as críticas à opção do legislador pátrio, não se pode permitir que se procure alterá-la pela via judicial. *Data maxima venia*, não se pode aceitar que se tente corrigir uma eventual incongruência normativa pela via da interpretação, não

apenas porque é clara a redação do art. 112 do CP, mas também porque se sabe que foi intencional a decisão legislativa de considerar o “dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação”, como o termo inicial da prescrição da pretensão executória. Além do mais, não se pode esquecer que decorre do princípio do favor rei a necessidade de se deslocar eventual dúvida na interpretação da lei penal em benefício do acusado, e não contra os seus interesses.

Dessarte, os princípios da legalidade e da separação dos poderes, que norteiam a ordem constitucional brasileira, não admitem outra interpretação do art. 112 do CP, que não aquela compartilhada pela doutrina e pela jurisprudência radicada no STJ e na 2.^a Turma do STF.

Por tudo isso, mas principalmente para que se garanta que pessoas condenadas que se encontrem em idêntica situação processual recebam o mesmo tratamento por parte do Estado, e tenham o mesmo destino, é premente que a jurisprudência de nossos Tribunais se estabilize no sentido de reconhecer o trânsito em julgado para a acusação como o termo inicial da prescrição da pretensão executória, sem prejuízo de que se instaure um debate nos foros apropriados sobre a conveniência de se promover uma alteração na legislação em vigor.

Notas

- (1) Salvo em circunstâncias excepcionalíssimas, em benefício exclusivo do acusado (v. Súmula 716 do STF).
- (2) BETANHO, Luiz Carlos; ZILLI, Marcos. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 591.
- (3) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 12. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 611.
- (4) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral* 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; NUCCI, Guilherme de Souza. Op. et loc. cit.; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – Parte geral*. 5. ed. Conceito Editorial, 2012; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003; BETANHO, Luiz Carlos; ZILLI, Marcos. Op. cit.; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1; REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009; ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1; COSTA JR., Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- (5) STJ, HC 211631/SP, 6.^a T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20.09.2011.
- (6) STJ, HC 127062/RO, 5.^a T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 25.11.2010.
- (7) STJ, HC 243576/DF, 5.^a T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 05.02.2013.
- (8) STJ, HC 215761/DF, 5.^a T., j. 06.08.2013; AgRg no HC 237415/DF, j. 18.06.2013; HC 250664/RJ, j. 21.05.2013; HC 237420/DF, j. 16.05.2013; AgRg no HC 232312/DF, 6.^a T., j. 25.06.2013; HC 269425/SP, j. 18.06.2013; AgRg no AREsp 323682/DF, j. 21.05.2013; HC 258703/SP, j. 14.05.2013.
- (9) STF, ARE 682013/SP, 1.^a T., rel. Min. Rosa Weber, j. 11.12.2012. Convém notar que esta decisão foi proferida cerca de oito meses depois de esta mesma Turma prolatar uma decisão em sentido diametralmente oposto. Afinal, no dia 3 de abril de 2012, no julgamento do HC 110.133, da relatoria do Min. Luiz Fux, a 1.^a T. havia se manifestado no sentido de que, para fins de cálculo da prescrição da pretensão executória, “o lapso prescricional flui do dia em que transita em julgado para a acusação, conforme previsto no art. 112, combinado com o art. 110 do Código Penal”.
- (10) STF, HC 113715/DF, 2.^a T., rel. Min. Carmen Lúcia, j. 16.04.2013.

Claudio Bidino

Mestre em Criminologia e Justiça Criminal
pela Universidade de Oxford.

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra.
Advogado.

O bloco de constitucionalidade e a garantia do duplo grau de jurisdição

Marcos Thompson Bandeira

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, os países aliados concluíram que o direito interno não era suficiente para evitar atrocidades como as praticadas pela Alemanha nazista. Surgiu a necessidade da elaboração de regras supranacionais com o fim de garantir a aplicação dos direitos humanos básicos. Com a criação da Organização das Nações Unidas os Estados membros se comprometeram a promover o respeito universal e efetivo dos direitos humanos. Em 10 de dezembro de 1948, a ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, embora não fosse um documento com obrigatoriedade legal, serviu de ponto de partida para dois tratados sobre direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 16/12/1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 22/11/1969. Essas duas convenções internacionais tinham como objetivo garantir ao cidadão os direitos básicos contra a atuação estatal, contendo garantias naturais e processuais, que devem ser respeitadas em âmbito interno por todos os países parte.

Surge, neste ponto, uma indagação de grande relevância: qual o *status* de um tratado internacional sobre direitos humanos no âmbito interno de cada país parte? No direito comparado, encontramos vários exemplos de países cuja constituição atribui aos tratados internacionais *status* de normas constitucionais, o que formaria o chamado *bloque de constitucionalidad* ou bloco de constitucionalidade, expressão criada pelo Direito Constitucional francês em 1971, posteriormente adotada na Constituição espanhola de 1978, segundo a corte constitucional desse país.

O bloco de constitucionalidade é formado pela constituição e pelos tratados internacionais envolvendo direitos humanos, ratificados pelo país, que servem de parâmetro para o controle das demais normas internas. Na América do Sul, países como a Argentina, no artigo 75, n. 22, a Colômbia no artigo 93, e o Equador, no artigo 424, em seus textos constitucionais atribuem caráter de norma constitucional aos referidos tratados, formando o bloco de constitucionalidade. A constituição agrega ao seu texto todas as garantias dos tratados internacionais sobre direitos humanos, e como tal, serve de parâmetro para o controle das normas infraconstitucionais, o que se denomina controle de convencionalidade. Segundo **Oswaldo A. Gozáini** “*el control de convencionalidad refiere a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar el pacto de derechos humanos*”.⁽¹⁾ Esse conjunto de normas deve ser interpretado de forma harmônica, com base no princípio *pro homine*, que sempre privilegia a disposição mais favorável à tutela dos direitos humanos do cidadão.

No caso específico do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, historicamente, não tem conferido aos tratados internacionais o *status* devido, de norma constitucional, e sim de norma supralegal. Precedentes *HC 87.585*, *HC 88.240*, *HC 92.566* e *HC 94.523*⁽²⁾. Já em sede doutrinária, com base no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, se reconhece, por exemplo, ao pacto de San José da Costa Rica *status* de norma constitucional.

