

Editorial

Para onde caminha o *habeas corpus*?

Com grande amplitude nas hipóteses de cabimento e não menor agilidade de tramitação, construídas ao longo de décadas pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, a garantia do *habeas corpus* começa a sofrer baixas nas Cortes Superiores, e alguns ventos já sopram inegavelmente no sentido de sua restrição. A primeira dúvida a respeito é quanto ao alcance desta restrição.

As duas turmas criminais do STJ, por exemplo, após decisão da Primeira Turma do STF, já não reconhecem mais a validade do chamado *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, embora, é verdade, os Ministros venham concedendo ordens de ofício quando vislumbram situação de ilegalidade flagrante, sobretudo na hipótese de *writ* impetrado antes da mudança de entendimento. De se ver, no entanto, que a Segunda Turma do Supremo não se manifestou sobre o tema, e tampouco houve decisão plenária do Tribunal a respeito.

De toda forma, indaga-se: seria esta a única restrição, ou ainda há outras por vir?

Esse cenário preocupa a todos que de alguma forma lidam com as violações diárias de direitos na justiça penal. E a razão para isto é que se está a suprimir, de maneira abrupta, um remédio singular de impugnação a ilegalidades praticadas por agentes estatais sem que se disponibilize qualquer instrumento dotado de semelhantes alcance, rapidez e eficácia. Com efeito, ainda são em número sabidamente elevado as prisões ilegais por todo o país e vultosas também as decisões de primeira e segunda instâncias que relutam a aplicar entendimentos pacificados nas Cortes Superiores, inclusive em questões já sumuladas, muitas delas diretamente ligadas à restrição da liberdade, como critérios de aplicação da pena e do regime prisional adequado, e em tantos outros temas, embora indiretamente ligados ao risco de restrição da liberdade de locomoção, mas nem por isso menos importantes, como o respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Algumas outras inquietações surgem no momento em que decisões como estas começam a ser proferidas. O inegável volume de processos seria uma justificativa válida para a restrição de tão importante garantia constitucional, ou soluções de índole administrativa deveriam ser pensadas antes de se tomar medida tão drástica? A propósito, a medida irá efetivamente reduzir o volume de trabalho no STJ e no STF, já que os pedidos, embora com atraso, continuarão a chegar via recurso ordinário?

Por outro lado, estariam as nossas instituições maduras o suficiente para se “libertarem” dos auspícios garantistas do Supremo Tribunal Federal, que praticamente não receberia mais *habeas corpus* e passaria a atuar apenas pela via restrita e estreita do recurso extraordinário? Pelo menos, é este um risco concreto que se avizinha – embora tenha sido o STF, até mais do que o STJ, o responsável por protagonizar papel de fundamental importância na consolidação jurisprudencial dos direitos e garantias individuais nas últimas décadas. E, por fim, os inúmeros casos de ordens concedidas de ofício no STJ, já depois da mudança de entendimento, não estariam a revelar uma situação paradoxal, dando lugar a casuísmos nocivos ao Estado Democrático de Direito, semelhantes aos gerados com a edição da Súmula 691 da Suprema Corte?

Afora isso, caberia indagar se o novo entendimento não estaria reduzindo a garantia de envergadura constitucional a mero instrumento de natureza recursal, contradizendo importante lição de **Pontes de Miranda** de que a “[...] *pretensão não é recursal. Nem no foi, nem no é. É ação contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra autoridade judiciária. Talvez contra tribunal*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 5)?

Ao lado dessas inquietações, surgem também outras que atinam mais com a natureza do remédio mandamental. Teria o instrumento do *habeas corpus* se banalizado no Brasil, com o alargamento das suas hipóteses de cabimento, e resgatar sua grandeza histórica, restituindo-lhe o papel de salvaguarda da liberdade de locomoção *stricto sensu*, seria umas das razões para se levar a cabo o movimento de estreitamento do *writ*? Ou não, as particularidades brasileiras são condizentes com a amplitude conquistada ao longo dos anos?

