

Editorial

Cegueira deliberada estatal

Corria o ano de 2008. Antes de o Conselho Nacional de Justiça, então sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, debruçar-se sobre o drama do cárcere no Brasil, o Conselho Nacional de Política Criminal fez uma série de relatórios sobre os principais presídios brasileiros. A situação era alarmante. No Espírito Santo, a Casa de Custódia de Viana e os presídios em contêineres motivaram um pedido de intervenção federal naquele Estado. Na visita à Penitenciária Lemos de Brito, logo após ser encontrado um detento com fratura exposta em pleno pátio, sem qualquer esboço de atendimento, o Governo da Bahia dispôs-se a fazer um Termo de Ajustamento de Conduta para sanar as irregularidades ali encontradas. No Recife, a Penitenciária Aníbal Bruno era totalmente controlada pelos chavesiros, nomes que alguns presos recebiam por terem as chaves das celas. No encontro com o Governador Eduardo Campos, acordou-se a divisão do presídio, para facilitar sua administração. Em Porto Alegre, o Presídio Central, que fora construído para ser uma referência, estava em petição de miséria, totalmente desfigurado pela superpopulação carcerária e pela inexistência de grades em muitos raios. A Penitenciária de Urso Branco, em Porto Velho, palco do segundo maior massacre de presos depois do Carandiru, vinha sob uma gestão compartilhada (União e Estado de Rondônia) desde a recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Muitos outros presídios preocupavam, quase sempre pela má — ou inexistente — administração, dentre os quais o de Pedrinhas.

Passados cinco anos, a situação em quase todos eles não é muito diferente. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão ligado à OEA — Organização dos Estados Americanos — acaba de notificar (3/1/2014) o governo brasileiro para adotar medidas cautelares que garantam a integridade dos detentos do Presídio Central de Porto Alegre. A Comissão pede, entre outros pontos, a redução do número de presos no local, a garantia de higiene e tratamento médico aos apenados, além da recuperação do controle da segurança em todas as áreas do presídio, ainda entregue a facções criminosas.

A Corte da OEA também impôs uma série de medidas cautelares (em 2011) no que tange ao Presídio Aníbal Bruno que, no entanto, continua enredado em denúncias de homicídios, tortura, superlotação e insalubridade.

O Espírito Santo, por seu turno, depois das agudas denúncias que teve que responder na OEA e na própria ONU, parece ter resolvido investir um pouco na dignidade dos presos. Não obstante a pressão de entidades de direitos humanos, a desativação dos contêineres e da Casa de Custódia de Viana produziu um alívio na situação.

Recentemente, a situação das masmorras maranhenses foi divulgada em todas as mídias do Brasil. O Estado que é líder no ranking da pobreza (39,5% da população é pobre e a pobreza extrema é de 22,4%), que tem o segundo pior IDH do Brasil (0,639), com uma taxa de analfabetismo de quase

um quarto da população (22,5%), com a segunda pior taxa de mortalidade infantil (28,3 óbitos por 100 mil) e a terceira pior taxa de domicílios que recebem abastecimento de água e tem acesso adequado a esgoto (23,9%), dá ao país uma demonstração de que o tratamento dado aos encarcerados é pautado pela mesma sensibilidade com que trata a população livre.

Os problemas no Centro de Detenção Provisória de Pedrinhas são os mesmos de outros cárceres brasileiros, para os quais os olhos do Estado permanecem sempre fechados. Há superlotação, grande parte dos presos é provisório (55% em Pedrinhas) o que indica péssimo funcionamento do Judiciário e/ou Defensoria Pública ineficiente. Em uma ideia genial da Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária, os agentes penitenciários foram terceirizados. Gente com uma semana de treinamento foi colocada para enfrentar uma realidade complexa que nem sempre é controlada por gente experiente. Resumo da ópera (bufa): 62 presos foram assassinados desde 2013, já que duas facções criminosas disputam o controle interno do presídio.

Some-se tudo isso à inoperância do Estado em tentar resolver o problema. Verba disponível pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, foi disponibilizada ao Maranhão, mas não aproveitada por falta de projeto para a construção de novos presídios. A entrada da PM para tentar resolver o problema foi seguida de uma enxurrada de acusações de maus-tratos e violências. Enfim, depois de um circo de horrores dentro da cadeia, a violência transborda e atinge a própria população, com incêndios em ônibus, morto e feridos. Após tudo isso, começam a surgir pedidos de intervenção federal e um deles é estudado pelo Procurador Geral da República.

A superpopulação carcerária existente no Brasil é um fenômeno que só se alterará se houver uma mudança de mentalidade. Até mesmo nos Estados Unidos, com uma população de dois milhões e duzentos mil presos, já se está revendo a política prisional. O Procurador-geral dos EUA, Eric Holder Jr., pediu aos colegas promotores menor rigor ao processar pequenos traficantes. A astronômica conta de 50 bilhões de dólares/ano não pode ser custeada pelos contribuintes. Nossas autoridades, juízes, promotores e administradores do sistema, deveriam estar atentas a esse movimento. O pequeno tráfico produz um encarceramento em massa (138 mil presos de um total de 550 mil) que poderia ser revisto para que não venha a ter o efeito bumerangue que tem se observado. Outros delitos pequenos poderiam ser punidos com penas alternativas. No Brasil, quando se fala da criminalidade de massas encarcera-se mal e muito, o que facilita aos presos organizarem-se em facções nos precários presídios brasileiros e tirarem o sono dos governos e populações.

Ou pensamos em alternativas ao puro e simples encarceramento vingativo, ou em pouco tempo não restará pedra sobre pedra...

| Editorial

Um exemplo gritante de retrocesso
Alberto Silva Franco _____ 2

O decreto de indulto de 2013
Alamiro Velludo Salvador Netto _____ 3

De Ituri à Haia. O longo caminho da justiça penal internacional
Marcos Zilli _____ 5

A agenda internacional de cibersegurança: Uma paralaxe da “doutrina do choque”
Leonardo Rezende Cecilio _____ 7

Programas de compliance na lei 12.846/2013
Juliana Nunes Targino Barbosa _____ 9

A presunção de culpabilidade e os crimes patrimoniais
Oscar Mellim Filho _____ 10

Prova testemunhal: o cross examination tupiniquim
Willy Lopes Sucasas _____ 11

Art. 212 do CPP: mera formalidade?
Renato Silvestre Marinho e Anderson Bezerra Lopes _____ 13

A Lei 12.850 e a nova redação do art. 288 do Código Penal
Rafael Barros Bernardes da Silveira _____ 16

O direito de protestar e sua relação com o direito penal
Giancarlo Silkunas Vay _____ 17

| Descasos

Um homem de (muita) sorte
Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça _ 1725
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1727

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1729
Superior Tribunal de Justiça ____ 1729
Tribunal Superior Eleitoral ____ 1729
Tribunal Regional Federal ____ 1730
Tribunal de Justiça _____ 1730

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal Militar ____ 1731

Um exemplo gritante de retrocesso⁽¹⁾

Alberto Silva Franco

A única vantagem que os velhos têm sobre os jovens é a possibilidade de abrir suas caixas de memória. O tempo desiguala o jovem em relação ao velho. E sob esse prisma, concede ao velho um privilégio – que espero que todos os jovens alcancem –, o de acompanhar *pari passu*, durante larga dimensão temporal, os acontecimentos que se tornam históricos, os movimentos sociais, os fluxos e contrafluxos da política. Se, por acaso, o velho for um juiz de direito aposentado na casa dos 82 anos de vida e que tenha tido especial preferência, na sua atividade judicante, pela área penal, sua memória, por certo, consignará os caminhos e descaminhos da dogmática e o vaivém da política criminal e da própria jurisprudência.

Hoje, na presença de V., abrirei uma dessas caixas de memória. Ano: 1986. Fato: um capítulo, publicado num livro que a própria editora transformou em aparas... objeto de exame: a jurisdicionalização da execução penal. Por que tal tema provocava atenção nos idos de 1986? Porque sobre a matéria havia, então, duas correntes doutrinárias e a majoritária entendia existir uma relação especial de poder entre a administração penitenciária e o preso. No momento em que o preso condenado ingressava no sistema prisional, submetia-se ele automaticamente às normas que a administração poderia livremente emitir e que estavam voltadas a reger situações “internas”. A relação especial de poder significava “uma concepção de discricionariedade, como domínio da não legalidade. Como um mundo em que a administração só presta homenagem aos imperativos da conveniência e da oportunidade”.⁽²⁾

Naquela época, em pleno regime ditatorial militar, havia, contudo, outra corrente doutrinária que considerava existir na relação condenado / sistema prisional um hiato de legalidade, uma relação duramente hierarquizada na qual não se reconhecia ao preso nenhum direito subjetivo exigível em face da administração, mas apenas favores ou concessões de caráter puramente domésticos. Ainda sob vigência da Constituição de 1967, a segunda corrente doutrinária afirmava que o “espaço vazio de direito” não poderia permanecer em aberto e deveria ser obrigatoriamente preenchido pela estrutura constitucional que acolhia um Estado de Direitos Fundamentais. Se tal Estado dava abrigo ao princípio da legalidade, não seria mais cogitável uma execução penal equacionada em termos de pura conveniência administrativa. O princípio da legalidade – dizia-se então – não se resumia apenas à garantia criminal ou à garantia penal, incluía também a garantia executiva já que a pena, como afirmava o velho mestre **Bettiol**, “vive na execução”. Daí afirmar-se, naquela época, que o princípio da legalidade, como garantia executiva, implicava o reconhecimento de que o preso não poderia ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto e de que, não obstante a perda de sua liberdade, era ainda sujeito de direitos mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergiam direitos e deveres. Destarte, a jurisdição deveria fazer-se presente não apenas nos incidentes próprios da fase executória

da pena, como também nos conflitos que pudessem eventualmente resultar da relação tensional preso-administração.

Se o princípio da legalidade atinge a fase de execução da pena, não se poderá fugir à conclusão de que, ao lado das garantias criminal, penal e de execução da pena, estará sempre presente a garantia processual visto que o reconhecimento do crime, a determinação da pena e sua execução devem obedecer ao devido processo legal, respeitados os princípios atinentes à jurisdição, à ampla defesa, ao contraditório e à igualdade de armas. E se no âmbito da garantia processual se incluir a jurisdição, é evidente que a atenção se volta a quem diz o direito, ou seja, ao juiz. É mister que se perquirir quem é esse juiz e quais as garantias que ele deve apresentar no processo. Trata-se aqui de construir o conceito de juiz natural que não pode ser encarado como mera qualificação do juiz, mas como pressuposto de sua própria existência. Como assevera **Celso de Mello**, em voto proferido no STF, “*mais do que um direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível*” (STF – 1.ª T. – HC 69.601, Rel. Celso de Mello, j. 24.11.1992, RTJ 143/962).

E por que faço essa digressão? E por que insisto na relevância do princípio do juiz natural tornando-o corolário do próprio princípio da legalidade? E por que aproximo o momento atual do ano de 1986? A causa de tais indagações pode ser atribuída à Lei Complementar Estadual 1208/2013 que concedeu a um colégio de sete desembargadores o poder de designar juízes para o recém-criado departamento de execuções penais. Em razão dessa lei complementar os juízes que, até então, estavam à testa de processos de execução penal, deverão transferir tais processos a um departamento composto de juízes meramente designados. Tal lei complementar, sem nenhuma margem de dúvida, agride flagrantemente o princípio do juiz natural uma vez que se retira do juiz previamente competente o processo que lhe é afeto para transferi-lo a um juiz indicado por ato administrativo de um colégio de desembargadores. E a lei complementar não se restringe apenas a tão gritante arbitrariedade. Vai além. Alcança também as garantias constantes do inc. I do art. 95 da Constituição Federal, em cuja retaguarda se desenha a figura do juiz independente. **Figueiredo Dias** destaca, em artigo publicado há dois anos, que “o juiz independente constitui a expressão mais pura de um relacionamento democrático entre o cidadão e a justiça, com tudo quanto aquele relacionamento implica de transparência, de consistência e, sobretudo, de segurança”.⁽³⁾ E acrescenta que a ideia da liberdade do ato de julgar consiste em: “liberdade de injunção, perante instruções de qualquer tipo e provenientes de qualquer entidade; liberdade de decisão perante toda espécie de pressões diretas ou indiretas, suscetíveis de influenciar a declaração do direito do caso; liberdade de ação perante condicionamentos de qualquer tipo da atuação judicial no processo; finalmente, liberdade de responsabilidade significando que ao juiz, e só a ele, cabe encontrar, para cada caso, a solução juridicamente imposta”.⁽⁴⁾ Como conciliar tais níveis de liberdade judicante com a concreta possibilidade de um juiz ser sumariamente afastado do processo pelo colégio de desembargadores? E não se presenciou, dias atrás, o emprego de mecanismo de pressão exercido pelo próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal para retirar um processo da área de decisão de um magistrado da execução penal? E, há pouco tempo, um juiz não foi afastado de suas funções no Fórum Criminal Central de São Paulo, porque suas decisões não foram do agrado de quem fez a designação?

E por que afirmo que a situação presente não se distancia do que ocorria há quase vinte e oito anos? Porque, agora, não é o Poder

Tal lei complementar agride flagrantemente o princípio do juiz natural, uma vez que se retira do juiz previamente competente o processo que lhe é afeto para transferi-lo a um juiz indicado por ato administrativo de um colégio de desembargadores

Executivo que objetiva interferir na relação condenado/sistema prisional. É o próprio Poder Judiciário que intenta efetuar outra relação especial de poder em relação ao condenado, mediante atos políticos, de caráter puramente administrativo. O resultado numa e noutra situação será igual: o condenado não será mais julgado por seu juiz natural, e sim por um juiz moldado à imagem do órgão judicante que o indicou e que, portanto, poderá ser objeto de todo tipo de constrangimento ou de pressão. E as consequências serão sempre sofridas pelo condenado.

E mais uma vez o Estado de Direito corre o risco de ser só formalmente um Estado de Direito, transformando-se perigosamente num Estado autoritário tal como aquele que existia nos tempos de 1986. E há outros fatos que provocam tal sensação. A tortura policial não continua a campear a rédeas soltas? E não tem crescido, de maneira espantosa, o número de pessoas assassinadas pelo aparelhamento policial? E as manifestações populares não são reprimidas com violência? E o desrespeito às minorias não se torna cada vez mais gritante? Não se mira a uma distância curta a presença de um Estado policial? É, portanto, extremamente desolador verificar que o Poder Judiciário tome a iniciativa de propor lei complementar na qual desrespeita o princípio do juiz natural, fustiga a

independência do próprio juiz e cria um tratamento discriminatório, em relação ao condenado, tratamento esse totalmente incompatível com o catálogo de princípios próprios do Estado Democrático de Direito.

Notas

- (1) Breve discurso proferido no evento “Ato pela independência judicial”, realizado na Faculdade de Direito da USP, no dia 26.11.2013.
- (2) RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. v. 11, p. 52.
- (3) DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações de um tema recorrente: a independência judicial. *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 398.
- (4) *Idem, ibidem*.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do TJSP.

Ex-presidente do IBCCRIM (gestão 2007-2008).

