

Editorial

Pelo fim dos “autos de resistência”

O mês de novembro foi marcado por mobilizações, do governo federal e da sociedade civil, pela aprovação, na Câmara dos Deputados, do PL nº 4471/12, que objetiva a alteração do Código de Processo Penal (artigos 161, 162, 164, 165, 169 e 292) para garantir que todos os homicídios cometidos no país, inclusive aqueles praticados por agentes da segurança pública no exercício de sua função, sejam registrados e investigados como o que realmente são.

Isso porque prevalece no cotidiano policial a atípica figura da “resistência seguida de morte” ou os chamados “autos de resistência”, excrescência produzida pela prática cotidiana dos órgãos investigativos que possibilita a classificação e o registro das mortes provocadas pelo uso da força policial, tanto no boletim de ocorrência quanto no inquérito policial, como “resistência” e não como homicídio, caso seja essa a versão dada pelos agentes envolvidos. Dessa forma, o homicídio ocorrido não é encaminhado ao órgão de Polícia competente e não é devidamente noticiado ao Judiciário; ao revés, pressupõe-se-lhe a existência de uma excludente de ilicitude, retirando o caráter antijurídico do fato, e se prescinde desde logo da investigação devida e do devido processo legal. No atual regime político brasileiro, resquícios de um Estado autoritário e violento impedem que o uso da força policial letal seja devidamente notificado, investigado, prevenido e reprimido.

Dentre as principais inovações do PL aludido estão a alteração da parte de perícias criminais, garantindo ao perito a possibilidade de elaborar laudos sem a interferência de terceiros; a criação de uma cadeia de custódia das provas em caso de homicídio, dando maior segurança ao procedimento investigativo; a previsão de que, quando um agente público matar alguém, deverá ser instaurado, imediatamente, inquérito policial, comunicando-se o Ministério Público, a Defensoria Pública e o órgão correccional, ampliando-se a fiscalização e a transparência sobre a investigação; a obrigação de que a autoridade policial requisite exame do local da ocorrência, um avanço para a elucidação correta do fato, a qual não ficará à mercê apenas dos relatos unilaterais dos policiais envolvidos; a possibilidade de que o delegado deixe de recolher o conduzido à prisão, caso entenda não haver provas suficientes de que ele agiu de forma dolosa, resguardando o agente público que, no cumprimento de seu dever, tenha agido em legítima defesa.

A escolha de novembro para a realização de campanhas como “Novembro pela vida – PL 4471 JÁ!”, encampada pelo Conselho Nacional de Juventude (Conjuve) em parceria com diversas organizações representativas da sociedade civil, não foi obra do acaso. Era estratégico que o PL 4471/12, que aguarda votação no Plenário da Câmara dos Deputados, fosse debatido no mês da consciência negra – e as razões disso são tão conhecidas como constrangedoras para o país.

De acordo com o Mapa da Violência 2014, a taxa anual de homicídios de jovens no Brasil é de 57,6 a cada 100.000 habitantes, havendo estados, como Alagoas e Espírito Santo, nos quais os índices superam 100 mortes violentas por 100.000 habitantes. A maioria das vítimas de homicídio é do sexo masculino e com idades entre 15 e 29 anos, das quais mais de 70% são negros. Dados de 2012 do Ministério da Saúde mostram que a cada duas horas cinco jovens negros são assassinados, o que totaliza 60 mortes por dia. É como se caíssem dois aviões por semana, lotados de pessoas com esse perfil. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, taxas acima de 10 homicídios por 100.000 habitantes são consideradas epidêmicas, ou seja, podemos dizer que vivemos no Brasil uma epidemia de homicídios que vitima especialmente a juventude negra. São “vidas precárias”, usando termo cunhado pela filósofa Judith Butler, cujas mortes são inominadas e não lamentadas publicamente, mas apenas preenchem estatísticas que denunciam vulnerabilidades.

E não é exagero afirmar que a letalidade policial é uma das grandes responsáveis pelos dados acima mencionados. Segundo dados do 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ao menos seis pessoas foram mortas por dia por agentes policiais em 2013. Dessa forma, percebe-se claramente que a Polícia brasileira é letal, matando mais do que os diversos palcos de guerras recentes pelo mundo. No massacre ocorrido na Faixa de Gaza no corrente ano, houve 2.016 mortes, ou seja, 316 mortes a menos do que as perpetradas por policiais no Brasil. A seletividade das agências de segurança pública implica que no mais violento contato direto com o braço armado do Estado estejam predominantemente aqueles jovens, os quais representam, como visto, o principal grupo afetado pela não investigação dos homicídios praticados pela Polícia.

Clamar pela aprovação urgente do PL4471/12 é, primordialmente, reivindicar respeito a direitos humanos fundamentais, como a vida e a garantia de poder vivê-la livre de violência, bem como mirar a consolidação de um Estado de fato democrático, que aposte em uma estrutura de segurança pública preventiva e cidadã, portanto, garantidora de direitos. Ao prever o fim dos “autos de resistência”, o Projeto de Lei em questão democratiza a investigação de crimes cometidos por policiais, evitando que haja pesos e medidas distintos na forma como se registra, investiga e pune mortes violentas no Brasil.

A consolidação da transição democrática brasileira é primordial ao IBCCRIM, que se manifesta pela importância e urgência da aprovação do PL 4471/12, reforçando o coro suprainstitucional pelo fim dos famigerados “autos de resistência”. Ademais, consideramos fundamental a elaboração e implementação de políticas públicas voltadas a preservar a vida de jovens especialmente vulneráveis à violência policial, de modo a garantir que tenham suas vidas respeitadas e plenamente integradas na sociedade brasileira.

| Editorial

Crimes omissivos por comissão?
Helena Cláudio Fragozo _____ 2

Delação premiada e direito de defesa
David Teixeira de Azevedo _____ 4

Mudança de rumos na Política de Drogas no Brasil?
Cristiano Avila Maronna e
Luciana Boiteux _____ 6

A delimitação da autoria e os limites da incriminação e da pena
Ângelo Roberto Ilha da Silva _____ 7

Efeitos penais do depósito do montante integral do crédito tributário
Davi de Paiva Costa Tangerino _____ 9

O problema da prisão provisória e o impacto da Lei das Cautelares na cidade de São Paulo
Marcello Fragano Baird e
Natália Pollachi _____ 10

Da impossibilidade de inversão da ordem do interrogatório em face da expedição de carta precatória
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça _____ 12

Delação ou colaboração premiada e DIPO
Ulisses Augusto Pascolati Junior _____ 14

A organização criminosa da Lei 12.850/2013 e a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006: *novatio legis in mellius?*
Mariana Py Muniz Cappellari _____ 16

Em defesa da Criminologia Radical: desafios e perspectivas
Maurício Stegemann Dieter _____ 17

Identidade sexual, reconhecimento e criminalização
Adriana P. Borghi e Renata Feldman _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1805

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1808
Superior Tribunal de Justiça _____ 1809
Tribunal Regional Federal _____ 1810
Tribunal de Justiça _____ 1811

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul _____ 1812

Nota de pesar pelo falecimento de Márcio Thomaz Bastos

O IBCCRIM manifesta seu profundo pesar pelo falecimento do advogado e ex-Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos na última quinta-feira, dia 20.

Ele deixa um legado para as gerações futuras sobre o verdadeiro papel do advogado e de luta intransigente pela efetivação dos direitos e garantias de todo e qualquer acusado.

Crimes omissivos por comissão?(*)

Helena Cláudio Fragoso

1. Em concurso recentemente realizado para ingresso na assistência judiciária, no Rio de Janeiro, aos candidatos se apresentou o seguinte problema: “Um marido, desejoso de casar-se com terceira mulher, impede a intervenção de médico que viera salvar de perigo iminente sua verdadeira esposa. Que crime cometeu o marido?”. A resposta indicada pelos examinadores (“crime omissivo por comissão”) deixou inconformados e perplexos muitos candidatos, que nunca tinham ouvido falar nisso. Existem, na doutrina do Direito Penal, crimes omissivos por comissão?

2. O que todos sabem é que os crimes, quanto à conduta realizada pelo agente, em face da norma, podem ser comissivos ou omissivos. E que estes últimos, como se reconhece na doutrina desde **Luden**,⁽¹⁾ podem ser omissivos puros ou comissivos por omissão. Em vão se procurará, na obra de nossos penalistas mais consagrados, como **Nelson Hungria** ou **Anibal Bruno**, qualquer referência a crime omissivo por comissão. O mesmo ocorre em relação aos mais importantes tratadistas estrangeiros.

3. Na doutrina alemã, no entanto, alguns autores se referem a *Unterlassungsdelikte durch Begehung*. Diz **Von Weber** que essa espécie de crime ocorreria quando se viola uma norma que impõe uma ordem de ativar-se, em conjunto com uma proibição de impedir a ocorrência da ação.⁽²⁾ Uma pequena nota de **Binding**, em seu principal livro, também alude, sem maiores consequências, à possibilidade de serem os crimes omissivos praticados através de ação, quando esta se dirige a tornar inidônea a realização do dever de ativar-se.⁽³⁾ **Von Overbeck**, logo depois, dedicou um estudo completo à demonstração de que existem crimes omissivos que se praticam através de ação que impede a realização do comportamento ativo que a norma ordena.⁽⁴⁾ Outros autores acolheram a novidade.⁽⁵⁾

4. Na Itália, encontramos no *Tratado*, de **Manzini**, a afirmação peremptória de que existem certos crimes omissivos que podem ser praticados mediante ação. Diz o autor que tanto vale não fazer o que se deve, como agir positivamente contra o que está prescrito, ou realizar

fatos positivos para eximir-se do cumprimento de um dever. Nesses casos, o crime mantém o seu caráter omissivo, a menos que a ação positiva seja incriminada como tal. Segundo **Manzini**, poderia cometer-se mediante ação, por exemplo, o crime de abandono material.⁽⁶⁾ O nosso **Paulo José da Costa Jr.** também alude a crime omissivo por comissão, afirmando que tanto faz descumprir o dever de ativar-se por omissão ou por ação. Assim, por exemplo, teríamos omissão por comissão no caso do jardineiro que deixa as plantas morrerem, não porque deixa de regá-las, mas sim porque as rega com sublimado.⁽⁷⁾ Não temos dúvida em afirmar que o exemplo não é feliz. Se o jardineiro mata as plantas por utilizar para regá-las substância venenosa, o caso é de ação, e não de omissão.

5. Os poucos autores que aludem a crimes omissivos por comissão não chegaram a propor a criação de uma nova categoria de crimes omissivos. E suas ideias foram objeto de extensa crítica. **Petrocelli**, por exemplo, referindo-se às observações de **Manzini**, diz que estas não são exatas, porque o fato de realizar atos positivos para eximir-se do cumprimento do dever, ou cumpri-lo de forma incompleta ou tardiamente, não tem relevância jurídica. Se o crime é verdadeiramente omissivo, relevante é só o fato de não realizar a ação que o agente podia e devia realizar.⁽⁸⁾ No mesmo sentido se pronuncia **Jimenez de Asúa**, dizendo: “los que tienen transcendencia jurídica no son esos hechos de apariencia física positiva, sino el no cumplimiento de lo que se espera y que debe ejecutarse”.⁽⁹⁾ A mesma crítica se aplica à opinião de **Sabatini**, no sentido de que há crimes de fato positivo e resultado negativo que ocorreriam nos casos em que o agente não realiza no modo e no termo prescrito pela lei a ação que deveria realizar.⁽¹⁰⁾ É óbvio que as ações realizadas em forma diversa ou a destempero são juridicamente irrelevantes.

6. Na Alemanha, **Von Hippel** se opôs, em pequena nota inserida em seu *Tratado*, à concepção de **Von Overbeck**, que classifica de “esforço inútil” (“*Ein uergebliches Bemühen*”). No caso em que o agente suprime posteriormente uma medida de salvação por ele disposta para a realização do mandato, **Welzel** entende que não estamos diante de crime comissivo, e, sim, omissivo, porque neste caso, decisivo é o mandato que o agente transgrediu. De outro lado, no caso de terceiro que elimina medida de salvação, **Welzel** entende que o crime é comissivo.⁽¹¹⁾

7. **Armin Kaufmann**, em sua conhecida monografia, examina extensamente o assunto, formulando diversos exemplos:

- (a) Tício mantém seguro, na margem, o bote que a corrente levaria para Caio, que está se afogando.
- (b) Tício mantém seguro um cão de guarda que “quer” retirar da água a pequena filha do patrão.

Os poucos autores que aludem a crimes omissivos por comissão não chegaram a propor a criação de uma nova categoria de crimes omissivos. E suas ideias foram objeto de extensa crítica

- (c) Tício perfura o bote inflável com que Caio quer salvar Mévio, que está se afogando; ou Tício usa violência para impedir a ação de Caio.
- (d) Tício ameaça Caio de causar-lhe grave mal se este se lançar na água para salvar Mévio; Caio permanece na margem.
- (e) Num local de acidente, o motorista Tício detem-se para prestar socorro às vítimas. Caio quer impedir o socorro e convence falsamente a Tício que as vítimas já foram transportadas.
- (f) Depois de um acidente, prepara-se Tício para prestar socorro às vítimas. Caio, no entanto, dando-lhe uma nota de cem marcos, convence-o a não prestar socorro e seguir viagem.
- (g) Tício conseguiu, com grande esforço, o medicamento capaz de salvar Caio, gravemente enfermo. Conduzindo o medicamento, Tício se encontra com Mévio que, com conhecimento de causa, destrói o remédio. Ou Mévio prende Tício até que Caio morra.
- (h) No mesmo caso anterior, Tício encontra-se com Mévio que lhe dá um cheque de mil marcos e fica com o medicamento.

Em todos os casos, sem a ação praticada pelo agente a morte da vítima não teria ocorrido. O agente atuou dolosamente, por cobiça. As hipóteses sub *a* e *b* são, sem a menor dúvida, de crimes comissivos, que se praticam através de ação. Estes casos também envolvem uma omissão, mas decisivo é o comportamento ativo, porque não só é este que causa o resultado, como também porque é sobre ele que recai a reprovabilidade. O caso sub *c* também seria resolvido pela doutrina tradicional como crime comissivo, quer Caio tivesse, ou não, o dever jurídico de impedir o resultado. A hipótese do emprego de grave ameaça (exemplo sub *d*) coloca a questão de saber se Tício é autor mediato de um crime de omissão, pois em tal caso Caio permanece capaz de ação e realiza uma omissão típica e antijurídica. Em tal caso, Tício só poderia ser punível por omissão de socorro se não tinha o dever jurídico de impedir o resultado, solução positivamente esdrúxula. No caso sub *e* também, admite-se a prática de um crime omissivo através de ação, o agente iria responder apenas por omissão de socorro se lhe faltasse o dever de impedir o resultado. No caso sub *f* teríamos instigação, a um crime omissivo e, portanto, Caio deveria responder apenas por omissão de socorro, se não tem a posição de garante, o que é totalmente injustificável, pois ele causa o resultado. No caso sub *g* parece inafastável a responsabilidade de Mévio por ação e não pela omissão que obriga Tício a realizar. Nesse caso não há participação na ação de Tício, e seria impensável um crime omissivo por comissão. No último caso (hipótese sub *h*), temos a mesma situação do exemplo *f* e a mesma solução inaceitável, no caso de inexistir dever jurídico de impedir o resultado.

