

Editorial

Sobre Copa, tapumes e direitos

É chegada a hora da realização da Copa do Mundo no Brasil. Após anos de preparação – e também de considerável despreparo –, não há como ficar indiferente ao evento que se inicia no próximo dia 12 e se encerra um mês mais tarde.

O campeonato mundial de futebol está longe de significar apenas uma competição esportiva e um tempo de festa entre povos de diferentes nacionalidades de que o Brasil e os brasileiros são anfitriões; como se sabe, é ocasião em que olhares da imprensa, de autoridades e de pessoas de todo o mundo estarão voltados para o país, para suas virtudes e mazelas nos mais diversos aspectos. Infelizmente, o acontecimento não revelará à comunidade internacional um país concretamente respeitador de direitos de cidadãos nacionais e estrangeiros em sua plenitude, a despeito do que lhe impõe a abstração normativa da Constituição da República.

Escolhido em outubro de 2007 para sediar o evento, o Brasil se comprometeu a realizar um salto quantitativo e qualitativo em infraestrutura aeroportuária, ferroviária, comunicacional e turística, bem como em matéria de mobilidade urbana e, por fim, nos campos da segurança pública e do respeito aos direitos civis. Passados sete anos, entrega alguns dos mais caros (e, em certos casos, desnecessários) estádios do mundo e poucos terminais aeroportuários ampliados, parte deles mediante obras improvisadas.

Entrega, ademais, um persistente ambiente de efervescência política – e de perplexidade de autoridades e analistas – que não se via há mais de vinte anos. E, inegavelmente, a Copa tem muito a ver com esse ambiente.

É sabido que os protestos multitudinários de um ano atrás foram tonificados pela truculência policial dirigida a cidadãos que se insurgiam contra aumentos nos preços de tarifas de transporte público – quando imagens de abusos policiais praticados em diferentes unidades federativas correram o país e o mundo. Ao longo do tempo, entretanto, o que se viu foi o levante de diversos segmentos em face de questões políticas e sociais de diferentes matizes, catalisados pela contradição existente entre os excessivos gastos públicos com um evento privado e a ineficiência do Estado brasileiro na prestação de serviços essenciais e na tutela da efetividade de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Tal clima de insatisfação popular e de questionamento político jamais foi imaginado por governantes federais, estaduais e municipais, que anos atrás supunham uma inexorável onda de popularidade para o ano de 2014 na esteira da realização do evento.

O desencantamento de cidadãos brasileiros com a política não é imotivado, e menos ainda ao azo da realização do mundial de futebol. Há tempos que se noticiam remoções arbitrárias de moradores carentes do entorno de estádios e de áreas centrais das grandes cidades no contexto das obras para a Copa;⁽¹⁾ adicionalmente, condições precárias de segurança causaram quase uma dezena de mortes de trabalhadores nos canteiros de obras. Intervenções que poderiam produzir benefícios permanentes à população como as de mobilidade urbana concretizaram-se em medida ínfima, evidenciando a inépcia de gestores públicos de diferentes partidos políticos e esferas de poder. Índices

de criminalidade não têm cedido o quanto esperado. E muitos são os indícios de mau uso de dinheiro público naquilo que um dia prometeu ser a “Copa da iniciativa privada”. De outra parte, assistiu-se a uma generosa concessão de privilégios à entidade promotora do evento, providência que não prescindiu da aprovação de uma *lei geral* (Lei 12.663/12) a introduzir no ordenamento proibições penais temporárias com vistas a tutelar os interesses comerciais daquela e de seus patrocinadores oficiais (arts. 30 a 36).

Some-se a isso o fato de que mesmo edificações elementares para a realização do evento – como aeroportos, melhoramentos viários e setores de alguns estádios – não foram concluídas em muitas cidades, as quais ora se utilizam de tapumes e outros disfarces para ocultar materiais e entulhos de obras ainda inacabadas.⁽²⁾ Todavia, os elevados déficits de efetivação de direitos sociais de que ainda padecem os brasileiros não se permitem maquiagem com o uso de tapumes ou quaisquer alegorias.

Ingredientes, portanto, não faltaram à permanência de grupos sociais nas ruas das grandes cidades brasileiras para protestar por direitos individuais e coletivos de toda ordem, atos que não podem ser contidos pela repressão estatal antijurídica, pela intolerância ou incompreensão das autoridades e tampouco pelo entretenimento cultural e esportivo que a Copa do Mundo propicia.

O retorno da população – ainda que desencantada – às ruas implica um resgate de seu protagonismo político, de questionamentos cívicos de diferentes naturezas e de participação democrática. E, à falta de outros que poderia haver, aí talvez resida o grande legado da Copa do Mundo para a sociedade brasileira: uma população pode apreciar futebol em elevada medida sem permitir que tal apreço ofusque o seu direito de desafiar os critérios adotados na eleição de prioridades para uso do orçamento público e a sua legítima luta por direitos; ao contrário, manifestantes têm a consciência de estar diante de momento histórico oportuno para apontar mazelas e reivindicar direitos sociais elevados ao *status* de fundamentais pela ordem constitucional vigente no país desde 1988, mas ainda carentes de afirmação concreta em toda parte.

Se, no ano passado, a violência policial foi o estopim para a multiplicação e intensificação das manifestações populares, a inserção da Copa do Mundo no calendário político deste ano revela-se oportuníssima para o amadurecimento da consciência política e cidadã de muitos brasileiros, os quais têm demonstrado que o antigo ópio do povo já não apresenta os mesmos efeitos distrativos de tempos idos.

Vai ter Copa, enfim. Ao ensejo da realização do evento, é tempo de desejar êxitos ao Brasil não só nos campos de futebol mas, e sobretudo, nos campos da cidadania, da proteção e efetivação dos direitos humanos fundamentais e da consolidação da democracia.

Notas

- (1) *The State of the world's human rights*. Amnesty International Report, 2013, p. 46-47.
- (2) Ver: *Copa do tapume: Prefeituras e Estados apelam ao improviso para esconder e maquiagem atraso em obras*. *Folha de S. Paulo*, 24.05.2014, p. A-16.

| Editorial

Declaração de Göttingen sobre Polícia e Investigação no Brasil _____ 2

Três vidas de uma História: homenagem a Nilo Batista, Vera Malaguti de Souza Weglinski Batista e ao casal Batista Vera Regina Pereira de Andrade _____ 3

Palestina, *status* de observador não membro das Nações Unidas e jurisdição do TPI Kai Ambos _____ 5

Maus antecedentes e reincidência: uma (re)leitura epistemológica Antonio José F. de S. Pêcego _____ 6

Novamente (ou ainda?) redução da idade penal como solução: qual problema se pretende resolver? Máira Cardoso Zapater _____ 9

Princípio da confiança em Direito Penal Victor Augusto Estevam Valente _____ 10

Por uma concepção minimalista do delito informático Leonardo Rezende Cecilio _____ 13

Viagem com Adauto Suannes Edmeu Calmesini _____ 16

| Projeto de Código Penal em Debate

Primeira questão: o PLS 236/12 contém um Código Penal? Mariângela Gama de Magalhães Gomes _____ 17

| Descasos

Ad hoc Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1757

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA Superior Tribunal de Justiça _____ 1760

| JURISPRUDÊNCIA Supremo Tribunal Federal _____ 1761
Superior Tribunal de Justiça _____ 1762
Superior Tribunal Militar _____ 1763
Tribunal Regional Federal _____ 1763
Tribunal de Justiça _____ 1764

Declaração de Göttingen sobre Polícia e Investigação no Brasil

Nos dias 14 e 15 de abril de 2014, promovido pelo Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL), da Georg-August-Universität Göttingen, foi realizado o Seminário “Polícia e Investigação no Brasil”, em Göttingen, na Alemanha, em que as conclusões finais foram as seguintes:

Considerando os atuais discursos e práticas de segurança pública no Brasil.

Considerando as recentes manifestações populares havidas no ano de 2013.

Considerando os megaeventos esportivos que ocorrerão nos anos de 2014 e 2016.

Constatando a grande influência do inquérito policial na formação do convencimento judicial.

Constatando a crescente e desregrada ampliação da autonomia policial nas atividades investigativas.

Constatando os abusos policiais no transcurso das investigações e nas demais práticas policiais.

Tendo em conta os debates realizados,⁽¹⁾ fazemos as seguintes Recomendações:

1. A clara separação entre a função de polícia investigativa e a de polícia preventiva.
2. A desvinculação da polícia investigativa do Poder Executivo.
3. Transparência da gestão das atividades policiais.
4. Efetiva prestação de contas da polícia para a sociedade.
5. O poder de controle externo da polícia deve ser efetivamente exercido pelo Ministério Público, mediante elaboração de lei para implementação e sistematização de seu exercício.
6. A formação continuada dos integrantes das polícias em Direitos Humanos.
7. A observância escrupulosa do devido processo legal no âmbito da investigação criminal, dentre outros, com a previsão legal de prazo máximo de duração da prisão e de mais medidas cautelares.
8. A adoção de investigação oficial unitária, assegurada a investigação defensiva.
9. Assegurar a independência institucional e funcional de peritos e órgãos periciais em relação às polícias.
10. A elaboração, divulgação e atualização constante, pelos órgãos periciais, de manual de procedimentos técnicos e quesitos.
11. Os elementos informativos colhidos na investigação não poderão ser utilizados para a formação do convencimento judicial, exceto quanto às provas pré-constituídas posteriormente submetidas ao contraditório.
12. As provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis produzidas na investigação não poderão ser o fundamento exclusivo ou preponderante de sentença penal condenatória.
13. A revisão do meios de obtenção de prova previstos na Lei 12.850/2013, por violarem garantias fundamentais e converterem a autoridade policial em sujeito processual.

Göttingen, Alemanha, dia 15 de abril de 2014.

Notas

- (1) Os textos completos dos estudos serão objeto de publicação em livro coletivo “Investigação policial no Brasil”.

Prof. Dr. Dr. H. C. Kai ambos

(Prof. Dr. da Universidade de Göttingen e Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen)

Prof. Dr. Ezequiel Malarino

(Prof. Dr. da Universidade de Buenos Aires e da Universidade de Trento e bolsista da Fundação Humboldt)

Me. Eneas Romero de Vasconcelos

(Mestre pela Universidade de Brasília, Promotor de Justiça do Ministério Público do Ceará, doutorando da Universidade de Göttingen e Prof. da Escola Superior do Ministério Público e da Faculdade Sete de Setembro-CE)

Prof.^a Dr.^a Priscilla Placha Sá

(Profa. Dr.^a da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Advogada)

Esp. Daniel Josef Lerner

(Delegado da Polícia Federal e Assessor da Comissão Nacional da Verdade)

Rômulo de Andrade Moreira

(Procurador de Justiça do Ministério Público da Bahia e Prof. da Universidade Salvador)

Prof.^a Dr.^a Norma Sueli Bonaccorso

(Profa. Dr.^a da USP e da FAAP, Perita do Instituto de Criminalística da Polícia Civil do Estado de São Paulo)

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

(Prof. Dr. da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr

(Prof. da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo)

Prof. Dr. Paulo Busato

(Prof. da Universidade Federal do Paraná e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná)

Prof. Dr. Gustavo Badaró

(Prof. Associado da Universidade de São Paulo, Livre-Docente pela mesma Universidade e Advogado)

Profa. Dra. Marta Saad

(Profa. Dr.^a da Universidade de São Paulo e Advogada)

Prof. Dr. Geraldo Prado

(Prof. da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Advogado)

Me. Renato Stanziola Vieira

(Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pela Universidade de São Paulo e Advogado)

Me. Raquel Lima Scalcon

(Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio do Sul e doutoranda pela Universidade do Rio Grande do Sul)

John Zuluaga LL.M.

(Doutorando pela Universidade de Göttingen e LL.M. pela mesma Universidade)

Diego Tarapués LL.M.

(Doutorando pela Universidade de Göttingen e LL.M. pela mesma Universidade)

Três vidas de uma História: homenagem a Nilo Batista, Vera Malaguti de Souza Weglinski Batista e ao casal Batista^(*)

Vera Regina Pereira de Andrade

Ser convidada a falar neste ato foi uma das mais nobres e comoventes distinções que já recebi e me alegrou, em meio à imensa responsabilidade na qual me vi, desde o primeiro instante, investida.

Agradeço por este honroso voto de confiança, à estimada colega Prof. Roberta Pedrinha, a quem, juntamente com a Prof. Márcia Fernandes, com o Desembargador Sérgio Verani (Diretor-Geral do TJRJ), o Professor Marildo Menegat, o Professor Rubens Casara e demais coordenadores, dirijo um agradecimento epocal, por esta Obra-homenagem na qual, penso, não apenas nós, Academia e sistema de justiça, nos reconheceremos, mas a República e o povo “perdidos” se reconhecerão, porque é deles que nossos homenageados falam e é por eles que têm lutado dando voz aos que não têm ou dos quais a voz foi silenciada, contextual ou definitivamente. E o têm feito no exercício de impressionantes papéis e competências: como advogados, pesquisadores e produtores de conhecimento, como professores e orientadores, no exercício da governabilidade, na construção e manutenção de Institutos e Revistas,⁽²⁾ associações, organização de eventos, encontros, traduções e publicação de obras, em espaços que transitam da academia ao sistema jurídico-político e a comunidade (os quais frustrantemente não poderei relembrar), sempre timoneando projetos grandiosos e libertadores, de sujeitos em condições de exploração, dominação, opressão ou inferiorização, numa trajetória de vida pública pautada, contínua e coerentemente pela Ética da Alteridade e pela resistência às múltiplas violências e violações de direitos humanos que atravessam a sociedade brasileira e o seu Rio de Janeiro.

Artífices de múltiplos acolhimentos e redes, da micropolítica à política institucionalizada; artífices da diluição das fronteiras cartesianas e positivistas entre a razão e a emoção, entre a ciência e a política, a episteme e a doxa, Nilo e Vera constituem, em definitivo, uma referência edificante do bem.

Então, por mais que nos esforçássemos contra a finitude implacável do tempo (temos aqui de 15 a 20 minutos) para dimensionar seu contributo científico e político às ciências sociais e criminais, às humanidades, à latinidade e à brasilidade, não flagraríamos mais do que retratos, *flashes*, fragmentos, pois esta (dimensioná-lo) é uma tarefa que, para além do extraordinário *curriculum vitae stodiorum* que eles de fato detêm, somente a História que “*decanta e ilumina os acontecimentos*” (como bem disse Nilo Batista em memorável discurso de agradecimento pela medalha Teixeira), pode realizar em plenitude, reservando-lhes desde sempre, como neste tributo, imenso respeito e gratidão.

Diria então, parafraseando um conhecido verso de Clarice Lispector, que se escrever é “*procurar reproduzir o irreproduzível, é sentir até o último fim o sentimento que permaneceria apenas vago e sufocador (...), é também abençoar uma vida*”.

Sim, aceitando o desafio desta escritura-fala temos a oportunidade de abençoar uma vida, abençoar duas vidas, com biografias absolutamente singulares, que de modo algum se deixam subsumir uma na outra, mas que de tal modo se dialetizam, intelectual, ética, política e amorosamente, que gestam uma outra vida, a do casal Batista, tão amada como as biografias de Nilo e Vera que lhe coconstituem, com zelosa cumplicidade. Três vidas que constituem uma edificante referência do bem.

Nunca li deles um trabalho em coautoria (creio que ele não exista e é provocativo pensar como poderia ser), mas nunca deixei de ler neles as marcas um do outro, às vezes latente, às vezes declaradamente.