O decreto de indulto de 2013

Alamiro Velludo Salvador Netto

Na edição extra do *Diário Oficial da União*, de 24.12.2013 foi publicado o Dec. 8.172, o qual diz respeito ao tradicionalmente denominado Indulto Natalino. Tive a oportunidade, em razão de nomeação feita pela presidência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) de presidir a Comissão Especial responsável pela elaboração da minuta, juntamente com **Luís Geraldo Sant’ana Lanfredi** (Relator), **Fabiana Costa de Oliveira Barreto** e **Marden Marques Soares Filho**. Para a confecção do texto, aprovado por todo o colegiado do CNPCP e posteriormente avaliado pelo Gabinete do Ministro da Justiça e, por fim, pela Presidência da República, um longo trajeto foi percorrido.

Foi inicialmente disponibilizado um canal de comunicação, via e-mail, entre o CNPCP e a sociedade brasileira, de tal sorte que mais de 200 propostas pudessem ser encaminhadas pelos mais amplos e diversos setores interessados no tema. Foram ainda realizadas duas audiências públicas, a primeira na cidade de Brasília-DF e a segunda em São Paulo-SP. Nesta última, aliás, além de o microfone permanecer aberto a todas as instituições que desejassem participar, houve a especial contribuição de representantes paulistas do Tribunal de Justiça, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A sessão, inclusive, pôde ser acompanhada ao vivo, online, por meio do portal na Internet da Escola Superior da Advocacia de São Paulo (ESA/OAB-SP).

Diante de pertinentes contribuições, o CNPCP assumiu o compromisso de refletir sobre o decreto sob a premissa de compreender o indulto como uma importante ferramenta de política pública. Conforme constou da Exposição de Motivos encaminhada ao Ministro da Justiça, e, nas palavras proferidas por Sérgio Salomão Shecaira, buscou-se um mecanismo jurídico capaz de articular a consolidação de um processo de reinserção social, sempre com o sentido de mitigar o problema da reincidência criminal.

Nesse aspecto, foi diagnosticado um nítido e gradativo avanço dos decretos de Indulto Natalino que se sucederam ao longo dos últimos

anos. Por isso mesmo, entendeu-se que competiria à sua versão de 2013 simplesmente lapidar alguns delineamentos sem, contudo, desnaturar a estrutura do anterior. Simplesmente almejou-se outorgar melhor clareza a específicos dispositivos, bem como acrescer inovações derivadas do longo e frutuoso debate com a sociedade. Com a edição do Decreto, viu-se que algumas proposições elaboradas pelo CNPCP não foram acolhidas pela Presidência da República, embora, inegavelmente, o balanço geral seja positivo. A propósito, quatro inovações merecem aqui destaque.

A primeira delas, prevista no art. 1.º, § 1.º, do Decreto diz respeito exatamente à tentativa de diminuição da reincidência criminal, na exata medida em que conecta a extinção da punibilidade com o Sistema Único de Assistência Social. Com isso, além de o Estado simplesmente indultar o condenado, colocando-o em liberdade, necessária a utilização de toda uma rede de apoio destinada a assegurar a orientação e o atendimento integral ao egresso e seus familiares, contribuindo assim, de fato, para o processo de reintegração social.

Uma segunda inovação do Decreto diz respeito à preocupação com o procedimento de indulto nas varas de execução penal. Não por outro motivo, previu-se que a declaração de indulto e de comutação de penas deverá ter preferência sobre a decisão de qualquer outro incidente no curso da execução. Mais ainda, fixou-se expressamente a possibilidade de criação de mutirões a serem organizados pelos Tribunais de Justiça dos Estados. Cuida-se de medida de caráter prioritário, evitando-se obscenos atrasos na prestação jurisdicional ao cidadão que já possui o direito subjetivo à clemência soberana (art. 11, §§ 4.º e 5.º). Manteve-se também aqui o prazo de cinco dias para manifestações sucessivas do Ministério Público e da defesa, depois das quais deverá o juiz decidir acerca do pedido.

Outro ponto interessante, estatuído no art. 1.º, IX, diz respeito à hipótese de concessão de indulto para aqueles condenados a pena privativa de liberdade superior a 12 anos, desde que já tenham cumprido dois quintos da pena, se não reincidentes, ou três quintos, se reincidentes, estejam em regime semiaberto ou aberto e tenham concluído, durante a execução da pena, o curso de ensino fundamental e o de ensino médio, ou o ensino profissionalizante ou superior, devidamente certificado por autoridade educacional local, na forma do art. 126 da Lei de Execução

Penal. Desse modo, privilegia-se a formação intelectual e profissional no ambiente prisional, valorizando o estudo e incentivando o aprimoramento pessoal dos condenados.

Por fim, vale menção à previsão do art. 1.º, XVIII. Diante dos abusos diários de autoridades que se têm notícia em diversas unidades prisionais brasileiras, passou a compor o Decreto a possibilidade de cidadãos vítimas de crime de tortura serem indultados. Ou seja, conceder-se-á o indulto àqueles condenados à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2013, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei 9.455/1997, com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido de função pública no curso do cumprimento de sua privação de liberdade. Assume então o Estado brasileiro um compromisso com a dignidade e integridade física e psíquica do preso, responsável que é pela manutenção de todos os seus direitos não atingidos pela restrição parcial à liberdade de locomoção.

Todas estas previsões, somadas às inúmeras outras constantes no Decreto, podem servir, se rigorosamente efetivadas, como importante ferramenta político-criminal. O indulto, longe de ser um cego instrumento de libertação de condenados, funciona como um mecanismo de realização da justiça na concretude dos casos. Ao contrário da abstração dos tipos penais incriminadores, ou ainda da mecânica prática de fixação da pena, o indulto atua como um “corretivo”, um ajustador concreto da “necessidade de pena”, elemento fulcral para uma justiça criminal que não se quer vingativa e rancorosa, mas sim capaz de evitar a reincidência

e, principalmente, compreender o ambiente social no qual se insere a quase totalidade de seus condenados.

Por fim, vale aqui a reprodução do ponderado trecho da Exposição de Motivos, da lavra de **Luís Lanfredi**: “*Pensar no ‘direito de graça’ sob essas premissas é, sob todos os argumentos, buscar satisfazer os primados da justiça social, de molde a amarrar sua contemplação na linha da reafirmação dos fundamentos sob os quais se construiu o Estado Brasileiro. Consoante já detalhado na Exposição de Motivos da Proposta de Indulto de 2012 e que também aproveita neste ensejo, ‘o cumprimento da pena inicialmente fixada pelo magistrado há de ser, sempre, revisitado para ponderar bens jurídicos conflitantes e em permanente tensão: dignidade da pena versus necessidade da pena’.* Daí a atualidade do juízo de valor que decorre do indulto e da comutação de penas”.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Livre-docente do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.
Membro do Conselho Nacional de
Política Criminal e Penitenciária.

De Ituri à Haia. O longo caminho da justiça penal internacional

Marcos Zilli

4

*A criança não está morta! Ela levanta os punhos junto à sua mãe
Quem grita África! Brada o anseio da liberdade e da estepe...*

(Ingrid Jonker)

14 de março de 2012. Quase dez anos após o início de suas atividades, o Tribunal Penal Internacional (TPI) anunciou, finalmente, o seu primeiro julgamento. Na condição de fundador da *Union des patriotes congolais* (UPC) e de seu braço armado, *Forces patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC), Thomas Lubanga Dyilo foi condenado pelo recrutamento, alistamento e pela utilização de crianças, menores de 15 anos, entre setembro de 2002 e junho do ano seguinte, no contexto do conflito armado que assolou a região de Ituri, área fronteiriça entre a República Democrática do Congo e Uganda.⁽¹⁾ Meses após a prolação da condenação, completou-se o julgamento com a delimitação da sanção penal – 14 anos de prisão.⁽²⁾

O julgamento constitui inegável marco na ordem penal internacional. Para além do forte caráter simbólico de ser a primeira experiência efetiva do exercício da jurisdição penal internacional permanente, o caso Lubanga suscita instigantes questões sobre a aplicação do direito penal internacional consolidado pelo Estatuto de Roma (ER). A necessidade de uma melhor compreensão e de um aprofundamento dessas questões mobilizou o *Grupo Latinoamericano de Estudos de Direito Penal Internacional* que, dessa maneira, debruçou-se sobre o estudo do caso.⁽³⁾ Assim, nos dias 21 e 22 de outubro, por ocasião de sua reunião anual e que se realizou na cidade de São Paulo, o Grupo apresentou os primeiros resultados de suas investigações científicas.

Entre as diversas questões, sem dúvida a participação processual das vítimas é a que mais exigiu o dispêndio de energia no caso

Lubanga.⁽⁴⁾ Isso se deve, em grande parte, ao caráter inovador que tal participação assume no contexto histórico de formação dos tribunais penais internacionais. A inovação, contudo, trouxe imensas dificuldades em sua aplicação diária. Afinal, quem são as vítimas e, portanto, quem são os titulares desse direito processual? A identificação da vítima assegura, por si só, a sua intervenção no processo? Quais são os poderes processuais de que a vítima dispõe? Há riscos de que a participação promova desequilíbrios na distribuição de forças entre as partes no processo penal internacional?

As respostas não foram unívocas, o que é um claro indicativo de que a leitura dos dispositivos do ER está muito influenciada pela bagagem jurídico-cultural que cada julgador transporta para a jurisdição internacional.

O conceito de vítima, por exemplo, foi construído sob forte influência do direito internacional dos direitos humanos,⁽⁵⁾ de modo que as vítimas são tanto aquelas que sofreram lesões físicas e/ou materiais em decorrência da prática de fatos criminosos de competência do TPI, como também aquelas que suportaram algum sofrimento emocional.⁽⁶⁾ Há, portanto, requisitos que devem ser observados para a configuração do *status* de vítima os quais, por sua vez, delineiam o quadro legitimador da participação processual. Essa legitimidade, contudo, está sujeita a constantes. Afinal, assim como nos sistemas nacionais, o processo penal internacional também está estruturado de acordo com os juízos progressivos de formação de culpa, de modo que o estreitamento do vínculo indivíduo/fato criminoso trará consequências no quadro formador das vítimas.

De fato, no caso Lubanga, algumas das vítimas que tinham sido habilitadas a participar da fase de investigação, quando ainda os fatos não

estavam plenamente definidos, não puderam acompanhar as ulteriores fases da perseguição já que os fatos imputados ficaram circunscritos ao recrutamento, ao alistamento e à utilização de crianças em uma região específica da República Democrática do Congo. Tal delimitação, note-se, ocorreu, em um primeiro momento, quando da decretação da prisão, mantendo-se, em linhas gerais, quando da audiência de confirmação da acusação.⁽⁷⁾ Essa dinâmica, que é natural à própria marcha persecutória, exigiu do Tribunal um contínuo ajuste do posicionamento das vítimas no processo, o que explica, em parte, a grande quantidade de decisões interlocutórias que se ocuparam, exclusivamente, dessa questão.

Ocorre que o reconhecimento do *status* de vítima não é suficiente para assegurar a participação processual. Ou seja, para além da legitimidade, exige-se a demonstração de um interesse processual específico. Nesse ponto, o processo penal internacional desenhado pelo ER distancia-se daqueles modelos nacionais que circunscrevem os interesses da vítima à satisfação de interesses patrimoniais. Esta, aliás, é uma conclusão que emana da própria leitura do art. 68.3 do ER que condiciona a participação das vítimas à demonstração de que os seus interesses pessoais são, de algum modo, afetados – *personal interests affected*.⁽⁸⁾ Na aplicação do dispositivo, o TPI reconheceu que tal interesse deveria ser demonstrado continuamente ao longo das sucessivas fases do processo não bastando, portanto, a simples expectativa de um direito à reparação.⁽⁹⁾

Para os juízes da *Pre-trial Chamber*, por exemplo, o interesse estaria presente quando evidenciada uma conexão entre a vítima e a prova a ser produzida e valorada durante o julgamento, ou mesmo quando a vítima pudesse vir a ser afetada por alguma decisão proferida no processo.⁽¹⁰⁾ Sob essa ótica, reconheceu-se não só a possibilidade de a vítima questionar a admissibilidade de determinada prova, impugnando a sua legalidade, como também a possibilidade de ela vir a discutir os procedimentos de produção de prova oral, em especial quando presente algum risco de comprometimento de medida protetiva de seu anonimato.⁽¹¹⁾

É certo que o reconhecimento de condicionamentos à participação – legitimidade e interesse – aponta para uma limitação ao exercício do direito processual das vítimas. Essa atitude assume um sentido aparentemente contrário ao movimento internacional dos direitos humanos que, ao longo das últimas décadas, aprofundou os canais de comunicação processual entre a atividade jurisdicional e as vítimas. Eis aqui um dos dilemas candentes nas várias decisões interlocutórias proferidas ao longo do caso Lubanga: tornar efetiva a participação processual das vítimas ou resguardar os paradigmas tradicionais do justo processo, em especial a paridade de armas? O fato é que acabou prevalecendo entre os juízes o entendimento mais favorável à efetiva participação processual das vítimas. Resulta dessa visão mais abrangente o reconhecimento, pelo TPI, da possibilidade de as vítimas proporem meios de prova e de também participarem de sua produção.⁽¹²⁾

A questão, contudo, não é tão simples. É que no contexto do direito penal internacional, os conflitos que constituem o pano de fundo são de uma dimensão e gravidade atroz. Aliás, em muitos casos os processos são conduzidos quando os conflitos étnicos, raciais ou religiosos ainda estão em ebulição. Daí a imprescindibilidade de medidas protetivas em favor das vítimas e que, em muitos casos, são concretizadas com o resguardo do anonimato. Ocorre que uma participação processual ampla, como se pretende, pode trazer situações insólitas para a defesa. De um lado, porque não serão raras as situações em que essas mesmas vítimas estarão amparadas pela medida protetiva do anonimato. Por outro, a quantidade de decisões interlocutórias que o TPI foi obrigado a proferir para resolver questões afetas à participação processual das vítimas constituiu um ingrediente a mais de dificuldade e de prolongamento em um processo que, pela natureza dos conflitos, já é bastante complexo. E tudo corre em prejuízo do próprio acusado que, invariavelmente, está preso cautelarmente. Os próximos anos de atividade do Tribunal, por certo, indicarão se o modelo que se desenha é, de fato, sustentável diante de todas as variantes que estão em jogo,

em especial a garantia da duração razoável do processo.⁽¹³⁾

Outro aspecto não menos controverso que tocou o processo contra Lubanga Dyilo envolveu os procedimentos que cercaram a *disclosure*. Como se sabe, a *disclosure*, mecanismo bastante comum no *adversary system*, supõe um dever processual de divulgação de informações e de provas o qual, em geral, recai sobre a acusação. Tem por objeto as provas exculpatórias e/ou aquelas que, potencialmente, atenuem a situação jurídica do réu.⁽¹⁴⁾ No âmbito do processo penal internacional, o tema mereceu tratamento pelo art. 67.2 do ER.⁽¹⁵⁾

No caso Lubanga, o dever geral de divulgação chocou-se frontalmente com os acordos de confidencialidade celebrados pela Procuradoria para a obtenção de documentos e de outras fontes de prova, os quais, aliás, foram importantes para a própria construção da tese acusatória. Tais acordos, fundados em permissivos constantes do próprio ER,⁽¹⁶⁾ asseguram à Procuradoria o sigilo de determinadas fontes, mecanismo este reputado indispensável para a preservação da integridade e da vida de muitas pessoas. Trata-se de sigilo que somente poderia ser levantado caso a fonte expressamente consentisse. No caso Lubanga, a problemática envolveu a revelação de várias provas que tinham sido encaminhadas pela ONU, fundadas em prévio acordo e amparadas pela condição de respeito integral da confidencialidade. Diante do dilema provocado pelo embate entre o direito à revelação de prova potencialmente exculpatória e a recusa de revelá-la em face das obrigações assumidas, a *Trial Chamber I*, em dramática decisão, determinou o sobrestamento do processo até que todas as provas fossem efetivamente divulgadas.⁽¹⁷⁾ O sobrestamento, obviamente, trouxe à tona possibilidade de imediata soltura de Lubanga.