Essa é a posição de **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Magalhães Gomes Filho** e **Antonio Scarance Fernandes**: “(...) *os dispositivos da Convenção Americana colocam-se no mesmo nível das regras constitucionais, por força do disposto no art. 5º, §2º, CF. Entendemos, também, que a edição da emenda Constitucional n. 45, de 2004, introduzindo o §3º, ao art. 5º, não altera a questão aqui discutida*”.⁽³⁾

No mesmo sentido, **Aury Lopes Jr.** afirma que “*os direitos e garantias previstos na CADH passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais, a teor do art. 5º, §2º, da Constituição, sendo, portanto, autoaplicáveis (art. 5º, §1º, da CF)*”.⁽⁴⁾

Na realidade, de acordo com as regras internacionais, os tratados deveriam até se sobrepor a qualquer regra interna. Isso porque a Convenção de Viena sobre a aplicação dos tratados internacionais, ratificada pelo Brasil em 25/9/2009 e internalizada através do decreto nº 7030/2009, no artigo 27, estabelece que “*Direito Interno e Observância de Tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.*” Já o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado em 7/9/1992 e internalizado pelo decreto nº 678 de 6/11/1992, no artigo 29, fixa que: “*Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.*”

Finalmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU na sessão de 16/12/1966, vigente no Brasil desde 24/4/1992 conforme o decreto nº 592 de 6/7/1992, no artigo 2º, contém a regra de que “*Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma.*”

Nesse sentido, no Brasil, nenhum juiz poderia invocar uma regra de direito interno, mesmo que uma norma constitucional, para afastar uma garantia fixada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou no Pacto de San José da Costa Rica. Ou seja, essas convenções internacionais prevalecem sobre qualquer regra de direito interno, até mesmo a Constituição. Essa é a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão criado pelo Pacto de San José da Costa Rica para assegurar a aplicação desses direitos

nenhum juiz poderia invocar uma regra de direito interno, mesmo que norma constitucional, para afastar garantia fixada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou no Pacto de San José da Costa Rica

inerentes ao homem, cuja competência foi aceita pelo Brasil no dia 12/10/1998. Nesse sentido foi a decisão da Corte no caso *Gelman VS. Uruguay*, julgado em 24/2/2010.

A questão pode ser analisada considerando-se uma garantia específica, como o duplo grau de jurisdição, que traz “o direito fundamental de o prejudicado pela decisão poder submeter o caso penal a outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior na estrutura da administração da justiça”.⁽⁵⁾ O Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos no artigo 14, n. 5, garante que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Com uma regra semelhante, mas não tão específica, o Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8, n. 2, “h” assegura: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

Diante desses dispositivos, surgem questões de grande relevância, envolvendo a garantia do duplo grau. Uma delas foi levantada por **André Nicolitt**: “pensemos na hipótese de o acusado ser absolvido pelo juiz de primeiro grau. O Ministério Público recorre. O tribunal condena o acusado. Tendo em vista que os Tribunais Superiores não possuem competência recursal para reexaminar questões de fato, a condenação se tornaria irrecorrível[...]Para nós, o Ministério Público só poderá recorrer para arguir nulidade ou para modificar a aplicação da pena”.⁽⁶⁾

O fundamento apresentado pelo respeitado doutrinador é justamente o artigo 14, n. 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Outra questão que poderia surgir diz respeito à conformidade dessa garantia com o denominado foro por prerrogativa de função, por exemplo, no caso do artigo 96, III, da Constituição Federal, que fixa a competência originária dos Tribunais de Justiça para processar e julgar juízes de direito e membros do Ministério Público quando praticam crimes comuns. Nessa hipótese, a garantia estabelecida nas duas convenções internacionais sobre direitos humanos é descumprida em razão de disposições internas. Como solucionar essa questão?

Sendo notório que, no direito brasileiro, atualmente, poucos cogitam a possibilidade de uma disposição da Constituição Federal ser afastada por uma norma internacional, diante do que dispõe a Convenção de Viena sobre a aplicação dos tratados internacionais, ratificada pelo Brasil em 25/9/2009, o Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 29 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 2º, todos anteriores à Constituição de 1988, fica evidente que a República Federativa do Brasil se obrigou a assegurar a aplicação da garantia de recorrer da decisão condenatória. No caso de um juiz de direito ou membro do Ministério Público ser condenado, tem de ser assegurada a ele uma via recursal que possibilite a discussão de questões de fato, da prova produzida, para evitar uma condenação em juízo único, já que os recursos especial e extraordinário só admitem a análise de questões de direito.

Também o cidadão que for absolvido em primeiro grau e condenado pelo tribunal de justiça ou TRF tem o direito de recorrer dessa decisão, com a análise da matéria de fato. A Corte Interamericana de Direito Humanos, no caso *Mohamed VS. Argentina* julgado em 23 de novembro de 2012, reconheceu a responsabilidade da Argentina por violação aos direitos humanos e determinou que fosse assegurado ao Sr. Oscar Alberto Mohamed o direito de recorrer da decisão condenatória prolatada por tribunal, em julgamento de recurso contra a sentença que o absolveu.

No caso do Brasil, nos dois exemplos mencionados, é possível compatibilizar os dois tratados com a constituição, respeitando o bloco de constitucionalidade, de uma maneira muito simples. A República Federativa do Brasil estaria assegurando o duplo grau de jurisdição, nos casos de um acórdão condenatório ou de uma decisão condenatória em julgamento de ação penal originária nos tribunais de justiça ou TRFs, ao fixar que, no eventual recurso especial, a matéria de fato também fosse analisada. Se no recurso especial fosse possível a discussão de matéria de fato e de direito, a garantia do duplo grau estaria assegurada. Trata-se de medida simples, que exige apenas a adequação de nossa jurisprudência ao bloco de constitucionalidade com o temperamento do enunciado número 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, para esses casos específicos. Não há nenhum dispositivo legal que impeça essa análise de questões de fato, só o entendimento pretoriano.

Por último, poderia surgir um questionamento sobre o tema, considerando o caso das pessoas que devem ser julgadas originariamente no Supremo Tribunal Federal, artigo 102, I, “b” e “c” da Constituição Federal. Como compatibilizar a garantia do duplo grau com o denominado foro por prerrogativa de função? Uma solução para essa questão seria alterar o Regimento Interno para que o julgamento das ações penais originárias seja realizado por uma das turmas, com a posterior previsão de um recurso, com a análise de matéria fática, para o plenário.