O desafio processual que pertence à história é, portanto, para além da estática curricular, o de “depurar e iluminar” o impacto teórico-prático do bem (impacto em vidas, relações, instituições...) que vem resultando das múltiplas e exaustivas jornadas de trabalho que têm dedicado à vida pública, no exercício daqueles papéis; como vimos fazendo no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Basta pensar na multiplicação de pensadores e operadores formados no marco das suas epistemologias alternativas.

É chegada pois a hora de dimensionar o lugar das Ciências Criminais e da Criminologia crítica (em atenção à obra publicada) na biografia dos homenageados e quero dimensioná-la, usando como metáfora a praça (pelo menos a praça das nossas antigas cidades, cantada por Chico Buarque de Holanda), como um espaço de encontro de ambas as biografias, sob a bússola da história; um encontro de dois pensadores de resistência à ordem, desigual e hierarquizante, que selou um amor, que beneficiou e está a beneficiar um povo.

Nilo vem do Direito e do Direito Penal e Vera da Sociologia, da Ciência Política e da História. Tanto a formação jurídica de Nilo quanto a formação multidisciplinar de Verinha convergem (sucessivamente) para a Criminologia crítica (e a Política Criminal) que foi a disciplina de encontro, de intersecção, na vida do casal, e o foi no espaço da História, não que qualquer história (e com viés transdisciplinar), encontro que, mantendo coerência plena com a trajetória de sujeitos atravessados por uma tão marcada “Ética da alteridade”, tão densamente comprometidos com o ‘outro’, eleva a luta contra o controle social e punitivo à centralidade de suas preocupações na sua luta pela transformação social

emancipatória, que nunca saiu da sua agenda, precisamente porque no controle punitivo reside o núcleo da “barbárie” capitalista periférica (Marildo Menegat), do “genocídio em ato” (Raúl Zaffaroni) da violência estrutural e institucional (Alessandro Baratta e Juarez Cirino dos Santos); do “derramamento de sangue” (Nilo Batista) do “Mix Guantanamo-Carandiru” (Vera Malaguti Batista). Dessarte, a Criminologia aparece como uma grande escusa, como uma página potente da sua luta societária.

Na Introdução da grandiosa *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*, Nilo Batista afirma tratar-se de uma obra que se constrói “(...) na confluência (...) de aportes da Criminologia crítica e da atração metodológica da História Nova”, principiando por uma declaração aberta no sentido da urgente ruptura com os padrões da historiografia jurídica tradicional.

No mesmo sentido, na potente *Introdução crítica à Criminologia brasileira*, Vera Malaguti, partindo da “história social das ideias” e propondo um “(...) mergulho na questão criminal na história do Brasil”, percorre o território pouco contado e pouco conhecido do criticismo no Brasil.

Nilo Batista e Vera Malaguti de Souza Batista figuram dessa forma como protagonistas, em diferentes momentos, da fundação e desenvolvimento, tanto da Criminologia crítica quanto do Penalismo crítico e da Política criminal alternativa (abolicionista-minimalista) que, da Criminologia se derivando, ocupam o cenário da sociedade brasileira nos últimos 40 anos, sempre na forma de resistência acadêmica e política aos sucessivos autoritarismos do controle penal; seja ao controle penal da ditadura civil-militar aberta, escoltado na farda da ideologia da segurança nacional (onde Nilo Batista ocupa um lugar já consagrado na História) seja ao (paradoxal) controle penal da redemocratização brasileira, camuflado na farda da ideologia da segurança pública, com os múltiplos requintes da era do capitalismo globalizado, sob a revolução tecnocientífica e a ideologia neoliberal, ou, como preferem nossos homenageados e a potente escola carioca de pensamento, capitalismo abertamente de “barbárie”, por cujas vítimas se toma partido.

Neste marco, a crítica ao paradigma bélico, militarizado e genocida vigente na segurança pública brasileira e o seu núcleo, a criminalização das drogas, notadamente do tráfico e seu arquétipo, o mitológico conceito de “crime organizado”, tem ocupado uma página especial de sua atenção, e poucos, como eles, têm lutado, simultaneamente, com tanta coragem cívica, qualificação analítica e empenho político contra a militarização e a criminalização.

Desta forma, estruturam academicamente um eixo basilar do criticismo no Brasil, que denominei de eixo histórico-crítico (porque nucleado na História do Brasil e na história social das ideias), comprometido com a construção de uma Criminologia, de um Direito penal e de uma Política criminal críticos brasileiros, de base materialista, a partir das perspectivas colonial e periférica (marginal), com diálogos transdisciplinares (com a Sociologia, Psicanálise, Filosofia, Antropologia, Ciência Política, Literatura) que transita entre a defesa de um garantismo criminologicamente fundamentado (a partir da deslegitimação do sistema penal) e a utopia abolicionista e antiprisional.

E o fazem, como se depreende do dito, com enorme originalidade epistêmica, porque produzirão uma Criminologia e um penalismo críticos que, valorizando e traduzindo o saber central e latino-americano

acumulado desde a revolução de paradigmas, buscarão as teorias brasileiras para com ele dialogar, ressignificando sua contribuição para a compreensão das especificidades do nosso controle social punitivo, e produzindo conhecimento novo, alicerçando as bases para a Criminologia crítica brasileira, nos termos do caminho proposto para a América Latina, entre outros, por Rosa del Olmo, Roberto Bergalli, Raúl Zaffaroni, Lola Aniyar de Castro, Maximo Sozzo, Gabriel Anítua.

É assim que cocriam, ao lado de outros protagonistas e de um sem-número de interlocutores e companheiros de rota, um *novum* no cenário brasileiro e no conjunto das ciências criminais, como o atesta o já exuberante acervo bibliográfico existente, com obras e artigos alçados ao estatuto de clássicos.

É preciso entender então, chegado a este ponto, que se o projeto das três vidas não se resume ao horizonte das ciências criminais, não podendo Nilo ser aprisionado na rubrica estática de penalista (não obstante o extraordinário e erudito jurista e advogado que é) ou Vera na rubrica de criminóloga (não obstante seu lugar e criatividade consagrados neste espaço), porque na sua teorização, a alteridade e o compartilhamento, dos quais continuamos falando, assume o rosto de um Pluralismo epistêmico e, não obstante, permeado de uma singular humildade, nas ciências criminais reside seu núcleo gravitacional.

Atesta-os a longa lista de fontes, interlocutores e companheiros que, de Darcy Ribeiro, Leonel Brizola, Alessandro Baratta e Raúl Zaffaroni até a potente Escola Carioca de pensamento que comparece regularmente às páginas da Revista *Discursos Sediciosos* desenham os mapas timoneados pelas três vidas.

E quero finalizar retomando a metáfora simples que propus, da praça como o lugar do grande encontro da História com a Criminologia, mas também de Nilo com Vera, e revisitar esta praça com Darcy Ribeiro, a quem elejo como símbolo, por todos os companheiros de rota, de cuja enunciação declinei para não cometer desliz.

Parece-me que esta Praça, onde certamente existe gente, e animais, de todas as cores, idades, sexos e procedências sociais, jardins, barulho e risos, recitação de literatura (entre os preferidos de Nilo, Machado, Drummond, Shakespeare e Aristoteles, curtidor de Agatha Christie e Simenon) e dança (entre os admirados por Vera, Grupo Corpo); esta praça com certeza mestiça e plural, testemunhou um encontro único, acolheu um pacto inédito, onde Nilo e Vera, latente ou declaradamente pactuaram não apenas eternizar um amor (“*Prefácio insubstituível*”), mas viver para o Povo eternamente, a antítese plena do “*deitado eternamente em berço esplêndido*”, a realização plena, do “*verás que um filho teu não foge à luta*”, sob uma forte suspeição do “*nem teme quem te adora à própria morte*”, expondo as ambiguidades deste Hino Nacional militarizado e pseudolibertador da *terra brasilis*, na qual Darcy Ribeiro não viu constituir-se o povo (cujo devir sonhou e teorizou antropologicamente), porque os pedaços potencialmente constitutivos deste povo têm sido, desde a chegada do colonizador e do capital continuamente “*gastos como estoque*”, nos “*moinhos de moer gente*” (moeu-se e está-se a moer o índio, o negro, o trabalhador e o intelectual politizado, o comunista, o traficante; os grupos perigosos, as vidas descartáveis, matáveis...).

É contra os “*moinhos*”, é contra as dores da nossa gente, que a biografia de Nilo e Vera e do Casal Batista continua sendo escrita, mantendo acesa a utopia, alimento de todos nós, e o esplendor da resistência latino-americana, num desenho de rota para as gerações presentes e futuras. Minha utopia, por mais generosa que seja, não consegue visualizar paralelo. Estas três Vidas não se repetirão na história da brasilidade.

Na incompletude da homenagem e no “*devir*” do verbo, por isso mesmo mais democrático, fica o agradecimento da eterna aprendiz para os mestres, da colega para os companheiros de uma já longa estrada, e da cidadã para os compatriotas que enobrecem a terra e a República.

Por todos, muito obrigada Nilo, Vera e casal Batista!

Notas:

(*) Discurso proferido por ocasião do lançamento da obra *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista* organizada pelas Professoras Roberta Duboc Pedrinha e Márcia Adriana Fernandes, com a colaboração dos Professores Marildo Menegat e Rubens Casara, no âmbito da homenagem prestada aos autores junto ao Tribunal de Justiça e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ e EMERJ).

(1) Refiro-me ao Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, fundado por Nilo Batista e Heleno Cláudio Fragoso, em 1971, que teve como veículo de

divulgação a *Revista Brasileira de Direito Penal*, mais tarde denominada *Revista de Direito Penal e Criminologia* (com 12 anos de duração) e ao Instituto Carioca de Criminologia, fundado na década de 1990 (que tem por principais veículos de divulgação a *Revista Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade* e a *Coleção Pensamento Criminológico*).

Vera Regina Pereira de Andrade

Professora nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Pesquisadora do CNPq.

Palestina, *status* de observador não membro das Nações Unidas e jurisdição do TPI^(*)(1)

Kai Ambos

Em 22 de janeiro de 2009, o Ministro Palestino da Justiça, em nome da Autoridade Nacional Palestina (ANP), emitiu uma declaração reconhecendo a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) “*com o fim de identificar, investigar e julgar os autores e cúmplices dos atos cometidos no território da Palestina desde 1 de julho de 2002*”. Em 3 de abril de 2012, a Procuradoria do TPI concluiu que as condições previstas para o exercício da jurisdição não foram cumpridas, sob o argumento de que à Palestina somente havia sido concedido o *status* de “observador”, não o de “Estado Não Membro”, por parte de Assembleia Geral (AG) das Nações Unidas. O Procurador considerou que a declaração “*foi apresentada de maneira inválida*” (*Report on Preliminary Examinations Activities* 2013, par. 236). No entanto, ele também afirmou que “*as denúncias de crimes cometidos na Palestina*” poderiam ser consideradas “*no futuro*”, se os órgãos competentes das Nações Unidas “*(...) resolvessem a questão jurídica relacionada à avaliação do art. 12 (...)*”. Em 29 de novembro de 2012, a Assembleia-Geral da ONU – por 138 votos contra nove, com 41 abstenções – decidiu “*conceder à Palestina o status de Estado observador não membro nas Nações Unidas*” (Resolução 67/19 da Assembleia-Geral (AG) de 4 de dezembro de 2012, parágrafo 2.º).

Em primeiro lugar, o art. 12 (3) parte de uma teoria baseada na delegação da jurisdição, com base na qual o Estado, no sentido da disposição, delega uma parte de sua jurisdição ao TPI. Sem dúvida, isso pressupõe que este mesmo Estado possui, em primeiro lugar, a jurisdição que quer delegar. Neste ponto, entra em cena o Anexo II do Acordo interino entre Israel e a Palestina, celebrado em 1995 (“Oslo II”). De acordo com seu artigo I, a jurisdição penal palestina limita-se aos “*delitos cometidos por palestinos e/ou não israelenses no Território*”. O “*território*” refere-se à Cisjordânia e à Faixa de Gaza, incluindo em princípio o leste de Jerusalém. De fato, este é o território palestino reconhecido internacionalmente como uma “*unidade territorial única*” (art. IV, Declaração de Princípios (Oslo I); art. XI (1) Oslo II). Claro que, de um lado, a jurisdição palestina não se estende à área “*C*” da Cisjordânia (incluindo os assentamentos israelenses e as instalações militares). Por outro lado, enquanto, em princípio, Israel não clama soberania sobre a Cisjordânia e Gaza, o mesmo não ocorre quanto ao leste de Jerusalém. De qualquer forma, com base em Oslo, a jurisdição penal palestina encontra-se severamente limitada, *ratione personae* e *ratione loci*.

Para superar tais limitações, pode-se argumentar que Oslo, ao ter sido acordado entre Israel e a OLP, como representante do povo palestino (Res. AG 67/19, para. 2), não pode vincular de maneira alguma a ANP, que somente surge a partir de Oslo, tampouco, *a fortiori*, o governo do agora formalmente reconhecido Estado da Palestina. Isso efetivamente havia sido argumentado, mas parece exageradamente formalista distinguir, com o propósito de representação do povo palestino e do implícito direito

à autodeterminação, a OLP, a ANL e o governo da Palestina (assim chamado enfoque tripartite). Em qualquer caso, parece mais plausível questionar as limitações jurisdicionais produzidas por Oslo II, desde a perspectiva do TPI e a demanda de responsabilidade penal subjacente. Pode a jurisdição do TPI estar realmente limitada por acordos bilaterais? Isso não elastece desmedidamente a teoria da delegação do art. 12 (3)? Pode tal teoria limitar verdadeiramente a jurisdição da Corte, uma vez que a porta de entrada para esta jurisdição, por assim dizer, havia sido aberta pelo – em princípio – soberano jurisdicional, o portador da reclamação jurisdicional, ou seja, o Estado da Palestina?

Eu diria que Oslo não pode limitar a jurisdição do TPI, inclusive pelo princípio da teoria da delegação, por três razões, essencialmente. Em primeiro lugar, Oslo II não privou, como de fato não poderia privar, a Palestina da (prescritiva) jurisdição sobre o seu próprio território, tendo apenas limitado o seu *exercício*. Em outras palavras, de acordo com Oslo II, a ANP não tem que exercer jurisdição sobre os israelenses, mas poderia delegá-la a um tribunal internacional. Caso contrário, Oslo II figuraria como um impedimento para a persecução internacional de possíveis crimes internacionais dos soldados israelenses na Cisjordânia, um resultado dificilmente compatível com a missão do TPI e a obrigação subjacente de perseguir os crimes internacionais mais graves. Segundo, Oslo somente estava destinada a estabelecer normas para um período transitório, que não excederia cinco anos. Pelo fato de ter tal período expirado e, ademais, de que a situação jurídica mudou radicalmente (com o reconhecimento da Palestina como Estado), Oslo já não pode operar como uma restrição aos direitos palestinos. Por último, em qualquer caso, se se considerasse que a ativação da jurisdição do TPI violaria direitos de Estados terceiros preexistentes (neste caso, os de Israel, com base em Oslo), a única limitação derivada do Estatuto do TPI é a do art. 98, que se refere à cooperação com o TPI, em particular, à entrega de suspeitos.

Em segundo lugar, o TPI teria que apresentar uma nova declaração, porquanto a declaração de 2009 foi considerada inválida à luz da decisão do Procurador e a Resolução 67/19 da AG não opera retroativamente. Em outras palavras, a Resolução 67/19 alterou o *status* da Palestina apenas *ex nunc*, com vistas às suas declarações futuras. Aqui surge outro problema com Oslo, já que o art. IX (5) do Acordo Interino limita severamente o poder do TPI para conduzir relações estrangeiras. Entretanto, não está claro, a partir de tal dispositivo, se se proíbe também a ativação da jurisdição penal internacional. É justo supor que, no momento de sua redação, nada levasse a crer que tal possibilidade viesse a surgir. Em todo caso, poder-se-ia argumentar ainda – com mais razão que acima –, que o governo não pode estar vinculado a tal dispositivo, por não ter tomado parte em Oslo. De fato, se tal governo pode aderir a tratados internacionais, como efetivamente faz, está *a fortiori* autorizado a interpor uma Declaração, nos termos do art. 12 (3).