Ao final, a questão foi resolvida pela *Appeals Chamber* que revogou a decisão de sobrestamento sob fundamento de que as fontes de prova já tinham manifestado oposição a qualquer tipo de divulgação de suas identidades, vontade esta que deveria prevalecer.⁽¹⁸⁾ Mesmo assim, a Câmara de Recursos pontuou que os acordos de confidencialidade deveriam ser excepcionais e que ao Tribunal caberia sempre a última palavra quanto à avaliação do potencial exculpatório de uma prova. Assim, em situações que tais, deveria ser marcada uma audiência reservada quando então as provas seriam apresentadas ao Tribunal para a avaliação. Uma vez reconhecida a potencialidade daquelas provas, caberia ao Tribunal provocar a Procuradoria para que esta obtivesse o consentimento das fontes. Mesmo em tais circunstâncias, não haveria obrigatoriedade na divulgação.

A decisão revela o grau e a profundidade dos dilemas processuais enfrentados pelo TPI os quais, na verdade, são um reflexo da gravidade e da dramaticidade dos próprios conflitos que constituem o pano de fundo da Justiça Penal Internacional. Se, por um lado, a confidencialidade é, provavelmente, a única medida eficaz para a proteção de pessoas que, em geral, estão à mercê de toda a sorte de violências cometidas em regiões conflituosas que estão muito distantes dos ambientes do Tribunal, por outro, a não divulgação de provas pode representar um duro golpe à defesa e, portanto, ao justo processo. Aliás, a própria solução dada pelo ER de outorgar ao Tribunal a responsabilidade última pela avaliação do caráter exculpatório de uma prova não é a solução mais adequada. Afinal, uma prova sem exploração do contraditório não é uma verdadeira prova. Isso porque é a exploração dialética que descortina todas as suas potencialidades para a formação da convicção judicial. Mostra-se estranho que os juízes exerçam, em nome da parte supostamente interessada, o conhecimento de uma prova que possa lhe favorecer. Ademais, é pouco crível que os juízes não se deixem influenciar pelo conteúdo de uma prova após reconhecerem o seu potencial exculpatório, ainda que a divulgação não seja consentida pela respetiva fonte.

A análise dessas e de tantas outras questões que emergiram ao longo do processo contra Lubanga Dyilo suscitam inúmeras dúvidas e, provavelmente, uma única certeza. O processo penal internacional

encontra-se em um plano em que o conflito de interesses potencializa as situações-limite dificultando, sensivelmente, as comparações automáticas e simplistas com as jurisdições punitivas nacionais. É certo que os conflitos que estão na base dos casos que aportam perante o TPI são, por natureza, de um grau de violência que escapa ao roteiro penal comum. A situação se agrava pelo envolvimento – por ação ou mesmo por omissão – dos Estados nacionais e de seus agentes. As vítimas reais e potenciais são inúmeras e os perigos a que estão submetidas são constantes. Por outro lado, essas preocupações – que são legítimas –, não podem servir de escudo para que os paradigmas do justo processo sejam fragilizados. Mas, enfim, que processo justo é este no contexto punitivo internacional? A resposta nos é dada pelo próprio ER ao exigir a harmonização de seus dispositivos com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.⁽¹⁹⁾ Ou seja, é a busca pelo equilíbrio que nos orienta pelo caminho. Maior ou menor, árdua ou tranquila, que a trajetória seja feita à luz do bom-senso e por almas comprometidas com a humanidade.

Notas

- (1) ICC-01.04-01/06-2842.
- (2) ICC-01/04-01/06 de 10 de julho de 2012.
- (3) O Grupo, instituído em 2002, é promovido pela Fundação Konrad Adenauer dentro do Programa Estado de Direito para América Latina. É integrado por professores e pesquisadores oriundos de treze países latino-americanos, além de três representantes europeus. No Brasil, o Grupo conta com o apoio do IBCCrim sendo os seus representantes: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Fabíola Girão Monteconrado e Marcos Zilli.
- (4) O direito de participação processual das vítimas é reconhecido pelo art. 68.3 do ER. O dispositivo, contudo, deve ser lido e completado à luz da regra 85 das Regras de Provas e Procedimentos que traz o conceito de vítima. Vítima é tanto a pessoa natural que sofreu uma lesão em virtude da prática de algum dos crimes de competência do TPI, como também as organizações ou instituições cujo patrimônio tenha sofrido algum tipo de dano também em decorrência da prática de crimes de competência do TPI.
- (5) É o que afirmou a *Pre Trial Chamber I*, quando da decisão ICC-01/04 – *Situation in the Democratic Republic of the Congo. Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 and VPRS6*, datada de 17 de janeiro de 2006. As referências feitas aos documentos internacionais de direitos humanos foram: *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1985; *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, adotados pela Comissão de Direitos Humanos, em 19 de abril de 2005.
- (6) As referências feitas pela *Pre Trial Chamber I* foram aos casos *Aksoy v. Turkey*, de 18 de dezembro de 1996, par. 113, e *Selmouni v. France*, de 28 de julho de 1999, par. 123, ambos da Corte Europeia de Direitos Humanos e aos casos *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, decisão de 10 de setembro de 1993, e *Neira Alegria et al. v. Peru*, de 19 de setembro de 1996, ambos da Corte Interamericana. Nesse sentido, ver nota 87 da decisão ICC-01/04 – *Situation in the Democratic Republic of the Congo. Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5*

and *VPRS6*, datada de 17 de janeiro de 2006. Nesse contexto, os familiares das vítimas também podem se habilitar nos processos perante o TPI em razão da noção de sofrimento emocional.

- (7) É importante lembrar que a fase preliminar compreende, em um primeiro momento, o processamento do inquérito, quando uma situação geral é investigada (art. 53 do ER). Durante o curso do inquérito, é possível que uma melhor delimitação dos fatos leve à identificação de uma ou mais pessoas como as prováveis responsáveis pela prática de crimes de competência do TPI, o que, por sua vez, pode levar à decretação da prisão (art. 58 do ER). Com a detenção, a acusação será objeto de apreciação quanto à presença de justa causa (art. 61 do ER). Essa decisão de confirmação da acusação constitui um divisor de águas entre a fase preliminar, conduzida pela *Pre Trial Chamber*, e a do julgamento, conduzida pela *Trial Chamber*.
- (8) Na versão em português assim redigido: “Se os interesses pessoais das vítimas forem afetados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do acusado nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual”.
- (9) Previsto pelo art. 75 do ER.
- (10) Decisão da *Pre Trial Chamber*. ICC-01/04-01/06 (*Decision on victim’s participation*). Na verdade, a Câmara propôs duas questões a enfrentar para a delimitação do interesse na participação: “Is there a real evidential link between the victim and the evidence which the Court will be considering during Mr. Thomas Lubanga Dyilo’s trial (in the investigation of the charges he faces) leading to the conclusion that the victim’s personal interests are affected? Is the victim affected by an issue arising during Mr. Thomas Lubanga Dyilo’s trial because his or her personal interests are in a real sense engaged by it?”.
- (11) Ver §§ 97 e 98 da decisão ICC ICC-01/04-01/06 (*Decision on victim’s participation*).
- (12) Nesse ponto, a Appeals Chamber manteve o entendimento de que as vítimas teriam também um direito de produzir prova e, também, de questionar a admissibilidade de certas provas, ainda que tais direitos pertencessem, primariamente, às partes em um contexto próprio do processo “adversarial”. Para tanto, os juízes buscaram amparo no fato de que o direito de introduzir prova, no processo perante o TPI, não estaria restrito às partes até mesmo porque os juízes também gozariam de iniciativas instrutórias conforme previsto pelo art. 69.3 do ER. O raciocínio bebe na fonte que alimenta a expectativa de se alcançar um ponto processual mais próximo possível da “verdade”.
- (13) É interessante notar que por ocasião da 12.^a Assembleia dos Estados Parte realizada entre os dias 21 e 28 de novembro de 2013, editou-se a Resolução ICC-ASP/12/Res.5 que conclamou o TPI a aprimorar os mecanismos processuais tornando assim efetivo o exercício do direito de participação processual das vítimas.
- (14) *Black’s law dictionary*. St. Paul: West, p. 320.
- (15) Assim redigido: “Além de qualquer outra revelação de informação prevista no presente Estatuto, o Procurador comunicará à defesa, logo que possível, as provas que, no seu entender, revelem ou tendam a revelar a inocência do acusado, ou a atenuar a sua culpa, ou que possam afetar a credibilidade das provas da acusação. Em caso de dúvida relativamente à aplicação do presente número, cabe ao Tribunal decidir”.
- (16) Tais acordos foram celebrados com base no art. 54.3.(d)(e) do Estatuto, assim redigidos: “...3. O Procurador poderá: (...) d) celebrar acordos os convênios compatíveis com o presente Estatuto, que se mostrem necessários para facilitar



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.^o Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna

Suplente: Cecília de Souza Santos

1.^a Secretária: Heloisa Estellita

Suplente: Leopoldo Stefanino G. L. Louveira

2.^o 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

a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa; e) concordar em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu caráter confidencial e com o objetivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação

(17) ICC-01704-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008.

(18) ICC-01/04-01/06 AO 13, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-

disclosure of exculpatory materials covered by article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008.

(19) Art. 21.3 do ER.

Marcos Zilli

Professor Doutor de Direito Processual da USP.

Membro do Grupo Latinoamericano de Estudos de Direito Penal Internacional.

A agenda internacional de cibersegurança: Uma paralaxe da “doutrina do choque”

Leonardo Rezende Cecilio

É chamado *paralaxe* o deslocamento aparente de um objeto quando se muda o ponto de observação (HOUAISS, 2009). Em uma explicação simplista, trata-se de um fenômeno de autoengano a respeito do posicionamento de determinada coisa – em verdade, imóvel – quando a perspectiva é alterada.

Recentemente, as discussões ao redor da agenda internacional de cibersegurança têm ostentado que seus propósitos formalmente declarados não correspondem à prática – o que sugere haver, por detrás dos discursos vendidos, uma oculta pretensão estratégica das potências informáticas. Ao contrário do que visualiza o senso comum, a apropriação de situações traumáticas como pretexto para a imposição de *dogmas* é um hábito político que não está situado no passado; enxergá-lo como algo pretérito ou superado seria uma paralaxe da chamada *doutrina do choque*.

De modo geral, quando certa região é abalada por eventos críticos, gerando anormalidade e interrompendo de forma traumática o curso normal e sóbrio das relações sociais locais, abre-se espaço para disputas discursivas (ŽIŽEK, 2011). Instalada a vulnerabilidade no corpo social, o trauma (natural, militar ou econômico) proporciona canais para a imposição de ideologias aptas a darem suporte e legitimidade a novos modelos de, por exemplo, economia de mercado ou gestão governamental à localidade então afetada; este foi o diagnóstico de **Naomi Klein**, a que batizou como de *doutrina do choque* (KLEIN, 2007). Parece razoável afirmar que esse fenômeno permanece estacionado no tempo, sendo atravessado por variados regimes ao longo da linha da História. Na essência, porém, ele é o mesmo.

Um exemplo situacional bastante evidente da doutrina do choque aconteceu na República de Weimar, na década de 1930, em que a depressão coletiva do povo alemão abriu um virtuoso caminho para raciocínios extremistas – e que, finalmente, conduziu à ascensão nazista: a demanda popular, eufórica por uma solução ao quadro socioeconômico –

potencializada por um sentimento de humilhação coletiva em virtude da derrota na Primeira Guerra Mundial –, tratou de preparar vias para o incremento de uma retórica capaz de justificar uma nova proposta de administração de Estado.

Nos últimos anos, sobretudo na Europa e em suas ramificações no ultramar, a forte tendência a sentir medo e a obsessão maníaca por segurança fizeram a mais espetacular das carreiras (BAUMAN, 2009, p. 1). Além do longínquo exemplo tedesco, um incidente ocorrido no limiar desse terceiro milênio traria novamente à tona um desespero em massa, que acometeria populações de tal forma que chegaria a prepará-las para aceitar (quase inauditamente) soluções e intervenções propostas – por fim encaradas como inevitáveis: os ataques de 11 de Setembro de 2001.

Há quem acredite que segurança e liberdade são dois elementos basilares de uma vida plena, mas que a combinação harmônica desses dois elementos permanece no plano da utopia. Após o lamentável evento em solo norte-americano, que repercutiria para além da geopolítica, a incussão do pânico no povo estadunidense – inflamado ainda mais pelo frenesi midiático – permitiu que sua manipulação emocional fosse utilizada como estratégia de governo para se justificar o empreendimento da *Guerra ao Terror*. Nela é possível identificar claramente uma retomada da substância do *Direito Penal do Inimigo*, teoria idealizada por Günter Jakobs, já que o os inimigos não seriam, efetivamente, pessoas (*feinde sind aktuell unpersonen*) – e, portanto, não mereceriam ser tratadas como tais (MUÑOZ CONDE, 2006, p. 73). Resgatado o sentimento ultranacionalista, sob a bandeira da *defesa da liberdade*, os Estados Unidos lançaram mão de uma obsessiva campanha contra o terrorismo internacional.

Contudo, como afortunadamente lecionou **Michel Foucault**, as disciplinas sempre tendem a ultrapassar os âmbitos institucional e local em que são consideradas (FOUCAULT, 2000, p. 298-299). Hoje, doze anos após a ofensiva jihadista, as iniciativas governamentais no setor de Segurança e Defesa, sobretudo nos Estados Unidos, têm provocado debates sobre democracia e (excesso de) vigilância entre a doutrina especializada e entre a sociedade civil – hoje concebida como um novo ator global; a falta de transparência dos Estados a respeito dos *modi operandi*, combinada com documentos normativos estrategicamente promulgados, tem dado respaldo legal a uma série de violações a direitos humanos e fundamentais.

Entre as providências tomadas, destaca-se, especificamente no âmbito das telecomunicações, a autorização dada à National Security Agency (NSA) mediante um decreto-lei aprovado pelo Congresso – o *Authorization for the Use of Military Force* (AUMF) – pelo então presidente dos Estados

Há quem acredite que segurança e liberdade são dois elementos basilares de uma vida plena, mas que a combinação harmônica desses dois elementos permanece no plano da utopia.

Unidos, George W. Bush, para proceder a interceptações em massa sem invocação do Poder Judiciário. A questão ganhou tônica recentemente, com as revelações de uma campanha de ultravigilância, subscrita pela Administração Obama, há anos em operação e que, supostamente, teria se alastrado para além das bordas do país.