Atento a tudo isso, o **IBCCRIM** criou o *Grupo de Trabalho sobre o Habeas Corpus*, que se incumbirá de estudar esses problemas e suas implicações, perscrutando, outrossim, a essência do *habeas corpus* e as razões históricas que o levaram a adquirir tamanha amplitude no caso brasileiro, bem como a lacuna ora criada no sistema de proteção de garantias fundamentais. Espera, com isso, em cumprimento às suas finalidades estatutárias, oferecer a contribuição que lhe cabe neste debate tão importante ao aprimoramento de nosso Estado Democrático de Direito.

| Editorial

Para onde caminha o *habeas corpus*? __ 1

Nihil humani a me alienum puto
Sérgio Salomão Shecaira __ 2

Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012
Thiago Ruiz __ 3

Evasão de divisas no projeto de Código Penal
Luciano Anderson de Souza __ 5

A diferença entre o dever intraproposicional e o dever interproposicional como o fundamento lógico da diferença entre erro de tipo e erro de proibição no Direito Penal Econômico
Fernando dos Santos Lopes __ 6

Tráfico de drogas numa perspectiva contemporânea
Antonio José F. de S. Pêcego __ 8

Um pouco mais sobre as atenuantes e a possibilidade de fixação da pena a quem do mínimo legal
Domingos Barroso da Costa __ 11

A tipicidade do extermínio ou o extermínio da tipicidade? Uma análise da Lei 12.720/2012
Luciano Filizola da Silva __ 13

O estranho caso do auxílio-reclusão nas redes sociais
Márcio Evangelista e
Cristina Zackseski __ 14

Tribunais Superiores cometem um atentado à democracia
Fabio Machado de Almeida
Delmanto __ 16

| DESCASOS

Psicólogos
Alexandra Lebelson Szafir __ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ __ 1629

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal __ 1632

Superior Tribunal de Justiça __ 1632

Tribunal Regional Federal __ 1635

Tribunal de Justiça __ 1636

Nihil humani a me alienum puto

Sérgio Salomão Shecaira

Mao Tsé-Tung, principal líder da revolução chinesa, foi indagado por um repórter estrangeiro, logo após a vitória dos comunistas na guerra civil, qual a opinião sobre a Revolução Francesa de 1789. O líder comunista, mais de cento e cinquenta anos depois, responde que “*ainda era muito cedo para avaliar*”.

Fico pensando comigo mesmo se tão acentuada cautela não deveria ser usada quando me perguntam qual a consequência do Julgamento do Mensalão. Afinal de contas, com o processo sem o trânsito em julgado e com decisões incidentais que se darão ao longo deste ano, e eventualmente do próximo, melhor seria nos calarmos. Ademais, acompanhei o julgamento de longe. Não li o processo e somente recebi, como todos os brasileiros, informações diurnas pela imprensa. Enfim, falar agora sobre o tema pode parecer, aos olhos orientais, altamente imprudente. Embora cedo para avaliar, vou correr o risco.

Não vendo o julgamento como operador do direito, mas como cidadão, qualquer pessoa há de ficar feliz com as sentenças condenatórias. Afinal de contas, creio que todo cidadão consciente luta para que a corrupção seja combatida com rigor, e que eventuais corruptos sejam responsabilizados e, não importando quem sejam eles, sejam punidos. É isso o que um cidadão comum diria se não tivesse lido uma linha sobre o tema e avaliasse somente dois momentos: o primeiro, a longínqua acusação de corrupção; o segundo, a simples condenação dos acusados.

Já como jurista e cidadão, analiso o papel da instituição, bem como o conteúdo da decisão e sua consequência.