8. **Armin Kaufmann**, depois de mostrar que seriam completamente insatisfatórias as soluções a que se teria de chegar se admitisse uma participação ativa em crime omissivo, resolve todas as hipóteses formuladas como crime comissivo, entendendo que a questão fundamental em todos esses exemplos é a da causalidade, que tem de ser afirmada. É perfeitamente possível desfechar uma cadeia causal por ação, levando em conta que não ocorrerá fator capaz de impedir

o resultado. Estão, pois, reunidas, na espécie, as características de um crime comissivo, que se resolve com os princípios gerais dos crimes que se cometem por ação. Em consequência, termina **Kaufmann** por dizer que os crimes omissivos por ação simplesmente não existem (“*es existieren nicht*”).⁽¹²⁾

9. Não hesitamos em adotar a solução que **Armin Kaufmann, Welzel** e o próprio **Roxin** dão para os casos em que se supõe haver crime omissivo por comissão. Nesses casos há violação de uma proibição e o crime é comissivo. Se há precedente ação, devem ser adotados os critérios dos crimes comissivos, porque é a ação que causa o resultado. Tanto faz que o agente, por ação, cause diretamente o resultado, ou que o cause por ação que provoca uma omissão que seria capaz de impedi-lo. Inteiramente inaceitável seria admitir que em tal caso haveria crime omissivo por comissão, e, portanto, um crime omissivo, fazendo a punição depender da existência do dever jurídico de ativar ou de impedir o resultado.

10. A conclusão a que se tem de chegar é a de que realmente não existem crimes omissivos por comissão. Parece-me, assim, ser totalmente inaceitável a solução dada pela comissão julgadora do problema que formulou, adotando uma categoria de delitos que sequer é mencionada pelos grandes mestres do Direito Penal brasileiro e que nunca foi admitida pela doutrina e pela generalidade dos autores.

Notas:

- (*) Nota da Coordenação: o *Boletim IBCCRIM* tem a honra de apresentar ao leitor, nesta edição de fechamento de ano e de gestão, um artigo jamais publicado em qualquer meio impresso da lavra do Prof. Heleno Cláudio Fragoso, o qual, como é amplamente sabido, foi um dos principais doutrinadores do direito penal brasileiro ao longo de todo o Século XX e, ao lado de Nelson Hungria, um dos principais intérpretes do atual Código Penal. O saudoso Prof. Heleno Fragoso é, ainda hoje, autor de leitura obrigatória de todos os estudiosos dos muitos temas sobre os quais se debruçou.
- (1) LUDEN. *Ueber den Tatbestand der Verbrechen*, 1840, p. 259.
- (2) HELLMUTH VON WEBER. *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Bonn, 1948, p. 57.
- (3) BINDING. *Die Normen und ihre Uebertretung*. v. II. Leipzig, 1919, p. 109.
- (4) VON OVERBECK. *Unterlassung durch Begehung. Der Gerichtssaal*, v. 88, 1922, p. 319.
- (5) RITTNER. *Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts*. v. X. Allgemeiner Teil, Viena, 1954, p. 87; HAFTER. *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*. v. I. Allgemeiner Teil, Berna, 1946, p. 76.
- (6) MANZINI. *Trattato di diritto penale italiano*. v. I. Turim, 1950, p. 601-602.
- (7) COSTA JR., Paulo José da. *Do nexo causal*. São Paulo, 1964, p. 36.
- (8) PETROCELLI. *Principi di diritto penale*. Padua, 1943, p. 303.
- (9) JIMENEZ DE ASÚA. *Tratado de derecho penal*. vol. I. Buenos Aires, 1951, p. 328.
- (10) SABATINI. *Istituzioni di diritto penale*. vol. I. Catania, 1946, p. 264.
- (11) Veja-se também: ROXIN, Claus. An der Grenze von Begehung und Unterlassung, no volume *Festschrift f. Karl Engisch*, Frankfurt am Main, 1969, p. 386.
- (12) KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Goettingen, 1959, p. 195-204.



Fundado em 14.10.92

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

Delação premiada e direito de defesa

David Teixeira de Azevedo

Agora disciplinado sistematicamente pela Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, o instituto da delação premiada⁽¹⁾ tem sido demonizado.

Argumenta-se estar manchado o instituto de uma ética torta, a prestigiar a traição e o denunciismo sob a lógica de um egoísmo exacerbado (pois o outro lado da moeda é a condenação de coautores e partícipes), além de ser, ordinariamente, produto de uma ação caracteristicamente constrangedora dos agentes estatais.

Não enxergo o instituto exclusivamente sob essa ótica, como, aliás, já pude me manifestar neste mesmo *Boletim* a propósito da edição da Lei 9.807/1999, que dispôs sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.⁽²⁾ Passados mais de 14 anos, e adiantando a conclusão desta breve reflexão, posso reafirmar ser o instituto orientado eticamente, constituir medida eficaz de política criminal e prestigiar as finalidades do direito punitivo num contexto do Estado democrático de direito e, finalmente, consagrar e garantir um excelente meio e um modo eficaz – muita vez o único – de exercício do direito de defesa, a ser com muita sensibilidade e extremo critério posicionado estrategicamente pelo advogado.

Em abreviadas palavras, a delação premiada é instituto jurídico a um só tempo ético quanto às finalidades penais e político-criminais, útil para o Estado na administração da justiça e estratégico nas coordenadas da defesa técnica.

A ética que define a delação premiada está comprometida com a afirmação dos valores essenciais de convivência (proteção de bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade) sobre os desvalores próprios de um determinado grupo criminoso, cuja proeminência axiológica encontra-se na fidelidade que deve interceder entre os membros da organização delituosa ou entre os comparsas do crime.⁽³⁾

A delação promove a tutela de bens jurídicos pela descoberta precoce de infrações criminais, identificação da autoria ou participação de agentes, redução das consequências jurídicas do crime, resgate do bem jurídico objeto de proteção, a cumprir exitosamente a finalidade política de conservação das condições essenciais da vida em comunidade.

De outro lado, a delação antecipa o juízo ético-retributivo-preventivo próprio do direito punitivo. Ela implica a declaração antecipada – pelo Estado-Juiz – do cumprimento satisfatório da finalidade do magistério punitivo: prevenção especial de delitos pela reformulação do agente de sua hierarquia axiológica, com a penetração de sua personalidade pelos valores ético-jurídicos imperantes, cujo respeito e adesão são exigidos apenas no plano objetivo na vida em

reafirmo ser o instituto orientado eticamente, constituir medida eficaz de política criminal e prestigiar as finalidades do direito punitivo num contexto do Estado democrático de direito e, finalmente, consagrar e garantir um excelente meio e um modo eficaz – muita vez o único – de exercício do direito de defesa

sociedade: demandar uma tal adesão e incondicional acatamento no plano subjetivo seria a recepção de uma intervenção autoritária do Estado no exercício do magistério punitivo.

A retomada – repita-se: na perspectiva objetiva – do respeito aos valores fundamentais de convivência, o reconhecimento da prática da infração criminal, a busca de uma proveitosa e útil persecução penal, a diminuição do dano causado pelo crime e o resgate do bem jurídico, por outro lado, constituem índice da desnecessidade da pena criminal – ou necessidade em grau diferenciado – sob a ótica da prevenção geral e da prevenção especial de crimes.

O fato, em tudo e por tudo reprovável, de membros da polícia, do Ministério Público e da magistratura exercerem verdadeira coação com prisões e demais cautelas indevidas e, uma vez consumadas, aplicarem “uma tortura psicológica” sobre o investigado, indiciado ou processado visando à delação, não desmerece eticamente o instituto, senão as autoridades públicas que consumam um tal constrangimento pelo qual devem responder criminalmente. Cabe ao defensor buscar energicamente a responsabilização dos agentes estatais.

A lei, isso não obstante, exige apenas a voluntariedade e não a espontaneidade na delação, notadamente a recente Lei 12.850/13, que disciplinou de modo bem completo a delação. A espontaneidade do comportamento pressupõe uma decisão autônoma, sem interferência decisiva externa; é o produto do conhecimento das circunstâncias da ação e das consequências dela no plano jurídico, natural e moral sem qualquer ação persuasiva ou coativa. Já a voluntariedade do comportamento implica uma decisão livre, em maior ou menor grau, a partir da adesão do sujeito a fins práticos e morais ainda que influenciado por fatores ou motivos externos. A coação externa pode retirar a espontaneidade de uma conduta, mas somente a coação absoluta anula a vontade, porquanto o sujeito não escolhe entre dois fins porque não há margem de liberdade, o que subtrai do ato sua qualidade moral.

Por essa razão, se fatores externos conduzirem o agente a decidir pela delação não há por que desconhecer a voluntariedade do ato. Considere-se que em geral e preponderantemente são externos os motivos e as razões da *delatio*;⁽⁴⁾ impensável o ato puro de delatar decorrente de uma decisão absolutamente autônoma, sem que a própria investigação, acusação penal ou condenação penal não despertem o interesse, condicionem e encaminhem de qualquer modo à delação.

Há outros institutos na Parte Geral, interferentes alguns no capítulo das consequências jurídicas e outros na própria estrutura típica, que pressupõem uma opção livre do agente – investigado, indiciado ou acusado – para a obtenção do benefício ou solução legal. Assim, p.ex., o arrependimento posterior com a devolução da coisa; o arrependimento eficaz e a desistência voluntária como destipificação do delito tentado; a confissão como circunstância atenuante obrigatória de natureza subjetiva; a retratação do agente ou a aceitação do perdão nos crimes contra a honra. Em todas elas, cogita-se da voluntariedade do investigado, imputado ou acusado, não podendo terceiro agir em seu nome; não se cuida de considerar a espontaneidade da ação.

Assim também na legislação especial, o pagamento ou parcelamento do tributo nos crimes tributários, a transação penal ou a composição civil, assim como a delação premiada – a que suficiente a simples

voluntariedade do ato – podem constituir valiosa estratégia de defesa. O olhar sobre o caderno probatório pré-processual e sobre o desenho da instrução processual, o juízo técnico-prospectivo sobre o curso das diligências policiais e assim a inevitabilidade da descoberta de todos os elementos da infração, ou a inevitabilidade da condenação, autorizam a defesa a encorajar o cliente a melhor solução para o litúgio, a adoção de uma estratégia útil para o resultado favorável da potencial ou da já efetiva demanda penal. Nesse sentido, o advogado que acoroça o cliente à delação premiada ou aceita que o faça presta serviço útil e valioso para a defesa e para a justiça. Nenhum outro vínculo, a nenhum outro compromisso deve obediência o advogado senão à defesa eficiente e excelente, a qual nem sempre significa negar a autoria ou participação no fato delituoso, desconsiderar ou desconstituir a prova dos fatos ou imputar a terceiros, na denominada chamada de corréu, a autoria deles.

Numa palavra, se a apreciação técnica e realista dos aspectos processuais desaconselham a defesa processual; ou o enfrentamento dos aspectos probatórios e dogmáticos da questão posta em Juízo, objeto da imputação, dissuadem desafiar o mérito, não há por que deixar de aderir a outros caminhos defensivos que minimizem a responsabilidade criminal, previstos no sistema jurídico, como acima lembrado. A delação premiada, tanto quanto as demais opções estratégicas dispostas na legislação, deve ser opção dentro das coordenadas da defesa e presidida, portanto, exclusivamente pelo interesse do cidadão, cuidando o advogado de formalizá-la na atmosfera da maior segurança jurídica possível para obtenção de seus efeitos positivos.

Não é demais lembrar a imposição do Código de Ética da Advocacia de ser esclarecida ao constituinte a natureza, extensão e possibilidade de êxito da defesa, sendo dever ético inadiável (art. 8º) informar o cliente, de forma clara e inequívoca, dos eventuais riscos da sua pretensão e das consequências que poderão advir da demanda, bem assim – acrescento – dos riscos inerentes ao procedimento e ao resultado da delação.

Estende-se, portanto, linha muito tênue entre o direito de defesa, caracterizado por esgrimir argumentos, apontar nulidades, comportar-se procedimental e processualmente de determinados modos e utilizar determinados meios para obtenção de decisão favorável para o cliente, e a inteira licitude de sua atuação defensiva. Assim, repita-se, é plenamente justificada a opção da delação premiada – como de resto de outras opções do sistema jurídico material e processual – quando todas as provas são contrárias à versão apresentada pelo agente, e foram coligidas de maneira lícita e, por isso, absolutamente válidas. É inteiramente desaconselhável tecnicamente sustentar a defesa de mérito ou processual, enfrentar com argumentos vazios ou pífios uma imputação de solar clareza e sem

solução para defesa do cliente. Este não é, evidentemente, obrigado a arrepende-se, confessar, retratar, transigir, compor ou delatar. Nem o advogado deve constranger senão aconselhar ou desaconselhar a fazê-lo, a depender do cenário processual, da imputação e das provas coligidas antes ou durante a instrução do processo e, sublinhe-se, se outra solução efetivamente defensiva não houver.

Cumpra, destarte, ao advogado escolher os melhores meios e os mais formidáveis modos de exercer a defesa do cliente, cuidando de aplicar todo seu tirocinio, talento, inteligência e conhecimento jurídico – tanto mais na hipótese de delação – para que o termo de acordo de colaboração seja o mais claro, estrito e restrito possível, e homologado de modo a vincular os signatários e a autoridade judicial que o homologa, assegurando a obtenção dos benefícios previstos legalmente, em sua melhor e mais estendida expressão.

É dever imperioso do advogado – e aqui a maior relevância da atuação da advocacia – impedir a utilização da medida ao modo de um “estelionato” estatal, iludindo o cidadão com benefícios para obtenção de informações e provas, benefícios que, ao final, não serão concedidos.

Notas

- (1) Vide art. 159, § 4º, do CP; Lei 9.034/95 (Organizações Criminosas); Lei 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); Lei 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, 9.613/98); Lei 9.807/99 (Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal); Lei 12.529/11 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica); Lei 11.343/06 (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências).
- (2) Ver *Boletim IBCCrim*, ano VII, n. 83. São Paulo, out. 1999, p. 5-7, sob o título “A Colaboração premiada num direito ético”.
- (3) Uma espécie de *omertà*, a lei do silêncio da máfia, um voto que não pode ser quebrado pelos membros do grupo mafioso.
- (4) Note-se que a própria legislação prevê a delação quando já há decisão condenatória pendente de recurso, portanto, após a sentença de primeiro grau (art. 4º, § 5º, da Lei 12.250/13).