Em junho de 2013, o ex-colaborador da NSA, Edward Snowden (atualmente asilado político na Rússia), revelou ao *Washington Post* e ao *The Guardian* que grandes ícones do setor informático – como *Google, Facebook, Yahoo!* e *Apple* – dariam acesso direto a analistas de informações norte-americanos sobre fluxos de comunicações telemáticas de escala mundial.⁽¹⁾ Posteriormente, Snowden apontou que alvos de alto perfil (como representações diplomáticas e empresas de grande porte de setores estratégicos) de diversos países teriam também sido interceptados, dentre eles, o Brasil. A questão encosta, necessariamente, em dois vértices: em um, recaindo sobre violação a direitos humanos, e, em outro, tocando a soberania nacional e assuntos a ela adjacentes.

Primeiramente, é relevante esclarecer na emergente *sociedade da vigilância* – a se julgar pelo fato de que, praticamente, já não há atividade isenta de registros por tecnologias informacionais (MORAES, 2013) –, o supervalor conferido ao conhecimento se mostra incontestável. A atual dimensão planetária da internet é *como um organismo sem pele* (ASSANGE *et al*, 2013, p.82), onde tudo que se faz é visto; acessos, logins, postagens, comunicações, compras e downloads são registrados formando uma compilação de dados baseada no histórico personalizado de navegação – uma espécie de *biografia digital*. Esses dados vêm, indistintamente, sendo armazenados *ad aeternum* em servidores espalhados por todo o globo, estando (quando muito) sob rarefeita tutela normativa. Desse modo, torna-se defasada a autonomia individual, e todo o controle que o indivíduo tem sobre sua esfera mais íntima é relativizado – condicionado à capacidade de governar a informação.

Sob outro prisma, o ambiente criado a partir da tecnologia da informação hoje apresenta um novo domínio de guerra. No meio especializado, já não é novidade o envolvimento crescente de países em variados níveis de conflito cibernético (MCAFEE, 2009) – dispostos, no mínimo, a investigar entraves de natureza velada ou dissimulada para a consecução de seus objetivos, porventura interpostos por demais centros de decisão. Sabe-se, igualmente, que o controle das infraestruturas físicas geradoras do domínio virtual viabiliza, logisticamente, a interceptação do fluxo de dados em escala internacional. Em alguns casos, especula-se que aparelhos eletrônicos possam, inclusive, ser já fabricados intencionalmente com falhas de segurança a fim de que possam funcionar na sistemática das telecomunicações como *backdoors*,⁽²⁾ a exemplo do que apontou a revista alemã *Der Spiegel* sobre os sistemas *Blackberry* e *Android*.

A bisbilhotagem dos Estados Unidos atirada ao ventilador no decorrer de 2013 – e que teria colaborações de outros países anglófonos – resultou em verdadeira trama internacional com desagradáveis embaraços diplomáticos. No Brasil, a confirmação de que cidadãos e ícones do setor privado e público (inclusive o gabinete presidencial) haviam sido alvo de interceptações engendrou uma série de medidas classificadas em caráter de extrema urgência, e que visam à apuração da veracidade das inúmeras notícias veiculadas e ao cálculo da magnitude de seus impactos. Dentre elas, instalou-se uma comissão parlamentar de inquérito pelo Senado Federal – a *CPI da Espionagem* – e se estabeleceu como prioridade no Planalto a votação do *Marco Civil da Internet*, que alça o País em vanguarda no tema sobre a regulação do uso da rede. No plano internacional, o Governo brasileiro se uniu a Alemanha na apresentação conjunta de proposta de resolução à Organização das Nações Unidas (ONU) pelo repúdio aos programas de espionagem – iniciativa já bem sucedida no seio da organização.

Ante todo esse mosaico de interesses e dissimulações, fundamental é recordar que dignidade e liberdade são infranqueáveis; a associação do bem-estar material à renúncia a direitos civis e políticos remete a um

caminho de busca por legitimidade que todos os regimes totalitários do século XX percorreram. Com o evoluir de sua existência, a humanidade pretendeu blindar-se do risco de que o próprio direito fosse convertido em um instrumento de agressão ao homem, e, para isso, sinalou, em definitivo, certas áreas nas quais o Estado não poderá penetrar (RODOTÀ, 2010, p. 36).

O direito à privacidade é justamente o que permite constranger o outro a respeitar situações vitais que somente ao seu próprio titular dizem respeito; o núcleo desse direito é referente ao controle de quais informações devam ou não ser levadas a conhecimento público, e, por isso, estão sujeitas à exclusiva decisão daquele a quem pertencem.

Por outro lado, é igualmente válido o esclarecimento de que não se defende a censura indistinta das providências legalmente previstas para fins investigativos ou mesmo inerentes às atividades de inteligência e contrainteligência – indispensáveis para a salvaguarda dos interesses de um Estado, para a manutenção de sua segurança e de sua soberania frente ao cenário internacional. Certo é que não há direito absoluto, e isso é tal que, na maioria dos países democráticos, o próprio legislador constitucional tratou de definir um catálogo de situações em que elas se fazem legítimas. Obedecendo a essa lógica, na seara do direito interno, o monitoramento de telecomunicações fora dos requisitos definidos em lei configura abuso de autoridade, podendo ocasionar responsabilidade jurídica (inclusive penal) do servidor, como previsto no ordenamento jurídico brasileiro. A coleta de informações que foge à diretiva legal previamente definida, seja qual for o motivo, não caracteriza atividade de inteligência – mas espionagem.

Em todo o mundo, a alta tecnicidade, a expansão ininterrupta e o caráter evolucionista das telecomunicações têm dificultado produções acadêmicas e legislativas satisfatórias no assunto. Consequentemente, de um lado, o repúdio popular à impunidade permanece no embate com, de outro, o perigo da entrega de plenos poderes à administração estatal. A virtualização hodierna de conhecimentos e atividades nada mais faz do que transferir para o ciberespaço a mesma premissa que deve submeter e limitar o poder do Estado aos direitos humanos e fundamentais; porque, como certa vez bem declarou **Georg Burdeau**, *o poder é uma força a serviço de uma ideia*. E essa ideia, no Estado de Direito, é justamente o bem-estar dos indivíduos que o compõem.

Notas

- (1) Anos antes, excessos no monitoramento telecomunicacional por parte do governo dos Estados Unidos já haviam sido explanados, sobretudo pelo jornalista e ciberativista Julian Assange – fundador do portal de denúncias institucionais *WikiLeaks*, hoje asilado político na embaixada equatoriana em Londres.
- (2) É chamado *backdoor* (acrônimo inglês de *porta dos fundos*) o ambiente criado em um sistema operacional ou em um *software* que permite a intrusão e o controle remotos de determinado computador.

Referências bibliográficas

- ASSANGE, Julian; APPELBAUM, Jacob; MÜLLER-MAGUHN, Andy; ZIMMERMANN, Jérémie. *Cyberpunks: liberdade e o futuro da internet*. Trad. YAMAGAMI, Cristina. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASTEL, Robert. *A insegurança social: o que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.
- CLARKE, Richard A.; KNAKE, Robert. *Cyber War: the next threat to national security and what to do about it*. New York: Harpercollins USA, 2010.
- iSpy: How the NSA Accesses Smartphone Data. *Der Spiegel*. Publicado em: 09.09.2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/world/how-the-nsa-spies-on-smartphones-including-the-blackberry-a-921161.html>>. Acesso em: 16 set. 2013.
- Governo brasileiro abre investigação para apurar espionagem americana. Publicado em: 09.07.2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia>>

brasil/noticia/2013/07/governo-brasileiro-abre-investigacao-para-apurar-espionagem-americana.html>. Acesso em: 16 set. 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: RT, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)*. Aula de 17 de março de 1976. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Novo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KLEIN, Naomi. *The Shock Doctrine: the Rise of Disaster Capitalism*. Londres: Penguin, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre el “Derecho Penal Del Enemigo”. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Coord. Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, João Antônio de. Cliques de Vigilância. In: *Filosofia*. Ano VI – Edição 81. Pp. 14-23. São Paulo: abr. 2013.

Relatório de Criminologia Virtual 2009. *Virtualmente Real: A era da guerra cibernética*. McAfee. Disponível em: <http://www.mcafeenewsletter.com.br/estudos_mcafee/pdf/McAfee_virtual_criminology_2009_br.pdf>. Acesso em: 01.02.2013

RODOTÀ, Stefano. El derecho y su límite. In: *La Vida y las Reglas: entre el derecho y el no derecho*. Trad. Andrea Greppi. Prólogo de José Luis Piñas Mañas. Espanha: Editorial Trotta, 2010. p. 25-91.

Žižek, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. Trad. Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

Leonardo Rezende Cecilio

Discente do Curso de Formação de Perito em Análise Computacional Forense (Clavis Segurança da Informação). Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Programas de *compliance* na lei 12.846/2013

Julianna Nunes Targino Barbosa

A recente Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013, vem sendo aplaudida como uma inovação no ordenamento jurídico ao prever a responsabilização da pessoa jurídica por atos cometidos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Não enveredou o projeto, é bem verdade, pelos debates caminhos da responsabilidade penal dos entes coletivos, ainda muito criticada não só em âmbito nacional, mas mesmo em países cujas leis albergaram de forma mais ampla essa forma de responsabilização penal.

A estratégia legal, aliás, parece ter sido a de tentar fugir das questões mais controversas no âmbito da responsabilização da pessoa jurídica, tanto assim que a lei expressamente dispôs que a responsabilização administrativa e civil de tais entes será objetiva. A despeito desta incisiva previsão, o legislador deixou espaço para a discussão sobre os efeitos da adoção de programas de *compliance* na responsabilização administrativa.

Nesse sentido, o art. 7.º, VIII, da aludida lei traz a previsão de que, na aplicação das sanções, será levada em consideração a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Em primeiro lugar, deve-se entender por programas de *compliance* modelos de organização⁽¹⁾ empresarial de cunho preventivo cujo objetivo seria antecipar-se aos riscos produzidos pela atividade da empresa, buscando assim, por meio dessa organização, evitar sua responsabilização.⁽²⁾ Aduz-se, contudo, que tais programas não devem se limitar à busca do cumprimento estrito da legalidade pelas empresas, mas também devem fomentar o cultivo de uma cultura empresarial ética.⁽³⁾

A projeção dos programas de *compliance* sobre a responsabilização das pessoas jurídicas se revela como manifestação de uma forma de responsabilidade própria do complexo âmbito empresarial. O reconhecimento de que a estrutura das pessoas jurídicas apresenta especificidades (como a diluição do indivíduo no complexo organizativo, alto nível técnico, com o desenvolvimento de atividades sobre as quais o Estado não possui conhecimento suficiente para regulá-las adequadamente, entre outras características) que evidenciam a incapacidade do Estado de alcançar uma regulação direta desse âmbito, faz com que se recorra a um “novo polo do espectro regulatório”: a autorregulação.⁽⁴⁾ Pela autorregulação alcança-se um modelo intermediário entre a intervenção estatal pura e o modelo liberal absoluto,

recorrendo o Estado a uma estratégia regulatória diferenciada, valendo-se das próprias empresas para lograr seus objetivos.

Essa realidade se traduz no recurso a uma interação funcional entre o sistema regulador estatal e os sistemas reguladores privados. Deve-se compreender, contudo, que tal discurso não significa a admissão de uma *laissez-faire*, de uma delegação total e absoluta da regulação desses âmbitos aos entes privados ou, em outras palavras, a busca por uma desregulação. A autorregulação, pelo contrário, vem se mostrando como uma forma de recuperar a capacidade regulatória estatal nesse campo de alta complexidade, de forma qualitativa e quantitativamente mais apurada.⁽⁵⁾ Nesse sentido, pode-se dizer que existem duas estratégias para a implementação de programas de *compliance* pelas empresas: 1. por meio da imposição de obrigações legais especiais de adotar medidas de controle; 2. por meio de estruturas de estímulo.⁽⁶⁾ Pelas primeiras, a lei estabelece expressamente a obrigação de adotar certas medidas de *compliance*, de utilização muito comum em âmbitos como o da lavagem de dinheiro, encontrando dificuldades, contudo, pela impossibilidade legal de se definirem todas as medidas possíveis, acabando por limitar a função preventiva que deveria exercer a empresa. Já o segundo meio reflete o estímulo legal à adoção de medidas de *compliance*, sem que haja uma anterior definição detalhada de seu conteúdo, muito menos do meio de sua implementação. Ao direito cabe estimular sua introdução.

A Lei 12.846/2013, em seu art. 7.º, VIII, parece ter se valido dessa segunda estratégia. Não há uma definição específica dos mecanismos a serem adotados pelas empresas de forma que se orientem por valores éticos e impeçam a prática de crimes em seu bojo, mas sabe-se que a adoção de procedimentos com tais finalidades deverá refletir no dimensionamento de eventual responsabilidade e consequente sanção. Todavia, o emprego de expressões vagas e abertas, sem a precisão de um conteúdo mínimo dos mecanismos e procedimentos a serem adotados, muito menos do que se pode entender por aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, gera insegurança jurídica. Nesse sentido, parece que nos aproximamos das dificuldades colocadas pelo Código Penal espanhol à aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao não definir o “devido controle” que as empresas deveriam exercer sobre seus funcionários, cuja ausência gera a responsabilização dos mencionados entes coletivos pelos delitos de seus empregados (cf. art. 31 bis 1 do CP espanhol), muito menos as “medidas eficazes para prevenir e descobrir delitos” que configuram atenuantes da responsabilidade penal das

pessoas jurídicas (cf. art. 31 bis 4 do CP espanhol).

Os doutrinadores espanhóis⁽⁷⁾ vêm tentando definir os elementos mínimos dos programas de *compliance* tomando por base as experiências de outros países, em especial as *Sentencing Guidelines* americanas, bem como as legislações italiana⁽⁸⁾ e chilena⁽⁹⁾ sobre o tema. Parece-nos, portanto, que a busca por essa estrutura mínima dos programas de *compliance* no âmbito nacional se faz imperiosa, para que a adoção de mecanismos e procedimentos internos, bem como códigos de ética e de conduta, não se traduza em mero marketing empresarial, e para que o incentivo à autorregulação não se converta em letra morta.

Notas

- (1) Cf. NIETO MARTÍN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 215.
- (2) ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. *InDret*, n. 1, jan. 2012, p. 7. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.
- (3) Constata Nieto Martín que fomentar uma cultura de cumprimento estrito da legalidade nem sempre é satisfatório, tendo-se em conta que a lei, além de porosa e vaga, pode mesmo ser amoral ou inexistente em certos casos, observando não só a incapacidade do legislador de se adaptar ao rápido progresso tecnológico, como a própria possibilidade de as empresas influírem no processo legislativo para se beneficiarem (os chamados *lobbies*). Assim, deve-se, além do cumprimento legal, incentivar uma cultura empresarial ética. NIETO MARTÍN, Adan. Op. cit., p. 219-220.
- (4) Como bem ressalta Coca Vila, essa incapacidade fática se soma à crise do Estado social, incapaz financeiramente de assumir os custos dos processos de regulação, supervisão e sanção de âmbitos tão complexos. Deve-se consignar, contudo, que o referido autor, conquanto dê importantes delineamentos para o entendimento da autorregulação, não entende os programas de *compliance* como sua expressão, do que discordamos. COCA

VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autoregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 46 e 70.