A República Federativa do Brasil tem que assegurar a possibilidade de os réus recorrerem da decisão condenatória, em qualquer caso, seja qual for o recurso, para evitar uma condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dessa forma, essa relevante garantia poderia ser aplicada com a interpretação do nosso ordenamento jurídico, tendo por base o bloco de constitucionalidade.

Referências bibliográficas

- GOZAÍNI, Osvaldo A. *Proceso y Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Recursos no processo penal*, 5. ed. São Paulo: RT, 2008.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Notas

- (1) GOZAÍNI, Osvaldo A. *Proceso y Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 244.
- (2) “O Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2.º do art. 5.º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3.º do art. 5.º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida.”
- (3) GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Recursos no processo penal*, 5. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 22.
- (4) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.1168.
- (5) *Idem*, *ibidem*, p.1167.
- (6) NICOLITT, André. *Manual de processo penal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevir, 2012. p.43.

Marcos Thompson Bandeira

Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes. Advogado Criminalista.

Integração jurídico-penal na União Europeia. E o Mercosul com isso?

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

O modelo de integração por excelência entre os diversos Estados Cooperativos, e que tem por objetivo a constituição de um espaço penal comum, é a União Europeia. Esta foi alicerçada sobre pilares de progresso econômico e social mediante a criação de um espaço desprovido de fronteiras internas dos atuais Estados Nacionais, bem como o reforço na defesa dos direitos, além de um desenvolvimento igualmente cooperativo no domínio da justiça. Eis em que consiste uma primeira tentativa de harmonização de seu direito e processo penal.

O primeiro Tratado a se referir à Cooperação Jurídico-Penal naquele bloco econômico foi o de Maastrich, de 1992, o qual propriamente instituiu a União Europeia como parte de um “*processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa*”,⁽¹⁾ contemplando em seu artigo “k.1” que, para a realização dos objetivos da União, foi considerado de interesse comum dos Estados a cooperação judiciária em matéria penal (inciso 7). A este tratado se seguiram o de Amsterdã (1997) e o de Lisboa (2007).

O Tratado de Amsterdã instituiu, em seu art. “B”, como objetivo da União Europeia, “*a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controle na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade*”, o que ficou conhecido como espaço penal comum europeu.⁽²⁾

Já o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (Lisboa) trouxe em seu capítulo 4.º os princípios e as regras regentes da cooperação judiciária em matéria penal: a rigor, o primeiro passo de um processo de “transnacionalização” da jurisdição penal. Estabelece ele, em seu art. 82, ser competência do Parlamento Europeu e do Conselho adotar medidas destinadas a definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União da totalidade de formas de sentenças e decisões judiciais; prevenir e resolver conflitos de jurisdição entre Estados-membros; apoiar a formação de agentes de justiça e magistrados; e facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias ou outros equivalentes dos Estados-membros, no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, bem como na execução das decisões. Tais competências vêm amparadas nos dois grandes princípios da cooperação que são o reconhecimento mútuo e a harmonização das legislações internas.

Ainda, o projeto de Constituição Europeia, que não logrou ser aprovado, previa, em seu art. III-172, pelo mecanismo das *Decisões Marco*, que se pudessem estabelecer normas mínimas para a

determinação dos tipos penais e das penas no âmbito da criminalidade especialmente grave.⁽³⁾

O reconhecimento mútuo, entre outros objetivos, visa diminuir a ingerência dos poderes administrativos no âmbito da cooperação, de maneira que se mantenha o procedimento estritamente judicializado, além de *tentar*, nem que seja apenas por retórica, preservar os princípios do *ne bis in idem* da reparação de danos e no respeito aos direitos do acusado.⁽⁴⁾

Já a harmonização tem por finalidade a garantia da aplicabilidade das normas comunitárias no direito interno, estabelecendo-se, dessa maneira, uma relação de equivalência entre as duas ordens, como forma de eliminar conflitos e possibilitar o reconhecimento de mesmos valores e parâmetros.⁽⁵⁾

Como assinala Bechara, a adoção desses princípios busca o objetivo político-criminal de “*assegurar que os criminosos não tenham refúgio seguro em outro Estado, bem como que as decisões ou resoluções adotadas num Estado membro surtam efeito em toda a União Européia*”.⁽⁶⁾

Como visto, a União Europeia angaria esforços para constituir um verdadeiro Direito e Processo Penal próprio, prevendo, dentro de seu território comunitário, princípios que norteiam o desenvolvimento de um de seus pilares fundamentais, a cooperação internacional em matéria penal.

Todavia, algumas críticas merecem ser feitas a esse sistema. A primeira delas se refere a insegurança quanto à vedação do *bis in idem*, apesar do reconhecimento mútuo, pois visa uma punição sumária, sem análise crítica por parte do requerido. **Bernd Schünemann** propõe que a fixação de competência deve ocorrer de forma que apenas um Estado seja o responsável pela investigação e pelo processo,⁽⁷⁾ utilizando-se da cooperação para obter provas e outras medidas dos outros Estados afetados, evitando, desse modo, a incerteza quanto à utilização de mecanismos processuais vários e incertos à defesa do acusado.⁽⁸⁾ A concentração do *ius perseguendi* em um único Estado impede, ou pelo menos deveria impedir, o chamado *double jeopardy*.⁽⁹⁾

Outros senões são cabíveis no que concerne ao Mandado de Detenção Europeu.⁽¹⁰⁾ Um dos mais veementes a tal mandado é o que tampouco se admite no instituto da extradição, ou seja, a possibilidade de entrega de nacionais como princípio e regra geral. Mostra-se, dessa maneira, a falta de interesse de Estados que, apesar de cederem parte de seu poder para a constituição de uma entidade supranacional, ainda reservam sua soberania, frise-se, de proteger seus próprios cidadãos, em virtude de um suposto espaço de segurança e liberdade.