Em terceiro lugar, questiona-se se uma (nova) declaração pode ter efeito retroativo. A Declaração de 2009 buscava jurisdição retroativa, reportando-se a 1.º de julho de 2002, data da entrada em vigor do Estatuto do TPI. Eu diria que, em princípio, tal efeito retroativo é possível. Tal possibilidade decorre da teoria da delegação, implícita nos arts. 12 (3) e 11 (2) do Estatuto. O art. 12 aduz ser direito soberano do Estado delegar sua jurisdição territorial dentro dos parâmetros temporais do Estatuto do TPI, ou seja, retroativamente à entrada em vigor do Estatuto. O art. 11 (2) proíbe um efeito retroativo da jurisdição, mas não em relação (“a menos que”) ao Estado que “*haja feito uma declaração nos termos do art. 12, parágrafo 3*”. O argumento de Zimmermann, de que o art. 12 (3) é um *aliud* a uma adesão formal não prova o contrário, posto que do mesmo fato de que o art. 12 (3) é um *aliud*, ou seja, uma forma diferente – de fato, *ad hoc* – de ativar a jurisdição, implica que a regra da não retroatividade do art. 11 não se aplique.

Ademais, a possibilidade de um efeito retroativo confirma-se também pela prática do TPI de até então, no sentido de aceitar várias declarações com base no art. 12 (3), abraçando a jurisdição retroativa. Por exemplo, a Declaração da Costa do Marfim de 18 de abril de 2003 refere-se a acontecimentos a partir de 19 de setembro de 2002, e a recente Declaração da Ucrânia de 17 de abril refere-se aos acontecimentos de 21 de novembro de 2013 a 22 de fevereiro de 2014. Evidentemente, no caso da Palestina, tal declaração não pode ir além da data de seu atual reconhecimento à condição de Estado, ou seja, 29 de novembro de 2012, já que a autoridade para apresentá-la baseia-se na existência de um Estado da Palestina.

Em quarto lugar, se tal declaração somente pode conceder jurisdição a respeito de acontecimentos ocorridos depois de 29 de novembro de 2012, esta terá que focar, *ratione temporis*, nos delitos cometidos a partir desta data. No entanto, pode haver uma exceção a essa limitação temporal, no tocante à possível criminalização do traslado de colonos aos territórios ocupados. Um traslado como tal – de uma “*população civil própria*” do Poder de Ocupação – constitui claramente um crime de guerra em conflitos armados internacionais (art. 8 (2) (b) (viii) Estatuto do TPI). Com efeito, o estabelecimento sistemático dos assentamentos cria fatos consumados sobre o terreno, os mesmos fatos a serem evitados por meio das normas primárias do DIH (artigos 49 (6) CG IV e 84 (5) (a) da PA I). Realmente, a política de assentamentos é o principal obstáculo para a criação de um Estado Palestino como uma unidade territorial única e homogênea; assim, diz respeito à própria essência da proibição primária do DIH.

Uma questão mais difícil surge a partir da definição da natureza do delito, se contínuo ou permanente. Isso poderia implicar que os traslados, antecipando-se à chegada da existência do Estado da Palestina, estariam compreendidos na jurisdição do TPI? Qual o ponto decisivo no tempo, para cortar o vínculo jurisdicional referente aos delitos contínuos? Há um bom número de respostas teóricas a tal pergunta. Uma poderia focar no início do traslado e assim excluir todos os traslados anteriores a 29 de novembro de 2012. Esta é semelhante à solução adotada pelos Estados-partes para o delito de desaparecimento forçado. Eles exigiram – na nota de rodapé 24 dos Elementos dos Crimes do art. 7 (1) (i) – que o ataque (como elemento de contexto dos crimes contra a humanidade) deve ter se iniciado após a entrada em vigor do Estatuto. Sem dúvida, o problema do enfoque do desaparecimento forçado é que ele foca no contexto, não em um elemento individual do crime, sendo assim demasiadamente restritivo. O outro lado da moeda é questão do “que deve ser contínuo”. Em outras palavras, o que tem que alcançar o presente ou, até mesmo, o futuro? É ato atual (como propõe o art. 14 (2) dos artigos da Comissão de Direito Internacional (CDI) sobre a responsabilidade do Estado), ou seja, o traslado como tal, ou bastam seus meros efeitos ou consequências? Por razões de espaço não se pode mais explorar esse ponto. Em todo caso, essas considerações temporais não afetam a jurisdição do Tribunal sobre a política e prática dos assentamentos em curso.

Notas:

- (*) Versão escrita de exposição realizada na “Mesa redonda sobre os aspectos jurídicos da questão da Palestina”, convocada pelo Comitê para o exercício dos direitos inalienáveis do povo palestino (ONUG), Genebra, 24-25 de abril de 2014. Publicação original, mas extensiva e com referências, disponível em: <www.ejiltalk.org>.
- (1) Tradução a partir das versões inglesa e espanhola de Diego Pessoa Costa Reis. Revisão do autor.

Kai Ambos

Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal,
Direito Comparado e Direito Penal Internacional na
Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha).
Juiz do Tribunal Provincial (Landgericht).

Maus antecedentes e reincidência: uma (re)leitura epistemológica

Antonio José F. de S. Pêcego

O Direito Penal que se legitima num Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade humana, trabalha com a responsabilidade penal do agente sobre o fato, não sobre o autor, sendo defeso se falar em Direito Penal do autor.

Nessa linha, das oito circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do CP (“*culpabilidade; motivo; conduta social; personalidade, antecedentes; circunstâncias; consequências do crime; comportamento da vítima*”), a serem enfrentadas quando da fixação da pena-base, é inegável que os *antecedentes criminais*, a *conduta social* e a *personalidade*, dizem respeito diretamente ao passado do autor, ao seu modo de vida, ao que ele é ou a sua maneira de ser, mas não ao fato em julgamento, mesmo depois da reforma da Parte Geral de 1984 do Código

Penal em que a conduta social foi dissociada dos maus antecedentes.

No mesmo sentido, mas já na fase seguinte de aplicação da pena, quando se analisa a presença ou não de circunstâncias legais, a agravante da *reincidência* igualmente diz respeito ao passado do autor, do seu envolvimento com outros crimes, mas nada diz respeito ao fato em julgamento.

Sem embargo, não há lógica que para se fixar uma pena sobre a prática de um fato delituoso, tenha que se levar em consideração o passado no crime do agente, o que ele é, faz ou deixa de fazer de sua vida social, ou até mesmo como apresenta sua personalidade, tendências estas que, em regra, fogem ao conhecimento jurídico, mas não ao da psicologia, antropologia, sociologia ou psiquiatria, estes que não são comuns aos magistrados, não podendo se aceitar a costumeira

personalidade voltada para a prática de crime, ou personalidade com tendências a desvio de comportamento, ambas com base em nefastos antecedentes policiais que, sequer, podem ser considerados como maus antecedentes ou reincidência em crime doloso, em respeito ao princípio constitucional da não culpabilidade (inocência).

Assim, uma coisa não tem nada a ver com a outra, já que o que ocorreu no passado não pertence ao presente e nem ao futuro.

Nessa linha, etiqueta-se o agente com maus antecedentes, com um estigma que passa a acompanhá-lo pelo resto de sua vida num país em que se veda a prisão perpétua, o que torna ilógico e não ocorre com a reincidência (CP, art. 64, I) e os próprios maus antecedentes.

Aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes, é ir de encontro a tudo que a moderna visão da criminologia crítica recomenda, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, esta que financia o Estado para que promova a sua ressocialização que inexiste na prática, por isso mesmo sustentamos que em respeito à dignidade da pessoa humana, princípio básico de um Estado Democrático e Social de Direito, essa mácula dos maus antecedentes criminais devem sumir dos registros do agente decorridos o igual prazo de cinco anos, aplicável aos reincidentes, tendo como termo *a quo* a data do cumprimento ou extinção da pena, como advoga e coadunamos **Paganella Boschi**.⁽¹⁾

Nesse ponto, sobre o caráter perpétuo dos maus antecedentes, trazemos importante lição de **Amilton Bueno de Carvalho** e **Saló de Carvalho**:

Importante, sem dúvida, direcionarmos as devidas críticas ao instituto, o que será feito desde dois pontos de vista. Em primeiro lugar, imperativa é a crítica constitucional sobre o caráter perpétuo dos antecedentes e a visualização de critério temporal restritivo. Em segundo lugar, fundamental é a sua desconstrução desde o marco principiológico da secularização.

Ensinam **Zaffaroni** e **Pierangeli** que a norma constitucional do art. 5.º, XLVII, b, que veda a prisão perpétua, não pode ser lida de forma restrita. Segundo os autores, o dispositivo constitucional é indicador do princípio da humanidade e racionalidade das penas, conforme o qual as penas cruéis estão proscritas do Direito Penal brasileiro. Todavia, há um sucedâneo que deve ser depreendido do princípio constitucional: “A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas... Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve ‘pagar a sua culpa’, isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo”.⁽²⁾

A propósito, o STJ, em decisão memorável de outrora, já se manifestou nesse sentido:

“Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I, do CP determina que, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo.

Transcorrido o tempo referido, evidenciando-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para afastar os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada”.⁽³⁾

Como é sabido, a reincidência, entre outros efeitos, agrava a pena privativa de liberdade, impõe regime de cumprimento mais gravoso, veda a

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o *sursis* da pena na prática de delito doloso, a aplicação de algumas minorantes, a suspensão condicional do processo, a prestação de fiança, interrompe a prescrição, revoga o *sursis* da pena e o livramento condicional.

O Estado falha no fim de ressocializar todo o condenado que passa pelo falido sistema prisional, e ainda quer fazer dele novo culpado por não ter se reintegrado à sociedade, sem que tenha lhe dado qualquer chance concreta de reinserção, punindo-o novamente de forma exacerbada pelo crime praticado que nada teve a ver com o anterior, como se isso fosse gerar uma prevenção especial quando não passa da aplicação da velha e ultrapassada teoria absoluta da pena que prega a retribuição em que se paga o mal pelo mal; vale dizer, fere o princípio constitucional da *individualização da pena* (direito-garantia fundamental em que o Estado deve ter um atuar de defesa e proteção), ao praticar o malfadado *bis in idem* quando torna a punir o agente no novo fato com mais gravidade em virtude do fato anterior, com base na nefasta responsabilidade penal objetiva.

Sobre esse aspecto, trago a colação preciosa lição de **Xavier de Souza**:

“O próprio Estado que pune não deixa de ser um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o recluso a um processo dessocializador e de aculturação, desestruturando sua personalidade por meio de um sistema penitenciário desumano e que marginaliza, não sendo razoável que exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, ou porque desprezou a advertência formal contida na condenação anterior, revelando assim uma culpabilidade mais intensa.

Portanto, o agravamento da pena em razão da reincidência soa como de duvidosa constitucionalidade diante do princípio *non bis in idem*, que possui assento no princípio constitucional da legalidade; porquanto, difícil compreender como um indivíduo possa ser duplamente punido, isto é, como um fato criminoso que desencadeou a primeira condenação possa servir também de fundamento para o aumento da pena-base na condenação por delito posterior. Admitir-se isso, haver-se-ia de admitir como possível também no Estado Democrático de Direito, a existência de um Direito Penal atado ao tipo de autor – em razão de ser este reincidente –, constituindo tal duplicidade uma contradição lógica.”⁽⁴⁾

Nessa linha, com a devida vênia, não se sustenta o entendimento jurisprudencial de que:

“A reincidência, como circunstância exasperante, não pode e nem deve ser recebida como degenerativa ao direito do autor, uma vez que é o próprio quem dá causa à mesma, numa demonstração de que a punição anterior não serviu para coibi-la, evidenciando desprezo à lei e persistência na prática delitiva, não havendo, assim, que se falar em ferimento à individualização da pena (ao contrário, trata-se de um critério desta), ou mesmo incentivo a um estigma que impede a integração social do apenado, já que, repetindo, referida circunstância, além de advir de lei codificada, pretende punir aquele que teima em permanecer na reiteração delitiva.”⁽⁵⁾

Nesse ponto, entendemos que o Estado atua com codelpabilidade na reincidência que dá causa aos maus antecedentes criminais, sendo que tais fatores quando da aplicação da pena deveriam, no estado em que se encontra o atual sistema penal, ser considerados atenuantes numa visão crítica, já que o sistema atual macula a dignidade da pessoa humana, o princípio da individualização da pena (direito garantia fundamental), o princípio *non bis in idem*, a racionalidade da lei penal, das penas, a culpabilidade e a integridade física e moral (Direito Humano Fundamental) de todo aquele que é apenado pela segunda vez – agora por meio da ultrapassada responsabilidade penal objetiva – pelo mesmo fato em razão da ineficácia da máquina estatal que dá azo à reiteração criminosa.

Sobre esses aspectos, autorizada jurisprudência vem se posicionando nesse sentido:

“Prestigiar a reincidência importa em dar ares de legalidade ao direito penal do autor e puni-lo pelo que ele é, estigmatizando-o a partir das concepções patológicas de Lombroso.”⁽⁶⁾

“Impor a reincidência para majoração da sanção fere o princípio da individualização da pena e o princípio do non bis in idem.”⁽⁷⁾

Sem embargo há recente decisão à unanimidade de oito Ministros do STF no RE 453000/RS, em que se reconheceu a constitucionalidade da aplicação da reincidência, forçoso se constatar, como **Claus Roxin**, já se posicionou a jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentença de 20.06.2005), conforme notícia **Luiz Flávio Gomes**,⁽⁸⁾ e que o próprio STF noticia voto dissidente do renomado penalista argentino e Ministro da Corte Suprema da Argentina, **Eugenio Raúl Zaffaroni**.⁽⁹⁾

Voto dissidente proferido pelo Min. Zaffaroni na Corte Suprema Argentina utiliza precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos na aplicação de pena

Em julgamento ocorrido perante a Corte Suprema Argentina, o eminente Min. Zaffaroni, apesar de ter sustentado posição que restou vencida, proferiu voto que acolhia o recurso extraordinário interposto perante aquela Alta Corte e, consequentemente, tornava sem efeito a decisão que condenou o recorrente à prisão, por porte de arma de fogo de uso civil sem a devida autorização legal, agravado pelo fato de este já ter antecedentes penais por crimes contra pessoas.

A razão pela qual se havia aplicado uma pena mais gravosa diz respeito a uma situação pessoal do réu (a existência de condenações anteriores ou ações judiciais pendentes), o que excede a culpabilidade pelo ato pelo qual o requerente está sendo julgado e se manifesta como a aplicação de uma forma irregular de reincidência. **Zaffaroni se baseou no pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de que “qualquer agravamento de pena ou de suas modalidades de execução em função de reincidência regida pelo art. 50... deve ser considerada inconstitucional, pois demonstra um tratamento diferenciado de pessoas, que não se vincula nem com o ilícito que se pretende punir, nem com o grau de culpabilidade do autor em relação a este, mas sim, leva em consideração características próprias do indivíduo que excedem o ato praticado”.**

O eminente Ministro declarou que do mesmo modo que o art. 50 do Código Criminal é inconstitucional quando usado para aumentar a pena de maneira geral, o art. 189, inciso 2, § 8.º, é certamente inconstitucional, enquanto aumenta a pena imposta em razão de situações específicas que não estejam ligadas ao comportamento do agente que está sendo reprovado e é uma violação ao princípio da culpa e da garantia do *non bis in idem*, assim como aumenta a pena do réu por razões pessoais.