- (5) Afirma Ulrich Sieber: “El hecho de delegar a las empresas internacionales determinadas forma de self-policing no implica un laissez faire, sino que en muchos casos es la única forma de recuperar una parte del control estatal bajo a la forma de autorregulación regulada o de la rule at a distance”. SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 99. No mesmo sentido, COCA VILA aduz que a autorregulação não responde a um impulso desregulador, mas supõe uma melhora qualitativa e quantitativa na intervenção estatal. COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 46-47.
- (6) Quanto à aludida classificação, ver: SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 103.
- (7) Nesse sentido: BACHMAIER WINTER, Lorena. *Responsabilidad penal de las personas jurídica: definición y elementos de un programa de compliance*. *Diario La Ley*, n. 7938, Sección Tribuna, 5 out. 2012, Editorial La Ley, p. 1-11. Disponível em: <<http://diariolaley.laley.es>>. Acesso em: 6 jun. 2013. VELÁZQUEZ VIOQUE, David. Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control? *Diario La Ley*, n. 7794, Sección Tribuna, 9 fev. 2012, ano XXXIII, Editorial La Ley, p. 1-6. Disponível em: <<http://diariolaley.laley.es>>. Acesso em: 6 jun. 2013. SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 74-76.
- (8) Decreto Legislativo 231, de 8 de junho de 2001.
- (9) Lei 20.393, de 2 de dezembro de 2009.

Julianna Nunes Targino Barbosa
Mestranda em Direito Penal pela USP.
Graduada pela USP.

A presunção de culpabilidade e os crimes patrimoniais

10

Oscar Mellim Filho

Embora com atraso de algumas décadas, mas ainda em boa hora, o Supremo Tribunal Federal vem de reconhecer, em decisão unânime, a teratologia jurídica da figura da contravenção do art. 25 da Lei das Contravenções Penais, incompatível com a Constituição Federal. A decisão contou com a adesão, em última hora, do Ministério Público, eis que o Procurador-Geral da República recém-empossado no cargo discordou da manifestação escrita anterior de outro membro da instituição e se pronunciou no sentido da não recepção da norma pela Constituição de 1988.

O art. 25 da LCP consagra a presunção da culpabilidade por parte do condenado anteriormente por crime de furto ou roubo, ou de vadio ou mendigo, quando surpreendido na posse de “gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos usualmente empregados na prática de furto, desde que não prove destinação legítima”. Por que tanto tempo para reconhecer a aberração jurídica da figura contravençional, um monumento ao Direito Penal do autor, mormente ante a vedação da presunção de culpabilidade pela Constituição Federal, que data de um quarto de século?

Basta um breve olhar para as decisões de nossos juízes e tribunais, especialmente nos casos de crimes patrimoniais, frequentemente alimentadas pelos posicionamentos do Ministério Público da área criminal, para se concluir que vários outros dispositivos penais e processuais penais continuam a ser aplicados impunemente, ao arpejo dos princípios constitucionais. Tal como se dá, por exemplo, com o art.

385 do Código de Processo Penal. Se, como admite referido dispositivo, o juiz pode prolatar decreto condenatório quando já não existe acusação no sentido material, ante expresso pedido de absolvição da Promotoria, é certamente porque já não importa que haja contraditório penal ou, o que é ainda mais estranho, porque o próprio juiz pode encarnar em si a acusação e condição de julgador imparcial. Nesses casos, costuma-se invocar os princípios da verdade real e do interesse público. Mas, como adverte Aury Lopes Jr., “o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o interesse público (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor)”.⁽¹⁾

Em matéria de prova, a vedação da presunção de culpabilidade continua letra morta da Carta da República. As presunções ainda constituem ferramenta técnica muito útil à condenação de suspeitos da prática de furtos, roubos e receptações, embora travestida de rigoroso procedimento lógico. As verdadeiras razões, contudo, são de ordem pragmática. Não fosse assim, dizem quase em uníssono juízes e tribunais e também promotores de justiça, autores de furto, roubo e receptação permaneceriam impunes, com prejuízo para a “sociedade ordeira em que vivemos”, em bordão que se multiplica no universo das decisões criminais. A posse de objeto produto de furto, por si só, tem levado os

suspeitos a responderem por crime de furto ou receptação. A classificação não importa muito, já que, de qualquer forma, buscar-se-á evitar o mal da impunidade, dizem todos ou quase todos.

A inversão do ônus da prova, nos casos de crimes patrimoniais, constitui corriqueira praxe processual, talvez para salvaguarda do sistema, nos inumeráveis casos de deficiente investigação policial. Cabe, assim, ao réu provar a origem lícita do bem encontrado em seu poder ou que não é ele o autor de sua subtração.

Antiga decisão do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, sempre invocada nas sentenças e nos acórdãos condenatórios, estabelece que “*em tema de delito patrimonial a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca*” (RJDTACRIM 08/09). O argumento consta, por exemplo, de recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que resultou na confirmação da condenação de réu condenado por crime de receptação dolosa, eis que surpreendido, em via pública, na posse de capacetes produtos de furto (APE 0005122-33.2011.8.26.0123).

Para os réus suspeitos da prática de furto, a apreensão em seu poder da *res furtiva* constitui valiosa presunção de culpabilidade, como no caso de réu surpreendido por policiais a mexer em um automóvel estacionado em via pública da periferia de São Paulo, produto de furto. Segundo a decisão, “*nada sendo produzido, a presunção transforma-se em certeza de autoria, visto o ônus de produzir prova contrária ao que normalmente ocorre, conforme o art. 156 do Código de Processo Penal. Isto porque incumbe àquele que traz consigo coisas alheias a prova da posse legítima, sob pena de incorrer na letra da lei*” (APE 0099799-

85.2008.8.26.0050).

Como se vê, as decisões de Primeira e Segunda Instância não se desamparam. Ao contrário, articulam-se e reiteram idêntico posicionamento, reforçando sobremaneira a rede de precedentes para casos futuros, fazendo pouco do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Tal como as decisões judiciais que, por décadas a fio, apontaram a legitimidade e constitucionalidade do disposto no art. 25 da Lei das Contravenções Penais. Afinal, a Lei das Contravenções Penais, segundo um de seus mais célebres doutrinadores, possui função pedagógica e caráter moral, sendo chamada de “*código de bons costumes e de ordem pública... e o magistério do bom governo pode atingir também fatos moralmente inocentes, visto como o fundamento de seu direito é a pública utilidade*”.⁽²⁾ E não será também assim com a aplicação das demais normas penais e processuais penais?

Notas

- (1) *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 272-273.
- (2) DUARTE, José. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 43.

Oscar Mellim Filho

Graduado em Direito e Letras (USP).

Doutor em Ciências Sociais (PUCSP).

Professor (PUCCAMP).

Prova testemunhal: o *cross examination* tupiniquim

Willey Lopes Sucasas

É comum ouvir a expressão “o tempo voa”. De fato isso parece ser verdade! Cinco anos pode não ser um grande intervalo de tempo, mas também não é um lapso temporal insignificante. O que era novidade, em meados de 2008 pode, agora, em 2014 estar quase esquecido e com aparência e funcionalidade bem diferente daquela de outrora. Geralmente a novidade é festejada quando ainda é nova, mas passados mais de cinco anos o encanto pode ter-se perdido...

Pois bem. Ultrapassado o primeiro lustro da entrada em vigor da Lei 11.690, de 09.06.2008, que modificou a disciplina da prova no vetusto Código de Processo Penal de 1941, e ante certa resistência de parte da doutrina e da jurisprudência em admitir a mudança de paradigma do sistema presidencial para o modelo *adversarial* no tema da produção da prova testemunhal, pretendemos tecer brevíssimas considerações sobre o art. 212 da Lei Processual Penal brasileira.⁽¹⁾

Entre as várias alterações trazidas pela reforma, destaca-se a adoção do sistema do *exame direto e cruzado* na inquirição de testemunhas, no qual incumbe às partes a elaboração de perguntas e a indagação direta dos depoentes em audiência. Assim, desde 2008 o Brasil abandonou o *sistema presidencial* de produção da prova testemunhal no processo penal, não sendo mais necessário que as perguntas resem dirigidas ao juiz e por ele sejam repassadas às testemunhas.

Significativa parte da doutrina, ainda sob a égide do antigo *sistema presidencial*, sempre teceu elogios ao sistema do *exame cruzado* (*cross examination*) na produção da prova testemunhal, porquanto a formulação

de perguntas diretas e sem a intermediação do juiz, entre outros ganhos, facilita a avaliação da sinceridade, da tranquilidade, da coerência e, sobretudo, da veracidade do depoimento. Para **Antonio Magalhães Gomes Filho** “*na técnica da cross examination evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação; no exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (cross examination as to facts), como também formular questões que tragam à luz elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (cross examination as to credit)*”.⁽²⁾ Aliás, não se pode negar que o juiz, como destinatário da prova e responsável pelo julgamento da causa, deve atentar-se não apenas às circunstâncias fáticas narradas pela testemunha ou simplesmente ao teor do depoimento propriamente dito, mas também levar em conta a forma de expressão da testemunha, a sua condição pessoal e o seu grau de confiabilidade e de tudo o que ela está a dizer.⁽³⁾

Imperioso consignar que a reforma de 2008, infelizmente, não guardou uniformidade e coerência absoluta quanto à técnica de inquirição das testemunhas na instrução criminal. É que perante o juiz singular vigora a regra do art. 212, segundo a qual cabe às partes iniciar a inquirição direta da testemunha por ela arrolada, passando, em seguida, a arguição da parte contrária, enquanto, diferentemente, na instrução no plenário do júri, não obstante a possibilidade já prevista na redação original do Código de perguntas diretas, o juiz inicia perguntando e,

encerrados os seus questionamentos, passa a palavra às partes para as suas reperguntas.⁽⁴⁾ Coexistem, portanto, duas maneiras ou técnicas de produção da prova testemunhal no processo penal brasileiro: (a) uma perante o juiz singular, que prestigia a iniciativa das partes na inquirição direta das testemunhas conforme a regra do art. 212, e, (b) a fórmula contida no art. 473, a qual atribui ao magistrado o dever de iniciar a inquirição, deixando às partes a possibilidade de complementar a coleta da prova oral com as suas reperguntas feitas diretamente à testemunha.⁽⁵⁾

Ocorre que a realidade do cotidiano forense demonstra que a regra do art. 212 do CPP, alterada há cinco anos pela Lei 11.690/2008, não vem sendo cumprida com o rigor e observância necessários. Incontáveis são casos, sobretudo perante a justiça estadual de São Paulo, nos quais os juízes ainda insistem em não aplicar integralmente a – nova (!) – técnica de produção da prova testemunhal. O que se passa, em verdade, é uma aplicabilidade parcial do dispositivo de lei.

Ao que se tem notícia, não há nenhuma objeção ou oposição dos magistrados para que as partes dirijam suas perguntas diretamente à testemunha, mas o mesmo não se dá quando a questão diz com a ordem de inquirição. Em suma, insistem os juízes em iniciar a inquirição e disso eles parecem não querer abrir mão.

Ora, o art. 212 do CPP é de clareza meridiana! Entretanto, a nova sistemática fica ainda mais evidente quando se extrai, do parágrafo único do referido artigo, a possibilidade de o juiz *complementar* a inquirição sobre pontos não esclarecidos.

Mas qual a razão para tanta relutância em aplicar integralmente a nova sistemática? Por que não deixar às partes a incumbência de iniciar a coleta da prova testemunhal? Teriam os juízes mais condições de saber *a priori* a relevância ou pertinência do testemunho do que as próprias partes que arrolaram as pessoas para serem ouvidas em contraditório? Essas indagações, em nosso sentir, merecem certa reflexão.

Quando um promotor ou defensor se insurge e requer em audiência que a testemunha seja inquirida direta e primeiramente pela parte que a indicou, tornou-se corriqueiro ouvir como fundamento para o indeferimento do pedido que o juiz é o destinatário da prova. Ora, uma coisa não se confunde com outra! Ser destinatário da prova não quer dizer que tenha o juiz a incumbência ou o dever de substituir a parte ou, o que é pior ainda, transmutar-se em parte para inquirir pessoa levada a juízo para prestar um depoimento. Ademais, diferentemente do que se passa com o juiz, as partes geralmente conhecem previamente a relevância, a pertinência e a importância de determinado testemunho, e, por isso mesmo, têm melhores condições de iniciar e conduzir a coleta da prova oral segundo os interesses antagônicos inerentes ao processo penal de cunho acusatório.

É importante dizer que a possibilidade de as partes iniciarem a inquirição da testemunha não traduz, em absoluto, nenhuma diminuição da figura do juiz em audiência. Cabe ao magistrado controlar a atuação das partes, presidir o ato, zelando para que a inquirição da testemunha transcorra sem nenhum tipo de constrangimento, tendenciosidade, humilhação ou vício que afete a moralidade da pessoa ou a lisura da

coleta da prova testemunhal. A fórmula apregoada, ademais, prestigia a imparcialidade e a equidistância do juiz, na medida em que evita a utilização da tese acusatória exposta na denúncia ou a linha de defesa – muitas vezes até desconhecida naquele momento processual – como baliza ou norte para a elaboração de perguntas às testemunhas.

A jurisprudência, entretanto, acena para a hipótese de nulidade relativa quando a regra do art. 212 é inobservada. Tal entendimento exige a difícil demonstração da ocorrência de prejuízo processual causado à parte interessada, sob pena de invocação do brocardo *pas de nullité sans grief*.⁽⁶⁾ De outro lado, existem julgados que reconheceram a nulidade processual sob outros fundamentos que não exatamente a violação ao regramento em específico, tais como a ausência do representante do Ministério Público em audiência⁽⁷⁾ ou quando o comportamento do juiz tenha efetivamente substituído por completo a parte ao iniciar a inquirição, tornando, assim, praticamente desnecessária a intervenção daquele que arrolou a testemunha, com evidente quebra da imparcialidade do julgador.⁽⁸⁾

Evidentemente que a alteração da sistemática de inquirição exige uma postura muito mais participativa, perspicaz, atenta e dinâmica, tanto da defesa quanto da acusação.⁽⁹⁾ É que, diferentemente do papel reservado ao juiz que preside a audiência,⁽¹⁰⁾ pela sistemática do *direct* e *cross examination* incumbe às partes o dever e o ônus de produzir a prova testemunhal que entenda necessária e pertinente ao desfecho da causa, cada qual trilhando o caminho previamente traçado para que o objetivo condenatório ou absolutório seja reconhecido por ocasião do julgamento. Ao magistrado, reserva-se o direito de complementação, de preenchimento de eventuais lacunas importantes ao correto acerto objetivo do fato.⁽¹¹⁾

De qualquer modo, com todo respeito aos que perfilham entendimento diverso, não conseguimos compreender as razões expostas por aqueles que insistem em afirmar que cabe ao juiz iniciar a inquirição de testemunha em audiência de instrução criminal. Essa exegese do novo – aliás, nem tão novo assim, pois já se passaram mais de cinco anos! – art. 212 do CPP parece ser uma maneira bem brasileira, tupiniquim mesmo, do sistema do *cross examination*. Em resumo, é difícil acreditar que um dispositivo legal que veio para modificar determinada técnica de produção da prova, prestigiando o sistema acusatório inerente a um processo penal de partes, não tenha encantado e seduzido como era de se esperar. Complicado, também, compreender a razão da alteração legislativa se, ao fim e ao cabo, tudo permanece praticamente igual ao que passava antes.