Do mesmo modo, quicá a crítica mais contundente é a exclusão do requisito da dupla incriminação, como garantia do acusado, e o que se espera de uma relação de cooperação entre dois países democráticos. Tal exclusão é justificada, segundo seus defensores, para eximir uma das causas de recusa de execução, como ocorre no instituto da extradição, com base em uma lista de 32 delitos quando estes sejam punidos com penas privativas de liberdade com duração não inferior a 3 anos.⁽¹¹⁾

É sempre importante lembrar que “*o valor da eficiência não se deve pôr em contraste com a salvaguarda das garantias individuais, que correm risco para assegurar a efetividade do processo*”⁽¹²⁾ como leciona **Bechara**. Até agora, na União Europeia, tem-se dado muito

a União Europeia angaria esforços para constituir um verdadeiro Direito e Processo Penal próprio, prevendo, dentro de seu território comunitário, princípios que norteiam o desenvolvimento de um de seus pilares fundamentais, a cooperação internacional em matéria penal

mais atenção à efetividade dos procedimentos do que ao respeito aos direitos fundamentais do acusado.

No âmbito do Mercosul, ao menos no que tange à cooperação em matéria penal, um protocolo sobre assistência mútua em matéria penal foi ratificado pelo Brasil pelo Dec. 3.468, de 17.05.2000, compreendendo notificação de atos processuais; recepção e produção de provas; localização ou identificação de pessoas; medidas acautelatórias sobre bens, entre outras providências tendentes a persecução de crimes transnacionais.

Imagine-se, por exemplo, como se daria a cooperação no que tange ao incidente diplomático gerado em razão da vinda do Senador boliviano Roger Pinto Molina ao Brasil. Em estando em território nacional ele tem, a princípio, direitos fundamentais equiparados aos do cidadão brasileiro, é o que estabelece o *caput* do art. 5º de nossa Constituição, em garantir “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Os Estados latino-americanos têm uma realidade econômica, social e política muito diversa da dos da União Europeia, não sendo possível se estabelecer, *a priori*, se o devido processo legal, *verbi gratia*, está sendo respeitado por parte do Judiciário boliviano. Não podemos ser ingênuos em querer importar, acriticamente, práticas estrangeiras, vez que visam garantir uma suposta agilidade e eficiência ao processo penal, o que não se tem, *in casu*, na extradição.

O apelo que aqui se faz, finalmente, é aquele que certa feita já externou Juarez Tavares, para o qual “a adoção de uma jurisdição internacional só estará legitimada se puder se ajustar aos preceitos constitucionais locais, destinados à proteção da pessoa humana, tomada não apenas pelo seu caráter universal, mas pela sua integração a uma ordem jurídica, para cuja legitimidade tenha contribuído pelo exercício da soberania”.⁽¹³⁾ O Mercosul percorre um longo processo para se tornar uma união aduaneira, no mesmo modelo seguido pela União Europeia. Entretanto, aquele organismo deve ter em conta as diversas críticas e sugestões que vêm sendo feitas ao modelo instituído nesta última. Os diversos Estados que compõem o Mercosul, antes de se responsabilizarem em reprimir o crime entre suas fronteiras, devem prezar os diversos princípios que legitimam o Estado Democrático de Direito, bem como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, entre eles, o Pacto de San Jose da Costa Rica no âmbito latino-americano, herança sempre perene e defensável das Revoluções Liberais, que chegam até os dias de hoje como forma de limitação do poder punitivo e da ingerência indevida por parte do Estado na vida dos cidadãos.

Notas

- (1) Artigo A do Tratado de Maastrich.
- (2) Sobre o tema, consultar: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 27 e ss.
- (3) HIRSCH, Hans Joachim. *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft*. ZStW 116 Heft 4, p. 835-854, 2004. Há tradução para o espanhol de lavra do Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, titular da Universidade Castilla-La Mancha. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: jun. 2013.
- (4) *Idem, ibidem*.
- (5) BECHARA, Fábio R. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.
- (6) *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 174.
- (7) SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 90, 2011, p. 197. Vide ainda: GRECO, Luís. Introdução. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- (8) GRECO, *op. cit.*, p. 18.
- (9) Sobre o princípio, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2009.
- (10) Basicamente, seu conceito é extraído do art. 1.º da Decisão Quadro 584/JAI de 13.06.2002: “o mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade”. Sobre seus fundamentos e aplicabilidade, vide: FERREIRA, Joana Gomes (org.). *Manual de procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República – Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2006.
- (11) FERREIRA, Joana. *Op. cit.*, p. 5.
- (12) BECHARA, Fábio R. *Op. cit.*, p. 32.
- (13) TAVARES, Juarez. Criminalidade nacional, transnacional e internacional. In: BONATO, Gilson, *Processo penal, constituição e crítica*. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 429.

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Acadêmico de Direito da PUC-PR.
Pesquisador Bolsista do CNPq, biênio 2013/2014.
Monitor de Direito Penal.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS: Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

CONSELHO EDITORIAL:

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

Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Carolina Ziccardi Teixeira de Carvalho, Antonio Carlos Bellini Júnior, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Daniel Del Cid, Fabiano Yuji Takayanagi, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Sugumori Santos, Indaia

Lima Mota, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

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

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

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.

O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Tríplice fronteira: blindada ou bestializada? Proposta de análise de uma subcultura delinqüencial em Foz do Iguaçu

Marcos Araguari de Abreu

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar a existência de uma vertente cultural marginal na cidade de Foz do Iguaçu, sem olvidar as regiões limítrofes (compostas dos dois países vizinhos, Paraguai e Argentina, e das cidades contíguas à faixa de fronteira), com vistas a questionar a construção psicossocial do *indivíduo delinqüente*, para tanto considerando o ambiente econômico e cultural em que ele está inserido. A exploração proposta tem como pontos de partida a edificação histórica da sociedade local – que até os dias de hoje ainda tenta absorver os fortíssimos impactos da invasão populacional que se deu com a implementação do projeto Itaipu Binacional –, bem como a explosão do movimento fronteiriço de contrabando nos anos 1980 até o início da década de 1990, envolvendo principalmente relações comerciais informais com o Paraguai.

Não se pretende, de maneira nenhuma, esgotar o assunto ou propor um modelo teórico para superação dos problemas sociais decorrentes das nuances históricas da região compreendida pela tríplice fronteira Brasil-Paraguai-Argentina, mas se objetiva, isto sim, realizar uma breve análise das peculiaridades criminais regionais, do ponto de vista cultural, e da formação daquilo que, neste trabalho, optou-se mais tecnicamente por nominar como uma *subcultura delinqüencial*.