A euforia midiática mostrou sem véus o papel que os magistrados desempenharam. Alguns foram promotores, outros advogados, outros até juízes, além daqueles que foram repórteres investigativos ou jornalistas de costumes nas horas vagas. Todavia, o que mais me surpreendeu foram aqueles que se apresentaram como justiceiros. Essa preocupante atitude causou perplexidade à comunidade jurídica e à população. Todos nós, acostumados ao temor reverencial que nutrimos pelos homens de toga, beca ou batina, pessoas no passado recente consideradas como iluminadas por Deus, vimos uma irritante natureza humana nos atos desses profissionais. Brigas comezinhas, pitos bilaterais, ofensas veladas ou abertas, advertências, saídas do plenário em protesto contra o árbitro de um ou o abuso verbal de outro. Quiprocós não faltaram. Nem chilikies. Enfim, em um clima de assembleia condominial que decide uma polêmica obra, os condôminos, digo, os magistrados externavam clara e francamente a ira, a vaidade e outras vicissitudes humanas. Despida a toga, vimos que aqueles que pensávamos ser verdadeiros reis estavam nus!

Nada de importante, se não fosse a mais alta Corte do País.

Aqui e acolá registrei, da minha distância, minha surpresa. Pedia-se a procedência ou improcedência da ação e não do pedido. Não se sabia qual a lei em vigor para se fazer o cálculo penal. Magistrados calejados quiseram condenar os imputados a uma pena de multa, não prevista na lei, em flagrante desconhecimento do artigo inaugural de nosso Código Penal que consagra o princípio da legalidade. O procedimento trifásico do cálculo penal foi ignorado, bem como toda a jurisprudência garantista que envolvia a matéria e que foi construída, fundamentalmente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Enfim, nada dignificante para uma Corte Superior. Se é verdade que quem erra por último é o Supremo, segundo a lição inesquecível de um velho ministro, os erros não passaram despercebidos e, lamentavelmente, foram exemplares.

Não bastasse isso, toda a teoria do domínio do fato foi descontextualizada. Há mais de 70 anos, ainda nos anos 30, **Hans Welzel**, um jovem professor alemão, propôs uma importante modificação na teoria do crime. Chamou a mudança de teoria finalista da ação. Com esteio no pensamento filosófico de **Nicolai Hartmann** e na fenomenologia de

Edmund Husserl, condicionou a existência do crime a um ato teleológico humano. Não bastaria umnexo de causalidade, então suficiente para a consagração de um delito. Necessitava-se mais. Como o crime era um ato humano, exigia-se um *telos*, um fim que se pudesse atribuir ao seu autor. Não por outra razão a teoria se chamou finalista.

O corolário desse pensamento era uma restrição à imputação de um fato a seu autor. Não bastaria somente a relação de causa e efeito, importada das ciências duras, pois uma razão humana era necessária. E essa razão humana deveria anteceder a exteriorização da conduta que se consubstanciaria em crime. Assim, segundo **Husserl**, “*toda a consciência é a consciência de alguma coisa*” – e no Direito Penal é a consciência de um ato previamente concebido a desrespeitar uma norma proibitiva. Ainda segundo ele, somente o ser humano pode decidir de que forma pretende estar no mundo, sobretudo quando aprende a se dar conta de que ele está aberto no mundo, e de que o “mundo” são todas as possibilidades. E é diante delas que os seres humanos são ou deixam de ser, tornam-se e se transformam, exercem seus sonhos e desejos, vivem ou desistem de viver, fazem-se dignos ou simplesmente rastejam como animais invertebrados.

Qual a consequência prática deste pensamento? Temos uma restrição do sistema de punições. Depois do advento do finalismo, não se pune somente com o nexo causal, pois há que se demonstrar a existência prévia do ato teleológico. Vale dizer, temos uma primeira grande diminuição do sistema punitivo, já que uma exigência mais estrita se soma a um universo causal mais aberto.⁽¹⁾

A teoria não se fez de um ato só, de um momento só. Foi sendo criticada e reelaborada ao longo dos anos. Aprofundamentos e ramificações nascem dela. No plano da autoria, pensa-se na teoria do domínio do fato (pareceu-me no julgamento que a ideia tenha sido manuseada por pessoas que não tinham perfeito domínio da teoria, mas vou adiante). Isto é, só poderá ser considerado (co)autor do delito aquele que tiver um domínio – final – do fato. Em palavras simples, a teoria exige que um ato causal possa ser dominado ou dominável pelo seu autor. Se assim não for, autor não é.