Notas

- (1) Com a encetada reforma o dispositivo passou a ter a seguinte redação: “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.
- (2) GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 152-153. No mesmo sentido, cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal – Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 385. Antes mesmo da reforma de 2008, asseverava Marcos Alexandre Coelho Zilli: “Mas há de ser repensada a forma de inquirição das testemunhas, não havendo mais espaço, em um processo penal inspirado pelo espírito democrático, para o festejado e culturalmente enraizado sistema presidencial. Nesse sentido, mais lógica apresenta-se a experiência ‘adversarial’ com as correções de rota que a tornem mais adequada a um processo cooperatório desenvolvido por todos os sujeitos, sem que ao juiz caiba, apenas, um imobilismo de todo inaceitável. Assim, a cada sujeito parcial, incumbiria, inicialmente, a inquirição da testemunha por ele arrolada, o que seria realizado diretamente, ou seja: sem a interferência prévia do juiz, a quem, de qualquer forma e por óbvio, caberia o poder-dever de fiscalizar e interferir, sempre que necessário, para o bom andamento dos trabalhos. Nesses termos, a formatação ‘adversarial’ traz inegáveis benefícios justamente por abrir espaço para que a exploração da prova seja efetuada, inicialmente, pelo sujeito parcial responsável pela

O art. 212 do CPP é de clareza meridiana!
E a nova sistemática fica ainda mais
evidente quando se extrai, do parágrafo
único do referido artigo, a possibilidade
de o juiz *complementar* a inquirição
sobre pontos não esclarecidos

introdução daquela fonte de prova no processo” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa probatória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 189-190).

- (3) AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 68-69.
- (4) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. O autor afirma: “A razão da contradição pode ser o fato de que os destinatários da prova testemunhal, no Tribunal do Júri, são os juízes leigos, e, se as partes tivessem a palavra para iniciar a inquirição das testemunhas poderiam, de forma abusiva, fazer perguntas sugestivas ou capciosas, gerando situações com potencial de induzir o Conselho de Sentença a erro. Assim, as perguntas iniciais do magistrado podem contribuir para evitar esses problemas, posto que às partes restariam apenas as reperguntas” (idem, ibidem, p. 171).
- (5) Interessante dizer que parte da doutrina sustenta que a alteração trazida pela Lei 11.690/2008 não modificou a ordem de inquirição na instrução criminal, cabendo ao juiz continuar a ser o primeiro a indagar as testemunhas. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009. p. 105-108; JESUS, Damásio E. *Código de Processo Penal anotado* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008. p. 302.
- (6) Nesse sentido: STJ, HC 268.858/RS, 5.^a T., rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 03.09.2013; STJ, HC 162.238/MG, 6.^a T., rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 01.08.2013; STJ, HC 171.851/MS, 6.^a T., rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJe 02.04.2013; STF, HC 103.525/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 27.08.2010.

- (7) Nessa linha, cf.: STJ, REsp 1.259.482/RS, 5.^a T., rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 27.10.2011.
- (8) Reconhecendo a quebra da imparcialidade do juiz, interessante o debate travado entre os Ministros da 6.^a T. do STJ por ocasião do julgamento do HC 212.618/RS, publicado no DJe de 17.09.2012.
- (9) BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*, 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 299.
- (10) Sobre a postura do juiz, obtempera **Aury Lopes Junior**: “Será que os juízes brasileiros, acostumados com a postura inquisitória, de proceder ativamente na coleta da prova, serão capazes de compreender a marca do sistema acusatório que se pretende imprimir na instrução? Esperamos que sim, pois agora o papel do juiz na instrução é o de filtro contra indúziamentos e de atuação complementar, secundária, portanto, na coleta dos depoimentos” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*: 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 602-603).
- (11) Afirma **Paolo Tonini**: “Alcança-se o grau máximo de objetividade quando o juiz está em situação de plena imparcialidade, também no aspecto psíquico, em relação à prova. Essa situação ocorre quando compete às partes buscar a prova, requerer sua admissão e produzi-las, formulando perguntas às testemunhas e aos outros sujeitos que prestam declarações como acontece no ordenamento italiano. Se fosse atribuído ao juiz o poder de buscar as provas e formular perguntas, ele, de maneira inconsciente, tenderia a escolher a tese da acusação ou a da defesa” (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 49).

Willy Lopes Sucasas
Advogado.

Art. 212 do CPP: mera formalidade?

Renato Silvestre Marinho e Anderson Bezerra Lopes

Como se sabe, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi editado no início da década de 40 do século passado, o que faz com que seus dispositivos originais tenham que ser frequentemente revistos, modificados e reinterpretados, considerando a inevitável mudança da realidade social, a evolução da dogmática processual e, sobretudo, a promulgação da Constituição de 1988, sendo certo que esta inaugurou um novo modelo de Estado – Estado Constitucional e Democrático de Direito – no qual todos os ramos do Direito devem ser lidos, interpretados, (re)construídos a partir dos valores democráticos presentes no texto constitucional.⁽¹⁾

No ano de 2008, nesse contexto de necessidade de mudanças e de adaptação ao novo modelo de Estado, foram promulgadas as Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas responsáveis por alterar dispositivos do CPP, no que ficou conhecido como Reforma Processual Penal de 2008.

A primeira dessas leis – 11.689 – teve o condão de modificar todo o procedimento do Tribunal do Júri. A Lei 11.690, por sua vez, alterou alguns dispositivos relativos à prova. E, finalmente, a Lei 11.719 trouxe mudanças no que concerne à suspensão do processo, à *ementatio libelli* e à *mutatio libelli*, e aos procedimentos.

Para o escopo do presente estudo, interessa observar que a principal finalidade da inovação legislativa foi adequar o antigo CPP ao conteúdo do texto constitucional de 1988, buscando, a todo o momento, concretizar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, modelando um processo penal de caráter acusatório, próprio dos regimes democráticos.⁽²⁾

Entre essas mudanças, chama à atenção a nova redação do art. 212 do CPP,⁽³⁾ conferida pela Lei 11.690/2008, responsável por consignar a inquirição direta das testemunhas pelas partes e a atuação apenas

complementar do juiz. Com a alteração, cada parte inicia e conduz a inquirição da testemunha por ela arrolada, passando, em seguida, à inquirição feita pela parte contrária, em um modelo cruzado, podendo o juiz, ao final, apenas esclarecer algum ponto eventualmente obscuro (exame direto e cruzado).

Trata-se de verdadeira eliminação do vetusto sistema presidencialista de inquirição de testemunha, segundo o qual o juiz assumia o papel de protagonista na produção da prova testemunhal, restando às partes apenas uma secundária inquirição indireta e complementar.

O objetivo da mudança foi, a toda evidência, melhor delimitar as funções de acusar, defender e julgar, em prol da garantia de um julgador o mais imparcial possível, no âmbito de um sistema acusatório, em franca concretização do princípio constitucional do contraditório.⁽⁴⁾ Nesse novo sistema, a gestão da prova deixa as mãos do julgador (sistema inquisitorial) e passa para as partes (sistema acusatório). Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático.⁽⁵⁾

Embora a maioria dos juízes tenha assimilado imediatamente o sistema de inquirição direta pelas partes, o que se observa, na prática, é que parte deles, de forma espantosa – talvez com receio de eventual perda de “poder” ou por mero interesse na preservação de uma prática arraigada na cultura forense inquisitorial –, permanece presa ao superado sistema presidencialista, iniciando e conduzindo a inquirição das testemunhas e deixando às partes a atuação complementar, residual.

Cuida-se, por certo, de conduta violadora do devido processo legal – pelo que ignora a normativa processual penal vigente (ato processual atípico) – e que afronta o princípio constitucional do contraditório, vulnerando a formatação do modelo acusatório e a garantia de imparcialidade do juiz.

O tema já vem chegando aos tribunais e a maioria dos julgados, reconhecendo toda a mudança de concepção do processo penal, atesta a alteração na ordem de inquirição de testemunhas operada pelo art. 212 do CPP. Todavia, com alguma variação, grande parte dos julgados fundamenta que a desobediência à ordem estabelecida no dispositivo configuraria apenas uma “nulidade relativa”, exigindo, portanto, arguição imediata e demonstração de efetivo prejuízo.⁽⁶⁾

Cuida-se, porém, de argumentação simplista e destituída de amparo constitucional. Em se tratando de norma processual concretizadora de direito fundamental, o prejuízo decorrente da atipicidade é presumido, prescinde de demonstração. Como destacado pelo STJ ao analisar tema semelhante, “a não observância ao devido processo legal, na forma como previsto em lei, constitui preceito que veicula norma de direito fundamental, e, portanto, a nulidade que daí decorre jamais pode ser tida como meramente relativa. O desrespeito a direito fundamental tem por nota prejuízo ínsito e impossibilidade de convalidação”.⁽⁷⁾

Em verdade, a jurisprudência faz uma equivocada leitura do problema quando o trata como mera inversão da ordem de inquirição. Para muito além da simples inversão, isto é, a possibilidade de o inquiridor final (juiz) substituir o inquiridor inicial (partes), o referido entendimento olvida que o papel do inquiridor final é *residual*. Isso porque o parágrafo único do art. 212 do CPP estabelece que o juiz poderá complementar a inquirição “sobre os pontos não esclarecidos”, ou seja, não se trata de uma nova e ampla inquirição, após a inquirição inicial, mas tão somente de uma inquirição complementar sobre pontos obscuros. Sendo assim, ao inquiridor final (juiz) não cabe explorar fatos e circunstâncias novos que não tenham sido explorados pelos inquiridores iniciais (partes), alargando o âmbito de pesquisa, porquanto há uma delimitação *horizontal* de sua inquirição, qual seja, os pontos não esclarecidos. Definido *horizontalmente* o perímetro de pesquisa pelas partes, ao inquiridor final cabe apenas explorar (aprofundar) *verticalmente* o que estiver contido no referido perímetro.

Ademais, a rotulação como “nulidade relativa”, completamente banalizada nos dias atuais, parece esconder a intenção de obrigar a parte interessada a demonstrar aquilo que, no mais das vezes, é indemonstrável, consagrando ilegalidades e, nesse caso específico, contribuindo para a manutenção de um sistema processual marcado pela concepção presidencialista inquisitorial e por uma injustificável resistência às modificações legislativas. Absurdamente, parece ser necessário dizer aos juízes que a normas processuais penais têm vigência em todo o território nacional, indistintamente, sendo vedado a cada um estabelecer, em seu “território”, o rito processual que melhor lhe convier. O devido processo legal, ressalte-se, consagra um sistema com regras previamente determinadas e iguais para todos os participantes. Consagra, em outras palavras, o direito fundamental à estrita observância do procedimento previamente estabelecido em lei.

Diante disso, como exigir da parte provar que o resultado da instrução processual seria diverso caso o julgador tivesse obedecido ao preceito do art. 212 do CPP? O prejuízo causado pela mudança do protagonista, do gestor da prova, é, evidentemente, ínsito ao ato.

Cuida-se, por certo, de conduta violadora do devido processo legal – pelo que ignora a normativa processual penal vigente (ato processual atípico) – e que afronta o princípio constitucional do contraditório, vulnerando a formatação do modelo acusatório e a garantia de imparcialidade do juiz.

Uma inquirição conduzida pelo julgador – a qual, necessariamente, rompe, desde o início, com a delimitação *horizontal* estabelecida pelo legislador – jamais será exatamente igual a uma conduzida pela parte interessada.

Isso sem falar no fato de que a prática de se atribuir à parte interessada o ônus de demonstrar o prejuízo afigura-se, na realidade, como um verdadeiro prêmio àquele que violou o devido processo legal, como uma espécie de “benéfico ao agente infrator”. Muito mais lógico e consonante com o sistema processual penal constitucional seria atribuir justamente àquele que descumprira as regras processuais preestabelecidas o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer prejuízo decorrente da realização do ato processual atípico.

Nunca é demais consignar que, no modelo de Estado propugnado pela Constituição Federal de 1988, em que o processo se coloca como instrumento de proteção de direitos e garantias fundamentais,⁽⁸⁾ a forma do ato se coloca como garantia contra o abuso de poder punitivo estatal. O estabelecimento da ordem de inquirição de testemunhas, portanto, jamais poderá ser taxado de mera formalidade, e não se mostra legítimo, assim, rotular a inobservância dessa forma do ato prevista em lei de simples “nulidade relativa”, pelo que revela evidente violação de direito fundamental. Trata-se, portanto, de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido, prescinde de demonstração.

Notas

- (1) Luís Roberto Barroso sintetiza com precisão o novo cenário: “No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. (...) A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o interprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazer incidir-la; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais” (A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Orgs.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 9-41). Manuel García-Pelayo, no mesmo sentido, afirma que “todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución” (Estado legal e Estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, n. 82, p. 32-45, 1991, p. 41).
- (2) Essa foi a opção do legislador constituinte brasileiro ao definir a promoção da ação penal pública como função institucional do Ministério Público (art. 129, I, da CF).
- (3) “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”
- (4) Segundo Gustavo Badaró, “a essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo. Sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo” (*Direito processual penal*, t. I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 38).
- (5) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 657.
- (6) Nesse sentido, entendendo como nulidade relativa, p. ex.: STF: (HC 114.786/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 27.08.2013; HC 114.787/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 25.06.2013; RHC 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, 2.ª Turma, j. 13.03.2012; HC 112.446/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1.ª Turma, j. 08.05.2012; HC 117.102/

SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, 2.^a Turma, j. 25.06.2013, *HC 115.336/RS*, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2.^a Turma, j. 21.05.2013). *STJ*: (*HC 247.902/RS*, Rel. Min. Marilza Maybard, 5.^a Turma, j. 25.06.2013; *HC 180.787/GO*, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a Turma, j. 16.12.2010; *HC 151.357/RJ*, Rel. Min. Og Fernandes, 6.^a Turma, j. 21.10.2010; *HC 212.618/RS*, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. p/acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, 6.^a Turma, 24.04.2012; *RHC 27.555/PR*, Rel. Min. Og Fernandes, 6.^a Turma, j. 11.05.2010; *HC 121.215/DF*, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/acórdão Min. Og Fernandes, 6.^a Turma, j. 01.12.2009). Em sentido contrário, entendendo como nulidade absoluta, p. ex.: *STJ*: (*HC 151.054/AP*, Rel. Min. Adilson Macabu, 5.^a Turma, j. 01.12.2011; *HC 153.140/MG*, Rel. Felix Fischer, 5.^a Turma, 12.08.2010; *HC 145.182/DF*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, j. 04.02.2010; *HC 137.089/DF*, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.^a Turma, j. 22.06.2010; *HC 137.091/DF*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.^a Turma, j. 01.09.2009; *HC 121.216/DF*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, 19.05.2009).

- (7) *STJ*, *HC 128.591/DF*, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.^a T. j. 02.02.2010. Nesse sentido, a lúcida lição de Luigi Ferrajoli: “Um Código de Processo

que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido. Por isso a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça” (*Direito e razão*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 572).

- (8) LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 78-81.

Renato Silvestre Marinho

Mestre e Doutorando em Direito Penal pela USP.
Advogado.

Anderson Bezerra Lopes

Mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Advogado.