A exploração do tema atinente à citada configuração *subcultural* far-se-á com a aplicação de matrizes doutrinárias da *criminologia* – ciência essencialmente interdisciplinar –, e, também, com o auxílio de conceitos extraídos da obra *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*, do historiador **José Murilo de Carvalho**, na tentativa de se costurar um panorama mais favorável ao entendimento da lógica do pensamento e do *agir* social do criminoso da fronteira. Passemos, então, ao assunto que é objeto deste exame.

2. Fronteira bestializada

“O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava. Muitos acreditaram seriamente estar vendo uma parada.” – Aristides da Silveira Lobo.

José Murilo de Carvalho, renomado professor e historiador, na obra supra citada, analisa a participação (ou, mais propriamente, a ausência desta) dos extratos inferiores da sociedade fluminense no processo que culminou com o fim do regime monárquico e com a Proclamação da República no Brasil, trazendo à baila questões atinentes a uma aparente alienação popular diante daquilo que classificou como “a primeira

O acesso fácil e pouco fiscalizado aos países vizinhos, a condição financeira precária de boa parte da população e diversas circunstâncias atinentes às duas outras nações que compõem a tríplice fronteira acabam por transformar a cidade de Foz do Iguaçu num foco de atividades ilegais.

grande mudança de regime político após a independência” (1987, p. 11).

O referido autor, ao explorar esse mecanismo de alienação e distanciamento do povo em relação aos centros de decisão política do Estado brasileiro, utiliza-se de expressão de **Aristides da Silveira Lobo**⁽¹⁾ (referido por **José Murilo de Carvalho** como “o propagandista da República”) para rotular de “bestializada” aquela massa popular que vivera a Proclamação da República sem a correta compreensão do que se passava. E ao explorar esse pensamento, o historiador **José Murilo de Carvalho** faz mais do que apenas uma análise crítica da pífia participação popular na mudança do regime político brasileiro à época do fim do Império. Constrói e explora, isto sim, uma espécie de modelo teórico que pode ser aplicado noutras circunstâncias em que semelhante alienação se produza. A edificação desse modelo, ademais, parece estar escrita nas entrelinhas de sua obra, num pensamento que se abstrai do perfil sociocultural que ele, o autor, detecta no povo fluminense no período histórico que analisa. O autorretrato do carioca, essa espécie de “estigma da malandragem”, que de alguma forma permeia a própria noção psicológica de outros vários núcleos sociais, ainda que fora do Rio de Janeiro, acaba servindo de substrato para o estudo da dinâmica político-social do brasileiro. Trata-se do paradigma de um *pseudocidadão*, que se julga explorado por um sistema político pífido, mas que também se vale das brechas desse mesmo sistema para ser explorador. É, assim – parafraseando-se o citado historiador –, o *bilontra*, o *esperto*, o *ligeiro*, o *velhaco*, o *espertalhão*. Enfim, o *malandro*.

Nesse contexto, os atores sociais não deixam de reconhecer, em momento algum, a existência de um arcabouço legal impositivo. Todavia, este é em regra driblado, ironizado, contornado marginalmente, objeto de piada.

3. Retrato de uma subcultura delinqüencial

Parece ser esta a realidade político-cultural da tríplice fronteira Brasil-Paraguai-Argentina, em Foz do Iguaçu, no Paraná. Região reconhecidamente violenta, em que se concentram atividades criminosas relacionadas à situação geográfica fronteiriça – como o contrabando, o descaminho e o tráfico internacional de drogas, armas e munições –, Foz do Iguaçu se destaca no cenário nacional por estatísticas criminais muitas vezes desproporcionais à sua extensão territorial e à sua densidade populacional. O acesso fácil e pouco fiscalizado aos países vizinhos (principalmente ao Paraguai), a condição financeira precária de boa parte da população e diversas circunstâncias atinentes às duas outras nações que compõem a tríplice fronteira acabam por transformar a cidade de Foz do Iguaçu num foco de atividades ilegais.

Questões históricas relacionadas principalmente à implementação do projeto Itaipu Binacional, efetivado entre os anos de 1975 e 1982 em conjunto com o vizinho Paraguai, e a explosão do contrabando e do descaminho nos anos 1980 até início da década de 1990 também auxiliaram, aparentemente, a criar um ambiente propício para o crescimento repentino e descomunal da criminalidade violenta. O motor dessa violência, ademais, pode estar relacionado, ao menos em parte, ao arrebatamento pelo crime de parte dos egressos da construção da usina de Itaipu e de seus descendentes, que com o fim do projeto acabaram

relegados a um plano secundário dentro da configuração social da região, bem como de pessoas outras (mesmo que alienígenas sem nenhuma ligação com a fronteira) que se sentiram repentina e irresistivelmente atraídas pelo ganho financeiro fácil decorrente do comércio informal – e frequentemente ilegal –, cuja prática teve início a partir de então.

Do caldo formado por esse cenário quase caótico, edificado em reduzidíssimo período de tempo (desde meados dos anos 1970 até o início da década de 1990), surge um ambiente favorável ao nascimento de uma **ideologia laboral e psicossocial desviante**, que cultua a ilicitude como característica comportamental substancial dos seus agentes econômicos, naquilo que pode ser rotulado como uma *subcultura delinquencial* por excelência, e em que figuram atores sociais dotados de um comportamento desviado dos padrões de legalidade do Estado.

Cumprir esclarecer que o termo *subcultura* não é aqui empregado para designar um arcabouço cultural de alguma forma inferior a outro considerado dominante, mas, isto sim, procura representar um “recorte” psicossocial delimitado por nuances culturais que têm por substrato uma negação implícita da normatização jurídica do Estado. No entender de **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio García-Pablos de Molina** (2010, p. 265), “o conceito de ‘subcultura’ está longe de ser pacífico. Alguns autores o utilizam como sinônimo de ‘subsociedade’; outros para designar a mera ‘diferenciação de papéis’ ou, inclusive, para expressar a bem distinta acepção de ‘contracultura’”.