David Teixeira de Azevedo

Professor Associado de Direito Penal da USP.

Livre-docente em Direito Penal pela USP.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarelli

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, André Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, 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 Fantti, 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 Vilarés, 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 Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stéfano 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 Shecalira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suiguimori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stéfano Leone Louveira, Mariana Helena Kapór

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

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

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

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Mudança de rumos na Política de Drogas no Brasil?

Cristiano Avila Maronna e Luciana Boiteux

A política global de drogas segue a rota da mudança de paradigma. Constatado o retumbante fracasso do modelo proibicionista, experiências regulatórias inovadoras estão em curso nos EUA e no Uruguai. Paradoxalmente, no Brasil, o debate encontra-se interditado pelo consenso conservador que luta com todas as forças para impedir avanços e manter o atual cenário no campo da política de drogas, que é desolador.

Os estados americanos do Oregon, Alasca e Columbia acabam de aprovar, via plebiscito, a regulação da produção, do comércio e do consumo de *cannabis*, na esteira do que ocorreu dois anos atrás com Colorado e Washington. Além disso, os eleitores da Califórnia aprovaram medidas tendentes a reduzir o superencarceramento relacionado à posse e tráfico de drogas. Por fim, 57% do colégio eleitoral da Flórida votou favoravelmente à regulação do uso terapêutico e medicinal da erva, muito embora a proposição não tenha sido aprovada por não ter alcançado o patamar exigido de 60%.

Desde 1997, quando o juiz James Gray, de Orange County, na Califórnia, autorizou o uso de maconha medicinal, quase metade dos estados americanos aprovou leis nesse sentido.

Nos Estados Unidos, pesquisas indicam que a maioria da opinião pública é favorável à legalização da maconha,⁽¹⁾ possivelmente por reconhecer as exitosas experiências regulatórias vivenciadas pelos EUA nesses quase 20 anos, que se iniciaram com a maconha medicinal e que hoje já avançaram para os mercados regulados nos estados, o que vem sendo tolerado, ainda que com certa contrariedade, pelas autoridades federais.

6

Por sua vez, a administração Obama tem concentrado seus esforços na adoção de medidas para reduzir as altíssimas e desproporcionais sentenças mínimas por crimes de drogas para pequenos traficantes não violentos, além de ter reduzido as desproporcionais penas que eram aplicadas nos casos de crack, que tiveram como resultado o superencarceramento de negros, jovens e mulheres naquele país.

Nesse horizonte de mudanças, ainda deve ser ressaltado o sucesso absoluto dos dez anos da política portuguesa de descriminalização de todas as drogas, considerada um exemplo para toda a Europa.

Enquanto isso, no Brasil, apesar da abertura nos debates públicos, especialmente na mídia, ainda temos muitos entraves para uma reforma da nossa política de drogas. Como exemplo, podemos citar o longo

há um grande problema na aplicação concreta da Lei de Drogas, diante do grande número de possíveis usuários, ou pequenos traficantes, flagrados com pequenas quantidades e condenados pela prática do art. 33 da Lei 11.343/2006, o que tem direta relação com a ausência de critérios diferenciadores objetivos e com o equivocado entendimento jurisprudencial que admite a “presunção de traficância”

caminho burocrático da *cannabis* medicinal no Brasil. Apesar de a Lei 11.343/2006, em seu art. 2.º, parágrafo único, autorizar a pesquisa e o uso terapêutico de quaisquer drogas e mesmo diante da recente Resolução do CREMESP autorizando médicos a prescreverem o canabidiol (um dos componentes da *cannabis*) em determinados casos, o procedimento na Anvisa, órgão responsável pela autorização, é lento e burocratizado, e a decisão sobre a reclassificação da substância nas listas oficiais de medicamentos se arrasta desde maio desse ano, quando um diretor pediu vistas do caso na reunião. E tudo isso ocasiona prejuízos irreparáveis para os enfermos que necessitam das propriedades curativas da *marijuana*, especialmente crianças portadoras de graves doenças neurológicas.

No Legislativo, o quadro não é mais animador. O Senador Magno Malta acaba de dar publicidade à criação da Frente Parlamentar em Defesa da Família, cujo objetivo declarado é o de “barrar a legalização da maconha no Brasil”. Aderiram à iniciativa o Deputado Osmar Terra, líder da bancada proibicionista e o recém-eleito Senador Romário Farias.

Da Suprema Corte vem o fio de esperança de quem luta por uma política de drogas justa, eficaz e humana.

Em decisão recente, a Segunda Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* 123.221, concedeu a ordem para absolver um condenado pelo crime de tráfico de entorpecentes flagrado com 1,5 grama de maconha. Para o Min. Gilmar Mendes, relator do writ, “a pequena quantidade de drogas e a ausência de outras diligências apontam que a instauração da ação penal com a condenação são medidas descabidas”, acrescentando ainda que a nova Lei das Drogas, que veio para abrandar a aplicação penal para o usuário e tratar com mais rigor o crime organizado, “está contribuindo densamente para o aumento da população carcerária”. Os ministros decidiram, ainda, oficiar ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que realize uma avaliação de procedimentos para aplicação da Lei 11.343/2006, em razão da quantidade de casos semelhantes que chegam ao STF. Conforme já apontaram pesquisas anteriores da UFRJ/UnB (2010),⁽²⁾ NEV/USP (2011)⁽³⁾ e do Instituto Sou da Paz (2012)⁽⁴⁾ há um grande problema na aplicação concreta da Lei de Drogas, diante do grande número de possíveis usuários, ou pequenos traficantes, flagrados com pequenas quantidades e condenados pela prática do art. 33 da Lei 11.343/2006, o que tem direta relação com a ausência de critérios diferenciadores objetivos e com o equivocado entendimento jurisprudencial que admite a “presunção de traficância”.

Cabe também ao STF a missão de analisar a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, em vista da ilegitimidade de o Direito Penal punir autolesões. Como sabido, a lei penal não possui legitimidade para realizar a educação moral de pessoas adultas. Na Argentina e na Colômbia, as decisões proferidas pelas respectivas Supremas Cortes foi no sentido da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que incriminavam o porte de drogas para consumo pessoal.

Aguarda-se que nossa Corte Suprema aborde o assunto sem mais tardança, dada a necessidade de, a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, serem estabelecidos limites quantitativos objetivos capazes de diferenciar o uso do tráfico de drogas.

Em relação a esse aspecto, as experiências internacionais, especialmente no México e em Portugal, indicam que as quantidades devem levar em conta a realidade do que ocorre nas ruas. No caso da maconha, o limite quantitativo deve ser estabelecido em 30 gramas.

A reforma da atual política de drogas brasileira, que se caracteriza por ser racista, autoritária, seletiva e injusta, não pode mais esperar.

Notas

- (1) Disponível em: <<http://www.drugpolicy.org/news/2014/11/majority-americans-still-support-marijuana-legalization-according-new-gallup-poll>>.
- (2) BOITEUX, Luciana; WIECKO, Ela (Coord.). Tráfico de Drogas e Constituição. Brasília: Ministério da Justiça. Projeto Pensando o Direito, 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoDireito/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>.
- (3) JESUS, Maria Gorete Marques de; OLIVEIRA, Amanda Hildebrand; ROCHA, Thiago Thadeu da. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes

de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: NEV/USP, 2011. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>.

- (4) Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justica_prisoefla-grante_pesquisa_web.pdf>.

Cristiano Avila Maronna.

Mestre e doutor em Direito Penal pela USP.

2.º Vice-Presidente do IBCCRIM.

Advogado.

Luciana Boiteux

Professora adjunta de Direito Penal da UFRJ.

Coordenadora do Grupo de Pesquisas em Política de Drogas e Direitos Humanos da UFRJ.

A delimitação da autoria e os limites da incriminação e da pena

Ângelo Roberto Ilha da Silva

Em matéria de *autoria e participação*, avultam as controvérsias. Entre outras questões que o tema suscita, disputam preferência concepções extensivas e restritivas, bem como um sistema unitário em confronto com um sistema diferenciador. Neste artigo, tratarei sobre as possibilidades dogmáticas em torno do tema em face do ordenamento brasileiro.

Assim como se dá com o critério extensivo, o critério restritivo – nomeadamente, a *teoria formal-objetiva* – também decorre de um positivismo naturalista, mas com consequências diametralmente opostas. O primeiro, essencialmente extensivo, unitário e, portanto, não diferenciador; o segundo, restritivo e diferenciador. Veja-se que a corrente extensiva, como é o caso notadamente de nosso Código Penal de 1940 (art. 25 da Parte Geral em sua versão original), vinculada umbilicalmente à teoria da *conditio sine qua non*, se preocupava, no contexto causal-naturalista, precipuamente com o *resultado*. Essa conclusão resta clara do seguinte excerto do item 22 da Exposição de Motivos da Parte Geral do CP de 1940: “O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices (...). Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11”. Essa posição era defendida com veemência por **Nelson Hungria**,⁽¹⁾ in litteris: “A solução que se impõe, remetendo-se para o museu do direito penal as teorias da acessoriedade e da autoria mediata, é o repúdio à diferenciação apriorística entre participação, pelo reconhecimento da singela verdade de que a participação, em qualquer caso, é concausação do resultado antijurídico (...) o partícipe é sempre um co-autor e responde integralmente pelo resultado (...)”. Por outro lado, **Ernst von Beling** preocupava-se sobretudo com a *conduta típica*, e isso repercutiu em sua concepção restritiva de autoria.

Assim é que, de uma atenta leitura de **Beling**,⁽²⁾ chega-se à conclusão, em diversas passagens de seu livro *Esquema de derecho penal (Grundzüge des Strafrechts)*, de que seu modelo é o do autor como aquele que pratica conduta típica, de modo que, para a teoria formal-objetiva, adotada ainda hoje por importantes penalistas,⁽³⁾ autor é o agente que realiza a ação típica, aquele, por exemplo, que desfere os tiros que determinam a morte da vítima ou aquele que subtrai a

coisa alheia móvel na perpetração do furto. As ações preparatórias ou secundárias, que não se amoldem àquela descrita no tipo, são conceitos que, segundo **Beling**,⁽⁴⁾ se põem “*en nítida oposición al concepto de autoria*”.

Nesse quadro, **Hans Welzel**⁽⁵⁾ propôs uma terceira via, propugnando que o domínio final do fato constitui a característica geral da autoria – sem que isso signifique, é bom esclarecer, adoção de um critério único por parte do autor –, fato que restou por deflagar diversas teorias do domínio do fato, como relata **Wolfgang Schild**,⁽⁶⁾ sendo as principais, a meu ver, a do próprio **Welzel** e a de **Claus Roxin**,⁽⁷⁾ com a publicação de sua tese *Autoria e domínio do fato (Täterschaft und Tatherrschaft)*, em 1963, em que buscou delinear as diversas formas de domínio do fato, com a importante inovação no âmbito dos aparatos organizados de poder. A tais concepções pode-se ainda acrescentar a teoria subjetiva, que distinguia a figura do autor da do partícipe, com base no *animus auctoris* do primeiro e do *animus socii* deste, a qual, segundo **Reinhardt Maurach**,⁽⁸⁾ surgiu mais por razões práticas, no escopo de minorar as consequências penais a executores materiais que agiam no interesse de outrem e cujo maior valor hoje é o histórico.

De todas as supramencionadas teorias, conforme antes destaquei, o Código Penal brasileiro, em sua versão original (1940), optou por um critério extensivo, mas com a Reforma Penal de 1984, diversos autores pátrios passaram a propugnar que nosso ordenamento não seria infenso a uma perspectiva diferenciadora (como é o caso de **Nilo Batista**,⁽⁹⁾ **João Mestieri**⁽¹⁰⁾ e **Miguel Reale Júnior**⁽¹¹⁾), possibilitando a distinção entre autores e partícipes (*stricto sensu*).

por um lado a participação em sentido estrito nem sempre se revelará de somenos importância na prática do crime, mas, por outro, sempre terá um caráter de acessoriedade na medida em que só assumirá relevância penal ante a prática de um crime por determinado autor a que está vinculada

Consoante se observa, há legislações que claramente distinguem a autoria da participação, como é o caso dos códigos alemão e espanhol, procedendo a uma conceituação diferenciadora, assim como outras, ligadas à teoria da *conditio sine qua non*, que não conceituam, como é o caso italiano e o brasileiro, e que levam, a primeira vista, a um conceito unitário. Na locução de nosso CP, art. 29, “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

Como explica **Angelo Raffaele Latagliata**,⁽¹²⁾ a preferência pelo critério unificador decorre da dificuldade em distinguir-se de forma precisa os diversos graus de participação. Porém, as instituições jurídicas devem se fundamentar no real. Assim é que na construção de uma obra não se pode afirmar que a pessoa encarregada de comprar o material como cimento, areia e outros seja o construtor (o autor), e sim alguém que presta um auxílio. Também no caso do médico que procede a uma cirurgia no paciente não se pode dizer que a enfermeira que alcança o bisturi seja autora do procedimento, mas alguém que contribui. Portanto, o problema da autoria e da participação não é uma criação do Direito.

Em prol de um trabalho distintivo, podem-se auferir elementos do ordenamento brasileiro. Em primeiro lugar, impende atentar que a autoria constitui um conceito central, a partir do qual se intenta delinear outros conceitos correlatos como o da própria autoria em suas diversas modalidades (direta, mediata, coautoria, colateral), bem como o da participação em sentido estrito (instigação e cumplicidade⁽¹³⁾).

Muito embora o CP, em princípio, parta da ideia de um sistema unitário, ele mesmo fornece a possibilidade de proceder-se a uma leitura distintiva. O art. 31, por exemplo, estabelece que “*o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*”, num claro indicativo diferenciador.

Na legislação especial, como ilustra **Pablo Alflen**,⁽¹⁴⁾ o art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990, delimita de forma expressa, a ver-se: “*Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)*”.

Note-se que, por um lado, por vezes, a participação em sentido estrito nem sempre se revelará de somenos importância na prática do crime, mas, por outro, sempre terá um caráter de acessoriedade na medida em que só assumirá relevância penal ante a prática de um crime por determinado autor a que está vinculada.

Em conclusão, de tudo quanto foi exposto, assume relevo o desenvolvimento de um delineamento das diversas contribuições para a consecução do delito, de modo a delimitar a responsabilidade em função do que cada agente efetivamente perpetrou, com o estabelecimento de limites à incriminação e à própria individualização da pena (art. 5.º, XLVI), em atenção à exigência de fundamentação que deve revestir as decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Referências

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte geral*. 12. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- LATAGLIATA, Angelo Raffaele. *I principi del concorso di persone nel reato*. 2. ed. Pompei: Morano, 1964.
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal – Parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2.
- MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2006.
- SCHILD, Wolfgang. *Tatherrschaftslehren*. Frankfurt: Peter Lang, 2009.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.
- . *Studien zum System des Strafrechts*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 58, p. 537 e ss., 1939.