Em decisão recentíssima, o STF, que ainda não pacificou sobre o tema

dos *maus antecedentes*, se posicionou por meio do Min. Dias Tóffoli que “o homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes do seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal”,⁽¹⁰⁾ bem como que a “interpretação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal (que trata da reincidência) deve ser no sentido de se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente”,⁽¹¹⁾ o que é um sinal de que pode haver mudanças por meio do RE 593.818/SC, da relatoria do Min. Roberto Barroso. Caso de Repercussão Geral em que “se discute se as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos devem ser consideradas como *maus antecedentes* na fixação da pena-base”.⁽¹²⁾

Na linha de tudo que foi exposto, filiamo-nos àqueles que entendem indevido, em um direito penal do fato, considerar-se os *maus antecedentes* e a reincidência, ou seja, o passado do agente no crime, com o fim de lhe agravar a pena quando da sua aplicação pela prática de um novo delito, independentemente do lapso de tempo transcorrido.

Notas

- (1) CARVALHO, Amilton Bueno. CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 52.
- (2) *Idem, ibidem*, p. 53 (grifo nosso).
- (3) RHC 2.227-2 MG, 6.ª T., STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 29.03.1993, p. 5.268.
- (4) SOUZA DE XAVIER, Paulo S., *op. cit.*, p. 159-160 (grifo do autor).
- (5) TJMG-ACr 1.0720.03.011202-6/001, rel. Des. Reinaldo Portanova, v.vencedor, j. 13.11.2012, publ. 23.11.2012.
- (6) TJMG-ACr 1.0295.11.003796-3/001, rel. Des. Reinaldo Portanova, j. 20.11.2012, publ. 30.11.2012.
- (7) TJMG-ACr 1.0720.03.011202-6/001, rel. Des. Reinaldo Portanova, j. 13.11.2012, publ. 23.11.2012. (grifo nosso).
- (8) Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/04/08/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana/>>. Acesso em: 8 abr. 2013.
- (9) Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=231014>>. Acesso em: 5 abr. 2013 (grifo nosso).
- (10) BEZERRA, Elton. *Pena extinta há mais de 5 anos não serve para majoração*. Revista Consultor Jurídico, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-12/pena-extinta-anos-nao-serve-majoracao-decide-toffoli>>. Acesso em: 14 fev. 2014.
- (11) *Idem, ibidem*.
- (12) *Idem, ibidem*.

Antonio José F. de S. Pêcego

Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP.

Professor de Direito Penal e Processo Penal.

Juiz de Direito em Minas Gerais.



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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

2.ª Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna

1.ª Secretária: Heloisa Estellita

2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1.º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e

Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

Novamente (ou ainda?) redução da idade penal como solução: qual problema se pretende resolver?

Maíra Cardoso Zapater

Introdução

A cada ocorrência pontual de crimes violentos supostamente praticados por adolescentes ressurgem os defensores da redução da idade penal, arguindo-se a brutalidade das condutas para justificar o “tratamento diferenciado” para estes casos “excepcionais”. Um dos argumentos centrais sobre o qual se apoiam os defensores do rebaixamento da idade penal pode ser sintetizado na seguinte assertiva: “As crianças e adolescentes do mundo de hoje têm muito mais acesso a muito mais informação, e por isso sabem o que fazem. Quando praticam um crime, sabem que estão fazendo algo errado. Portanto, devem responder como adultos”.

Este argumento central pode ser dividido em duas ideias:

(i) Que crianças e adolescentes de hoje dispõem de um repertório pessoal amplo o suficiente para discernir condutas “certas” e “erradas”, “boas” e “más”. Como fatores de formação deste repertório pessoal, apontam-se comumente os dados disponibilizados pelas tecnologias de informação (internet, redes sociais, televisão etc.) e a chamada “liberalização dos costumes”, sobretudo no que diz respeito à moral sexual. Abundam argumentos no sentido de afirmar uma suposta “frouxidão de valores”, ou ainda uma “confusão entre liberdade e libertinagem”, que, imagina-se, traria aos jovens da atualidade mais elementos para decidir por esta ou aquela conduta, tornando mais reprovável a opção pela conduta criminosa.

(ii) Por consequência, se esses jovens dispõem de tantas informações para livremente decidir, e ainda abusam de sua liberdade individual violando direitos de outrem, suas escolhas em praticar ou não um crime devem ser equiparadas àquelas feitas pelos adultos, e se tais escolhas lesionarem um bem jurídico de extremo valor (que, em tese, são os bens jurídicos objetos de tutela penal), devem responder como um adulto que fez o mesmo tipo de escolha. A este argumento, costuma-se acrescentar que os adolescentes, por não responderem “por nada”, são frequentemente utilizados para encobrir crimes praticados por adultos.

Indaga-se: está correta esta dedução acerca do grau de maturidade desses jovens? E, sendo correta a dedução, é lógica a conclusão de ser justo e útil fazer com que respondam como adultos por seus crimes?

“O jovem de ontem” e “o jovem de hoje”: um mito sem lógica

A ideia segundo a qual “o jovem de hoje sabe o que faz” procura se justificar, em grande medida, pela disseminação de novos meios de comunicação, tal como a expansão do acesso à televisão aberta e paga, e a internet com suas redes sociais e seu conteúdo quase infinito. É fácil verificar, porém, que “informação” não é equivalente a “formação”. E mesmo “formação” não necessariamente acarreta maturidade de quem a tem. Coloca-se aqui a seguinte provocação: seria o jovem de hoje realmente mais “maduro” e menos “inocente” que esse mítico “jovem do passado”? Não são poucas as estatísticas que mostram que a idade dos casamentos⁽¹⁾ e da entrada no mercado de trabalho,⁽²⁾ tradicionais indicadores de autonomia individual, vem ocorrendo em idade posterior ao limite etário legal para a adolescência. “Maturidade” e “discernimento” costumam ser predicados de indivíduos que vivem de forma autônoma e independente. Por outro lado, reforçar que a “liberação dos costumes sexuais” justificaria um “melhor saber” da infância e da juventude atuais é o mesmo argumento que serve aos interesses de quem defende a redução do limite etário para se considerar uma criança vulnerável para fins de caracterizar crimes sexuais.

Não se pretende defender a elevação da idade para imputabilidade

penal, e menos ainda redução da idade para configuração dos crimes sexuais praticados contra vulneráveis, mas sim demonstrar a fragilidade do argumento que vincula de forma simplista e imediata a aquisição de maturidade e discernimento à existência de sítios eletrônicos de busca ao alcance dos dedos de quem tem acesso a um computador com *internet*.

Justamente para se evitar um debate raso (e por isso mesmo perigoso) sobre a maturidade e capacidade de argumentação dos jovens, é prudente deixar seu aprofundamento aos estudiosos do tema nas áreas da psicologia, pedagogia e sociologia, sem deixar, contudo, de fornecer aqui alguns elementos para a reflexão. Mas, para os fins deste trabalho, é mais produtivo adentrar a questão da segunda ideia que compõe o argumento anterior, segundo o qual se os jovens “sabem o que estão fazendo”, portanto “devem ser punidos como adultos”.

A constatação de o adolescente “saber o que faz” parece justificar de per si que sua punição seja igual à do adulto. Vale arriscar aqui uma análise a tal respeito, propondo-se duas possibilidades para justificar a assertiva: a primeira seria a *vingança*, ou a simples retribuição do mal pelo mal. Já que a punição do adulto seria – ao menos, em tese – mais severa, então que se aplique à criança ou ao adolescente a retribuição na medida da severidade do ato por ele praticado. A segunda seria a *prevenção*, ou seja, a crença no poder dissuasivo exercido pelo temor da gravidade da sanção imposta.

Todavia, diante dessas duas explicações possíveis para o argumento que defende a punição de crianças e adolescentes como adultos, deve-se questionar: com que finalidade se pretende aplicar uma sanção que cause um sofrimento maior ao autor de um delito? Viver em uma sociedade que sofre menos crimes? Ou que castiga mais os criminosos? Quais são as evidências empíricas a demonstrar que a possibilidade de envio de uma pessoa para o cárcere – cujas condições de extremo sofrimento são mais que conhecidas – torna os “potenciais criminosos” menos propensos a delinquir, ou fortalece o sentimento de segurança dos “cidadãos de bem”? Afirmar que “se o adolescente sabe o que faz, deve ser punido com severidade” é retórica vazia e que não se sustenta por si só.

Redução da idade penal: medida antijurídica, inútil e socialmente injusta

Mas não é só: além de ser vazia em argumentos, a proposta de redução da idade penal é antijurídica, é inútil e é socialmente injusta.

É uma proposta antijurídica: a vedação à redução da idade penal decorre da inafastável interpretação do art. 228 da CF – em que se prevê o limite etário de 18 anos para início da responsabilização criminal – como um desdobramento do direito à igualdade, conferindo-lhe natureza de cláusula pétrea. O frágil argumento de que a posição topográfica do art. 228 da CF impediria de considerá-lo como direito fundamental não resiste a uma singela interpretação sistemática do texto constitucional: a criança e o adolescente são seres em fase de formação e desenvolvimento, e, por isso, diferentes dos adultos. A ampliação do acesso a informações e a meios de comunicação não acarreta de maneira causal uma maturidade e uma capacidade de discernimento equiparada à de adultos, principalmente para fins penais: crianças e adolescentes têm a informação objetiva de quais condutas são certas ou erradas, mas ainda não concluíram sua formação subjetiva de forma amadurecida que os torne capaz de avaliar, de fato, a extensão das consequências de seus atos. Por outro lado, o fato de serem indivíduos em processo de formação os torna mais aptos a processos pedagógicos ressocializadores. O princípio da isonomia, que informa o direito à igualdade, não se

satisfaz com a mera igualdade formal perante a lei, mas exige que se dê tratamento desigual aos desiguais. E, vale lembrar, o Brasil é signatário da Convenção dos Direitos da Criança, que, sendo pacto internacional sobre Direitos Humanos, deve ser interpretado como norma de hierarquia constitucional. Alterar a norma contida no art. 228 da CF configuraria, dessa forma, flagrante inconstitucionalidade.

É uma proposta inútil: a função preventiva da pena jamais mostrou qualquer resultado em relação aos acusados adultos. Quanto ao argumento de que os adolescentes são instrumentalizados por adultos, que os utilizam para a prática de delitos por acreditarem na impunidade das pessoas com menos de 18 anos, é importante ressaltar a existência de problemas notoriamente graves nas investigações policiais, que recorrentemente se satisfazem com uma confissão – seja da verdade ou não. Além disso, tanto a situação de um adolescente praticar um crime ou assumir falsamente a autoria de um crime praticado por um adulto são situações que já encontram previsão de punição criminal no ordenamento jurídico e não há por que pensar que punir o adolescente da mesma forma que o adulto iria evitar o fato já não evitado pela punição atual. Ademais, deve-se frisar que nada impediria que adultos continuassem a aliciar adolescentes e crianças mais novas para que respondessem por seus crimes, a enfraquecer ainda mais o argumento.

É uma proposta socialmente injusta: punir adolescentes como se pune (mal) os adultos somente fará estender a essa parcela da população a seletividade social e econômica característica do sistema penal. Em pesquisa a respeito de adolescentes em cumprimento de medida de internação, **Vania Fernandes e Silva** traça uma aprofundada análise acerca do tema à luz da criminologia crítica e observa que “*não representa nenhuma heresia dizer que a delimitação do que é considerado delito é feita pela classe que detém o poder de definir o que é crime, e consequentemente, quem é o criminoso*”.⁽³⁾ A criminologia contribui para o debate ao propor reflexões que demonstram que conceitos como “crime” e “criminoso” flutuam no tempo, na história e na cultura. Nas palavras da autora: “[...] a criminologia crítica contribui para o entendimento, porém não aceitação, da rotulação e, consequente estigmatização do jovem das classes populares como ‘delinquentes’, ‘desviados’, ‘anormais’, ‘perigosos’, uma vez que é sabido que não são todos os jovens, principalmente aqueles que pertencem às classes economicamente privilegiadas, que cumprem uma medida socioeducativa de internação”.⁽⁴⁾

Assim, alargar as fronteiras do “público elegível” para a punição penal corresponderá a incluir mais pessoas na exclusão extrema do sistema de encarceramento, o que é também inconstitucional em face dos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, II e III, da CF) e dos objetivos propostos nos incs. I e III do art. 3.º da CF, quais sejam, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Reduzir a idade penal não irá solucionar o problema da violência urbana e criará outros, tais como o aumento da população carcerária e a submissão de adolescentes já estigmatizados ao convívio com criminosos. Aponta-se uma “solução” ilícita, inútil e injusta para um problema que sequer se sabe ao certo qual é, pois não há consenso sobre os múltiplos

fatores que levam o jovem a delinquir, ou a representatividade dos atos infracionais no universo de crimes praticados, e menos ainda se explorou toda a potencialidade da doutrina da proteção integral que informa o ECA.

Ainda que propostas extremamente punitivas encontrem amplo apoio popular⁽⁵⁾ deve-se fortalecer a consciência de que o objetivo comum a todos – mesmo que muitos não tenham se dado conta – não é o de viver em uma sociedade mais punitiva, mas sim menos violenta e mais justa.

Referências bibliográficas

- LEAL, César Baitos; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (org.). *Idade da responsabilidade penal: a falácia das propostas reducionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- OLIVEIRA, Ana Maria Hermeto C. de; RIOS NETO, Eduardo Luiz G.; TOMÁS, Maria Carolina. Adiamento do ingresso no mercado de trabalho sob o enfoque demográfico: uma análise das regiões metropolitanas brasileiras. *Revista Brasileira de Estudos Populacionais*. São Paulo, v. 25, n. 1, jan.-jun. 2008, p. 91-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v25n1/v25n1a06.pdf>>.
- SILVA, Vania Fernandes e. “Perdeu, passa tudo!” A voz do adolescente autor de ato infracional. Juiz de Fora: UFJF, 2005.
- Porque dizer não à redução da idade penal. *Estudo da idade penal*. Unicef, 2007. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Diversos/estudo_idade_penal_completo.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

Notas:

- (1) Pesquisa realizada pelo IBGE indica que os brasileiros estão se casando cada vez mais tarde. A idade média dos homens solteiros na data do casamento foi de 26 anos, três anos a mais do que fora observado em 2001. Já as mulheres tinham, em média, 28 anos, dois anos a mais do que dez anos antes. Disponível em: <www.ibge.gov.br>.
- (2) No artigo Adiamento do ingresso no mercado de trabalho sob o enfoque demográfico: uma análise das regiões metropolitanas brasileiras, Maria Carolina Tomás, Ana Maria Hermeto C. de Oliveira e Eduardo Luiz G. Rios-Neto apontam que, até 1967, a idade média de ingresso no mercado de trabalho no Brasil era de 11,21 anos. Em 1983, esta média subiu para 17,30 anos, e em 2001 estava em 19,21 anos.
- (3) Perdeu, passa tudo! A voz do adolescente autor de ato infracional, p. 32.
- (4) *Idem*, p. 40.
- (5) Pesquisa, realizada pelo Senado Federal a respeito da Reforma do Código Penal, revelou que 89% dos entrevistados declararam ser favoráveis à redução da maioridade penal, sendo que 20% das pessoas que responderam a esta pergunta defendem que qualquer pessoa, independentemente da idade, deve ser julgada como adulto. Íntegra da pesquisa disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/Reforma_do_C%C3%B3digo_Penal1.pdf>.