E esse “recorte” se revela como uma autêntica *subsociedade*, construída a partir da *ideologia desviante* fundamentada na prática de ilícitos criminais como atividade preponderante de um grupo de pessoas (contrabandistas e traficantes), e que veio a arrebancar uma série de outros indivíduos de diferentes classes sociais, os quais, direta ou indiretamente, voluntariamente ou não, acabaram vinculando-se à referida ideologia. Noutras palavras, desenha-se uma espécie de *contracultura* formada por indivíduos socialmente considerados *delinquentes*, os quais se postam ao lado de outros que, apesar de na prática não delinquirem, encontram-se imersos no mesmo amálgama ideológico. Intrinsecamente, essa *subsociedade* vem formatada a partir do *agir* desses indivíduos, conscientes ou não da contrariedade ou da negação que suas condutas representam para a normatização jurídica oficial.

Para a teoria do “etiquetamento” ou *labelling approach*, ainda no entender de **Luiz Flávio Gomes** e **Antonio García-Pablos de Molina** (2010, p. 308), “o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delinquente”. No entanto, parte dessa construção do *indivíduo delinquente* pode estar relacionada a uma supressão do “etiquetamento delitivo”, decorrente de uma espécie de *consenso social sobre a aceitação do ilícito*, que parece ter transformado os atores delinquentes em protótipos de um paradigma de conduta, essencialmente paradoxal, naquilo que pode ser classificado como um modelo do *pseudojusto injustificado*. Assim é que esses infratores acabam sendo vistos e entendidos como indivíduos (em sua maioria contrabandistas) que, de alguma forma, contribuem heroicamente para a manutenção econômica da região (o elemento do *justo social*) e acabam sofrendo (*injustamente*, na visão subcultural dominante) com o refreamento imposto pelos organismos oficiais de repressão e controle, basicamente a Justiça Criminal, as Polícias e a Receita Federal.

E se, “em consequência, a criminalidade é criada pelo controle social”, afirmando-se que as ditas “instâncias ou repartições” desse controle, consistentes na polícia e nos demais integrantes da estrutura estatal repressiva, “não detectam ou declaram o caráter delitivo de um comportamento, senão que o geram ou produzem ao etiquetá-lo” (GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2010, p. 308), a aceitação tácita dos comportamentos desviados acaba contaminando até mesmo os agentes oficiais de repressão. Geram-se, por parte dos mecanismos de controle, situações de seleção das condutas consideradas puníveis, diferenciando-se estas (as condutas reprováveis) daquelas não merecedoras de punição,

por se afigurarem aceitáveis mesmo por esses agentes oficiais, em bases teóricas do *labelling approach* numa abordagem de verdadeira *inversão valorativa*.

Destarte, essa *relativização das referências éticas ou morais* surge, aqui, como manifestação intrínseca dos mecanismos de controle oficiais, na medida em que se afigura tolerável “etiquetarem-se” certos indivíduos como criminosos de menor importância do ponto de vista da repressão estatal (como os conhecidos “laranjas” ou “mulas”), e por isso merecedores de um tratamento penal mais brando, fenômeno este cuja investigação é imprescindível para o correto entendimento da construção da *subcultura delinquencial* na tríplice fronteira.

Esses delinquentes – uma espécie de “criminosos de menor importância” –, somados aos próprios representantes do poder e do controle estatais, em certo aspecto exsurtem como uma massa informe dotada de uma lógica laboral particular. Encontram-se, assim, nitidamente alheios ao regramento emanado das fontes decisórias estatais e incapazes de notar que sua imersão no problema criminal fronteiriço os impede de reivindicar do Estado uma regulamentação jurídico-tributária que permita, simultaneamente, a melhor aplicação dos recursos públicos na prevenção à violência e a inclusão econômica e social daqueles que sobrevivem de maneira marginal. Um exemplo nítido dessa desarticulação é a questão atinente à chamada “Lei dos Sacoleiros”, a Lei 11.898, de 08.01.2009, que estabeleceu um regramento tributário diferenciado e mais simplificado para a importação de mercadorias oriundas do Paraguai, o chamado Regime de Tributação Unificada (RTU). O que se afigura no mínimo curioso é o fato de a Receita Federal somente vir a regulamentá-la três anos depois de sua publicação, por meio da Instrução Normativa 1.245, de 30.01.2012, aparentemente por mero desinteresse dos beneficiários diretos dessa normatização legal na sua efetiva utilização prática.

Dentro desse cenário, por conseguinte, perquire-se: por quais razões esses atores sociais, integrados por representantes das forças públicas e da própria marginalidade, acabam por vivenciar alienados ou “bestializados” – aproveitando-se aqui, uma vez mais, da terminologia empregada por **José Murilo de Carvalho** – a implementação de grandes operações policiais de controle fronteiriço, muitas vezes incapazes de entender suas reais implicações econômicas para a cidade? Noutras palavras, por que os integrantes de uma população que sobrevive direta ou indiretamente da exploração de atividades ilegais ligadas ao contrabando, e até mesmo alguns policiais e outros agentes públicos, acabam por não reconhecer em que medida a situação econômica regional fica à mercê de decisões dos centros políticos estaduais e federais, no atendimento de conveniências momentâneas ligadas ao controle formal da tríplice fronteira? Ainda nesse mesmo contexto, observa-se que as severas críticas populares e até de renomados meios de comunicações social às operações militares ou da Receita Federal e das Forças de Segurança estaduais e federais para fiscalização acirrada das vias de acesso à região de Foz do Iguçu, e de bloqueio fronteiriço, como as operações *Fronteira Blindada*, *Ágata* e outras (em suas inúmeras edições), representam bem essa perfunctória compreensão do problema.

Todos esses atores sociais afiguram-se, em certa medida, vitimizados por uma aparente alienação política de fundo *subcultural*,

nasce uma ideologia laboral e psicossocial desviante, que cultua a ilicitude como característica comportamental substancial dos seus agentes econômicos, naquilo que pode ser rotulado como uma subcultura delinquencial por excelência

uma verdadeira “bestialização”, muito embora com alguma frequência se aproveitem maliciosa e conscientemente dos “vacilos” e das lacunas estatais para desempenharem em seu cotidiano atividades legalmente desviantes (curiosamente, dentro dessa mesma lógica de *subcultura marginal*). São, em parte, alienados, por encontrarem-se alijados de uma participação sociopolítica ativa. Mas são também “malandros”, hábeis contrabandistas, traficantes disfarçados de “empresários” e agentes estatais corruptos ou de duvidosa honradez. Simultaneamente “bestializados” e “bilontras”, nos dizeres do historiador **José Murilo de Carvalho**, numa lógica paradoxal e contraditória.