Notas:

- (1) HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 405.
- (2) BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – La doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 89, 103, 145 etc.
- (3) No Brasil, era a posição de Heleno Fragoso, asseverando que “*em correspondência com a realidade dos fatos, entendemos que deve ser mantida a chamada teoria formal objetiva, que delimita, com nitidez, a participação e a autoria, completada pela ideia de autoria mediata*” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte geral*. 12. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 253). No mesmo sentido, posiciona-se Cláudio Brandão: “*A melhor teoria para conceituar autor é a restritiva, porque distingue a autoria da participação com um critério acertado: o da realização do verbo-núcleo típico. Assim será autor aquele que realiza a conduta típica e participe aquele que concorre de qualquer modo para o crime sem realizá-la*” (BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236).
- (4) BELING, Ernst von. *Op. cit.*, p. 145.
- (5) WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 100-101. Anteriormente em: WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 58, 1939, p. 537 e ss.
- (6) SCHILD, Wolfgang. *Tatherrschaftslehren*. Frankfurt: Peter Lang, 2009.
- (7) ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2006.
- (8) MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal – Parte general*. v. 2. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 303.
- (9) BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- (10) Para o autor, “*o legislador adotou uma teoria unitária temperada (...), e com isso se distingue, ainda que tacitamente, entre autoria e participação, além de limitar a punição à contribuição pessoal de cada protagonista*” (MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 200).
- (11) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314. De frisar-se que o penalista já admitia a possibilidade de diferenciação antes mesmo da Reforma de 1984. *Idem, ibidem*, p. 315.
- (12) LATAGLIATA, Angelo Raffaele. *I principi del concorso di persone nel reato*. 2. ed. Pompei: Morano, 1964, p. 39.
- (13) Para uma delimitação terminológica, consulte-se: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 5-7.
- (14) ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

Ângelo Roberto Ilha da Silva

Doutor pela Faculdade de Direito da USP.

Professor do Departamento de Ciências Penais da UFRGS.

Procurador Regional da República na 4.ª Região.

Efeitos penais do depósito do montante integral do crédito tributário

Davi de Paiva Costa Tangerino

1. Considerações iniciais: hipóteses para o tratamento penal *ad hoc* do parcelamento tributário

A previsão de extinção da punibilidade dos crimes tributários⁽¹⁾ pelo pagamento do tributo devido é contemporânea ao próximo surgimento desses tipos penais no Brasil. O art. 11 da Lei 4.357/1964 incluía “entre os fatos constitutivos do crime de apropriação indébita” o não recolhimento, em 90 (noventa) dias, dos seguintes – à época – tributos-fonte: impostos de renda, de consumo e do selo. O § 1.º, porém, continha hipótese de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido “antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal”. No ano seguinte sobreveio a Lei 4.729/1965, que continha o conhecido delito de sonegação fiscal (art. 1.º), e uma porta dos fundos para os sonegadores: o art. 2.º garantia a extinção da punibilidade “quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”.

Em 25 de outubro de 1966 sobrevém o Código Tributário Nacional, cujo art. 151 previu algumas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, entre elas, no inc. III, “as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”. Ao menos no tocante, portanto, aos tributos-fonte os contribuintes viam-se obrigados a escolher entre recorrer administrativamente e correr o risco de uma futura sanção penal, ou pagar o tributo devido antes da decisão de primeira instância, extinguindo a punibilidade, porém arcando, por vezes, com sanção administrativa injusta.

Com a superveniência da Lei 8.137/1990, as velhas questões tomam novos assentos: primeiramente, o delito tributário migra de um modelo formal para um material, muito embora os tribunais tenham demorado um pouco a perceber tal circunstância; em segundo lugar, o art. 14 previa que se daria a extinção da punibilidade dos crimes tributários quando o agente promovesse o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia.

Bem verdade que o referido artigo durou pouco, tendo sido revogado em 30 de dezembro de 1991 pela Lei 8.383, tempo, porém, suficiente para que ao menos uma vez o Superior Tribunal de Justiça decidisse que o parcelamento era para ser entendido como promoção de pagamento, vis-à-vis o art. 14 da Lei 8.137/1990 (cf. *HC 2.538/RS*, rel. Min. Jesus da Costa Lima, j. 27.04.1994). Com a repriminção da norma, promovida, na prática, pela Lei 9.249/1995, em seu art. 34, a tese ressurgiu no STJ, a exemplo dos *HC 6.409/MA*, rel. Min. Vicente Leal, j. 09.12.1997, e *HC 6.215/MA*, rel. para o acórdão Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 16.12.1997. Posteriormente, o STJ passa a sistematicamente invocar a novação como forma de justificar tais efeitos penais ao parcelamento.

Eis que em 2000 surge a primeira norma que confere expressos efeitos ao parcelamento, a saber, a suspensão da pretensão punitiva estatal (Lei 9.964, chamada de Lei do Refis), efeitos esses mantidos em normas subsequentes até o presente momento.

Cuidou-se, pois, de um arranjo legislativo para “corrigir” os efeitos que a interpretação do STJ vinha dando ao parcelamento, de modo a reduzir um pretenso déficit de punição nos delitos tributários (já que, na prática, alguns contribuintes logo deixavam de pagar as parcelas, sem que a sanção criminal pudesse, porém, ser reavivada por esse inadimplemento).

Ocorre que o parcelamento é apenas uma das modalidades de suspensão de exigibilidade do crédito tributário contidas no art. 151 do CTN. É de se estender às demais modalidades o mesmo efeito? Cuida-se, neste artigo, apenas do inciso II do referido art. 151: “o depósito do seu [crédito tributário] montante integral”.

2. Efeitos penais para o depósito judicial: proposta de interpretação teleológica

Qual efeito penal a se conferir ao contribuinte que, findo o procedimento administrativo fiscal, judicializa a questão e realiza o depósito do montante integral do crédito tributário?

Primeiramente, compreenda-se que a Lei 9.703/1998, que dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, estipula, em seu art. 1.º, § 3.º, que “o valor do depósito após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será: I – devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal (...) quando a sentença lhe for favorável ou (...); II – transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional”.

Segundo a jurisprudência preponderante, amalgamada na Súmula vinculante 24, o estado punitivo só pode se movimentar após a decisão administrativa final, o que, no caso em apreço já teria acontecido, por definição, quando do ajuizamento de ação e realização do depósito.

Assim, a denúncia poderia, em tese, sobrevir, mesmo que ajuizada ação, com realização de depósito, ou, ainda mais cômodo ao contribuinte, com antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito (inc. V do art. 151 do CTN).

Bem verdade que o Código de Processo Penal (art. 93) faculta ao juiz penal suspender o curso do processo, a que se denominou questão prejudicial heterogênea.

Ocorre que a duas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário dar-se-iam dois tratamentos diferentes, sendo que o depósito judicial é, sem dúvida, garantia maior de que o crédito tributário será honrado em relação ao próprio parcelamento. Com efeito, é sólida a jurisprudência do STJ no sentido de que “o depósito visando suspender a exigibilidade do crédito tributário, não pode ser levantado enquanto não definitivamente julgada a lide” (REsp 151.440/SP, rel. Min. Hélio Mosimann, j. 15.12.1997).

A solução passaria, quer parecer, ao menos para os casos de depósito judicial, não por uma interpretação teleológica da norma que confere efeitos penais ao parcelamento, porém àquela que lhes confere ao pagamento.

Se o que se promove pela extinção da punibilidade por meio do pagamento do tributo devido nada mais é do que um incentivo ao contribuinte para tomar a ponte de ouro oferecida pelo ordenamento, nada mais razoável que ao depositante do valor integral se lhe configure o mesmo status. Nesse sentido, o quanto decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: “neste cenário, tendo-se em conta o disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, que determina seja extinta a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137/90 e na Lei 4.729/65 quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, indiscutivelmente o depósito levado a efeito pelo paciente deve ser interpretado como providência apta a garantir o pagamento e afastar de plano a caracterização de qualquer crime contra ordem tributária” (16.ª Câmara Criminal, HC 0023953-42.2013.8.26.0000, rel. Des. Alberto Mariz de Oliveira, 18.06.2013).

A única diferença do depósito em relação ao pagamento é que o contribuinte ainda pretende exercer seu direito constitucional de petição, buscando reverter situação que reputa injusta pela via judicial. Ocorre que desde logo deposita o valor devido em conta judicial, cuidando-se de verdadeiro pagamento sob condição resolutiva,

conforme bem decidiu o TJSP: “(...) que o Código Tributário Nacional já determinava a suspensão do crédito tributário pelo depósito do montante integral (art. 151, III), permitindo se discutisse a exigibilidade daquele. Depois, se improcedente a pretensão anulatória do débito, esse depósito é convertido em renda à disposição da Fazenda Pública. Essa conversão de depósito em renda é por sua vez, erigida em causa extintiva do crédito tributário, conforme dispõe o art. 156 do CTN, inciso VI. Portanto, é dada ao contribuinte a oportunidade de discutir a exigibilidade do crédito tributário lançado, suspendendo-se essa pelo depósito do valor integral do débito principal e acréscimos. Se vencedor na pretensão anulatória do lançamento resgatará em seu favor o depósito corrigido e, ao contrário, sucumbindo naquela, esse mesmo depósito será convertido em renda, à disposição da Fazenda Pública, extinguindo o crédito tributário, conforme acima se expôs. Desse modo, é correto o entendimento de que o depósito do valor integral do crédito tributário (principal e acessórios) tenha o mesmo efeito do pagamento. A diferença é que este é efetuado sob condição resolutiva, na dependência da decisão que reconheça a inexistência do débito lançado a cargo

do contribuinte” (1.ª Câmara Criminal, HC 0182576-44.2012.8.26.0000, rel. Des. Figueiredo Gonçalves, 16.03.2013).

Nota

- (1) Para efeitos deste artigo, designam-se crimes tributários aquelas formas incriminadoras hoje contidas nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, muito embora seja forçoso convir que os delitos chamados previdenciários (arts. 169-A e 337-A do CP) e o descaminho sejam igualmente espécies do mesmo gênero.

Davi de Paiva Costa Tangerino

Mestre e doutor em Direito penal pela USP, com estágio doutoral na Universidade Humboldt em Berlim.

Coordenador-adjunto da Revista

Brasileira de Ciências Criminais.

Professor adjunto da UERJ.

O problema da prisão provisória e o impacto da Lei das Cautelares na cidade de São Paulo

Marcello Fragano Baird e Natália Pollachi

Introdução

O Brasil tem a 3.ª maior população carcerária do mundo, sendo que 32% dos presos são provisórios, o que equivale a 229 mil pessoas mantidas presas antes de serem julgadas. Em São Paulo, estado com a maior população carcerária do país, o número de presos provisórios atinge 71 mil, ou 24% do total de presos.⁽¹⁾

Esses números causam enorme perplexidade por diversos motivos. Em primeiro lugar, de um ponto de vista estritamente legal, trata-se de uma afronta a princípios constitucionais como a presunção de inocência e o devido processo legal. Da mesma forma, diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário vão na mesma linha, definindo que a privação de liberdade durante o processo deve ser a exceção, e não a regra. Como se evidenciará adiante, no entanto, mais de 60% dos presos em flagrante na cidade de São Paulo recebem como primeira medida cautelar a prisão. Trata-se, portanto, de um uso abusivo da prisão provisória.

A prisão provisória deveria ser aplicada somente por 1) conveniência da instrução criminal, nos casos em que o processado estiver destruindo evidências, coagindo testemunhas, peritos etc.; 2) para assegurar a aplicação da lei penal, quando há real risco de fuga do processado; 3) com vistas a garantir a ordem pública e a ordem econômica, quando há alta probabilidade de que novo crime seja cometido.

Ainda no tocante ao respeito à lei e aos direitos humanos, o uso abusivo da prisão provisória é medida extremamente deletéria. Além de desprezar garantias básicas do cidadão, a imposição da prisão em caráter provisório gera também altos custos sociais contribuindo para diluir laços familiares, profissionais e submetendo os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%.⁽²⁾

mais de 60% dos presos em flagrante na cidade de São Paulo recebem como primeira medida cautelar a prisão. Trata-se, portanto, de um uso abusivo da prisão provisória.

Os elementos supramencionados já seriam suficientes para uma condenação ao uso desmedido da prisão provisória. De todo modo, ainda é possível elencar outras razões que justificam um debate franco sobre o tema e a premente necessidade de mudanças.

A segurança pública também é penalizada com o uso excessivo da prisão provisória, pois o encarceramento desses acusados deteriora a situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Novamente, abre-se enorme espaço para a violação de direitos humanos, especialmente tendo em vista casos recentes, como as penitenciárias de Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre. Mas não apenas isso. A alocação desses acusados em presídios sem garantia à integridade física e, muitas vezes, sem qualquer separação entre presos aguardando julgamento e presos cumprindo pena nem entre presos que cometeram crimes com diferentes graus de violência, expõe essas pessoas a um possível recrutamento pelo crime organizado, que tem ganhado cada vez mais força em nosso sistema penitenciário e cujas consequências sentimos todos na segurança pública.

Por fim, do ponto de vista da gestão pública, a manutenção desses presos custa R\$ 1.350⁽³⁾ por mês, além de toda a estrutura subjacente a esse processo, significando um enorme desperdício de recursos públicos, o que é absolutamente injustificável em um país como o Brasil, carente de recursos para investimento em todas as áreas. A gestão mais eficiente da justiça criminal brasileira passa necessariamente por uma abordagem mais racional à questão dos presos provisórios.

Tendo em vista essas preocupações, em 2011 o Congresso Nacional aprovou e a presidente da República sancionou a Lei 12.403, conhecida como a Lei das Cautelares. Essa lei alterou o Código de Processo Penal para permitir que juízes possam aplicar diversas medidas cautelares e, em alguns casos, delegados possam arbitrar fiança aos presos em flagrante, de modo que estes possam aguardar o julgamento sem estarem em cárcere. As medidas cautelares diversas da prisão são as seguintes:

- pagamento de fiança;
- proibição de ausentar-se da comarca;
- monitoração eletrônica;
- prisão domiciliar;

- comparecimento periódico em juízo;
- recolhimento domiciliar em período noturno;
- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares;
- proibição de manter contato com determinada pessoa;
- suspensão do exercício da função pública e internação provisória.

É importante observar que, até a aprovação da Lei das Cautelares, os magistrados apenas podiam optar entre a privação da liberdade (prisão provisória) e a liberdade com ou sem condições impostas – as condições previstas eram o pagamento de fiança, o comparecimento periódico em juízo e a proibição de se ausentar da comarca. Nesse sentido, a lei representou um importante marco com o propósito de introduzir relevante rol de alternativas à prisão provisória. No entanto, como as leis nem sempre produzem os resultados esperados quando de sua concepção, é fundamental seu monitoramento e avaliação constantes.