A Lei 12.850 e a nova redação do art. 288 do Código Penal

Rafael Barros Bernardes da Silveira

No dia 16 de setembro de 2013 entrou em vigor a Lei 12.850. Sua edição veio reafirmar o compromisso assumido dezoito anos atrás pelo Estado brasileiro no combate ao crime organizado, feito com a edição da Lei 9.034/1934. Contudo, nesse tempo decorrido, o mencionado diploma legal foi alvo de duras críticas em razão de diversas falhas técnicas. Entre elas, a mais destacada foi a ausência de uma definição precisa do delito de organização criminosa. Para corrigir tais equívocos, a Lei 12.850 foi editada, com o objetivo de tipificar o crime de organização criminosa no país e dispor sobre medidas especiais de investigação para tal âmbito. Porém, a norma foi além e trouxe outras disposições. Entre elas, veio a alteração do art. 288 do Código Penal, dando-lhe uma nova redação.

Em razão dessa alteração, o tipo penal incriminador do art. 288 tem agora nova denominação. Foi abandonada a nomenclatura “quadrilha ou bando”, tida como antiquada e ambígua por ensejar debate inócuo, na tentativa de diferenciar esses dois institutos (o que em nada importava para a aplicação do mencionado dispositivo).⁽¹⁾ O novo *nomen juris* do delito passa a ser “associação criminosa”.

Ademais, a quantidade de indivíduos necessários para a configuração do delito sofreu diminuição. Em sua redação pretérita, o dispositivo trazia o seguinte conteúdo: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”. Com a edição da nova lei, o dispositivo passará a ter a seguinte redação: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”.

A pena cominada à infração não sofreu modificações, mantendo-se a reclusão de um a três anos. Contudo, a causa de aumento de pena trazida pelo parágrafo único do artigo em análise passou a ter nova redação, determinando o aumento de pena de até a metade “se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente”.

Essa nova sistemática representa uma *novatio legis in mellius* já que a causa de aumento de pena para a associação criminosa armada diminuiu consideravelmente – de “até a metade” hoje para “até o dobro” na redação superada. Portanto, seguindo o *status* constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, essa inovação legislativa favorável ao réu tem aplicabilidade imediata, sem nenhuma ressalva, mesmo durante o período de *vacatio* da lei (que foi de 45 dias).⁽²⁾

Em contrapartida, a nova redação do parágrafo único inovou

ao prever o aumento de pena no caso de participação de criança ou adolescente na associação criminosa.

A inovação implementada dividiu posições entre especialistas. Entrevistado a respeito do tema, o criminalista **Pedro Paulo de Medeiros**, conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil, defendeu que a nova norma corrige uma distorção:

“Há uma devida correção à proporcionalidade, pois antes a pena iria de 2 a 6 anos caso a quadrilha ou bando utilizasse arma, e de 1 a 3 se não utilizasse. Agora, caberá ao juiz dosar, podendo ir – na pior hipótese para o acusado, com causa especial de aumento de pena aplicada em seu limite máximo – de 1 ano e 6 meses até 4 anos e 6 meses, para crimes praticados por associação criminosa”.⁽³⁾

Em contrapartida, o promotor de Justiça **André Luis Alves de Melo** considera “a diminuição um equívoco que irá beneficiar grupos que praticam assaltos a bancos ou explodem caixas eletrônicos”.⁽⁴⁾ Esta é a mesma posição de **Nucci** ao apontar que “O aumento foi estabelecido em parâmetros equivocados: até a metade”.⁽⁵⁾

A nova sistemática também modificou a descrição típica do crime de associação criminosa, com o acréscimo do termo “específico”, que qualifica o fim para o qual se associam os agentes envolvidos no delito em comento. A saber: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim **específico** de cometer crimes” (grifo nosso). Indubitavelmente, tal acréscimo promoveu uma mudança significativa na amplitude do tipo penal. Com efeito, tal modificação ainda é muito recente, por isso não foi exaustivamente debatida pela literatura jurídica nacional. Mas vale destacar que mesmo entre aqueles que já se manifestaram sobre o tema, encontram-se autores consagrados que ignoraram sua importância. Notadamente, apontou **Nucci** que “A alteração não provoca nenhum efeito prático”.⁽⁶⁾ Respeitosamente, ousamos discordar da posição do renomado autor.

Na sistemática superada, o fim da associação poderia ser a prática de crimes em conjunto com outro fim, lícito ou ilícito. Agora, a associação de três pessoas para a prática de crimes somente configurará a associação criminosa do art. 288 desde que se dê para o fim **específico** da prática de crimes. Desta feita, o universo de condutas incriminadas pela nova redação é menor que o anterior. Nesse sentido, exemplificam **Greco e Estellita**:

“Um exemplo ajuda a demonstrar o que se afirma. Se, até o advento da lei, uma associação de quatro pessoas para fins de execução autorizada de grafites em áreas urbanas, que também realizasse, casualmente, grafites em propriedades alheias sem autorização, poderia ser considerada uma quadrilha ou bando, com a nova redação, porém, ausente a finalidade criminosa específica da associação, não há mais que falar no delito do artigo 288 do CP”.⁽⁷⁾

Essa medida deve ser entendida como um avanço, e para dimensionar seus efeitos é necessário analisar a estrutura do delito de associação criminosa.

O crime de “associação criminosa”, assim como seu antecessor, está inserido no código penal no título dos crimes “contra a paz pública”. Por esse motivo, a literatura jurídica majoritária identifica esse atributo como sendo o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em comento. É esta a posição de **Nucci**, por exemplo, comentando a nova redação do art. 288, ao afirmar que “o delito continua tendo por objeto jurídico a paz pública”.⁽⁸⁾

Contudo, a questão sobre o bem jurídico do dispositivo incriminador em questão gera grandes debates. Parcela minoritária da doutrina defende que a paz pública (e igualmente a ordem pública ou noções similares) não pode ser entendida como bem jurídico capaz de justificar qualquer incriminação. Com efeito, esse atributo não pode ser afetado sem que, ao mesmo tempo, outro bem qualquer seja afetado. Em outras palavras, para que a “paz pública” seja afetada por uma conduta delituosa é necessário que essa conduta atinja a vida, a propriedade ou outro bem qualquer. Por isso, esse suposto bem coletivo não representa nada para a justificação da incriminação da conduta. É um bem jurídico redundante. Este é o posicionamento defendido por **Greco e Estellita** em 2011 ao tratarem do extinto crime de “quadrilha ou bando”, reafirmado recentemente para o novo delito criado. O trecho a seguir sintetiza com precisão esse posicionamento:

“Como o bem jurídico coletivo ou supraindividual paz pública é redundante, os tipos de associações criminosas devem ser entendidos como protetores dos bens que poderão vir a ser lesionados pelos delitos fim da associação. A principal vantagem da abordagem aqui defendida é que ela fornece parâmetros para criticar e interpretar restritivamente os dispositivos de associação, o que não poderia ser feito com igual clareza caso se partisse do bem coletivo”.⁽⁹⁾

Dessa maneira, a posição minoritária, da qual fazem parte **Greco e Estellita**, nega a relevância do atributo da paz pública para a incriminação dos crimes de associação, e aponta que nesses delitos os bens jurídicos protegidos seriam aqueles que poderiam vir a ser lesados pelas ações do grupo criminoso.

Entretanto, essa colocação não soluciona a questão da estrutura do

delito de associação, somente define qual o bem tutelado no crime em análise. Notadamente, enquanto o conceito de bem jurídico se relaciona a “o que” o tipo penal está protegendo, a estrutura do delito se refere ao “como”. Conforme defende a doutrina de vanguarda, a estrutura do delito para a proteção de bens pode se realizar de maneira legítima somente por meio dos delitos de lesão (ofensa efetiva ao bem tutelado), e dos delitos de perigo concreto (no qual a conduta delituosa expõe o bem tutelado a uma situação de fragilidade efetiva, que só se salva por obra do acaso).

Os delitos de associação se enquadrariam no rol de delitos de perigo abstrato e, portanto, numa análise preliminar, não representariam uma incriminação legítima. Entretanto, defende **Greco⁽¹⁰⁾** em trabalho detalhado sobre a sistemática dos crimes de perigo abstrato que a análise quanto à legitimidade da incriminação dos delitos dessa espécie não pode pretender dar soluções globais. Cada tipo incriminador merece uma avaliação com critérios específicos de legitimidade.

Com efeito, **Greco e Estellita** realizam essa análise para os delitos de associação. Após solucionar a questão dos bens jurídicos, anteriormente mencionada, os autores apontam que a incriminação da associação se justifica na especial periculosidade dessa conduta. Conforme esclarecem os autores:

“Como a realização de um dos tipos mencionados [crimes contra a vida, integridade física, patrimônio, dentre outros] juntamente com outras pessoas já é punível segundo esses próprios tipos, (em conjunto com as regras do concurso de pessoas do art. 29 do CP), o perigo que justifica uma antecipação da proibição tem que ser superior até mesmo ao perigo já existente no fato de alguém atuar ao lado de outras pessoas. Esse especial perigo só poderá consistir na própria estrutura da organização, em algo como uma tendência objetiva na prática de delitos”.⁽¹¹⁾

Portanto, o perigo que legitima a tipificação da associação criminosa é o fato de esse grupo estar orientado de maneira inequívoca e objetiva no sentido de cometer crimes. E, somente esse perigo é que justifica uma antecipação da punibilidade de eventuais delitos a serem praticados pelo grupo. Tendo em vista, ainda, que esses bens já são tutelados por outros tipos penais, o delito de associação tem de apresentar um conteúdo de desvalor autônomo para justificar sua incriminação, qual seja, a orientação objetiva no sentido de praticar crimes.

Todas essas ponderações dos autores analisados apontam para a proposta de uma interpretação restritiva do alcance do tipo do art. 288, para contemplar somente as organizações que atendem a esse requisito de desvalor autônomo.

Nesse sentido é que a nova redação do art. 288 apresenta um avanço na delimitação do alcance do tipo penal, ao promover a inclusão do

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 Stanziola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius 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 Suguimori Santos, Indaiá

Lima Mota, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, 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 - lililungarezi@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 (tranco-chave)
www.ibccrim.org.br

termo “específico”, qualificando o fim para o qual se associam os agentes envolvidos no delito em comento. A medida legislativa contempla em grande medida a proposta de **Greco e Estellita**, e nesse sentido os autores se manifestaram logo após a edição da lei:

“A alteração é um progresso. Ela pode ser entendida como uma tentativa de contemplar, já na letra do tipo penal, o desvalor do objeto da proibição, antes somente alcançado pela via de uma interpretação restritiva do tipo penal orientada pelo bem jurídico tutelado, conforme afirmávamos, já em 2011”.⁽¹²⁾

Em contrapartida, a inovação legislativa também foi alvo de críticas pelos autores. Conforme observaram, o legislador não primou pela melhor técnica redacional. O termo inserido – fim **específico** – qualifica a finalidade da associação, e, por isso, é um elemento subjetivado, que se relaciona ao caráter volitivo dos agentes. Tratar de atributos volitivos gera grandes dificuldades probatórias e de fundamentação.

A despeito das críticas, a nova redação do art. 208 tem que ser celebrada. Ela tem elementos de lei penal mais favorável, ao trazer a causa de aumento de pena para a associação armada para parâmetros mais adequados. E, principalmente, aponta o compromisso do legislador com uma interpretação do delito de associação que leva em conta o seu conteúdo de desvalor autônomo, em observância à estrutura do delito e aos bens jurídicos tutelados. Em última análise, esses institutos dizem respeito à questão da legitimidade da incriminação do delito de associação, que por sua vez é discussão sobre a legitimidade do poder de incriminar. Perceber um legislador comprometido com essas limitações é confiar na efetivação do Estado Democrático de Direito, o que só pode ser motivo de enaltecimento.

Notas

- (1) NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa* – comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: RT, 2013. p. 105.

- (2) *Idem*, 2013, p.107.
- (3) ROVER, Tadeu. Novo Paradigma – Lei facilita enquadramento de crime como quadrilha. *Consultor Jurídico*. 31 ago. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-31/lei-facilita-enquadramento-crime-quadrilha-reduz-penas>>. Acessado em 14 out. 2013.
- (4) *Idem, ibidem*.
- (5) *Idem*, p.107.
- (6) *Idem*, p.106.
- (7) ESTELLITA, Heloisa, GRECO, Luís. Nova definição de organização criminosa é progresso. *Consultor Jurídico*. 14 set. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-14/definicao-organizacao-criminosa-progresso-legislacao>>. Acessado em 14 out. 2013.
- (8) *Ibidem*, p.106.
- (9) ESTELLITA, Heloisa, GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 91, jul.-ago. 2011, p. 400.
- (10) GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, jul.-ago. 2004, p. 89-143.
- (11) *Idem*, p. 402
- (12) ESTELLITA, Heloisa, GRECO, Luís. Nova definição de organização criminosa é progresso. *Consultor Jurídico*. 14 set. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-14/definicao-organizacao-criminosa-progresso-legislacao>>. Acesso em: 14 out. 2013.

Rafael Barros Bernardes da Silveira

Pós-graduando em Direito Penal pelo
Centro Universitário Newton Paiva.
Associado do Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais (IBCCRIM).
Advogado.

O direito de protestar e sua relação com o direito penal

Giancarlo Silkunas Vay

“A praça! A praça é do povo/Como o céu é do condor/É o antro onde a liberdade/Cria águias em seu calor./Senhor!... pois quereis a praça?/ Desgraçada a população/Só tem a rua de seu.../Ninguém vos rouba os castelos/Tendes palácios tão belos.../Deixai a terra ao Anteu”.⁽¹⁾

Conforme restou consignado no Informe Anual de 2002 da Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a falta de poder de voz e de ingerência na elaboração de políticas públicas é fator que influi no aumento da sensação de vulnerabilidade e na incapacidade da população pobre para proteger-se dos possíveis abusos a seus direitos.

Não é por outra razão, pelo que aponta o Informe de Desenvolvimento Humano de 2000 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD),⁽²⁾ que as pessoas passaram a reivindicar algo mais que participar passivamente da gestão da sociedade ao lançar seus votos nas eleições, buscando participar ativamente nos processos decisórios e nos demais acontecimentos que determinam suas vidas, tal como sói de acontecer na passagem do modelo de democracia representativa para o de democracia participativa.

Ocorre que, excetuadas louváveis exceções,⁽³⁾ esse modelo de democracia ainda não faz parte da realidade brasileira, sendo que, ainda que houvesse disposição do governo em relação à participação do povo em

espaços decisórios, para que tal participação se tornasse efetiva, qualificada, seria necessário que se garantisse que tais pessoas estivessem minimamente capacitadas “para travar um diálogo de igual para igual, com capacidade de formular argumentos e reagir às propostas”,⁽⁴⁾⁽⁵⁾ o que somente se poderá operar com a proteção ao direito de reunião e de informação-expressão.

Nesse cenário, cada vez mais os protestos e demais mobilizações sociais passaram a constituir relevantes ferramentas de contestação para levar às autoridades públicas as insatisfações populares, oportunidade em que, ademais, se propicia a qualificação da opinião dos manifestantes em razão do intercâmbio de ideias apresentadas.

Previsto na Constituição Federal como um direito fundamental (art. 5.º, XVI), o direito à reunião pacífica, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente, encontra correspondência no art. 15 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

De igual sorte, o direito à informação-expressão está previsto no texto constitucional nos arts. 5.º, IX, XIV, XXXIII, LXXII, e 220, encontrando correspondência no art. 13 da CADH, o qual relaciona o direito à liberdade de expressão com a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou

por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha, vedada a censura prévia, mas permitida a responsabilização ulterior desde que expressamente prevista em lei, e se necessária para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas.