Essa estúpida dubiedade, para tranquilidade de poucos e desespero de muitos, impede visceralmente a superação do modelo econômico instalado. São as “leis de sacoleiros” que “não pegam”, são os “marginais” travestidos de “heróis”, numa lógica de imediatismo e alienação. Melhor para aqueles poucos, os abençoados, que de longe observam, pacificamente, como tudo permanece como sempre esteve.

Com a Palavra, o Estudante

Punibilidade e ato infracional

Lara Maria Tortola Flores Vieira

“O mundo dos adultos é menos hipócrita que o mundo da infância. É lógico que se deveria acrescentar um pequeno detalhe: também neste ponto, o mundo da infanto-adolescência foi criado pelos adultos.”

(Emilio Garcia Mendez)

O julgamento do HC 251.681/PR no STJ, cujo acórdão foi recentemente publicado no dia 24 de outubro, veio a demonstrar a aplicabilidade das regras que norteiam a categoria acidental⁽¹⁾ da punibilidade no contexto normativo-penal juvenil.

Tratou-se de uma situação em que um adolescente teria cometido o ato infracional análogo ao delito de apropriação indébita. Entretanto, a proprietária do respectivo bem era sua genitora, portanto, impunível, em vista da escusa absolutória prevista no art. 181, II, do Código Penal.

Ao ser julgado, primeiramente, pelo Tribunal de Justiça do Paraná, o respectivo Tribunal optou por uma interpretação reducionista e em desacordo com a lógica do sistema penal juvenil e suas peculiaridades, ao sentenciar que “os adolescentes em conflito com a Lei são inimputáveis, portanto, sempre estarão isentos de pena” e prossegue, ainda: “A medida socioeducativa não pode ser vista como uma mera punição ao adolescente, e sim como uma **oportunidade** para ele restaurar valores e alinhar suas condutas à expectativa do direito e da justiça” (grifou-se) (HC 915.344-8/TJPR). Oportuno é destacar que a presente decisão apenas ilustra o ato de maquiagem do conteúdo do Direito Penal Juvenil em alguns tribunais pátrios. Nesse sentido, **Maria Auxiliadora Minahim** destacou, ainda na década de 1990, a influência dos sentimentos, a exemplo da piedade,⁽²⁾ quando da decisão que impõe alguma medida socioeducativa, característica dos Códigos Menoristas, época em que o juiz deveria atuar como “bom pai de família”. Por esse modo de raciocínio, o adolescente poderia estudar, aprender um ofício e, inclusive, tornar-se uma pessoa melhor mediante a sanção, ou seja, seria um benefício, um ato de bondade do julgador, de maneira a olvidar o conteúdo punitivo que é inerente a certas restrições de direitos, como a liberdade. Não por menos que se discute se a expressão pena juvenil seria mais adequada dependendo da natureza da medida e seus fins,⁽³⁾ a exemplo do que ocorre no sistema alemão.⁽⁴⁾

A punibilidade, sendo a concretização do *jus puniendi*, por questões

Referências bibliográficas

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 7. ed. reform., atual. e amp. São Paulo: RT, 2010.

Nota

(1) Jurista, político, jornalista republicano e abolicionista brasileiro ao tempo do Império.

Marcos Araguari de Abreu

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

Especialista em Gestão de Segurança Pública pela Escola Superior da Polícia Civil do Estado do Paraná – ESPC.

Delegado da Polícia Civil do Estado do Paraná.

lógicas, não compõe o conceito analítico de crime, constituindo-se em “condicionante ou pressuposto da consequência jurídica do delito”,⁽⁵⁾ podendo estar subordinada à ocorrência de um fato fora do âmbito do delito (condição objetiva), não se configurar em razão de uma condição pessoal do agente (escusa absolutória) ou deixar de existir em razão do comportamento pós-delitivo positivo do agente, nas hipóteses previstas de causas de supressão total da pena.

No caso em epígrafe, decidiu acertadamente o STJ ao não identificar razoabilidade no prosseguimento do feito, entendendo que o art. 181, II, do Código Penal “evidencia o dever dos ascendentes de lidar com seus descendentes, quando estes ocasionarem lesão ao patrimônio daqueles, sem qualquer intervenção por parte do Estado”, fator que ganha diferencial ao se destacar a competência dos pais em relação aos filhos menores de dirigir-lhes a criação e educação.

E de outra maneira não pode ser entendida a questão, já que a punibilidade concentra considerações de Política Criminal, e também de conveniência e oportunidade. Segundo ensinamento de **Cerezo Mir**, em alusão à disciplina do sistema espanhol equiparável à escusa absolutória aqui tratada, o legislador antepôs a proteção à família em detrimento da aplicação da lei penal, já que a responsabilização penal de um ente familiar poderia produzir uma grave deterioração das relações estabelecidas.⁽⁶⁾

Dessa forma, nada mais razoável que tal categoria surta efeitos na seara penal juvenil, mesmo porque o adolescente não pode ter tratamento mais gravoso do que o dispensado a um adulto nas mesmas condições, conforme matéria principiológica positivada pelo Sinase (art. 35, I, da Lei 12.594/2012).

O discurso que fundamenta a não aplicabilidade de institutos penais que beneficiam o adolescente submetido a processo de apuração de ato infracional, assim, vai de encontro não só à proposta de Direito Penal Mínimo presente no ECA, mas também evidencia a hipocrisia das teses que refutam a existência do Direito Penal Juvenil, já que, admiti-lo, não seria compatível com a (ilusória) proposta puramente pedagógica da medida socioeducativa. A história está a nos comprovar os malefícios e as tragédias que um direito sem garantias e sem sistematização científica nos trouxe: um Direito realmente menor, principiológica e teoricamente falando.