Pesquisa

Diante desse quadro, o Instituto Sou da Paz elaborou uma análise sobre o impacto da Lei das Cautelares na cidade de São Paulo no ano seguinte à sua aprovação, com vistas a compreender como se dava a aplicação da lei na cidade, os avanços e limitações a ela relacionados.

A pesquisa “O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo”⁽⁴⁾ comparou 4.614 prisões em flagrante, realizadas na cidade entre os meses de abril e julho de 2011, e 5.517 realizadas no mesmo período de 2012, enquanto seus processos tramitavam no DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária). O DIPO reúne os inquéritos policiais em trânsito entre delegacias e o Fórum Criminal da Barra Funda (exceto os que apuram crimes dolosos contra a vida e crimes previstos na Lei Maria da Penha), entre os quais analisamos os flagrantes referentes a crimes dolosos.

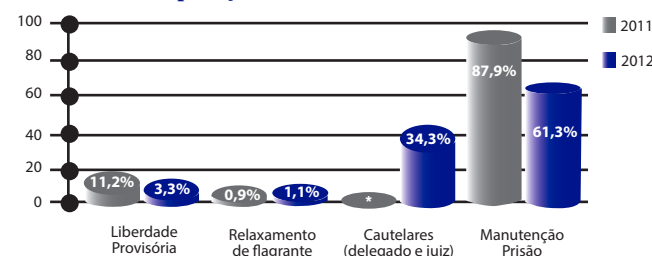
É importante ressaltar que a pesquisa apenas atentou para a concessão de liberdades no primeiro momento no âmbito do DIPO, não acompanhando o desenvolvimento do processo nas Varas Criminais. Isso significa que a pesquisa não permite atestar quantos presos em flagrante efetivamente responderam ao processo em liberdade, apenas a quantos deles a liberdade provisória foi concedida nessa etapa. A pesquisa também teve uma análise qualitativa com base em questionários direcionados aos principais operadores de Direito, como delegados, juízes, promotores e defensores.

O perfil dos presos em flagrante manteve-se constante entre os dois períodos, o que permitiu a comparabilidade da pesquisa e a garantia de que as alterações observadas deviam-se à aprovação da nova lei. Vale destacar alguns dados referentes aos presos em flagrante na coleta de dados de 2012: os presos eram majoritariamente homens (93,5%), tinham entre 18 e 25 anos (54%) e haviam cursado apenas o ensino fundamental completo (57,7%). O crime mais cometido foi o roubo (30,6%), seguido do furto (23,4%) e do tráfico de drogas (21,5%). Por último, aparecem a receptação (13,6%) e os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento (4,7%), evidenciando que a maioria dos presos é acusada de crimes menos graves, os quais poderiam ser beneficiados pela concessão de medidas cautelares. Reforça essa percepção o fato de que apenas 11% dos presos utilizaram arma de fogo, sendo que 71,2% não utilizaram nenhum tipo de arma. Além disso, 48,1% deles não tinham antecedentes criminais.

Resultados

A Lei das Cautelares trouxe impactos positivos no número de presos provisórios em São Paulo. As liberdades concedidas triplicaram, passando de 12,1% em 2011 para 38,7% em 2012. Destas, 34,3% foram concedidas condicionadas ao cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão, o que mostra o papel relevante que a lei teve na concessão de liberdades. Tendo em vista que a prisão provisória deveria ser utilizada de forma excepcional, é possível dizer que permanece alto o número de prisões em flagrante que são convertidas, como primeira medida cautelar, em prisão provisória.

Gráfico 1 – Comparação da liberdade concedida em 2011 e 2012

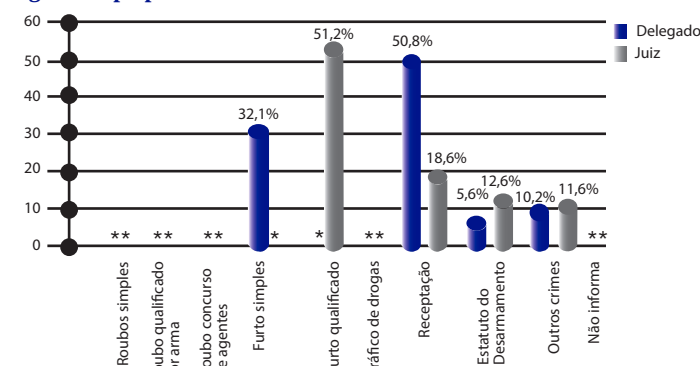


(*) A amostra não comporta a desagregação para esta categoria
Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária - DIPO.

É importante destacar que os juízes concederam liberdade provisória sem cautelar a apenas 3,3% dos presos, representando uma diminuição em relação ao ano anterior, o que fundamenta uma percepção expressada por defensores públicos entrevistados ao longo da pesquisa de que, por vezes, passou-se a aplicar fiança em casos em que antes a liberdade provisória era concedida sem cautelares. Nota-se, nesse sentido, uma deterioração de parte da liberdade concedida.

As cautelares foram aplicadas predominantemente a crimes não violentos contra o patrimônio, como furto e receptação. Na sequência aparecem os crimes que se referem a violações ao Estatuto do Desarmamento. Crimes como roubo e tráfico de drogas não foram contemplados com cautelares diversas da prisão.

Gráfico 2 – Distribuição do arbitramento de fiança por autor segundo tipo penal



(*) A amostra não comporta a desagregação para esta categoria
Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária - DIPO.

Esses dados apontam para a possibilidade de expansão na aplicação das cautelares. Se nos ativermos apenas aos crimes sem violência, para os quais há maior aceitação popular e dos operadores do Direito para a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, seria perfeitamente plausível estender sua aplicação aos pequenos traficantes – aqueles apreendidos com pouca droga, sem antecedentes criminais, que não integram facção criminosa e não portam armas, exatamente os que compõem a maioria dos presos por tráfico no estado de São Paulo e no país. Retomando o argumento apresentado na Introdução, o encarceramento indiscriminado dos pequenos traficantes é não apenas inócuo para a segurança pública por serem rapidamente substituídos, mas também contraproducente, especialmente tendo-se em vista as condições das penitenciárias e os custos sociais daí advindos.

Em que pese a grande variedade de medidas cautelares disponíveis, a opção pela fiança predominou em São Paulo, tendo sido aplicada a 70% dos presos em flagrante que obtiveram a decisão de liberdade com cautelar. As demais cautelares foram concedidas a apenas 7,1% dos presos em flagrante sendo que apenas três outras medidas cautelares foram utilizadas: proibição de se ausentar da comarca, recolhimento domiciliar noturno e comparecimento periódico em juízo.

Tabela 1 – Distribuição das prisões em flagrante na cidade de São Paulo em 2012 segundo condição de liberdade com e sem cautelar, por tipo de medida e autor da decisão (em %)

Condição de liberdade com ou sem cautelar, por tipo de cautelar e autor da decisão	%
Relaxamento de flagrante	1,1
Liberdade provisória sem cautelar	3,3
Fiança delegado	15,8
Fiança juiz	11,4
Proibição de ausentar comarca	3,7
Recolhimento domiciliar noturno	1,6
Comparecimento periódico em juízo	1,3
Monitoramento eletrônico	*
Proibição de manter contato com pessoa	*
Suspensão de exercício ou função	*
Internação provisória	*
Prisão domiciliar	*
Manutenção da prisão	61,3
TOTAL	100

(*) A amostra não comporta a desagregação para esta categoria

Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária - DIPO.

Chama a atenção o fato de que três dessas medidas já estavam previstas na legislação anterior à Lei das Cautelares, o que reforça a necessidade de explorar mais fortemente o potencial trazido pela nova norma. Essa coincidência enfraquece o argumento utilizado antes da aprovação da Lei de que as alternativas à prisão disponíveis eram insuficientes ou inadequadas, mostrando que havia uma boa margem para a ampliação de sua utilização. Além disso, vale destacar que a utilização conspícua da fiança não reflete o principal argumento apresentado pelos juízes nas entrevistas, qual seja, o de que as cautelares têm como objetivo principal manter o réu vinculado ao processo. Tal vinculação estaria mais bem caracterizada pelo comparecimento periódico em juízo, medida que foi aplicada a apenas 1,3% dos casos.

A ampliação da competência atribuída aos delegados de polícia, que passaram a arbitrar fiança às infrações cuja pena máxima não exceda quatro anos, foi fundamental para o constatado aumento das liberdades e ajuda a explicar a ampla aplicação da fiança. Concedendo esta medida cautelar a 62,5% dos casos em que poderiam aplicar a medida, os delegados foram responsáveis pela concessão de liberdade a 15,8% dos presos em flagrante. Tal número só não é maior porque apenas 24% dos presos eram acusados de crimes passíveis de concessão de liberdade pelos delegados.

É importante esclarecer que o predomínio da fiança também está ligado à fragilidade dos mecanismos de fiscalização que restringiram a utilização de outras cautelares. O monitoramento eletrônico, medida mais bem avaliada por juízes e promotores, não era concedido, pois não havia equipamentos disponíveis para sua aplicação. Tal situação permanece até

o momento, passados três anos da aprovação da lei. O governo e a Justiça estaduais, que já têm grupo de trabalho sobre o tema, precisam tratá-lo com a devida prioridade e celeridade, dado seu potencial de impacto para a redução do número abusivo de prisões provisórias.

Conclusão

A aprovação da lei foi positiva, pois ampliou o leque de opções aos juízes e delegados em relação aos presos em flagrante e, de fato, impactou de forma positiva reduzindo a quantidade de pessoas que aguardam presas por seus julgamentos.

A despeito dessa constatação, ainda há muito espaço para melhorias. Em primeiro lugar, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão deve ser estendida, pois não é possível que mais de 60% dos presos em flagrante permaneçam encarcerados enquanto aguardam seu julgamento. Isso é particularmente visível no caso dos pequenos traficantes. Os presos por tráfico de drogas no Brasil já somam 25% da população carcerária, um aumento desenfreado em relação a 2006, quando equivaliam a 14% do total de presos. É sempre importante frisar que o ímpeto encarcerador não veio acompanhado de melhorias nos índices de segurança pública. Por fim, destaca-se a premente necessidade de que os mecanismos adequados para a fiscalização da lei estejam disponíveis. Isso significa que os Poderes Executivo e Judiciário em âmbito estadual não podem furtar-se a dar uma resposta ao problema que já se alonga por três anos.

É urgente racionalizar o sistema de justiça criminal brasileiro, especialmente quanto ao uso indiscriminado da prisão provisória. Modernizar essa política significa frear o uso da prisão como panaceia para os conflitos sociais e incentivar o uso de mecanismos alternativos à prisão para os crimes menos graves, garantindo a responsabilização mais eficiente e capaz de contribuir para a ressocialização dos presos.

Notas

- (1) Essas proporções de presos provisórios ocorrem quando se levam em conta as prisões domiciliares no número total de presos. Descontando-se o número de presos domiciliares, a proporção de presos provisórios no Brasil atinge 40% no País e 32% em São Paulo.
- (2) Texto sobre Alternativas Penais no portal eletrônico do Ministério da Justiça. Fonte: ILANUD; NUNES, Adeildo, 1996. Disponível em: <<http://goo.gl/ex9zzb>>.
- (3) Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.
- (4) Disponível em: <<http://bit.do/leidascautelares>>.

Marcello Fragano Baird

Doutorando em Ciência Política pela USP.

Professor de pós-graduação da Escola do Parlamento da

Câmara Municipal de São Paulo.

Coordenador de projetos do Instituto Sou da Paz.

Natália Pollachi

Mestranda em Relações Internacionais pela USP.

Assistente executiva do Instituto Sou da Paz.

Da impossibilidade de inversão da ordem do interrogatório em face da expedição de carta precatória

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça

O art. 400 do CPP disciplina a audiência de instrução e julgamento do procedimento ordinário. Estabelece uma ordem para a produção da prova. Após a oitiva das testemunhas de acusação, defesa, esclarecimento

de peritos, acareação e reconhecimento de pessoas ou coisas, o réu é interrogado. O interrogatório é o último ato de instrução a ser realizado na audiência de instrução e julgamento.

A questão a ser pesquisada no presente artigo consiste no efeito que a expedição de uma carta precatória tem sobre a ordem do interrogatório. Havendo testemunhas a serem ouvidas em outra comarca, é possível que o juiz interrogue o réu sem que as cartas precatórias expedidas sejam cumpridas? Se o acusado for interrogado por carta precatória, pode o juízo deprecado fazê-lo antes que o deprecante colha o depoimento das testemunhas? Esse é o objeto do presente trabalho.

Antes de qualquer coisa, é necessário perquirir a natureza jurídica do interrogatório. Trata-se do momento em que a defesa pessoal torna-se mais efetiva. É o instante em que o acusado tem a possibilidade de expor ao magistrado sua versão acerca dos fatos que norteiam a denúncia. Nesse instante processual, o juiz poderá perceber mais do que as palavras do acusado, mas a expressão ou a convicção com que as diz. Por vezes, a expressão com que se diz algo é tão ou mais significativa do que o conteúdo de que se fala. O interrogatório é, portanto, um momento precioso.

A questão é se o interrogatório é um meio de prova ou de defesa. Sendo um meio de prova, não haveria impedimento para que se inverta sua ordem em relação às testemunhas. Sendo um meio de defesa, reafirmá-lo como último ato da audiência de instrução e julgamento é um imperativo. Cremos que sua natureza é mista. Isso não nos impede de reconhecê-lo como um meio preponderantemente de defesa.

Até a Lei 10.792/2003, o art. 186 do CPP tinha a seguinte redação: “*Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*”. Por certo, a possibilidade de extrair consequências negativas do exercício do direito constitucional ao silêncio era alvo de questionamentos quanto à constitucionalidade.⁽¹⁾

Vale notar que o interrogatório era um ato privativo do juiz. Por isso, podia ser realizado sem a presença de um advogado. O réu podia ir ao interrogatório sem ter tido a oportunidade de se aconselhar com um causídico. Por ser o interrogatório, como já dito, ato privativo do juiz, quando o advogado se fazia presente, não podia formular qualquer pergunta. Este ponto fragilizava sensivelmente a defesa.

Difícilmente um acusado vai ao interrogatório com um estado de espírito sereno que lhe permita expor tudo aquilo que efetivamente ocorreu e que interessa a sua defesa. Fatalmente sua fala era omissa ou obscura em algum ponto. Ao final dos questionamentos do magistrado, a omissão ou obscuridade persistia com a possibilidade de prejuízos à defesa. A intervenção do advogado seria salutar, pois permitiria que o réu, respondendo às perguntas de seu patrono, não deixasse nada sem ser esclarecido.