Maíra Cardoso Zapater

Doutoranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Princípio da confiança em Direito Penal

Victor Augusto Estevam Valente

Fundamentalmente, a confiança desponta como um dos eixos estruturais da sociedade contemporânea, eis que sua carência impediria o homem de enfrentar as atividades cotidianas, fazendo-o mover-se por um sentimento vago de temor perante seus pares. Assim, não há sociedade do risco sem confiança.⁽¹⁾

Nessa senda, os cultores do Direito devem ter em conta que a

confiança não possui unicamente um fundamento normativo, senão também talhe social e psicológico, vez que, aprioristicamente, ela incide no plano comportamental dos cidadãos.⁽²⁾

Com lastro na psicanálise, é cediço que toda pessoa, desde os primeiros anos de vida, receba da figura representativa de seu cuidado infantil certa carga de confiança, em que o “eu” do recém-nascido busca

confiar não apenas em agentes externos, como também em si mesmo. Torna-se o ato de confiar, doravante, uma necessidade psicológica persistente e recorrente,⁽³⁾ sobretudo na contemporaneidade, na qual o indivíduo, diante dos riscos e de contatos anônimos, deposita maior credibilidade em mecanismos que transcendem as relações familiares (*controle social informal*), também conduzindo-se pela dimensão normativa do Direito (*controle social formal*) com o desiderato de interagir demasiadamente sem causar lesividade aos demais.

Aponta-se que, sob o prisma jurídico, a confiança afigura-se como um orientador da ação humana, pois, no formato de um *princípio geral de direito*, ingressa pelas lacunas axiológicas do ordenamento e, com baluarte na obrigatoriedade das leis (art. 3.º da LINDB),⁽⁴⁾ passa a irradiar como um princípio (do *confiança*; da *não desconfiança*; ou, do alemão, *Der Vertrauensgrundsatz*) – malgrado haja dissensão sobre sua força principiológica⁽⁵⁾ –, preponderantemente sobre dois ramos jurídicos: (i) no Direito Civil, como cláusula geral, consubstanciada no princípio da boa-fé, destinando-se à interpretação dos negócios jurídicos; e (ii) no Direito Penal, como princípio de imputação em delitos negligentes⁽⁶⁾, incidindo, no caso concreto, com uma função interpretativa e delimitadora do dever de cuidado, em especial da *previsibilidade*.⁽⁷⁾

No campo penal, teve como nascedouro a jurisprudência alemã, em particular o julgamento de delitos culposos de trânsito.⁽⁸⁾ Já nos anos 50, a Suprema Corte germânica (*Bundesgerichtshof*) ampliou sua aplicação a outros crimes de tráfego, embora tenha delimitado seu emprego ainda nos anos 60.

A conveniência desse princípio na seara forense, conformando-o à expansão dos riscos sociais, alargou seu âmbito de incidência a toda atividade humana que envolvesse a atuação conjunta de participantes, mormente em contextos de grupo e atividades comunitárias, v.g., o obrar de uma equipe médica ou desportiva, assim como em acidentes de trabalho e em relações consumeristas.⁽⁹⁾

Hodiernamente, encontra-se robustecido no Direito Penal espanhol, e, de modo paulatino, vem sendo incorporado no ordenamento penal dos mais diversos países, como no caso do Brasil.

Por esse princípio, todo aquele que se comporta dentro dos limites do cuidado objetivamente exigido ou do risco permitido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também atuarão cuidadosamente, seguindo as regras de experiência (*id quod plerumque accidit*),⁽¹⁰⁾ de modo que sua aplicação exclui a responsabilidade dos agentes quanto aos fatos que se situam fora do dever concreto que lhes é exigido no momento da ação.

Há de se ter uma liberdade de atuação, mas sem o ideário de controlar o comportamento geral, haja vista que se cada qual assumisse tal tipo de postura, pautando-se pela *desconfiança*, não conseguiria sequer cumprir com suas próprias obrigações.

A função que se tem atribuído à confiança na teoria do delito condiciona-se às peculiaridades dogmáticas e de política criminal de cada modelo de Estado, perfazendo-se: (i) à luz da doutrina finalista, como critério delimitador do dever concreto de cuidado, a ponto de inexistir negligência, sendo o fato atípico; e (ii) sob o manto do funcionalismo e da imputação objetiva, como manifestação do risco permitido (exclusão do risco proibido).

Para **Jakobs**, assentado na teoria sistêmica de **Luhmann**, ao cravar que o Direito Penal não se destina à salvaguarda de bens jurídicos, mas à garantia do sistema valorativo num todo (vigência da norma), o nexo causal é a primeira etapa a ser percorrida, e, uma vez existente, daí aplicar-se-ão os princípios da imputação objetiva, tal qual o princípio da confiança, ao lado do risco permitido, da competência e capacidade da vítima e da proibição de regresso. Neste caso, “[...] o princípio da confiança é algo além de uma magnitude estatística”,⁽¹¹⁾ consistindo não em critério delimitador do dever

de cuidado, mas de exclusão da imputação objetiva.⁽¹²⁾

Assim, haveria a superação do “*homem inteligente e prudente*” (*homem médio*; *homo medius*; *homem normal*; *reasonable man*) – de construção causal e até então acolhido pelo finalismo de Welzel como *princípios gerais de caráter material* e, no Brasil, por **Hungria**, **Fragoso**, **Cirino dos Santos**, **Luís Greco** e **Nilo Batista** –, optando-se pela adoção de um critério pessoal, razão pela qual se teria a transposição, para o tipo penal, da investigação da previsibilidade subjetiva do acontecimento. No mesmo diapasão, **Tavares**, ao propor um conceito de crime culposos, afasta tal figura, sob o argumento de que o homem médio sempre suscitou controvérsias.⁽¹³⁾

Já na perspectiva de **Roxin**, a violação do dever de cuidado, da forma como delineada pela antiga dogmática da culpa, corresponde, na imputação objetiva, a pressupostos que configuram a criação de um risco juridicamente desaprovado, cuja aferição demanda os seguintes parâmetros: (i) normas jurídicas; (ii) normas de trânsito; (iii) princípio da confiança; e (iv) a figura comparativa diferenciada (*differenzierte massfigur*).⁽¹⁴⁾

Ademais, no domínio da cumplicidade através das ações neutras, o princípio da confiança encontra limitações.⁽¹⁵⁾

Certo é que, independentemente da concepção propugnada (finalista ou funcionalista), sobredito princípio conduz ao mesmo desfecho, isto é, delimita a incidência da norma incriminadora ao caso concreto em relação ao agente que atuou dentro dos parâmetros legalmente exigidos.⁽¹⁶⁾

Salienta-se que, no cenário penal nacional, apresenta a confiança as mais variadas nuanças: (i) como princípio geral de direito; (ii) como um dos fundamentos da intervenção penal,⁽¹⁷⁾ lastreada em valores éticos e na solidariedade, viabilizando contatos sociais de caráter anônimo e estimulando prestações de alto valor que seriam impossíveis de ser firmadas de outra maneira, sobretudo no Direito Penal Econômico; e (iii) é imbricada aos princípios constitucionais da intranscendência penal e da individualização da pena.

E, considerando que os delitos culposos e omissivos encontram-se em ampliação, na forma de tipos abertos,⁽¹⁸⁾ a confiança se afigura como um princípio autônomo de imputação, com baluarte na autorresponsabilidade⁽¹⁹⁾ e racionalidade dos indivíduos perante o Direito, próprio de um Estado de Direito não paternalista, conferindo à pessoa cidadania, dignidade e autodeterminação (arts. 1.º e 4.º da CF).

Forçoso é convir, pois, que, no Direito Penal pátrio, em que a escola finalista encontra prevalente acolhida,⁽²⁰⁾ o princípio da confiança se assenta até então no dever objetivo de cuidado,⁽²¹⁾ aplicável a uma ampla gama de subsistemas sociais, eis que apto a delinear a distribuição de tarefas no quadro de uma sociedade do risco globalizada.

Essa concepção merece ser conjugada com a proposta de que o predito princípio deve fornecer racionalidade e proporcionalidade às regras correlatas, conquanto não seja, no plano concreto, absoluto ou ilimitado nem de vigência irrestrita, pois deve ser compreendido de acordo com o contexto social em que é aplicável.⁽²²⁾

Reconhece-se que aludido princípio também poderia servir como uma das formas de delimitar o dever de garante, outra hipótese em que encontraria guarida no ordenamento doméstico, em particular referência aos delitos omissivos impróprios (art. 13, § 2.º, do CP). Dessarte, assumiria importância nos seguintes casos:⁽²³⁾ (i) *divisão horizontal de funções ou de trabalho*, em que indivíduos de um mesmo grupo trabalham em um mesmo nível ou nível equivalente (v.g., a relação entre cirurgião e anestesista; piloto de avião e controlador); e (ii) *divisão vertical de funções ou de trabalho*, na qual sujeitos trabalham em distintos níveis ou em uma relação hierarquizada, em que um recebe instruções de outra pessoa que se encontra em um nível superior (v.g., chefe diante de seus empregados).

Por derradeiro, revela-se desarrazada, em uma eventual reforma do Código Penal, a normatização do princípio em comento, porquanto tal postura legislativa enrijeceria sua atividade interpretativa, em nada acrescentando, cabendo à doutrina e à jurisprudência lapidar seus contornos – demonstrando ao menos ter assim se enveredado o legislador no Projeto de Lei n. 236/2012.

Em suma, cuida-se de princípio perfilhado pela dogmática penal moderna, não podendo ser meramente reputado como objeto superado de celeumas, senão como um instituto ainda em fase embrionária à luz da teoria do delito, posto que propício a delinear a distribuição de tarefas no gizar da sociedade do risco.

Notas:

- (1) Hodiernamente, o homem mantém contatos anônimos em uma sociedade programada do risco, no que é levado a desenvolver consciências diante do perigo, em especial nos crimes culposos (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 233; PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37-40). Outros mecanismos incidem concomitantemente com a confiança como forma de definir a organização da modernidade, v.g., a lei, a organização e a linguagem (LUHMANN, p. 164 *apud* ABRALDES, Sandro Fabio. CEREZO MIR, José (Prefaciador). *Delito imprudente y principio de confianza*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 385).
- (2) A dogmática penal não deve deixar de levar em conta os dados da realidade social – v.g., a sociologia, a psicologia, a psicanálise e a antropologia –, sob pena de aquebrantar todo o arcabouço prático da ciência penal. Também não cabe às outras ciências olvidar da dimensão normativa do Direito. É salutar sopesar os limites entre os diversos ramos do conhecimento (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 86-87).
- (3) No plano psicológico, exsurge a confiança, no início da vida, pelo “*espazo potencial*” existente entre a criança e a pessoa encarregada de seu cuidado infantil, representada, em regra, pela figura materna (WINNICOTT, p. 116-21 *apud* ABRALDES. *Op. cit.*, p. 373, nota de rodapé, item 146). Uma vez adulto, o indivíduo mantém uma confiança ontológica, bem como um sentimento em relação às pessoas e às coisas. A compreensão dos fenômenos criminológicos deve partir de uma liberdade ontológica do homem em detrimento da liberdade normativa do Direito Penal (MINERBO, Marion; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Liberdade (possível) e responsabilidade. *Conhecimento Prático Filosofia*, v. 28, 2011, p. 47-54, especialmente p. 48-54).
- (4) Na órbita penal, a obrigatoriedade das leis encontra-se vinculada à garantia da vigência da norma, em especial à proteção geral positiva limitadora. O princípio da confiança serve de meio para garantir o respeito normativo (FELDÓ SÁNCHEZ, Bernardo José. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales*, n. 1, v. 1, 2000, p. 227-265).
- (5) SANTORO FILHO, ANTONIO CARLOS. *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do direito penal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81-2.
- (6) Diplomas Penais costumam empregar um vocábulo dominante para se referir à “culpa”. Há uma ausência de uniformidade designativa da expressão, por decorrência da falta de um sistema homogêneo do delito culposos, razão pela qual mostra-se razoável o emprego de “negligência”, pois, atualmente, esta apresenta conceito distinto da “culpa” de outrora: possui um conceito de conteúdo, de omissão de cautelas devidas no momento da execução da ação perigosa (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 270-276).
- (7) O conceito doutrinário de delito ainda encontra-se em fase de aprimoramento. Nos delitos culposos, as controvérsias despontam-se ainda mais acentuadas. Em todo caso, mesmo a doutrina refratária ao finalismo reconhece que eventuais equívocos não chegam a comprometer sua coerência sistêmica. Há finalidade nos delitos culposos, pois a respectiva ação é dirigida à produção de um resultado, conquanto haja um desvio na trajetória daquela pela escolha equivocada ou pelo emprego perigoso dos meios executórios (negligência, imprudência e imperícia), sobreindo resultado diverso, no que o delito culposos surge no decorrer da própria ação. Pelo princípio da legalidade, ainda considerando a tendência hodierna de se alargar cada vez mais a tipicidade, há de se determinar precisamente o cerne do tipo culposos, visando a uma minuciosa delimitação da responsabilidade, pois, no campo penal, as consequências ao autor são contundentes (TAVARES. *Op. cit.*, 2009, p. 193-195; NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposos*. São Paulo:

Saraiva, 1974, p. 70; PRADO, Luiz Regis. *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 220)

- (8) WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 79; TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição a teoria do crime culposos*. São Paulo: RT, 1985, p. 148; GÓMEZ, Mario Maraver. *El principio de confianza en derecho penal*. Un estudio sobre la aplicación de principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Navarra: Thomson-Civitas, 2009, p. 35-36; DONNA, Edgardo Alberto. *El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 191-192.
- (9) Jakobs concebe a confiança como um princípio geral de imputação. Outros cultores têm restringido o seu alcance a apenas determinados subsistemas sociais, principalmente no tráfego viário, cuja ideia vincula-se ao fato de estruturá-la não como um instituto autônomo, mas como um caso especial de risco permitido.
- (10) WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral (aspectos fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 150; BACIGALUPO, Henrique. *Direito Penal – parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 250; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 301; TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1985, p. 148; *op. cit.*, 2009, p. 313; ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147-70; PRADO. *Op. cit.*, p. 229; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 442.
- (11) In: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003, p. 85.
- (12) Predica Jakobs que foi Stratenwerth quem elaborou a conexão entre o princípio da confiança e a possibilidade de imputação (STRATENWERTH, 1961, p. 392 *apud* JAKOBS. *Op. cit.*, p. 86).
- (13) Raul Machado defendia a adoção do critério subjetivo ao Direito indígena (MACHADO, Raul. *A culpa no direito penal*. São Paulo, 1929, p. 228). Já Noronha perfilha do critério misto.
- (14) Para Roxin, a imputação objetiva assume maior relevância prática na determinação do ilícito culposos, pois desenvolve uma dogmática completamente nova. Os critérios desenvolvidos pela dogmática tradicional revelam-se supérfluos e substancialmente inadequados. A omissão do dever de cuidado não apresenta um significado preciso, tampouco um teor substancialmente correto, gerando a falsa percepção de que o ilícito da ação culposa seria uma omissão. Os critérios fornecidos pela imputação objetiva referem-se à criação de um perigo não permitido, afigurando-se mais precisos, além de conferir melhor balizamento na determinação do injusto culposos (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116-18).
- (15) GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27-30.
- (16) Para Tavares, invocando o entendimento de Roxin, o crime culposos é assentado na violação do risco autorizado, motivo pelo qual o princípio da confiança serve para delimitar o próprio risco autorizado. Mas também seria correto conservar referido princípio na estrutura do dever de cuidado (TAVARES. *Op. cit.*, 2009, p. 314).
- (17) O estado dinâmico do bem jurídico não seria alcançado se o próprio ordenamento penal não reconhecesse o princípio da confiança, no que implicaria paralisação do progresso (ABRALDES. *Op. cit.*, p. 389).
- (18) Para Tavares, o injusto culposos não se afigura como tipo aberto, mas como tipo fechado, pois é da sua essência ser acabado e servir como garantia (TAVARES. *Op. cit.*, 2009, p. 280).
- (19) Nesse sentido: Jakobs, Figueiredo Dias, Reyes Alvarado, Stratenwerth, Stratenwerth-Kulen, Mantovani, Feijóo Sánchez, Maraver Gómez e Luís Callegari (CALLEGARI, André Luís. O princípio da confiança no direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 78, maio 1999, p. 3, especialmente p. 2).
- (20) No Brasil, há julgados que já reconheceram a aplicação da confiança com fulcro no risco: STJ, HC 46.525-MT, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.03.2006, p. 245; HC 46.525/MT, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 21.03.2006; TJMG, Número do processo: 1.0024.01.042560-1/001(1), relator: Alexandre Victor de Carvalho, j. 30.05.2006, publ. 07.07.2006; TJMG, Número do processo: 2.0000.00.438534-0/000(1), relator: Alexandre Victor de Carvalho, j. 08.06.2004, publ. 26.06.2004; Apelação Crime 70010124980, 2.ª Câmara Criminal, TJRS, relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 30.11.2006; Apelação Crime 70011222411, 2.ª Câmara Criminal, TJRS, relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 26.01.2006; Apelação Crime 70006990634, 2.ª Câmara Criminal, TJRS, relator: José

Antônio Cidade Pitrez, j. 03.11.2005.