Notas

- (1) CARVALHO, Érika Mendes de. *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*. Lima: Ara Editores, 2008. p. 75.
- (2) A autora, em profícuo estudo sobre o tema, afirma que a criança ora gera repulsa, ora compaixão no adulto, de maneira que sentença, movido por tais sentimentos, o juiz, com o subterfúgio de fundamentos teóricos facilmente manipuláveis. Nesse sentido, a autora adverte sobre a necessidade da “*compreensão do ser em sua totalidade, libertando o indivíduo de posições maniqueístas*”. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção: a inimizabilidade do menor*. São Paulo: RT, 1992. p. 26.
- (3) BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Em sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. In: JORGE BARREIRO, Agustín; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Eds.). *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona: Atelier, 2007. p. 98-102 e 115.
- (4) A lei alemã prevê três tipos de consequências jurídicas para o jovem que

comete ato infracional: medidas educativas, medidas corretivas e penas juvenis. A aplicação de cada uma é guiada, geralmente, pela gravidade do ato infracional, além dos fins que se busca atingir. Para uma exposição mais detalhada, cf. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho penal juvenil europeo*. Madri: Dynkinson, 2005. p. 122-129.

- (5) PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 655.
- (6) MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Lima: Ara Editores, 2006. p. 1160-1161.

Lara Maria Tortola Flores Vieira
 Graduanda em Direito pela
 Universidade Estadual de Maringá (UEM).
 Integrante do Núcleo de Estudos Penais (NEP)
 e Bolsista do Projeto Patronato.

Descasos

Do humanismo seletivo

Alexandra Lebelson Szafir

“Uma nação não pode ser julgada pela maneira como trata seus cidadãos mais ilustres, e sim pelo tratamento dado aos mais marginalizados: seus PRESOS” (Nelson Mandela, 1918-2013).

Tudo começou com os *beagles* do Instituto Royal. Depois, foi a prisão de alguns dos réus da AP 470, popularmente conhecida como o “julgamento do ‘mensalão’”. Finalmente, foi a notícia que, ostentando o autoexplicativo título “Inferno na Terra”, descrevia uma cadeia feminina no Amazonas.

E foi assim que aprendi o conceito de “humanismo seletivo”, que sempre vem acompanhado de hipocrisia – cujo conceito, infelizmente, eu já conhecia. Ah, o Facebook me ensina tanto!

Mas para que o leitor compreenda o que é o senso de humanidade seletivo, é preciso começar do início. E, como afirmei no primeiro parágrafo, iniciei meu aprendizado com os *beagles*.

Explico: no auge da comoção (partilhada também por mim) diante dos maus-tratos aos cães que eram usados como cobaia, o brilhante advogado **Marcelo Feller** postou uma observação que me pareceu extremamente pertinente.

Em síntese, ele dizia que, conquanto entendesse e se solidarizasse com a revolta geral, era significativo que os mesmos sentimentos populares não se manifestassem com tamanho entusiasmo diante da precária e desumana situação dos estabelecimentos carcerários no País, os quais, como se sabe, não abrigam cachorros, mas seres humanos.

Acho que dificilmente se encontrarão pessoas que gostem de animais mais do que eu. Ainda assim, concordo com o Dr. Marcelo e compartilhei o seu post no meu mural. Fui obrigada a ler que os animais, diferentemente dos encarcerados, eram inocentes.

Enchi-me de paciência e expliquei à autora do comentário – leiga no assunto – que a pena era “tão somente” a perda da liberdade, não a tortura que é viver sem nenhuma dignidade em prisões superlotadas. Ainda concordando que, em geral, as prisões brasileiras são, mesmo, uma tortura, a minha “*interlocutora virtual*” insistiu que os presos “*fizeram por merecer*”. Foi só então que a minha paciência se esgotou.

Depois, veio o regozijo geral com a prisão de “réus do mensalão”. Ainda que sejam de fato culpados (fato sobre o qual, mesmo assistindo a todo o julgamento pela TV, me restaram dúvidas) e que essas prisões sejam realmente um marco do fim da impunidade no Brasil, como se alardeia, elas nada mais são do que o epílogo triste de uma história também triste, um fato a se lamentar. Essa alegria geral com a desgraça

alheia traz-me à mente – não posso evitar – as multidões que se formavam para assistir a “bruxas” queimando na fogueira no tempo da Inquisição ou ao banho de sangue de nobres guilhotinados na Revolução Francesa.

Todas essas pessoas citadas até aqui, quando inquiridas a respeito, insistiram que têm o senso de humanidade intacto. *E é exatamente isso que me intrigava até pouco tempo atrás*. Ok, eu entendia por que ninguém gostaria de admitir, nem para si mesmo, que perdeu o humanismo e a capacidade de compaixão, mas eu não conseguia compreender como poderiam ser tão cegos.

Mas então, finalmente compreendi, quando postei o texto sobre a tal prisão feminina no Amazonas. O artigo descreve esgoto aberto, baratas e ratos agressivos, celas inundadas pela água da chuva, grades que dão choques elétricos, goteiras e mofo generalizados. Diante da inegável piedade que essa descrição provoca, fui obrigada a ler comentários com o seguinte teor: “*É melhor prevenir do que remediar; portanto devemos cuidar para que esta não fique ainda mais cheia do que dedicar UM MINIMO de atenção a quem já está lá*”; “*Não estou dizendo que estas pessoas merecem sofrer, mas nossa atenção deve estar voltada para quem merece*” etc. O autor destas “pérolas” de humanismo, ainda assim gabava-se de ter mantido a humanidade, pois achava “deprimente” ver pessoas sofrendo assim.

Em vão, tentei explicar que dar atenção a crianças em idade escolar e ter compaixão pelos encarcerados não eram ações e sentimentos mutuamente excludentes. Ele insistia em “priorizar” crianças e abandonar os encarcerados à própria sorte. Só então entendi.

Para não admitir a sua própria falta de compaixão, pessoas assim – e não são poucas – praticam o “humanismo seletivo” que dá título a este artigo. Insistem na sua pretensa humanidade; dizem que apenas a direcionam a quem merece – nos casos citados, a *beagles* e crianças carentes – como se fosse possível e, mais que isso, desejável priorizar a compaixão!

Na contramão dessa tendência, a Deputada Federal **Mara Gabrilli**, cujo senso de humanidade é verdadeiro e, portanto, ilimitado, tenta se informar sobre detentos confinados a cadeiras de rodas, para garantir que tenham tratamento adequado na prisão. Quem souber de casos assim, por favor, contate-me.

Alexandra Lebelson Szafir
 Advogada.
 (aleszafir@uol.com.br)



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Quer ficar informado o ano inteiro sobre
os **cursos, eventos e novas aquisições**
da **Biblioteca?**

Siga o **IBCCRIM** nas redes sociais.



www.ibccrim.org.br