Até o ano de 2003, o interrogatório caracterizava-se preponderantemente como um meio de prova, embora também fosse instrumento do exercício da defesa pessoal. Foi a Lei 10.792/2003 que começou a inverter esta equação. Garantiu ao réu o direito ao silêncio, sem que seu exercício pudesse gerar qualquer prejuízo, o direito de se entrevistar e ser acompanhado por um causídico no instante do interrogatório. Facultou às partes formularem perguntas ao acusado.⁽²⁾ A Lei 10.792/2003 não trouxe nada que uma leitura das garantias constitucionais aplicadas ao processo penal já não nos sugeria. Entretanto, isso não diminui sua importância.

O interrogatório será sempre um meio de prova. Isso não significa que suas características inquisitoriais não devam ser extirpadas. A condição de meio de prova e meio de defesa estabelece entre si uma relação dialética que leva à construção do conceito de interrogatório. O interrogatório somente será um meio de prova legítimo se, antes de tudo, for um meio de defesa. O processo penal só se mostra legítimo se construído no contexto das garantias constitucionais.⁽³⁾

A Lei 11.719/2008 acrescenta um novo dado à progressiva afirmação do interrogatório como um meio preponderantemente de defesa. Com a nova redação do art. 400 do CPP, dada pela Lei 11.719/2008, o interrogatório deve ser realizado após a colheita da prova testemunhal. A nova redação do art. 400 do CPP trilha o caminho cuja precursora foi a Lei 9.099/1995.

O réu agora depõe após conhecer toda a prova reservada à audiência

de instrução e julgamento. Ele pode se contrapor a cada uma das colocações postas pelas testemunhas, ouvidas em juízo. Estamos diante de um grande avanço.

É verdade que a redação originária do Código de Processo Penal admitia, e ainda hoje admite, que o juiz realizasse, a qualquer tempo, novo interrogatório.⁽⁴⁾ Então, a rigor, havendo um fato ou dado apresentado pelas testemunhas que merecesse a contraposição pessoal do réu, o magistrado poderia proceder a novo interrogatório. Ora, mas isso não era a regra. Se o juiz não sabe o que o réu teria a dizer em contraposição ao afirmado pela testemunha, como poderia mensurar a necessidade de um novo interrogatório? Parece-nos mais adequado que o interrogatório, como regra, proceda e não preceda a oitiva das testemunhas.

O art. 196 do CPP restringe-se à eventualidade do magistrado entender ser necessário o esclarecimento pessoal do réu frente à prova produzida em sede de diligências complementares.⁽⁵⁾ Sendo o interrogatório, preponderantemente, um meio de defesa e, por isso, um meio de prova legítimo, podemos voltar ao cerne do problema proposto no presente artigo.

A Lei 11.719/2008 deu nova redação ao art. 400 do CPP. Concentrou o procedimento ordinário, criando uma audiência de instrução e julgamento. O art. 400 assim a disciplina: “*Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de **declarações do ofendido, à inquirição de testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código**, (negritamos) bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado*”.

A literalidade do art. 400 do CPP deixa claro que a expedição de carta precatória pode inverter a ordem da oitiva das testemunhas de acusação e defesa. A pendência do cumprimento de uma carta precatória, destinada à oitiva de uma testemunha de acusação, não impede que o magistrado colha o depoimento de testemunhas de defesa.⁽⁶⁾

Também está evidente que a ressalva feita pelo art. 400 do CPP à carta precatória restringe-se à alteração da ordem das testemunhas de acusação e defesa, não alcançando o interrogatório. A posição em que o trecho “*ressalvado o disposto no art. 222 deste Código*” foi colocado no art. 400 do CPP não deixa dúvida acerca do alegado. Desnecessário dizer que essa conclusão é absolutamente coerente com o princípio constitucional da ampla defesa.

Não é possível contra-argumentar asseverando que a expedição de uma carta precatória não interrompe o curso da instrução processual. Portanto, não haveria obstáculo para que se procedesse ao interrogatório enquanto ainda pendente a oitiva de uma testemunha por carta precatória.

O art. 222, § 1.º dispõe que “*a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal*”. Já o art. 222, § 2.º estabelece que: “*Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida será juntada aos autos*”.

A carta precatória deve ser expedida com “prazo razoável” para o seu cumprimento. Enquanto a precatória não é cumprida, mesmo que ainda não tenha exaurido seu prazo, o juízo deprecante pode continuar a marcha processual. Exaurido o prazo, pode o juízo deprecante sentenciar sem o cumprimento ou retorno da carta precatória.

Há duas situações que merecem análise: uma quando o interrogado é ouvido na comarca onde o processo tem curso e há testemunhas a serem ouvidas por carta precatória; outra quando o próprio interrogado é ouvido por carta precatória e as testemunhas são ouvidas no juízo deprecado ou em uma terceira comarca.

A aplicação cega do art. 222, § 1.º, do CPP poderia nos levar à conclusão de que a pendência de uma carta precatória destinada a ouvir uma testemunha não impediria que o juízo deprecante procedesse ao interrogatório do acusado. Transcorrido o prazo para o cumprimento da precatória destinada à oitiva da testemunha, maior razão teria o juiz para interrogar o réu. Se fosse possível julgar sem o retorno da carta precatória extemporânea, obviamente seria possível proceder ao interrogatório.

Vejamos a segunda situação por nós sugerida: o réu deve ser ouvido por carta precatória e a data designada para a realização do ato na comarca deprecada precede a data designada para a oitiva das testemunhas no juízo deprecante. O art. 222, §§ 1.º e 2.º, do CPP não são capazes de oferecer uma solução para a questão. A carta precatória não interrompe a marcha processual, mas também não está previsto que a antecipe.

Soma-se a esta questão mais um argumento. Não há previsão para que o interrogatório se realize por carta precatória. Trata-se de uma construção jurisprudencial que admitiu o interrogatório, por analogia à oitiva de testemunhas, como forma de prestar homenagens ao princípio da ampla defesa. O réu não precisa se deslocar para ser interrogado. Pode exercer o direito de defesa pessoal, sendo ouvido na comarca de seu domicílio. Não faria sentido admitir que o réu seja interrogado na comarca onde reside e não se garanta a possibilidade de só prestar seu depoimento após a colheita de toda a prova testemunhal. Do contrário, o exercício de um direito acaba transformado em um ônus.

O problema de fundo que é capaz de dar uma solução às duas situações pensadas consiste no fato de que a Lei 11.719/2008, ao dar nova redação ao art. 400 do CPP, diminuiu o âmbito de incidência do art. 222, §§ 1.º e 2.º, do CPP. A expedição de uma carta precatória não interromperia a instrução processual, salvo quando o ato processual a ser realizado for o interrogatório estando ainda pendente a oitiva de testemunha. Pouco importa se o ato deprecado é a oitiva de testemunhas ou o próprio interrogatório.

Concluimos que, havendo expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas ou do próprio acusado, está o Estado juiz obrigado a zelar para que o réu seja ouvido somente após a colheita de toda a prova testemunhal.

Referências bibliográficas

- PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Notas

- (1) “De que lhe serviria o direito de calar-se, ante aquela ameaça de que o seu silêncio poderia prejudicar-lhe a defesa? Assim, em face da consagração do direito ao silêncio como dogma constitucional, evidente que o Juiz não poderia fazer a advertência do art. 186” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 298).
- (2) “Certo que o art. 188, com redação dada pela Lei 10.792/2003, permite ao Juiz, após o interrogatório, indagar ‘das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante’. Mesmo nessa hipótese, não se pode dizer seja o interrogatório submetido ao contraditório” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 299).
- (3) “Que o nosso processo somente se realiza validamente se observados o contraditório e a ampla defesa já não resta qualquer dúvida, ocupando tais princípios posição de destaque na configuração de um modelo garantista, até porque não se pode pensar em igualdade processual sem a afirmação de ambos. Há, aliás, doutrina das mais consistentes que apresenta o contraditório quase como verdadeiro” (PACELLI, 2012, p. 136).
- (4) A redação originária do art. 196 do CPP assim dispunha: “A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório”. A Lei 10.792/2003 deu a seguinte redação ao mesmo art. 196 do CPP: “A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.
- (5) Embora Tourinho afirme “que o Juiz tem a faculdade de, a todo tempo, de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes, proceder a novo interrogatório” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 305), entendemos que isso não pode ser utilizado para autorizar a inversão da ordem do interrogatório em face da oitiva das testemunhas quando quaisquer dos atos processuais se realizem por carta precatória.
- (6) Essa posição não está imune a severas críticas. Quando o art. 400 do CPP admite a flexibilização da ordem da oitiva das testemunhas, viola o princípio da ampla defesa. Todavia, essa questão não é objeto de nosso trabalho.

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça

Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela UFMG.
Professor de Direito e Processo Penal no curso de Direito da
Escola Superior Dom Helder Câmara.
Advogado.

Delação ou colaboração premiada⁽¹⁾ e DIPO

Ulisses Augusto Pascolati Junior

Mesmo após o término do julgamento da Ação Penal 470 (vulgo “mensalão”) na qual o instituto da “delação premiada” foi muito comentado, tanto no meio jurídico-acadêmico, quanto na imprensa e até mesmo nas rodas de bares, agora volta referido instituto à tona com a investigação da Petrobras por meio das informações “premiadas” prestadas por seu ex-diretor de Abastecimento e Refino Paulo Roberto Costa.⁽²⁾

Contudo, de início, até para que nos posicionemos sobre o tema, cumpre-nos definir o que se entende por “delação ou colaboração premiada”, para, na sequência, verificar o procedimento (na fase de inquérito policial) e as consequências processuais penais tendo sempre em conta a operacionalização deste instrumento de obtenção de prova na cidade de São Paulo, em que há um órgão responsável pelo trâmite de todos os inquéritos policiais instaurados nas dezenas de delegacias e departamentos da Polícia Civil da capital paulista que apurem crimes apenados com reclusão.

A delação ou colaboração premiada é prevista na Lei 7.492/1989 (art. 25, § 2.º), Lei 8.072/1990 (art. 8.º, parágrafo único); Lei 8.137/1990 (art. 16, parágrafo único), Lei 9.807/1998 (art. 13), Lei 9.613/1998, na redação da Lei 12.683/2012 (art. 1.º, § 5.º), Lei 11.343/2006 (art. 41) e, finalmente, e de forma mais completa, na Lei 12.850/2013 (arts. 4.º/6.º).

A delação ou colaboração premiada, de maneira geral, consoante a disciplina da Lei 12.850/13,⁽³⁾ consiste na efetiva e voluntária colaboração do agente na investigação criminal que propicie, de forma

útil, e alternativamente, a elucidação dos fatos, a identificação dos autores, coautores e partícipes, a revelação da estrutura hierárquica da organização, a prevenção de novas infrações penais, a recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime ou a localização de eventual vítima.

É sobre esta colaboração, prevista na Lei 12.850/2013, que traçaremos breves comentários relacionando-a ao sistema do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital (DIPO), até porque é o diploma legal acerca da matéria mais completo e que, por sua vez, prevê maiores garantias ao próprio colaborador, além de uma disciplina processual própria.

A colaboração, visando um ou mais dos resultados do art. 4.º da Lei 12.850/2013, segundo se depreende do diploma legal, pode ser alcançada nas três fases do assim chamado processo penal – este visto de maneira global – vale dizer, na fase pré-processual (inquérito policial), na fase processual, após o recebimento da denúncia, já que esta pode ser dispensada (§ 4.º do art. 4.º) e mesmo após a sentença penal condenatória – fase recursal (§ 5.º do art. 4.º).

É sobre a fase do inquérito policial que vamos nos fixar.

No sistema processual penal atual não é possível o trâmite direto dos inquéritos policiais instaurados pela polícia judiciária e o Ministério Público; todos os procedimentos administrativos devem ser submetidos ao Judiciário e por ele controlados.⁽⁴⁾

Na cidade de São Paulo, tendo em vista a quantidade de delegacias de polícia e departamento existentes, o Conselho Superior da Magistratura, por meio do Provimento 167/1984, criou o Setor de Inquéritos Policiais e *habeas corpus* para a Comarca de São Paulo. Posteriormente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por intermédio da Resolução 11/1985, além de retirar a corregedoria da Polícia Judiciária da Vara das Execuções e outorgá-la ao Setor de Inquéritos Policiais, disciplinou as competências deste Setor. Em resumo, o art. 2.º da referida resolução dispôs que todos os atos relativos aos inquéritos policiais competem ao Juiz do Setor de Inquérito Policial,⁽⁵⁾ cessando a competência deste com oferecimento da denúncia.

Assim, numa primeira leitura das disposições administrativas, poder-se-ia concluir que a competência para a operacionalização da delação ou colaboração premiada – que depende de homologação – seria do Juiz do Departamento de Inquérito Policial da capital. Entendemos, contudo, que não.

A Lei 12.850/2013 sugere que a delação ou a colaboração, por se tratar de um meio de prova que pode acarretar um benefício penal, quais sejam, o perdão judicial (causa extintiva da punibilidade), redução ou substituição de pena (art. 4.º), deve ser reconhecida pelo juiz natural ao qual aquele inquérito foi distribuído. Esta conclusão pode ser extraída, dentre outros, do art. 4.º, § 1.º eis que ele dispõe que para a concessão do benefício o juiz “*levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*”.

Ora veja, pelo teor do dispositivo é nítida a intenção do legislador de que o benefício penal, ainda que operacionalizado na fase pré-processual, já que partes, incluindo o delegado de polícia, poderão “*requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador*” (art. 4.º, §2.º) seja ele concedido pelo juiz natural da causa, após a instauração da lide penal, vale dizer, por aquele que efetivamente julgará a demanda eis que o próprio legislador deixou assente que “*a sentença apreciará os termos do acordo homologado e a sua eficácia*” (art. 4.º, § 11). Ainda, saliente-se, o art. 7.º deixa expresso que o pedido de homologação do acordo será *sigilosamente distribuído* e que as informações da colaboração *serão remetidas ao juiz a que recair a distribuição* (art. 7.º, § 1.º).

Destarte, por esses dispositivos, percebe-se que o desiderato da Lei é que o acordo de colaboração ou delação premiada seja homologado pelo mesmo Magistrado que julgará a demanda já que a ele é que a prova será dirigida e, ademais, concederá ou não a benesse legal (perdão, redução ou substituição da pena) consoante sua livre convicção tendo em conta o grau de importância da colaboração para o alcance das finalidades previstas nos incisos do art. 4.º.

Agora, como proceder com a colaboração premiada na cidade de São Paulo⁽⁶⁾ com a existência do DIPO já que a lei exige que o termo de colaboração seja homologado pelo juiz?

Na fase de inquérito policial havendo a possibilidade da colaboração ou delação premiada o juiz não participa das negociações entre a autoridade policial, Ministério Público, colaborador e seu defensor (§6.º, art. 4.º). O juiz, posteriormente, após verificar a regularidade do acordo de delação, sua legalidade e a voluntariedade do colaborador procederá ou não a homologação e se, eventualmente, restar alguma dúvida poderá ouvir o réu colaborador e seu defensor para posterior homologação (§7.º).