- (21) Para **Feijóo Sánchez**, o fundamento da confiança não é o risco, mas o comportamento de uma pessoa livre e responsável, de forma que a conduta tem como balaústres os princípios da autorresponsabilidade e da autonomia, seguindo os contornos do princípio da culpabilidade no Estado de Direito (FEIJÓO SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 236-37).
- (22) Caberá a aplicação desse princípio para solucionar os casos de participação culposa em ação subsequente de outrem: (i) se a ação subsequente de outrem for culposa; e (ii) se a ação subsequente for dolosa. Porém, não incidirá: (i) quando, em virtude de circunstâncias especiais, for absolutamente provável que a conduta de outrem lesará o dever de cuidado, pois é perigosa; (ii) quando o dever de cuidado estiver dirigido no sentido de controle, fiscalização e guarda das condutas de outrem, mormente quando se referirem a ações de crianças ou enfermos mentais ou a realizações difíceis e arriscadas; e (iii) quando a própria confiança funciona como limitador do dever de cuidado por quem atua, por si mesmo, de modo

contrário a tal dever (TAVARES. *Op. cit.*, 2009, p. 316-22).

- (23) Na Espanha, há uma tendência de estender a posição de garante a todos os tipos penais, inclusive nos crimes comissivos. A moderna teoria do tipo reconhece que no delito doloso existem elementos da culpa, caso em que o princípio da confiança também poderia ser aplicado (BACIGALUPO. *Op. cit.*, p. 219 e 250; FEIJÓO SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 243).

Victor Augusto Estevam Valente

Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP.

Professor assistente do Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal da PUC-SP (Cogea). Advogado.

Por uma concepção minimalista do delito informático⁽¹⁾

Leonardo Rezende Cecilio

“*Pessima republica plurimae leges*”. Assim inicia **Jesús-María Silva Sánchez** sua obra dedicada ao estudo da expansão do Direito Penal. Citando o historiador romano Tácito, que já no século I criticava a hipertrofia exacerbada de dispositivos legais, o mestre espanhol afortunadamente constata a existência de uma clara dilatação da disciplina penal na legislação de todos os países, condicionada por uma suposição global de que se chega à pacificidade a partir da edição reiterada de tipos penais e do asseveramento das penas (SILVA SÁNCHEZ, 2011). Segundo o autor, essa tendência acompanha o fenômeno da globalização, ampliando os espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, propondo a criação de novos tipos penais, flexibilizando regras de imputação e relativizando princípios político-criminais (*ibidem*, p. 5), pelo que, a partir da última década, adquiriu inédita tônica a discussão sobre se reconduzir a intervenção punitiva do Estado a uma plataforma minimalista.

Conceber os bens jurídicos como o substrato validador de uma norma penal incriminadora (e o Direito Penal como protetor somente daqueles mais relevantes), permite afirmá-la não como o objeto legítimo da tutela penal, mas sim como a ferramenta adequada para a proteção pretendida de determinados bens individuais, sociais ou reais. Os bens jurídicos impedem que o mero ato de desafiar um comando proibidor esgote o conceito de delito – razão pela qual ampla frente de defensores os entendem como instrumento de orientação crítica da política criminal. Nesse sentido, a expansão da disciplina penal parece

obrigada a se submeter à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 11).

Se o progresso científico dá azo à adoção de novas técnicas e instrumentos para a perpetração de condutas mal-intencionadas, o advento das tecnologias da informação e comunicação (TICs) elevou o problema a expoente. No âmbito da incipiente política criminal envolvendo o ambiente informático, a urgência de proteção clamada pelas relações sociais somente mantidas a partir (e através) dos avanços tecnológicos encontra, em tensão dialética, a índole de *ultima ratio* da disciplina penal – o último recurso do Estado para inibir condutas lesivas a bens reais, sociais ou individuais. Considerada a drasticidade da intervenção estatal na vida civil pela via do Direito Penal, adquire destaque o indesejável debate sobre como se conferir tutela jurídico-penal àquilo que agora é apontado como o condutor de um mundo modelado pela tecnologia: a informação.

Embora enfrente certa reticência, existe o pensamento de que a informação deve ser alçada ao *status* de bem jurídico-penal, emergente das revoluções tecnológicas. Indubitavelmente, cuida-se de um elemento que se tornou indispensável *para uma vida juridicamente segura* (ROXIN, 2011, p. 185), e um dos maiores desafios que o Direito Penal encontra para protegê-lo é diagnosticar sua natureza e traduzi-la para sua própria linguagem – o que é, afinal, condição elementar para que o sistema jurídico possa operar com tecnicidade, como ensina **Amelung**. Tendo sua gênese nos anos 1940 como ponte entre a matemática e a engenharia elétrica, a teoria da informação representou a quebra de antigos paradigmas, propagando-se para além das ciências ditas *exatas*, permitindo, com uma inédita excelência, medir complexidades, ordem, organização e especificidades (QUASTLER, 1953). **Werner Loewenstein**, estudioso da comunicação intracelular, chegou a afirmá-la como algo que conota um “*princípio cósmico de organização e ordem, e nos proporciona uma medida exata disto*” (*apud* GLEICK, 2013, p. 17). Hoje, até mesmo a biologia possui uma interface com a ciência da informação, uma vez que está sujeita a mensagens, instruções e códigos (*ibidem*).⁽²⁾

Contudo, ainda que outros campos da ciência tenham se apropriado

as condutas essencialmente dignas de serem indicadas como crimes informáticos são aquelas direcionadas contra os princípios basilares da segurança da informação, ou seja, as que afrontam sua autenticidade, integridade, confidencialidade, disponibilidade e seu não repúdio

de sua teoria geral, nosso âmbito de debate está restrito à informação confinada no ambiente ciberespacial, ou seja, relacionada ao processamento, armazenamento e transmissão de dados.⁽³⁾ A partir da identificação precisa do bem juridicamente relevante e do objeto material sobre o qual recaem as condutas que se pretende incriminar, acreditamos na possibilidade de se propor um conceito de *delito informático* cientificamente dotado de potência analítica e pragmaticidade.

A noção de crime informático é genericamente abordada como *qualquer conduta não ética ou não autorizada que envolva o processamento automático de dados e/ou a transmissão de dados*, definição apresentada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico da Organização das Nações Unidas (OCDE). A ainda rarefeita doutrina oscila sobre esse conceito pelo fato de que estão ali incluídas condutas diversas cujo único elemento comum é o fato de serem perpetradas por meio de sistemas informatizados.

Variados autores compartilham da definição proposta pela OCDE e da Convenção de Budapeste (em vigor desde 2004), admitindo como crime informático toda conduta criminosa que guarde relação com o uso de computadores. Ainda dentro dessa linha, alguma doutrina venturosamente propõe uma distinção entre condutas que envolvam a informática como *meio* para a ação criminosa daquelas que nela têm seu próprio fim.

Respeitadas ao máximo todas as iniciativas acadêmicas dedicadas ao tema, e prefaciando qualquer manifestação dialética, é imperioso esclarecer que nem toda conduta maliciosa praticada por sistemas computadorizados representa um ataque à informação. De igual maneira, nem toda afronta à informação ocorre por meio de sistemas computadorizados.

Panoramicamente, pode-se afirmar com segurança que a expressão *crime* vem sendo utilizada de forma leviana. Sobre tudo em estudos não criminais, chega-se a apontar indistintamente como *crime informático* (ou *crime cibernético*, *eletrônico* ou, ainda, *crime digital*) uma série de condutas que sequer estão tipificadas. Em nossa concepção, trata-se, em verdade, de uma gama de *hostilidades informáticas*, gênero do qual são espécies: (a) condutas maliciosas não incriminadas; (b) crimes informatizados; e, por fim, (c) crimes informáticos. Inquestionavelmente, são categorias de ações mal-intencionadas e relacionadas à alta tecnologia, mas que possuem diferenças técnicas consideravelmente significativas.

No Brasil, um exemplo da primeira categoria seria o envio de *spams*. Embora seja definido como crime em alguns países, o envio em massa de mensagens não solicitadas não encontra previsão na legislação penal brasileira, e, apesar disso, é comumente referenciado como crime informático. Preenchemos a segunda categoria, por sua vez (a que chamamos de *crimes informatizados*), com as condutas cometidas via sistemas informatizados para atacar bens jurídicos já conhecidos. Discordamos das correntes que as consideram delitos informáticos por que não são mais do que versões digitais de crimes já contemplados pelo ordenamento jurídico penal. Nelas, não é a segurança da informação o bem jurídico atacado, posto que a informática é usada como mero instrumento para o cometimento desses delitos – que, reiteramos, já possuem previsão legal. Referimo-nos como crimes informatizados, por exemplo, os crimes contra a honra e os chamados *crimes de ódio* cometidos via internet. A injúria ou a difamação cometida na internet ataca o mesmo bem jurídico que a injúria ou a difamação cometida presencialmente ou mesmo através de ligações telefônicas, por exemplo: a honra. De igual maneira, os crimes de ódio, tais como discursos xenófobos ou racistas, não deixam de sê-lo pelo simples fato de terem sido cometidos na rede. É somente uma

questão de *modus operandi*.

Em uma perspectiva talvez um tanto mais ousada, convidamos o leitor à apreciação da conduta de circulação de material pedopornográfico na internet: *a priori*, não há qualquer ataque à segurança da informação, mas sim à incolumidade da criança e do adolescente – razão pela qual, no Brasil, é uma atividade normativamente combatida nos termos do ECA/1990, diploma que objetiva sua integral proteção. Trata-se de uma prática evidentemente reprovável, que deve ser (e é) penalmente inibida, mas que, tecnicamente, não merece a alcunha de *crime informático*, sob pena de se esvaziar o princípio da lesividade. Ademais, considerar como crime informático todo aquele vinculado ao uso de computadores nos parece tão impreciso quanto afirmar como crime econômico-financeiro todo aquele vinculado ao dinheiro – cuja torpe consequência seria, por exemplo, classificar como tal o furto de uma carteira contendo moeda em espécie, que, como sabemos, é um crime de índole patrimonial.

Finalmente, as condutas essencialmente dignas de serem indicadas como crimes informáticos são aquelas direcionadas contra os princípios basilares da segurança da informação – ou seja, aquelas que afrontam sua autenticidade, integridade, confidencialidade, disponibilidade e seu não repúdio. A título de breve esclarecimento, o princípio da autenticidade é o que assegura que os dados acessados sejam verídicos e de que o usuário seja legítimo. Já o princípio da integridade remete à proteção da informação contra modificações sem a permissão de seu titular. A confidencialidade, por sua vez, se traduz na garantia de que a informação não será acessada por pessoal não autorizado, enquanto a disponibilidade consiste na segurança de que a informação estará disponível quando for acessada. Por fim, o não repúdio da informação é o que garante a irretratabilidade sobre a autoria de uma atividade, e é materializado, por exemplo, através do registro de *logins*.

Um exemplo fático de uma ação que deve, por excelência, ser encarada como delito informático, é o conhecido ataque de negação de serviço (DoS), em que o objetivo é puramente tornar indisponíveis os recursos de um *website* a partir da interrupção do funcionamento de seu servidor por meio de sobrecarga. Ou seja, trata-se de uma investida contra a disponibilidade da informação. No mesmo sentido ocorreria com a adulteração de bancos de dados, que viola a autenticidade e a integridade das informações neles constantes.

Mas é igualmente válido destacar que uma conduta hostil contra a segurança da informação não pressupõe ataques via programação computacional – que é baseada na lógica. Não é necessário, no exemplo do banco de dados, que o atacante esteja infiltrado em um sistema alheio para ter acesso ao sistema alvo; é o tipo de ação que pode ocorrer, por exemplo, a partir da entrada de alguém não autorizado em determinado gabinete ou sala em que são realizadas operações no referido banco – hipótese em que é violado ainda o não repúdio da informação, já que as alterações terão sido feitas a partir do computador (estação) de outro funcionário. Uma outra hipótese que merece atenção é o corrompimento de dados a partir da destruição de dispositivos responsáveis por seu processamento, armazenamento ou transmissão: magnetizar ou lançar às chamas um *pen drive* ou um disco de armazenamento externo (HD), por exemplo, destruindo seu conteúdo informacional, inquestionavelmente corresponde a um ataque físico à segurança da informação, não ocorrendo por meio de programação computacional.

Nesse sentido, considerada esta série de peculiaridades inerentes a tão complexo tema, que hoje desafia produtores, operadores e destinatários da norma, cremos que uma definição razoável de delito informático seja a *conduta legalmente definida como criminosa que atente física ou logicamente contra a integridade, a confidencialidade, a autenticidade, a disponibilidade ou o não repúdio da informação, ou, ainda, contra o*

correto funcionamento das ferramentas físicas ou lógicas⁽⁴⁾ responsáveis pelo processamento, armazenamento e transmissão de dados.

Naturalmente, é excluída a possibilidade de determinada conduta ser subsumida por mais de um tipo penal, afetando, ao mesmo tempo, a segurança da informática e outro bem jurídico (a conhecida hipótese do concurso de crimes) – posicionamento compartilhado por **Carlos Romeo Casabona** e **Francisco Bueno Arús**, na Espanha. Se, todavia, persiste a intenção de se combater com normas específicas as condutas que se limitam a atacar *por meio* da computação, uma alternativa que propomos ao aumento do catálogo incriminador pela criação individualizada de diversos novos tipos penais, seria a criação de circunstâncias qualificadoras que tragam, no tipo penal correspondente, o elemento do emprego de alta tecnologia. Ou, ainda, considerada a extensa gama de possíveis delitos passíveis de cometimento com o uso da informática,⁽⁵⁾ poderia ser criada uma causa genérica de aumento de pena com esse teor (no caso brasileiro, a ser inserida no art. 61 da Parte Geral do Código Penal). Assim, o agente que viesse a cometer, por exemplo, um crime contra a honra através da rede, teria sua pena aumentada em razão do emprego de alta tecnologia.