Por tudo isso, quando um ministro afirma que “apesar de não existir provas para condenar, ele ainda assim condena porque a literatura o autoriza” (seja lá que diabos isso signifique), estamos diante de um magistrado draconiano que, basicamente, lembrando **Maquiavel**, assevera que os fins justificam os meios. Não importa a inexistência de provas, o que importa é o exemplo que se conseguirá com a decisão. “*Às favas, pois, com todos os escrúpulos de consciência*”, como diria **Jarbas Passarinho**, prócer da Ditadura ao assinar o AI-5, o que vale é a condenação e seu exemplo.

Pois bem, temos uma condenação ou, quiçá, várias. Todas exemplares. Esperamos que sirvam de efeito dissuasório para o cometimento de novos atos de corrupção, ainda que os cientistas do Direito não tenham empiricamente conseguido demonstrar tais efeitos preventivos. O que se teme, no entanto, já que se está a falar de exemplos, é o que um juiz iniciante pensará, no interior do Brasil, ao começar sua carreira de magistrado em uma pequena comarca, deparando-se com um crime que ele julgue grave. Aplicará uma teoria que restringe a punição, como a finalista, ou a adotará, em evidente contradição lógica, para fundamentar qualquer sentença condenatória? O Supremo Tribunal, que olha menos o fato e mais a defesa da Constituição, olhou para os crimes do mensalão como um juiz iniciante que se vê pressionado por um crime grave. Deu um exemplo a todos os magistrados do país: “condenem, ainda que sem provas, pois o povo apoia e isso basta”. Às favas com os procedimentos, pois o que vale é o resultado final, o que vale é darmos um exemplo.

O processo do mensalão foi usado para atemorizar os outros. Não me

parece razoável usarmos seres humanos, corruptos ou não, detestáveis ou não, para dizer que a “partir de agora é pra valer”. Exemplos podem ser usados com cobaias, não com pessoas. Parece-me que os fins justificaram os meios. E, agora, aquele juiz hipotético, da comarca hipotética, de um crime grave hipotético que aflige – hipoteticamente – a comunidade, poderá julgar com os fins, e não com os meios.

De fato, o julgamento foi exemplar!

Em tempo: o título não é um xingamento, somente afirma que nada do que é humano nos é estranho. Ou, trocando em miúdos, eu lamentavelmente já vi esse filme.

Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012

Thiago Ruiz

O desenvolvimento da genética e sua inserção como instrumento de produção de provas no processo penal acabou por fomentar um novo viés nos registros criminais. Há muito os registros baseiam-se em dados datiloscópicos e em fotografias, contudo, o desenvolvimento técnico-científico impulsionou a reunião de dados genéticos e, com isso, surgiu a possibilidade de esses dados constituírem um banco para fins de registro criminal.

Existem duas espécies de banco de dados genéticos, o que guarda a própria amostra do material genético e o que apenas armazena a informação extraída do perfil genético. Em específico, o interesse na constituição de um banco de dados genéticos é permitir que o armazenamento do perfil de DNA (ácido desoxirribonucléico) possibilite a comparação dos dados arquivados com os dados genéticos encontrados no corpo da vítima ou na cena do crime, assim, o banco de dados serve às futuras investigações criminais, isto é, unir e conservar dados atinentes ao passado judicial dos condenados, para, depois, a formação desta base de dados servir à Justiça e às pessoas autorizadas.

A segurança na identificação de alguém pelo ácido desoxirribonucléico levou diversos países a criarem seus sistemas de bancos de dados genéticos. Nos Estados Unidos o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) desenvolveu o *software* denominado CODIS – *Combined DNA Index System* – no ano de 1990. Por sua vez, a União Europeia, por meio da Resolução 193/02, de 09 de junho de 1997, estabeleceu o intercâmbio de análise de DNA entre os Estados-membros, que ficaram de legislar a respeito de quais delitos e condições poderiam ensejar a inserção nos registros. Posteriormente, em Europa, diversos países assinaram o Tratado de Prüm, de 27 de maio de 2005, em que os Estados se comprometeram a estabelecer uma relação de cooperação de intercâmbio de dados de DNA, com o fim de facilitar o acesso a informações e possibilitar uma investigação criminal mais profunda. Em decorrência do tratado assinado na cidade alemã que leva seu nome, a Espanha promulgou a Lei Orgânica 10/2007, que regula a base de dados sobre identificadores obtidos de DNA para fins de investigação criminal.