Pois bem. Neste cenário duas possibilidades se apresentam:

- a) se se entender que a homologação é meramente ato formal do juízo tal poderá ser realizada pelo Juiz do DIPO e, posteriormente, os autos, com a denúncia oferecida, serão remetidos ao Juiz natural anteriormente prevento para a concessão ou não de algum benefício penal. Nesta situação o juiz não faz qualquer tipo de análise quanto ao conteúdo da colaboração apenas analisa a presença dos requisitos acima elencados, quais sejam, regularidade, legalidade e voluntariedade. Não entendemos, todavia, ser este o melhor

caminho na medida em que, além de não ser a *mens legis* da Lei 12.850/13, a efetividade ou não da colaboração somente será apreciada pelo Juiz encarregado da instrução processual o qual poderá reconhecer o benefício podendo aplicar o perdão judicial, reduzir a pena ou convertê-la.

Em acréscimo, anote-se, que, em se entendendo a homologação como mero ato formal, sem qualquer análise material do conteúdo, não vemos como possa o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia nas hipóteses dos incisos do § 4.º do art. 4.º, já que, por se tratar de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, este controle deve ser feito pelo juiz natural do feito que, atendendo às finalidades do § 4.º, pode recorrer a homologação.

- b) por outro lado, se se entender que a homologação é ato de instrução, ainda que antecipada, e que tem conteúdo material, pois vincula o juiz quando da prolação da sentença, esta somente pode ser feita pelo juiz natural. É esta a posição que defendemos e que, aliás, parece que ser a intenção do legislador quando interpretamos os dispositivos da Lei em análise.

No caso de São Paulo, portanto, havendo pedido de homologação de termo de colaboração ou delação, deve o Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais de imediato remeter os autos do inquérito⁽⁷⁾ ao juiz prevento, havendo ou não denúncia, cessando, portanto, sua atribuição para atuar na fase policial.

A partir do pedido de homologação, até para se garantir a aplicabilidade dos benefícios penais, quem passa a atuar no inquérito policial decidindo não somente o pedido de homologação do acordo de delação, mas também todos os demais pedidos de ordem cautelar é o juiz natural da causa devendo a ele serem remetidos todos os demais requerimentos formulados tanto pela autoridade policial, quanto pelo Ministério Público e Defesa. Cessa, portanto, a competência administrativa⁽⁸⁾ do Juiz do Departamento de Inquéritos para atuar no feito.⁽⁹⁾

Notas

- (1) Neste texto os termos serão utilizados como sinônimos. Não obstante a “delação premiada” com este nome ou outro diverso esteja prevista em algumas leis, como se verá, é fato que a atual normatização e abrangência do tema são atinentes a lei 12.850/13 que, entendemos, abarca a “delação” transformando-a em “colaboração premiada” até porque, antes da vigência deste diploma, não havia um procedimento para a delação, incluindo as necessárias garantias ao colaborador, mas sim hipóteses espalhadas no ordenamento sobre seu cabimento e eventual consequência jurídico-penal caso reconhecida.
- (2) Só o fato do nome e imagem do colaborador serem amplamente divulgados na imprensa já coloca em xeque a própria colaboração a teor do incs. II e V do art. 5.º da Lei 12.850/2013, salvo se ele expressamente tenha autorizado, o que não é de conhecimento deste autor.
- (3) Este que será o diploma abordado e que, entendemos, aplica-se a todas questões penais, não somente àquelas ligadas ao crime organizado já que agora é o diploma geral acerca da delação, substituindo, inclusive, às regras gerais dos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1998.
- (4) O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o inc. IV do art. 35 da LC 106/2003 do Rio de Janeiro que previa a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Judiciária e o Rio de Janeiro.
- (5) “Art. 2.º *Compete ao Setor de Inquéritos Policiais e habeas corpus, sem prejuízo das demais atribuições que lhe são próprias: I – todos os atos relativos a inquéritos policiais e incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus, autos de prisão em flagrante, pedidos de prisão preventiva e restituição de coisas apreendidas, inclusive determinar o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças informativas sem prejuízo do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal e demais normas pertinentes; oferecida a denúncia, cessa a competência do Setor; II – proceder às atividades inerentes à Corregedoria da Polícia Judiciária, no âmbito da Capital. III – exercer a Corregedoria do Distribuidor Criminal e das Informações Criminais; IV – completar a instrução dos inquéritos policiais, a requerimento do Ministério Público, ou de ofício, quando possível e conveniente.*”
- (6) Ou em outra Comarca de outra unidade da Federação em que haja um órgão semelhante.
- (7) Ou o pedido de homologação do acordo já que este deve ser distribuído,

consoante art. 7.º.

- (8) Refiro-me a “competência administrativa” uma vez que esta é prevista em ato administrativo do Tribunal de Justiça. O correto, portanto, seria atribuição já que competência é matéria disciplinada por lei. “A competência, portanto, é o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto. Decorre esse poder de uma delimitação prévia, constitucional e legal, estabelecida segundo critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133).
- (9) A nosso ver eventual atuação do Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais que homologasse o pedido de acordo de colaboração daria ensejo

ao questionamento da nulidade da prova e, por consequência, do processo, já que esta fora obtida em desrespeito a regra de competência firmada pela Lei 12.850/2013, ainda mais se a condenação dos coautores fosse embasada única e exclusivamente na colaboração. Nesse sentido é o teor da Súmula 706 do STF: *in verbis*: “É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

Ulisses Augusto Pascolati Junior
Mestre em Direito Penal – PUC/SP.
Juiz de Direito.

A organização criminosa da Lei 12.850/2013 e a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006: *novatio legis in melius*?

Mariana Py Muniz Cappellari

A Lei 12.850, de 02.08.2013, define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Até então, a fim de que se pudesse definir o que seja organização criminosa, eis que inexistente conceito legal até a edição da referida legislação, utilizava-se daquilo que entabulava a tanto a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil pelo Dec. 5.015/2004, consoante **De Miranda e Panhoza**.⁽¹⁾

Entretanto, tal conceituação semântica implicava uma problematização do tema, haja vista a referência empreendida pela Convenção aos chamados crimes transnacionais, não se denotando enquadramento perfeito, o que suscitava a impossibilidade por parte de alguns de aplicação do Tratado supra, no que diz com a definição de organização criminosa. Posteriormente, a Lei 12.694/2012 que dispõe acerca do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas também não logrou em definir do que se tratavam tais organizações, ou, de que forma estas estariam configuradas, fazendo-o tão somente para os fins da legislação referida, o que impedia a extensão dos seus efeitos a outros casos.

Ocorre que a Lei 12.850/2013 trouxe a conceituação do que seja organização criminosa em seu art. 1.º, §§ 1.º e 2.º, considerando esta a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional. O § 2.º, ainda, traz ressalva no sentido de aplicar-se a lei também às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, e, às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Tal nos interessa tendo em vista o disposto no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, que traz em seu bojo a chamada minorante do tráfico privilegiado. A lei consigna à aplicação de uma causa de diminuição de pena ao delito de tráfico de drogas (art. 33 e § 1.º), no montante de redução de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O fato de o indivíduo ser primário e de bons antecedentes não

resulta em maiores indagações, entretanto, saliente-se que ainda que assim o fosse, em determinados casos, há o afastamento da minorante em nome do dedicar-se às atividades criminosas e integrar organização criminosa.

Parece-nos, na esteira de **Gomes** (2006), que uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos pela legislação, configura-se verdadeiro direito subjetivo do acusado à aplicação da causa de diminuição de pena, limitada a discricionariedade motivada do juiz ao *quantum* de minoração, embora a isso não se perceba da jurisprudência. Por outro lado, invocando **Nucci** (2006), não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas, pois, segundo o autor, se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa, mas, se primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita.

A questão, então, mostra-se mais delicada quando da análise da jurisprudência verifica-se que o simples afastamento da causa de diminuição de pena se dá em virtude da dedicação à atividade ilícita e de forma criminosamente organizada,⁽²⁾ sem, contudo, conceituar-se o que seja a dedicação à atividade ilícita de forma criminosamente organizada, ou, ainda, o integrar organização criminosa.

Ora, se até a edição da Lei 12.850/2013 não se podia falar em um conceito legal de organização criminosa, conforme apontamos anteriormente, seguindo a doutrina, agora, tal não mais se sustenta e, dessa forma, pensa-se que no âmbito do indeferimento do pleito de aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, com mais razão se impõe o enquadramento dentro do conceito previsto pela nova lei a fim de denegação do direito de o acusado obter a redução de pena, na hipótese.

O Juiz, portanto, na sentença, em processo onde a acusação que paira sobre o acusado seja a de tráfico de drogas, se pretender afastar a aplicação da referida causa de diminuição de pena, acaso seja o acusado primário e de bons antecedentes, por enquadrá-lo como integrante de organização criminosa, deverá buscar na Lei 12.850/2013 a conceituação do que seja organização criminosa e, apenas, na correspondência integral dos termos é que estará autorizado a denegar o direito de o acusado obter a redução da sua pena.

Veja-se, nesse ponto, que nem mais a sustentação de que o acusado teria restado condenado conjuntamente pelo tráfico de drogas e pela associação ao tráfico, nos termos do art. 35 da Lei 11.343/2006, será argumento suficiente a afastar o direito de obter a redução da pena, já que o referido artigo permite a associação de duas ou mais pessoas e a organização criminosa requer a associação de quatro ou mais pessoas, preenchidos todos os demais requisitos antes mencionados. E,

sinale-se, que tal carga de comprovação probatória evidentemente incumbe à integralidade à acusação, desde a descrição inicial na denúncia, sob pena de se violar a garantia do estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/1988).

Dessa forma, portanto, entendemos que a Lei 12.850/2013 é mais benéfica, autorizando o disposto no art. 66, I, da LEP (Lei 7.210/1984), bem como a revisão criminal, nos termos do art. 621 do CPP. Tem-se por lei mais benéfica toda aquela lei posterior que traga, de qualquer modo, um benefício para o agente no caso concreto, cumprindo a retroação dos seus efeitos, apenas nesse ponto, diante o disposto no art. 5.º, XL, da CF/1988.

Em sendo assim, ao Juiz da Execução Criminal compete aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo venha a favorecer o condenado. Outrossim, e, ainda que assim não se entendesse, a sentença condenatória contrária a texto expresso de lei, autoriza a revisão criminal, não se podendo olvidar, na esteira do que doutrina **Giacomolli** (2014), que uma das funções da revisão criminal é restabelecer o *status dignitatis* da pessoa, protegido pelos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, quiçá a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Falar sobre o caos carcerário e a situação estrutural do cumprimento da pena no âmbito brasileiro é notícia que transcende o nosso País, mas, considerando os dados apontados pelo Depen,⁽³⁾ referentemente a dezembro de 2012, do contingente carcerário nacional de 540.003 presos, 138.198 destes detentos estão recolhidos pela prática do delito de tráfico de drogas.

A aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, portanto, é medida de redução de danos, na ótica de **Zaffaroni** (2013), haja vista a possibilidade de minimização dos efeitos criminógenos impostos com a reclusão do acusado e do cumprimento de pena junto a um estabelecimento prisional. É que a ampliação da aplicação da referida causa de diminuição de pena permite a descarcerização, haja vista a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme já acenou o STF.

Nesse ponto, portanto, a Lei 12.850/2013 ao conceituar legalmente o que seja organização criminosa é mais benéfica, pois, impõe um balizamento legal ao Magistrado, quando da análise da aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006. E não nos esqueçamos, nesse interim, que a aplicação da pena exige fundamentação (art. 93, IX, da CF/1988) e respeito à legalidade (art. 5.º, II e XXXIX, da CF/1988), como medida de contenção ao abuso do expansionismo do poder punitivo, e em garantia da pessoa humana.

Referências bibliográficas

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.
- _____. Lei 7.210, de 11.07.1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 27 jun. 2013.
- _____. Lei 11.343, de 23.08.2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 ago.

2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2014.
- _____. Lei 12.694, de 24.07.2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- _____. Lei 12.850, de 02.08.2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- DE MIRANDA, Eliana Cristina Fernandes; PANHOZA, João Vitor Serra Netto. *Nova Lei de Organização Criminosa trouxe ferramentas contra o crime*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- TJRS. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Notas

- (1) DE MIRANDA, Eliana Cristina Fernandes; PANHOZA, João Vitor Serra Netto. *Nova Lei de Organização Criminosa trouxe ferramentas contra o crime*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- (2) TJRS: “(...) Inviável a aplicação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto os denunciados dedicavam-se a atividades ilícitas e de forma criminosamente organizada (...)” ApCrim 70037477445, 3ª Câ. Crim., rel. Des. Odone Sanguiné, DJ 07.04.2011. “(...) Apenamentos. Minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas. O reconhecimento de que o tráfico se dava de forma associada impede a aplicação da redutora, haja vista a comprovação de que os réus se dedicavam à atividade ilícita, de forma organizada (...)” (ApCrim 70037373586, 2ª Câ. Crim., rel. Dra. Rosane de Oliveira Michels, DJ 27.03.2014). “(...) Inaplicável a redução prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343. Não basta que o traficante seja primário, de bons antecedentes, até porque, como destacou o Magistrado sentenciante: ‘pois incabível a aplicação da minorante prevista no § 4.º, art. 33 da Lei 11.343/2006, por entender que todo traficante faz parte de organização criminosa, eis que recebe a droga de outros membros dessa organização e a revende e todos, desde o primeiro que a trouxe para o país até o último que a revende, são peças dessa grande engrenagem criminosa e organizada (...)’ (ApCrim 70043753516, 1ª Câ. Crim., rel. Des. Sylvio Baptista Neto, DJ 20.06.2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2014).
- (3) DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Mariana Py Muniz Cappellari
Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Em defesa da Criminologia Radical: desafios e perspectivas

Maurício Stegemann Dieter

A Criminologia brasileira nasceu na primeira quadra do século XX e à sombra do signo *lombrosiano*. Estruturando-se sobre uma epistemologia positivista que limitava o campo de investigação à reducionista pesquisa

causal – ou, na melhor das hipóteses, *multifatorial* – do crime e do criminoso, isso a limitou, ao menos em suas primeiras décadas, à publicitária reprodução de importadas *etiologias individuais e sociais*,

servindo à fundamentação teórica de estratégias de controle social autoritárias e especialmente voltadas contra os homens pobres, negros e pardos que superlotam nossas prisões desde o início da República.