Ao longo dos séculos, recorreu-se ao Direito Penal na intenção de apelar a opinião pública e acalantar interesses e caprichos setorialistas. A partir disso, a invocação da urgência em muito subverteu a produção da disciplina, propiciando a criação de aberrações jurídicas que vão desde institutos vazios a dispositivos cingidos da pragmaticidade. Hoje, a emergência de regulação clamada pela sociedade da informação compele a comunidade internacional a repaginar uma série de aspectos internos e externos perante uma efetiva aparição de novos riscos – potencializados por sua alta tecnicidade, evolução ininterrupta e sua linguagem *sui generis*. De toda maneira, deve-se atentar para os princípios regentes da intervenção Estatal na sociedade pela via do Direito Penal, prestigiando, sobretudo, sua identidade de *ultima ratio* como forma de conter a proliferação de um punitivismo inflacionário e puramente simbólico.

Referências

- BUENO ARÚS, Francisco. *Els. delicats relatius a la informàtica*. v. 13. Barcelona: Stvdia Jurídica, 1997, p. 173-190.
- GLEICK, James. *A informação: uma teoria, uma história, uma enxurrada*. Trad. Augusto Calil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- QUASTLER, Henry (Org.). *Essays on the use of Information Theory in Biology*. Urbana: University of Illinois Press, 1953.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. La protección penal del software en el derecho español. *Actualidad Penal*. n. 35, sept./oct, 1988, p. 1829.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

SETZER, Valdemar W. *Dado, informação, conhecimento e competência*. Disponível em: <<http://www.ime.usp.br/~vwsetzer/dado-info-Folha.html>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Edisofer, 2011.

Notas:

- (1) Baseado na intervenção do autor, intitulada *Complejidad Janus: La doble cara de la información*, durante o III Forum de Expertos y Jóvenes Investigadores en Derecho Penal y Nuevas Tecnologías, promovido pela Universidad de Salamanca (Espanha), em 20.03.2014.
- (2) Segundo o registro de James Gleick, a linguagem de códigos, instruções e sinais, oriundos do léxico das máquinas e da engenharia foi migrando para o campo biológico. A nova biologia molecular começou a examinar o armazenamento e a transferência da informação, e seus profissionais foram se tornando capazes de contar em termos de *bits* (GLEICK, 2013, p. 298). Em 1952, Henry Castler, na Universidade de Illinois, organizou um simpósio sobre a teoria da informação com o propósito de explorar suas ideias no campo da estrutura celular, em que um pesquisador chegou a construir uma estimativa do número de *bits* representados por uma única bactéria; naqueles anos, outro colega, Sidney Dancorr, sugeriu que um filo cromossômico seria uma *fitas linear de informação codificada* (KAY apud GLEICK, 2013, p. 298).
- (3) Tecnicamente, *dado* e *informação* não são conceitos sinônimos; em verdade, *dado* é a representação simbólica, quantificada ou quantificável da informação, sendo um conceito puramente objetivo (SETZER, Valdemar W.).
- (4) Para *ferramentas físicas e lógicas*, nos referimos, respectivamente, a *hardwares* e *softwares*.
- (5) É interessante atentarmos para a chamada *internet das coisas*, orientada pela tendência de que, no futuro, tudo – de eletrodomésticos a seres vivos – será conectado à Internet. A questão tem adquirido perspectiva de grandes investimentos e já se tornou política pública em variados países, como a China, e foi, inclusive, objeto de seminário recente promovido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na cidade do Rio de Janeiro. Vide <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2014/05/1458917-internet-das-coisas-torna-se-objeto-de-politica-publica.shtml>>. Acesso em: 26.05.2014.

Leonardo Rezende Cecilio

Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade
Cândido Mendes e em Direito Penal Econômico pela
Universidade de Coimbra.
Graduado em Direito pelo Ibmec/RJ.
Advogado.

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, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, 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, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Cássio Rebouças de Moraes, Giancarlo Siltkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Sugimori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond,

Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres 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

Viagem com Adauto Suannes

Edmeu Calmesini

“*Ivém o bloco!*”. Era o aviso de quem, como todos ali, nas dependências do Clube dos Magistrados, nos deliciávamos com os festejos juninos. À frente, fantasiado de caipira, um homem alto, em passo de dança, chefiava o cordão. Não outro, sim o estimado juiz **Adauto Alonso Silvinho Suannes**, que, compenetrado de sua efêmera missão, protagonizava a pantomima, ele, que no papel responsável e real de magistrado, seria sempre protagonista no funcionamento da Justiça. Como associado, batizava ou estava para batizar a nossa associação com o nome menos pernóstico de Apamagis, contribuindo para tornar mais íntimos os colegas. Apesar de poder, pelo prestígio de que gozava, pleitear algum cargo na instituição, nunca o quis. Abro um parêntese para uma digressão: na Câmara ou no Grupo Criminal do TACrim, não me recordo que ele os tenha presidido, coisa natural pelo rodízio costumeiro. Ao que muitas vezes senti, nunca quis... ser governo. Voltando: Adauto poderia assumir o papel que quisesse, sempre com invulgar brilho, ator, escritor, poeta, filósofo, teólogo, sacerdote, escultor, esportista, jurista e principalmente um juiz, neste caso, se bem o considerarmos, um justiceiro no melhor sentido, que enxergava a lei como simplesmente uma disciplina social que nada tem a ver com a natureza humana.

Éramos cordiais colegas, não de próxima amizade, mas de sentir que poderíamos chegar lá e chegou com intensidade mais que fraternal. Começou em 1983, quando ele me recebeu efusivamente na porta da 5.^a Câmara do saudoso Tribunal de Alçada Criminal para onde fui, removido da 3.^a Câmara e cooptado por meu velho colega de turma da PUC de 1954, Alberto Silva Franco. Anunciou-me que eu seria o seu revisor. Tarefa árdua, como constatei depois! Como alcançar aquele pensamento que se me afigurava verdadeiramente exótico, cheio de inovações nunca antes consideradas no exame da prova, repleto de lembranças sobre os direitos fundamentais cravados na Constituição, inovador na análise do Direito Penal e do processo correspondente? Era maravilhoso constatar que tínhamos identidade de pensamento (aliás, esse comum ideal da Justiça era perseguido por todos os componentes do nosso pequeno colegiado) e que nossas divergências eram simplesmente factuais. É claro que perseguíamos a unanimidade, mas, não raro, aconteciam os votos vencidos. Atrás, Alberto a criar teoremas jurídicos, antes jamais propostos, os quais, até sua demonstração final, haveriam de encontrar inúmeras operações divergentes. Tudo se discutia, tudo se transformava e, o que se pensava serem discussões meramente acadêmicas, na verdade eram descobertas que mudavam radicalmente o modo de encarar o Direito Penal. Muitas vezes o julgamento de uma mera contravenção, convergente pela Câmara, resultava em três votos fundamentadamente declarados a provocar a crítica de quem achava que a questão era desimportante. Projetavam-se novas discussões e orientações que seriam aproveitadas por gerações futuras de julgadores (ou não, conforme entendimento ainda majoritário no sentido de que é melhor manter o anacrônico *status quo*). Nem por isso a Câmara acumulava processos. Pelo contrário, e esse é um exemplo expressivo, a prescrição penal era aplicada nos seus estritos termos de direito, aliviava-se a pauta pela extinção de ações penais e o Tribunal todo se aproveitava disso. Outro exemplo de ineditismo pretoriano: não se conhecia do apelo ministerial *ex officio* (nada de enfrentar o mérito) se se percebia que visava apenas evitar a prescrição, recomendando-se maior vigilância em primeira instância, a fim de que tal não ocorresse.

Adauto tinha uma lógica irrecusável que afastava as construções processuais prodigiosas: aceitava apenas o que de ordinário acontece, milagres não existem, e, assim, a possibilidade de se praticar injustiça é muito menor. Lembra-me o caso de certo indivíduo preso pela prática de vinte e tantos furtos qualificados em residências e que teria ofertado ampla confissão na delegacia (assistido, é claro, do indefectível defensor ou curador, cujo nome aparecia simultaneamente em inquéritos de várias delegacias, como se fosse Santo Antonio, com seu dom de ubiquidade), declinando os endereços precisos, hora e minutos do furto, relação completa dos objetos com sua marca e até – é espantoso – números de série. Adauto proferiu um voto pitoresco (esqueci-me de dizer que ele também era fino humorista), desculpando-se por não poder ajudar o delegado a engordar o seu relatório de casos solucionados com o propósito de buscar promoção.

Às vezes, sua indignação pelos atos de injustiça, tão energicamente sentida, fazia tremer o chão. Revoltava-se com as “*punições medievais*” aplicadas sob o pretexto de reeducação do chamado delinquente, um exagero para quem nunca foi educado. O que dele se poderia exigir? Impor-lhe “*um padrão médio de conduta que não decorre da observação da realidade social, mas das elucubrações de tecnocratas travestidos em legisladores?*” como sustentava à plateia surpresa em seu discurso de posse no TACrim. Um pouco Jesus Cristo com quem guardava certa semelhança física, pelo menos é a imagem pictórica e escultural que se criou do Salvador, varria sem piedade os vendilhões do templo. Ou, como Lincoln com quem às vezes também tinha afinidade corporal, brandia o machado infatigavelmente, abrindo clareiras na espessa floresta, parecendo oferecer novos caminhos aos explorados, aos perseguidos, aos excluídos da sociedade perversa.

Perdoem-me os leitores por narrar a seguir um fato em que estive pessoalmente envolvido. Justifico: Adauto não era uma ilha, amalgamava-se com seus amigos e companheiros. Relatando certo processo, empunhou sua espada de fogo e feriu fundamento o Estado por sua omissão no trato com a Justiça, não só não dando meios para o seu funcionamento, como também não fornecendo condições para que o envolvido no julgamento pudesse cumprir a decisão judicial com dignidade, o mínimo que se espera nas relações entre o poder e o indivíduo. A crítica, de inteira procedência, foi tão forte que deve ter machucado dolorosamente os políticos. Segundo deparei, confesso, sem fundamento, foram se queixar ao Desembargador Corregedor da Justiça, privilégio nunca concedido aos “ladrões de galinha”. Este, de forma inusitada, pois jamais houve notícia de que algum julgador de tribunal fosse questionado pessoalmente em sua decisão, expediu ofício endereçado a mim, revisor do caso, e a Ercílio Cruz Sampaio, terceiro juiz, indagando-nos genericamente se estávamos de acordo com os conceitos emitidos no voto de Adauto, acolhido unanimemente. Ercílio deve ter respondido com sua proverbial altivez, ou ignorado, talvez. Quanto a mim, por não haver circunlóquios na indagação, fingi que entendi que o Corregedor achava leve demais a crítica e respondi que, para bem satisfazer o desejo daquela alta autoridade, na primeira oportunidade que se deparasse, intensificaríamos as justas acusações ao Estado, mais pesadas ainda, para que a Justiça fosse tratada de forma digna e lhe fossem ofertados meios para desempenho de sua missão. Meu voto, nesse caso, seria declarado. Tudo se aquietou. Tempos depois, Adauto já desembargador, chegou a minha promoção. Fui ao Presidente do Tribunal de Justiça, coincidentemente o Corregedor da época acima citada, para tratar da minha posse. Perguntou se a queria

solene e eu, talvez me vencesse a vaidade, ou, quem sabe, fazendo uma afirmação de fé ainda oculta, respondi afirmativamente, de modo que a indagação a seguir era automática. Quem escolheria para me saudar em nome do Tribunal? Eu disse que faria questão de que fosse o Desembargador Adauto Suannes. O Presidente olhou-me espantado, achei que viria algum veto que eu não aceitaria, mas ele encerrou essa parte da entrevista, fazendo elogios ao “culto e preparado Magistrado, uma excelente escolha que o Sr. faz”.

Mais uma digressão: nenhum de nós se deu bem no mais alto tribunal. Quebrar a velha e sedimentada estrutura jurisprudencial seria impossível como o é até hoje e nos recusávamos a curvar a cerviz, criando problemas e quiçá desentendimentos pessoais. Quem foi para o cível, negava-se a homologar a usura ou a sacramentar a violência estatal iniciada com algum publicano. Daí, aposentamos todos. Ranulfo de Melo Freire um pouco antes. Alberto Silva Franco logo depois e, a seguir, Adauto e eu (no mesmo dia) e Ercílio Sampaio no dia seguinte. Isso causou espécie e, divertidos, soubemos que alguém, ignorante do puro idealismo que marcava a conduta

dos “trânsfugas”, indagava: “*Que será que estão planejando esses comunistas?*”.

O tempo correu mais célere do que o desejado e, agora, Adauto partiu após intensos sofrimentos físicos que suportou com galhardia. Devemos chorar? “*Chorar pelo término do sofrimento de alguém é o mesmo que querer que aquele sofrimento não tenha fim*”, é o que ele mesmo dizia (Cristo, hoje. Adauto Alonso Suannes, Edições Loyola, p. 32). Dizer que, além da presença física neste vale de lágrimas há que perdurar a obra, é lugar comum. Mas no que se refere a Adauto, essa é uma verdade. De qualquer forma, sinto que ele se achava peregrino em busca da terra prometida, exilado ansioso para a ela retornar. O Anjo da Morte, já se disse, arauto da Nova Vida, adentrou seu quarto, com pés de lã, fechou-lhe as pálpebras suavemente e lhe rasgou o véu de todos os mistérios encobertos, para o deslumbramento do face a face com aquele de quem proviemos e a quem, necessariamente, voltaremos.

Edmeu Calmesini

Projeto de Código Penal em Debate

Nota da Coordenação: O Boletim *IBCCRIM* inaugura, nesta edição, seção específica para a publicação de uma série de artigos de autores convidados contendo análises críticas do Projeto de Código Penal (PLS 236/12) em trâmite no Congresso Nacional. Com isso, visa a incrementar a contribuição do Instituto na discussão de tão importante tema, e fomentar discussões permanentes também em outras sedes. A seção perdurará por tempo indeterminado.

Primeira questão: o PLS 236/12 contém um Código Penal?

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Entre as inúmeras críticas que foram e continuam sendo feitas ao PLS 236/12, que objetiva recodificar o direito penal brasileiro, há uma que traz importantes implicações formais e substanciais ao novo direito que se pretende construir. Trata-se da opção por juntar num suposto Código Penal quase toda a matéria legislada em vigor, sem a preocupação em se elaborar, verdadeiramente, um novo código.

Para que isso possa ser bem compreendido, importante lembrar que as características elementares de um código são sua unidade, totalidade e sistematização, de modo que a força normativa e o âmbito de aplicação de cada artigo que o compõe dependem da sua conformação com os limites estabelecidos pelo sistema como um todo.⁽¹⁾

De início, portanto, já se vislumbra que a Comissão responsável por sua elaboração optou, desde logo, por manter a mesma fragilidade que caracteriza o atual sistema no que diz respeito à unificação do ordenamento jurídico-penal. Assim como se dá no atual art. 12 do CP, a redação atual do Projeto prevê, em seu art. 13, que “*as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*”. Significa, portanto, que o próprio Projeto já reconhece e disciplina a convivência entre o Código e outras leis penais; embora haja uma tendência centralizadora do código

em relação às normas penais incriminadoras, esta é atenuada pela inexistência de pretensão de exaurir o rol de infrações penais, assim como pela admissão expressa de que leis especiais podem conter disposições diferentes das regras da parte geral.⁽²⁾

Dessa forma, não é possível concordar com a afirmação contida no próprio relatório que apresentou o então Anteprojeto, quando, textualmente, constava a consagração do princípio da reserva de código, “*ou seja, que as normas em matéria de crimes e penas devem ser objeto de modificação ou integração do texto do Código*

as características elementares de um código são sua unidade, totalidade e sistematização, de modo que a força normativa e o âmbito de aplicação de cada artigo que o compõe dependem da sua conformação com os limites estabelecidos pelo sistema

Penal". É que, como bem ensina **Ferrajoli**, tal princípio lastreia-se na necessidade de que toda a matéria penal esteja inserida no Código, ou seja, na impossibilidade de haver coexistência de leis penais especiais com o Código Penal; trata-se de um reforço ao princípio da legalidade mediante a substituição da reserva de lei pelo princípio da reserva de código – o que tem um significado muito maior do que reunir simplesmente todos os preceitos penais num mesmo corpo, pois significa o reconhecimento das vantagens sistemáticas da legislação codificada.⁽³⁾

Nesse contexto, e considerando a necessidade de evolução do direito a fim de acompanhar o desenvolvimento da sociedade, o princípio da reserva de código implica a observância de algumas regras que, ao mesmo tempo, garantam a necessária atualização do ordenamento jurídico e assegurem que a codificação não implique uma cristalização socialmente inútil da legislação penal. E, como conteúdo do princípio da reserva de código, **Daniel Pastor** salienta, em primeiro lugar, justamente a exclusividade do código – desde logo excluída pela leitura do art. 13 proposto. Além disso, outros elementos fazem-se necessários, tais como as regras da reforma concentrada, do procedimento legislativo qualificado, do quórum diferenciado e do Livro fechado.⁽⁴⁾

No entanto, ainda que a referência ao princípio da reserva de código não tenha tido a pretensão de corresponder ao rigor terminológico que o termo implica, cabe observar que, embora discutível, a validade de conceber um código que, desde o início, conviva com leis especiais, impõe a necessidade de critérios claros na escolha daquilo que vai ficar fora e daquilo que irá integrar o novo Código. Isso, contudo, novamente não pode ser encontrado no aludido Projeto.