Assim sendo, nas palavras do professor **José Fernando Botero Bernal**,⁽⁶⁾ a reunião de pessoas, nas condições estabelecidas pela Constituição e pela CADH, não poderia ser vista de forma diversa do que o acordar, o comer ou o andar pela calçada ou por uma praça pública. Trata-se de um direito, tal como tantos outros, ao que não compete a alguém (seja ou não funcionário público) questionar o porquê se faz ou deixa de fazer. O faz (ou não) porque é o exercício de um direito e isso já deveria bastar.

Quanto a esse aspecto não há maiores questionamentos. Já se tem por estabelecido o que é permitido pela Constituição e pela CADH, ao que resta apontar o como tal direito pode ser efetivamente exercido, algo que tem preocupado sobremaneira os políticos, a mídia e parcela da doutrina, principalmente após as chamadas “Jornadas de Junho” que ocorreram em todo o país no ano de 2013.

Entre as diversas formas de reuniões possíveis de serem realizadas, podem-se elencar os meros encontros, os eventos culturais em geral, as aulas públicas,⁽⁷⁾ as passeatas, os protestos, as milícias, e tantas outras possibilidades de reuniões quantas forem os anseios das pessoas envolvidas.

Especificamente quanto aos protestos, **José Fernando Botero Bernal** aponta⁽⁸⁾ que é ínsito a tal modalidade de reunião algum grau de lesão a direitos alheios, inclusive como forma de causar o impacto necessário a fim de que a pretensão veiculada efetivamente alcance o seu destinatário e, assim, sejam alcançadas as mudanças desejadas. Exemplificativamente, parece impossível pensar em um protesto que não inflija certo grau de perturbação ao sossego das pessoas que habitam ou trabalham próximas ao local em que o evento ocorre, em razão do acúmulo de pessoas na via pública, do barulho ou da obstrução de vias importantes.

De outra sorte, conforme **Eugenio Raúl Zaffaroni**,⁽⁹⁾ pode-se classificar em duas espécies os protestos: os *institucionais* e os *não-institucionais*.

Os protestos institucionais seriam aqueles em que a reunião se daria em conformidade com o ordenamento jurídico: que respeita o aviso prévio às autoridades competentes, que obstrui a via pública por tempo determinado e não prolongado, que não conspurca os bens públicos e que não causa nenhuma espécie de conduta que possa ser classificada como violadora da lei. Seriam considerados sempre como condutas atípicas.⁽¹⁰⁾

Os protestos não-institucionais, por sua vez, trariam certa dose de transgressão ao ordenamento jurídico, o que poderia acarretar o cometimento de condutas ilícitas, mas que não necessariamente têm relevância penal, uma vez que apenas uma parcela das condutas ilícitas encontra-se formalmente tipificada por lei penal e, dessas, apenas algumas apresentam alto grau de lesividade a bem jurídico a justificar o emprego da violência Estatal institucionalizada.⁽¹¹⁾ Assim, condutas próprias dos contextos de protesto, como pequenas lesões ao patrimônio público (v.g. colocar fogo em lixeira ou deteriorar uma viatura policial), pequenas lesões ao patrimônio particular (v.g. a quebra de alguns vidros de instituição bancária ou pequenas subtrações de grandes empresas) e o ato de pichar bens públicos,⁽¹²⁾ seriam consideradas atípicas em razão da ausência de expressiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma independentemente de se estar no contexto de protesto ou não, muito embora possam representar alguma relevância às demais áreas do Direito, notoriamente no âmbito civil e, se for o caso, administrativo.

O postulado de *minimis, non curat Praetor*, incorporado no ordenamento jurídico pátrio por meio dos princípios constitucionais da lesividade e da proporcionalidade, aceito amplamente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores na figura do “princípio da insignificância”, não passa a ser inaplicável pelo simples fato de que a conduta se deu em contexto de protesto. Entender de tal forma seria uma frontal violação ao direito fundamental de liberdade de reunião e de expressão do cidadão, justamente

porque o protesto (que é uma espécie de reunião) é um direito e, por tal razão, seu exercício não pode trazer nenhuma consequência negativa àquele que o exerce.

É por igual razão que toda e qualquer tentativa legislativa de criminalizar movimentos sociais e protestos, ou conceber tratamento mais gravoso para os que deles tomem parte, deve ser veementemente rechaçada por padecer de inconstitucionalidade em sua gênese, uma vez que não respeita o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Trata-se da *proteção pela dignidade*, em que o princípio da dignidade da pessoa humana é compreendido como limite dos limites dos direitos fundamentais, ou seja, como restrição “à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o fim de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.”⁽¹³⁾

A limitação ao direito de reunião por meio de processos de criminalização fatalmente gera um efeito inibidor, dissuasivo, sobre essa forma de expressão participativa dos setores da sociedade que apresentam mais dificuldades em acessar – e em obter retorno satisfatório – (d)os canais institucionais de denúncia,⁽¹⁴⁾⁻⁽¹⁵⁾ ao que a mera alusão genérica à “ordem pública” não poderia de forma alguma ser justificativa para tanto, uma vez que essa deve ser relacionada aos fins democráticos a que se presta – conforme disposição do preâmbulo e do art. 15 da CADH – e não como escudo para a defesa daqueles que se veem alvo da contestação popular. Não é por outra razão, aliás, que as leis de desacato já foram reiteradamente apontadas pela CIDH⁽¹⁶⁾ e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH)⁽¹⁷⁾ como incompatíveis com o art. 13 da CADH, em virtude do maior escrutínio da sociedade a que estão sujeitos os funcionários públicos,⁽¹⁸⁾ sendo que, conforme **José Fernando Botero Bernal**,⁽¹⁹⁾ é pelo grau de tolerância à crítica que se verifica o grau de democracia de determinado Estado.

Notas

- (1) Excerto do poema “O povo ao poder”, de Castro Alves.
- (2) Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2000_ES.pdf>, p. 38.
- (3) Como é o caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) que, além de contar com Ouvidoria externa (marca do pioneirismo da DPESP), promove os Ciclos de Conferências para criação dos planos anuais de atuação da Instituição (que contam com participação da sociedade civil e têm como foco a definição das diretrizes institucionais), proporciona o “momento aberto” (para que qualquer pessoa possa levar ao conhecimento do Conselho Superior da DPESP assunto de interesse dos usuários do serviço, da sociedade politicamente organizada e da própria Instituição) e possibilita que a sociedade civil apresente, por meio da Ouvidoria, propostas de teses institucionais (que, aprovadas, nortearão a atuação dos Defensores Públicos e dos Núcleos Especializados, tratando-se de parâmetros mínimos de qualidade a serem observados sempre que forem a melhor solução para o usuário do serviço).
- (4) CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma fenda na Justiça*: a Defensoria Pública e a construção de inovações democráticas. São Paulo: Hucitec, 2010. p. 181.
- (5) Participar não deve ser um movimento passivo, e sim essencialmente ativo, com capacidade de criticar sem estar sujeito a sanções que possam subordinar o trabalho de capacitação a outros interesses. “O processo democrático avança quando a sociedade e o Estado avançam no diálogo – o que implica na formação de um conjunto mínimo de consensos em relação aos conceitos utilizados e à compreensão da matéria em discussão. Não há diálogo quando apenas uma das partes possui toda a informação e a outra sequer compreende” (CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma fenda...*, cit., p. 181).
- (6) Conforme sua apresentação no VI Simpósio Internacional de Direito Penal e Cidadania, organizado pelo Grupo de Estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito, em 27/11/2013 na Universidade Presbiteriana Mackenzie, sobre o tema: “Direito Penal, movimentos sociais e segurança pública”.
- (7) Como, por exemplo, as que se sucederam nos dias 1.º e 3 de julho de 2013, no vão aberto do MASP, na cidade de São Paulo, respectivamente, sobre a desmilitarização da polícia e a democratização da mídia.
- (8) Conforme apresentado no evento mencionado na nota de n.º 6 do presente artigo.
- (9) Derecho penal y protesta social. In: BERTONI, Eduardo Andrés [compilador]. *Es legítima la criminalización de la protesta social?: derecho penal y*

libertad de expresión en América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010, p. 1-16.

- (10) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal y protesta social*, cit., p. 6-7.
- (11) *Idem, ibidem*, p. 5-6 e 7-11.
- (12) Veja-se que o crime previsto no art. 65 da Lei 9.605/1998 (“*Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano*”), para que não se tenha como inconstitucional em razão da ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, deve ser considerado em face de edificação ou monumento urbano que não possa ser facilmente restituído ao *status quo ante*, tal como ocorre em construções de pedra ou metal em que o tratamento para remover a tinta envolveria efetivo dano ao bem (como no caso de ser necessária a raspagem da pedra) ou utilização de materiais de custo significativo (grave) ao patrimônio da vítima. A rigor, não deveria ser tratado diferentemente de uma modalidade qualificada do crime de dano, sempre que irreversível ao estado anterior ou de prejuízo considerável para tanto.
- (13) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 141.
- (14) Informe de 2002 da Relatoria para a Liberdade de Expressão da CIDH.
- (15) No mesmo sentido se pronunciou a defensora pública Daniela Skromov de Albuquerque, coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da DPESP, ao tratar sobre o indiciamento em massa de manifestantes realizado para que, *a posteriori*, se investigue a existência e a autoria de eventual conduta ilícita: “*As pessoas passam a pensar que manifestação não é um direito, que se está sujeito a uma prisão. O recado que se passa é que manifestar-se é sinônimo de perigo, porque você fica sujeito a uma prisão ilegal*” (disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/12/06/>

indiciamentos-de-manifestantes-sao-frageis-e-ameacam-direito-de-protestar-diz-defensora.htm>).

- (16) Exemplificativamente, os Informes sobre Desacato e Difamação Criminal de 1998, 2000, 2002 e 2004 emitidos pela Relatoria para a Liberdade de Expressão.
- (17) “83. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales. Además, al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad” (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>).
- (18) Conforme o art. 11 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da OEA.
- (19) Conforme apresentado no evento mencionado na nota de n. 6 do presente artigo.

Giancarlo Silkunas Vay

Coordenador-adjunto Grupo de Estudos Avançados de Escolas Penais do IBCCRIM (GEA-EP).

Membro do Grupo de Estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD).

Membro do Grupo de Estudos Teorias Críticas do Direito.

Descasos

Um homem de (muita) sorte

Alexandra Lebelson Szafir

Numa cidade litorânea do Estado de São Paulo, houve um latrocínio. Até aí, nada de novo. Mas, naquele caso em particular, a vítima era um cidadão proeminente. A polícia tinha pressa em encontrar o culpado.

Na mesma noite, um pouco mais tarde, Agenor⁽¹⁾ foi preso em flagrante por um roubo – este, felizmente sem mortes – enquanto dirigia um carro na companhia de dois menores. Produtos deste segundo roubo foram encontrados no automóvel.

Pronto: sem qualquer investigação, Agenor foi apresentado à imprensa como autor do latrocínio. O Delegado encarregado do caso, evidentemente, era do tipo que queria, a qualquer custo, dar satisfações à opinião pública apresentando um “*culpado*”, sem maiores preocupações se este era um “*culpado culpado*” ou um “*culpado inocente*”. O importante, parece, era “*mostrar serviço*”.

Ora, quem melhor para representar o papel de culpado que alguém preso em flagrante por um roubo ocorrido pouco depois? Imediatamente, pediu-se – e se obteve – a prisão cautelar de Agenor.

No entanto, Agenor era um homem de MUITA sorte. Por excesso de infrações de trânsito, tinha perdido o direito de dirigir. Para recuperar a carteira de motorista, viu-se obrigado a frequentar um curso no departamento de trânsito local. Era onde estava no momento do latrocínio, segundo ao menos dez testemunhas absolutamente isentas: os demais alunos do cursinho, completos estranhos a Agenor e, portanto, sem qualquer interesse pessoal em inocentá-lo – quem sabe o que teria acontecido se ele não tivesse esse álibi... já vi condenações com menos “provas”.

Graças a esses depoimentos, o inquérito policial que investigava o latrocínio foi arquivado e a prisão cautelar revogada, sendo expedido alvará de soltura.

Apesar de ter se livrado de uma potencial condenação a 20 anos de reclusão – o que não é pouca coisa –, Agenor teria mantido seu *status* de preso (por conta do flagrante de roubo),⁽²⁾ não fosse ele um homem de

MUITA sorte. Mas ocorreu um fato absolutamente único: *ele foi solto por engano!*

Como se sabe, quando um estabelecimento carcerário recebe um alvará de soltura, a regra é que se cheque se o preso está detido por outro(s) processo(s). No caso de Agenor, nunca saberemos ao certo o que aconteceu: se o funcionário responsável por essa checagem, talvez cansado, simplesmente não a fez; ou se, por outra, ao fazer a checagem, vendo dois arts. 157 praticados na mesma data, julgou tratar-se do mesmo processo. O fato é que ficamos incrédulos ao receber o telefonema dele relatando sua soltura.

Não demoramos a perceber que estávamos diante de uma oportunidade rara de obter a liberdade provisória: bastava que ele se apresentasse ao juiz competente, narrando o equívoco antes que este fosse percebido. Diante disso, supusemos, como se justificaria a prisão cautelar? Quantos presos tinham essa chance de demonstrar a desnecessidade da custódia?

Com muito custo, conseguimos convencer Agenor (que estava apavorado pela possibilidade de voltar à prisão) a seguir a nossa orientação. Quando o apresentamos, juiz, promotor de justiça e funcionários do Cartório ficaram igualmente perplexos com a ocorrência inusitada, mas tudo correu bem: a liberdade provisória foi concedida e, ao final, Agenor foi absolvido.

Notas

- (1) Nome trocado.
- (2) Quem milita na advocacia criminal sabe o quanto é difícil conseguir a liberdade provisória em casos de prisão em flagrante por roubo qualificado.

Alexandra Lebelson Szafir

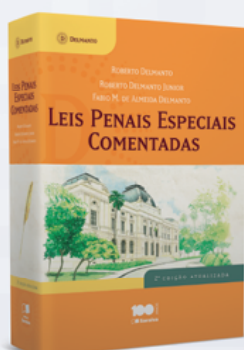
Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)



**Direito
Saraiva**

**A Saraiva, que é referência em
Direito, têm os autores que são
referência em Ciências Criminais.**



**Roberto Delmanto,
Roberto Delmanto Junior
e Fabio M. de Almeida Delmanto**

Leis Penais Especiais Comentadas
2ª edição



Salo de Carvalho

Penas e Medidas de Segurança
no Direito Penal Brasileiro
1ª edição



Maurides de Melo Ribeiro

Drogas e Redução de Danos
– Os direitos das pessoas que
usam drogas
1ª edição



Aury Lopes Jr.

Direito Processual Penal
11ª edição



Vicente Greco Filho

Comentários à Lei de Organização
Criminosa – Lei n.12.850/13
1ª edição



Cezar Roberto Bitencourt

Código Penal Comentado
8ª edição

Mantenha-se informado
sobre as novidades da Saraiva :

 /saraivajur

 @saraivajur

SAC

0800-0557688

De 2ª a 6ª, das 8h30 às 19h30
Fale conosco pelo site:
editorasaraiva.com.br/contato

100 ANOS
 **Saraiva**