Bastante ilustrativo de seu fino ajuste histórico com a repressão durante esse primeiro período foi a entusiástica contribuição de alguns dos “melhores quadros” universitários (**Nina Rodrigues**, **Candido Motta** etc.) para justificação de políticas públicas higienistas e eugênicas. A inspiração vinha principalmente do *darwinismo social* e do *racismo científico* próprio da emergente *antropologia criminal*, à época residente e domiciliada na cadeira de Medicina Legal, onde sem grandes pudores éticos somavam esforços os conservadores *saberes médico* e *jurídico* voltados à neutralização das classes *inúteis* e *perigosas*.

Comprometida até a medula com a “ordem” e o “progresso” do Estado capitalista e tributária à ideologia da defesa social, a Criminologia nacional ainda demoraria muitas décadas para descobrir sua vocação contra-hegemônica. Processo cuja sedimentação é visível no final da década de 70, com a precipitação no mundo ocidental dos movimentos sociais organizados em torno da luta contra a opressão policial, judicial e encarceradora, e que encontrou nos abolicionistas do norte europeu uma de suas mais refinadas e humanas expressões teóricas.

Embalada pela ruptura paradigmática detonada pelo “*labelling approach*”, uma desencantada e democrática geração de iconoclastas rejeitou o fisiologismo dos intelectuais que monopolizavam a disputa pelo campo criminológico e transformou em alvo as antes prepotentes *Antropologias*, *Sociologias* e *Psicologias do Desvio*. O propósito declarado desse grupo tão beligerante quanto heterogêneo era defenestrar o positivismo das ciências criminais e sacramentar a troca do objeto de estudo da Criminologia, preterindo o estudo fenomênico do *crime* e o diagnóstico clínico do *criminoso* em favor da pesquisa transdisciplinar dos mais complexos processos de *criminalização primária* (definição jurídica e material de um fato social em *crime*) e *secundária* (rotulação e constituição de um indivíduo em *criminoso* por meio do sistema de justiça criminal). Além disso, essa verdadeira revolução científica permitiu à Criminologia ampliar seu horizonte compreensivo original, para incluir as importantes questões da *vítima* (pela *Vitimologia*) e da *penitenciária* (pela *Penologia*) no centro de suas preocupações. Isso, por certo, sem confundi-las com *vendeta* ou *isomorfismo-reformista*, ao contrário do que pretendem certos e desinformados *ideólogos do medo*, cujo espaço nas concessões públicas de televisão parece ser inversamente proporcional ao seu conhecimento sobre tais temas.

No Brasil, junto a outros poucos, corajosos e bem conhecidos autores que lideraram essa vanguarda teórica – entre os quais **Nilo** e **Vera Malaguti Batista**, **Vera Andrade** e **Salomão Shecaira** – é impossível não destacar o papel de **Juarez Cirino dos Santos**, que por meio de dois textos seminais – publicados em pleno regime militar – decretou a ruptura irreversível dos críticos pátrios com o habitual colaboracionismo criminológico.

Primeiro, denunciou o “eterno retorno” das variantes *etiológicas* em “*A Criminologia da Repressão*”, de 1979, expondo a ingenuidade ou o cinismo das tentativas de validação do modelo punitivo a partir de recortes acríticos ou francamente oportunistas. Sua advertência contra a tentação dos modismos (pseudo)científicos, a propósito, é especialmente importante em face das inevitáveis crises de legitimidade do Direito Penal, sempre disposto a trocar a fidelidade aos princípios democráticos por novidades conjecturais e tecnológicas – como se vê, por exemplo, na força da tentação *neurocientífica* atualmente em moda.

Pouco tempo depois, em 1982, **Cirino dos Santos** escreveu seu *capolavoro* criminológico ao revelar as raízes sócio-históricas da criminalização a partir da crítica à economia política da pena. Mais do que uma brilhante síntese do devastador potencial analítico do materialismo dialético aplicado ao sistema de justiça criminal, “*A Criminologia Radical*” inaugurou um campo de estudo que, à sua maneira, rompeu com a credulidade de um *uso alternativo* do Direito Penal. Esperança que convém mencionar, pois resiste ao tempo apesar de toda a evidência, alimentando não só a urgência de novas respostas simbólicas (evidentes

no *Direito Penal Econômico, Ambiental* etc.) mas também a utopia dos oprimidos, que por falta de justiça social frequentemente acabam apelando por justiça penal (como se vê nas atuais demandas por punição do *racismo*, da *homofobia* etc.).

Como poderiam testemunhar os professores antes citados e, por todos, o próprio **Juarez Cirino dos Santos**, participar dessa minoritária corrente criminológica que privilegia a análise das raízes estruturais dos processos de criminalização geralmente significa enfrentar perseguição política e pessoal, inclusive no ambiente universitário, principal fonte de recursos humanos e retóricos da burocracia penal. Mas a oposição contra aqueles que estão à *esquerda da esquerda punitiva* não é exclusividade brasileira e igualmente comum na Europa e nos Estados Unidos, pois corolário lógico da completa deslegitimação do poder punitivo que propõem, especialmente porque incluem os agentes (policiais, promotores, juízes etc.) e não apenas as instituições responsáveis pela repressão (Polícia, Ministério Público, Magistratura etc.) no marco de sua crítica. Ao que tudo indica, portanto, os teóricos que preferem denunciar a opressão das *margens*, em vez de colaborar com a estigmatização dos *marginalizados*, sempre estarão em posição mais ou menos incômoda em seus departamentos universitários, vivendo no gradiente entre a aceitação parcial e a franca rejeição.

Não há motivos, contudo, para desânimo. Em que pese todos os conhecidos entraves, o momento é extremamente favorável ao aprofundamento de uma negação absoluta da razão punitiva. Primeiro, no plano político oficial, por conta da estabilidade democrática, ainda que restrita à sua dimensão representativa-formal; obviamente, por maior que sejam as dificuldades, ditaduras são muito menos afins a esse tipo de investigação, que requer liberdade de pesquisa e cátedra para florescer. Segundo, no plano acadêmico, porque a Criminologia ocupa hoje um espaço inédito nos mais importantes centros universitários, onde jovens doutores aproveitam o sacrifício de seus predecessores para tentar aumentar o tempo e o protagonismo da matéria, como sinaliza sua crescente passagem do currículo *optativo* para o *obrigatório*, com amplo apoio dos estudantes. Terceiro, no plano prático do controle social, porque mesmo entre os mais crédulos reformistas é consensual a urgência das iniciativas descriminalizadoras sustentadas pela frente abolicionista, não sendo mais possível desviar o olhar da grosseira sobrecriminalização do cotidiano, do corporativismo de agentes legais reunidos em torno da ideologia punitivista, do encarceramento em massa e tratamento desumano destinado a suspeitos e condenados, da hegemonia do discurso maquiavélico, simplista e midiático que orienta o *conhecimento vulgar* sobre a *criminalidade* e do genocídio dos pobres formalmente legitimado pela *guerra às drogas*.

Nesse sentido, como pequena parte de um esforço inscrito nessa tradição crítico-radical e consciente da oportunidade histórica que se apresenta, formou-se na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o *Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais (CPECC)*. O grupo pretende, por um lado, atualizar e promover a pesquisa criminológica teórica e empírica de maneira rigorosa e, por outro, colaborar com a luta político-criminal dos sujeitos e coletivos atingidos pela seletividade penal a partir de suas próprias demandas. Aberto à sociedade e em parceria com organizações que compartilham da mesma urgência (entre elas, por óbvio, o IBCCrim), seu objetivo é colaborar com a democratização das relações sociais mediante redução da competência punitiva e denúncia da arbitrariedade penal. Empreendimento insuficiente, por certo, para reversão do pusilânime legado *etiológico* que ainda contamina o imaginário criminológico brasileiro. Mesmo assim, um esforço necessário, nem que apenas para homenagear a biografia daqueles que, à semelhança do Professor **Juarez Cirino dos Santos**, tiveram a dignidade de enfrentar a violência estatal, seus arautos e algozes, em períodos mais sombrios.

Maurício Stegemann Dieter

Professor Doutor de Criminologia da Faculdade de Direito da USP.

Identidade sexual, reconhecimento e criminalização

Adriana P. Borghi e Renata Feldman

Um dos temas evocados pelos candidatos a presidente este ano de 2014 foi o Direito Homoafetivo. A questão de identidade sexual tornou-se praticamente um *outdoor*. De um lado há os que se manifestaram contrariamente a qualquer reconhecimento à dignidade sexual diversa do modelo heteronormativo. E de outro lado, há aqueles que não apenas apoiam como pregam a criminalização de condutas discriminatórias. Acontece que este jogo binário escamoteia uma importante discussão: criminalizar atitudes que ofendam a dignidade sexual representa medida de Justiça ou de Vingança? Seria esse o caminho para mais direitos?

Efetivar Direitos Humanos perpassa, em geral, por três fases: o reconhecimento, a normatização e a garantia. No Brasil, estamos na primeira etapa, ou seja, na busca pelo reconhecimento. O Poder Judiciário já fez sua parte, aceitou e incorporou à sistemática normativa à união estável de casais homoafetivos (ADIn 4.277), o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Resolução CNJ 175) e o reconhecimento ao planejamento familiar, quer pela adoção unilateral, quer pelo duplo reconhecimento de filiação.

Acontece que nenhuma dessas conquistas representa ainda uma efetivação legislativa e uma garantia de que as demais gerações poderão ver assegurada a especial proteção de seus núcleos familiares. Por esta razão, muitos pregam que a discriminação e o ódio à diversidade sejam extirpados da cultura nacional, propagando-se medidas de criminalização e contenção.

Ora, comunicar a violência com a violência, ainda que sob a égide formal de um Estado que nem ao menos reconheceu formalmente o Direito Homoafetivo, seria uma aporia. A pauta deve ser o combate às condutas efetivamente discriminatórias e intolerantes, em vez de ser a intolerância o *modus operandi* adotado. Tal medida representaria a banalização e o enfraquecimento da própria proteção ao Direito.

Ressalta-se que não se está aqui endossando atos atentatórios à dignidade sexual, já que se tal situação ocorrer, crimes e penas não faltam a nos guarnecer. O que se está discutindo é um real empoderamento das “minorias”, para que busquem os mecanismos de proteção quando violados seus direitos, dentro do Estado Democrático de Direito. Deixemos a tirania para os tiranos.

Proteger direitos humanos é não se distanciar da real busca por reconhecimento e normatização, ludibriando-se com palavras de ordem que fogem ao fundamento filosófico básico do Direito Penal: a *ultima ratio*.

Os indivíduos na sociedade atual vivem a tragédia de não serem escutados e, por isso, nenhuma previsão do direito deve anular o sujeito – se legislamos para os homens e as mulheres, legislamos pelo direito à subjetividade e a complexidade que nos constituem como tais. Nos atos do cotidiano falta a palavra que pode mediar a ação, pois a ânsia de estar correto apesar do *outro* e de seu contexto de vida, tem levado a práticas de violência, sejam elas simbólicas ou não.

Quando se fala em novos direitos e novas relações imbricadas, é preciso exercitar a arte da democracia: ouvir, escutar, tolerar e, quando isso não for possível, buscar reconhecimentos legais expressos, encontrar representantes do povo e lutar por reconhecimento. Criminalizar uma conduta é a medida última e, quando primeira opção, a da intolerância. Lembremos a preciosa contribuição de **Maria Lucia Karam**:⁽¹⁾ “*Inebriados pela reação punitiva (...), não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência pura e simples manifestação do poder (...) dirigida aos excluídos, aos desprovidos de poder*”. O Direito Penal é a medida da contenção e da segregação, não cabendo em suas entranhas a aceitação e o reconhecimento por direitos, e quiçá falar nesta seara em atuação pelo Direito Administrativo.

A Lei 10.948/2001, promulgada pelo Estado de São Paulo, criou um tipo penal – denominando-o ato discriminatório (“discriminação homofóbica” – conforme art. 2.º da Lei⁽²⁾) – com preceitos primários,

descrevendo a conduta proibida, e secundários, prevendo uma sanção penal aplicável,⁽³⁾ decorrente de violação do preceito primário. O objetivo da lei é preencher possível lacuna na legislação criminal quanto à proteção da dignidade sexual.

Ademais, no cerne do referido dispositivo legal, burla-se o próprio sistema constitucional. É sabido, como propugna o art. 22, I, da Carta Magna brasileira, que tal norma nunca poderia ser editada por Lei Estadual, dado que a competência é exclusiva da União legislar sobre a matéria. Para além da incompetência, a norma traz ainda em seu bojo fato típico já descrito no Código Penal, a injúria (art. 140 do CP). E, mesmo que fosse de ordem civil, incorreria em igual inconstitucionalidade quanto à competência legiferante, restando a referida Lei, de todo, inconstitucional no sistema.

É inegável que o propósito da Lei Paulista é a busca por alteração na cultura homofóbica que se instaurou em parcela da população, como atos de *skinhead’s* e outros movimentos homofóbicos que, deliberadamente, atacam e pregam o extermínio da comunidade LGBT. Contudo, a criminalização de conflitos a esmo, fora da própria sistemática do Estado e do consenso democrático nacional, corre o risco de efetivar atos antipedagógicos e mais estigmatizantes.

Aliás, socorrer-se do endurecimento penal para pautar condutas de reconhecimento de direitos caminha exatamente na contramão das propostas mais atuais, pois cada vez mais imbuídas do viés restaurativo, preferem o diálogo à repressão. As cores do reconhecimento pela dignidade sexual não podem, e não merecem, ser ofuscadas pela ânsia por respostas fáceis. O Direito Penal sempre foi a resposta primeira do apartamento. Para o pertencimento, semear a repressão parece ser a receita mais contraditória.

Notas

- (1) KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, 1.º semestre de 1996, p. 81.
- (2) Art. 2.º Consideram-se atos atentatórios e discriminatórios dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos homossexuais, bissexuais ou transgêneros, para os efeitos desta lei: I – praticar qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica; II – proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; III – praticar atendimento selecionado que não esteja devidamente determinado em lei; IV – preterir, sobretaxar ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; V – preterir, sobretaxar ou impedir a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade; VI – praticar o empregador, ou seu preposto, atos de demissão direta ou indireta, em função da orientação sexual do empregado; VII – inibir ou proibir a admissão ou o acesso profissional em qualquer estabelecimento público ou privado em função da orientação sexual do profissional; VIII – proibir a livre expressão e manifestação de afetividade, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos.
- (3) Art. 6.º da Lei 10.948/2001.

Adriana P. Borghi

Mestre em Direito pela PUC/SP.

Professora de Processo Penal na Universidade Mogi das Cruzes.

Colaboradora do núcleo de pesquisas do IBCCRIM.

Renata Feldman

Especialista em Direitos Humanos pela

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Formada pela USP.

Advogada.

Chegamos ao fim de 2014.

Foi uma enorme satisfação tê-los conosco por mais um ano.
Que em 2015 todos os desejos de um mundo melhor
sejam concretizados.

O IBCCRIM agradece o seu prestígio e deseja a todos
os associados, amigos e parceiros um ano novo repleto
de realizações e conquistas!