É que, se elementos como a expansão das funções do Estado, o progressivo surgimento de novas áreas de relações sociais e econômicas, a complexidade crescente da sociedade e de suas conexões, a globalização, acabam por estimular a produção legislativa fora do Código Penal, deveriam ter sido observados critérios mínimos de coerência na identificação da matéria codificada. Se há matérias que necessitam da existência de verdadeiros subsistemas criados por leis especiais, não foi esse o parâmetro utilizado pela Comissão. Conforme igualmente consta do Relatório apresentado, o principal critério para a exclusão de determinadas matérias da esfera do Código foi a cronologia, ou, de acordo com o texto apresentado, houve especial cuidado *"em face de leis que foram recentemente aprovadas ou processos legislativos em matéria penal que já se encontram em fase final de conclusão. Nestes casos, como o dos crimes contra a ordem econômica e a lavagem de dinheiro, prevaleceu a decisão de prestigiar os debates legislativos que culminaram naqueles resultados"*.

Por fim, ainda no que toca à própria essência de um código penal, o Projeto em comento não possui uma organização interna compatível com um diploma legal de tal natureza. Assim, como se lê no Relatório introdutório, *"a divisão em títulos e capítulos, tanto na parte geral quanto na parte especial, procurou manter, ao máximo, a estruturação do atual Código, muito embora, em diversos trechos, alterações profundas tenham sido realizadas"*.

Não parece ter sido uma preocupação da Comissão o fato de o sistema penal dever ser, num Estado Democrático de Direito, concebido como o lógico e ordenado lugar de preceitos construídos por princípios fundamentais não contraditórios entre si, que representem a cristalização dos valores políticos basilares de uma determinada sociedade numa específica época histórica.⁽⁵⁾ Em outras palavras, não se prestigiou a constatação de que quanto mais progride a civilidade jurídica, mais se evidencia a exigência de que os crimes não sejam simplesmente amontoados ou enumerados num longo elenco, mas expostos sistematicamente segundo determinados critérios.⁽⁶⁾

Assim, ao analisar os títulos da Parte Especial proposta, não se constata uma clara preocupação com a sua ordem dentro do diploma

legislativo. Não se pode esquecer que a arquitetura dos códigos deve ser desenhada agrupando-se, por títulos e capítulos, diversas figuras delitivas nucleadas tematicamente, em função da homogeneidade do bem jurídico protegido em todas elas; a partir de uma simples leitura do índice das respectivas partes especiais, articuladas geralmente por títulos etiquetados com *"crimes contra..."*, deve restar claro que, ao menos formalmente, o critério amplamente utilizado é o bem jurídico tutelado.⁽⁷⁾

Embora seja verdade que o fato de um delito ser posto antes de outro, na Parte Especial, não autoriza concluir que mereça uma proteção maior em relação àquele disposto posteriormente, já que, intrinsecamente, a proteção é idêntica para todos os bens, é importante observar que qualquer que seja a opção feita, não se trata de uma ordem meramente casual; ao contrário, representa uma escolha ideológica precisa, uma vez que os bens jurídicos mais importantes devem preceder os demais.⁽⁸⁾ Como ponderaram **Cadoppi e Veneziani**, a tendência natural é iniciar a Parte Especial com o bem jurídico considerado mais merecedor de tutela, porque o mais importante para a coletividade; a seguir, arrolam-se os outros bens jurídicos sucessivamente, numa verdadeira escala hierárquica. Considerando que a Parte Especial é o espelho das normas de cultura difusas em certa sociedade, torna-se normal que a distribuição dos bens jurídicos no âmbito da Parte Especial do Código revele a sua maior ou menor importância.⁽⁹⁾

Com essas observações, a simples constatação de que há um título relativo aos crimes contra a ordem econômico-financeira e outro, diferente, voltado aos crimes contra interesses metaindividuais já denuncia a imprecisão e incoerência do Projeto; da mesma forma, é gritante a presença dos crimes contra os direitos humanos no final da lista, após infrações como crimes eleitorais, cibernéticos e contra as finanças públicas, por exemplo. Quanto a esta última observação, a falta de compromisso com um projeto de código tecnicamente bem elaborado foi proposital: como reconhecido no Relatório, a Comissão teve muito cuidado *"em manter o indicativo numérico de condutas que, de tão tradicionais, ingressaram no 'patrimônio imaterial' dos aplicadores e estudiosos do Direito Penal, como é o caso do art. 121 (homicídio), 155 (furto), 157 (roubo) e 171 (estelionato)"*.

Como se vê, uma análise que não exige profunda leitura do Projeto em tramitação já é capaz de apontar para desacertos técnicos importantes no que diz respeito ao próprio conceito de código penal. A esse respeito, cabe aqui considerar a importante diferença entre consolidação ou compilação de leis e a codificação, já que o código vai muito além da consolidação, pois enquanto esta atende a uma necessidade essencialmente prática (no sentido de facilitar o acesso às normas, geralmente incongruentes e de difícil interpretação), aquele – embora também ostente justificativa prática – decorre de um movimento racionalista e teórico, que envolve uma sistematização de normas e somente pode ser feito sob uma perspectiva científica.⁽¹⁰⁾

No caso do PLS 236/12, portanto, a questão inicialmente posta centra-se, justamente, na não identificação de seu conteúdo normativo com o que se entende por Código Penal – ou, ao menos, com o que deveria ser entendido como Código Penal.

Notas:

- (1) GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 138.
- (2) SALES, Sheila Jorge Selim de. Parte especial do código e parte especial do direito penal: o problema da legislação complementar. Descodificação e recodificação. Critérios para a recodificação: novas tendências. *Ciências Penais*. v. 1, jul.-dez 2004, p. 135-136.
- (3) FERRAJOLI. Crisi della legalità e diritto penale minimo. In: CURI, Umberto; PALOMBARINI, Giovanni (a cura di). *Diritto penale minimo*. Roma: Donzelli, 2002, p. 18 a 21.

- (4) PASTOR, Daniel. *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 227 e ss.
- (5) MOCCIA, Sergio. Euforie tecnicistiche nel “laboratorio della riforma del codice penale”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 462.
- (6) FLORIAN. Introduzione ai delitti in specie e delitti contro la sicurezza dello Stato. In: BABBONI, FLORIAN, GAVAZZI, GIURIATI, MANFREDINI, OLIVIERI, POZZOLINI, VIAZZI e ZERBOGLIO. *Trattato di diritto penale*. v. 2, 2. ed.. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915, p. 3.
- (7) FERNANDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*. Montevideo e Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004, p. 150; e FLORA, Giovanni. *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*. v 1 – Il sistema della parte speciale. Padova: Cedam, 1998, p. 58.

- (8) FLORA, *op. cit.*, p. 64.
- (9) CADOPPI; VENEZIANI. *Elementi di diritto penale: parte speciale – introduzione e analisi dei titoli*. 2. ed. Padova: Cedam, 2007, p. 30.
- (10) NUSDEO. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 176-177.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Professora Associada de Direito Penal da USP.

Presidente do IBCCRIM.

Descasos

Ad hoc

Alexandra Lebelson Szafir

Não me canso de louvar o dia em que finalmente, foi instituída a Defensoria Pública no Estado de São Paulo. Ainda que tenha demorado mais do que deveria; mesmo que ainda sejam poucos os defensores públicos para o volume da demanda; quanta diferença isso fez para os réus pobres!

Antes, tive várias experiências péssimas com a Procuradoria de Assistência Judiciária⁽¹⁾ (PAJ), a quem incumbia a defesa de réus pobres. Conto, a seguir, uma delas, que ocorreu no início da minha carreira.

Certa vez, em uma audiência, em que eu atuava na defesa *pro bono* de um dos réus, o corréu era defendido pela PAJ. A primeira coisa que me chamou a atenção foi que a defensora do corréu não se sentou ao lado dele (sequer se apresentou a ele). Isso me causou estranheza, pois o réu, inúmeras vezes, ajuda a defesa com o seu conhecimento dos fatos e/ou das testemunhas.

Quando, ao final da audiência, o juiz passou a ditar a deliberação, o réu, algemado e humilde, começou a olhar ao redor, claramente não entendendo nada que o magistrado decidira. Era insuportável (se não para a “defensora” dele, ao menos para mim) ver aquela cena e não fazer nada. Como a responsável pela defesa dele não se manifestava – sequer o olhava –, não aguentei e comecei a lhe explicar o teor da decisão judicial.

Foi então – e só então – que ela dignou-se a se apresentar ao réu como sua defensora, interrompendo a minha conversa com ele. Foi como se ela quisesse garantir uma espécie de “direito de exclusividade” ao réu. Se eu não tivesse iniciado o diálogo com ele, tenho absoluta certeza de que o pobre teria deixado o Fórum sem saber que tinha defensor.

Poucos dias depois, fui chamada a participar de uma audiência como advogada *ad hoc*. E não demorei muito a perceber que, nessa condição, era esperado de mim o *mesmo* comportamento da Procuradora a que me referi acima!

Explico: a audiência atrasou (mais do que de praxe) porque fiz questão de ler os autos⁽²⁾ – que não eram pequenos. Apresentei-me ao réu, fiz as perguntas que achava pertinentes e, convencida da desnecessidade da prisão, ditei, para que constasse no termo, um fundamentado (e extenso) pedido de liberdade provisória.

Em síntese: atuei como uma advogada de verdade, não para fazer de conta que o réu teve o seu direito constitucional à ampla defesa garantido (e todo mundo fazer de conta que acredita). Atuei como atuaria para

qualquer cliente meu – pois ali, naquela audiência pelo menos, o réu *era* meu cliente, e não existem clientes de primeira e segunda classe.

Apreciaram o meu zelo profissional? Creio que não, pois, ao fim da audiência, a escrevente fez questão de dizer que jamais me chamaria para “fazer *ad hoc*” novamente. E eu, que esperava um agradecimento pelo meu empenho em favor da Justiça!

Anos depois, vi que o problema do advogado *ad hoc* não se restringia àquela Vara, e nem mesmo à cidade de São Paulo.

Eu estava em uma Comarca do interior, aguardando uma audiência crucial de um caso gravíssimo, quando a escrevente da outra Vara (eram apenas duas) me pediu para atuar como *ad hoc* em uma audiência. Eu alertei a ela e ao juiz de que, se a minha audiência começasse, eu teria que sair imediatamente, mas, aparentemente, não havia outro advogado disposto a fazer aquele trabalho.

Li os autos, que eram pouco volumosos, o caso era simples. Até onde eu acompanhei, também não houve necessidade de fazer perguntas às testemunhas. Mas, conforme eu havia previsto, durante o depoimento da segunda testemunha, vieram me avisar que a audiência para a qual eu tinha vindo estava prestes a começar, e eu me retirei, supondo que arranjariam outro advogado para acompanhar a oitiva das testemunhas restantes.

Para a minha surpresa, no entanto, depois de algum tempo, a escrevente interrompeu a audiência em que eu estava, pedindo que eu assinasse outros papéis, como se eu efetivamente tivesse participado da audiência TODA!

Recusei-me, é lógico. Sem dúvida, ganhei desafetos, mas fiquei em paz com a minha consciência.

Notas:

- (1) Não estou generalizando, absolutamente. Conheci excelentes Procuradores.
- (2) Pelos olhares que recebi, acho que se houvesse outro advogado disponível – qualquer um –, já nesse momento teriam me substituído.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

INSCRIÇÕES ABERTAS

de 26 a 29 de agosto de 2014
Hotel Tivoli Mofarrej - São Paulo - SP

20º SEMINÁRIO INTERNACIONAL de Ciências Criminais

PALESTRANTES INTERNACIONAIS CONFIRMADOS



Claus Roxin
(Alemanha)



Edgardo Donna
(Argentina)



Enzo Musco
(Itália)



Elena Larrauri Pijoan
(Espanha)



Eugenio Raúl Zaffaroni
(Argentina)



Fernando Velásquez Velásquez
(Colômbia)



Giulio Ubertis
(Itália)



Ignacio Berdugo
(Espanha)



Imme Roxin
(Alemanha)



Jorge de Figueiredo Dias
(Portugal)



José Luis de la Cuesta Arzamendi
(Espanha)



Lolita Aniyar de Castro
(Venezuela)



Olga Espinoza
(Chile)

ESCRITÓRIOS PATROCINADORES

Advocacia Criminal Leônidas Scholz | Advocacia Mariz de Oliveira | Advocacia Sobbé | Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho Advogados Associados | Almeida Castro Advogados Associados | Andrade e Taffarello Advogados | Andrei Zenkner Schmidt Advogados Associados | Arns de Oliveira & Andreaazza Advogados Associados | Aury Lopes Jr. Advogados Associados | Badaró Advogados Associados | Balducci & Höfling Sociedade de Advogados | Barandier Advogados Associados | Cal Garcia Advogados Associados | Canterji Advocacia Criminal | Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados | CAZ - Costa, Coelho Araujo e Zacis Advogados | Damiani Sociedade de Advogados | Daniel Gerber Advocacia Penal | Dias e Carvalho Filho Advogados | Escritório Professor René Dotti | FeldensMadruga | Gamil Föppel Advogados Associados | Geraldo Prado Consultoria Jurídica | Instituto Avante Brasil | Iloko Advogados | Joyce Roysen Advogados | Luchione Advogados | Luiz Fernando Pacheco Advogados | Malheiros Filho, Meggiolaro e Prado Advogados | Marcelo Leonardo Advogados Associados | Márcio Thomaz Bastos Advogados | Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados | Maronna, Stein & Mendes Advogados | Massud e Sarcedo Advogados Associados | Maurício Campos & Pacheco Sociedade de Advogados | Miguel Reale Júnior Advogados | Moraes Pitombo Advogados | Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados | Podval, Antun, Indalecio, Raffaini, Beraldo e Advogados | Ráo, Pires & Chaves Alves Advogados | Reale e Moreira Porto Advogados Associados | Ruiz Filho e Kauffmann Advogados | Siqueira Castro - Advogados | Tofic Simantob Sociedade de Advogados | Toron, Torihara e Szafir Advogados | Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados

REALIZAÇÃO



PATROCÍNIO



Editora
Saraiva



Inscreva-se

www.ibccrim.org.br/seminario20