A Argentina, mediante a Lei 26.548 de 2009, estendeu o arquivo nacional de dados genéticos, que era atinente a conflitos no âmbito civil, que giram em torno da filiação, para também assegurar a obtenção, o armazenamento e a análise das informações genéticas que possam servir como provas para esclarecer os delitos de desaparecimento forçada – que ocorreram durante o período da ditadura –, conduta criminosa considerada pelo seu legislador como de lesa humanidade.

No Brasil, a novel Lei 12.654/2012 estabelece a identificação genética e cria o banco nacional de dados de DNA, de caráter sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo e que devem constar como registrados os perfis genéticos dos condenados por crimes praticados

Nota:

- (1) Depois do auge da discussão finalista, outras linhas de pensar floresceram, como o funcionalismo contemporâneo, e que melhor expressam a discussão, de outra perspectiva, sobre o mesmo tema. Nova visão, também restritiva, é produzida com a teoria da imputação objetiva. Mas esta é uma outra estória, que fica para outra vez.

Sérgio Salomão Shecaira
Professor titular de Direito Penal da USP.
Ex-presidente do IBCCRIM e do CNPCP.

dolosamente com violência “de natureza grave” contra a pessoa ou por crimes enunciados na Lei 8.072/1990, a lei de crimes hediondos.

De fato, no Brasil, a partir do ano de 2010 foi criada uma estrutura de relacionamento entre os laboratórios que mantêm perfis genéticos, que é denominada Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, rede que utiliza o *software* Codis, desenvolvido pelo FBI, porém, era imprescindível a previsão legal para a utilização de dados genéticos para fim de investigação criminal, que, agora, bem impõe que deve ser gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, o que descarta a hipótese de os laboratórios particulares custodiarem dados que sirvam à *persecutio criminis*.

Ademais, as mostras indiretas, aquelas extraídas em laboratórios particulares, de origem clínica ou provenientes de doações de sangue ou esperma, por exemplo, não podem servir de fonte primária de comparação a outra mostra genética em uma investigação criminal e, assim, não podem integrar banco de dados genéticos constituído para fins de identificação criminal.⁽¹⁾ Este é o sentido da redação do art. 16 da Declaração de Dados Genéticos da Unesco, de 2004, que assinala que os dados genéticos “*não deverão ser utilizados para uma finalidade diferente incompatível com o consentimento dado originariamente*”. De modo que os perfis genéticos que constituam um banco de dados para fins criminais somente podem ser compostos de mostras genéticas colhidas em decorrência de condenação criminal.

Contudo, a nova lei é vaga ao não trazer uma diretriz mínima a respeito da gestão desta base de dados, que ficará a cargo de regulamentação. Sem embargo, seria de extrema importância que a lei dispusesse com pormenores a gestão do banco de dados, isto é, na prática, por quem e como estes dados serão administrados. Deve-se pontuar não somente quem poderá autorizar e ser autorizado a ter acesso à constituição genética de uma pessoa, mas como funcionará o armazenamento desses dados.

Ademais, a recente lei sanou a insuficiência do projeto de lei original, que deixava de estabelecer um prazo para a permanência dos dados no registro, ao determinar que a exclusão dos perfis genéticos deverá observar o lapso dos prazos prescricionais de cada delito. É relevante a preocupação com a previsão de um tempo determinado de permanência das informações genéticas no banco de dados.⁽²⁾ Até mesmo porque a ideia de prazo indeterminado cria um efeito perpétuo da pena. De semelhante forma, nos casos de reabilitação penal dever-se-ia prever o silêncio no registro criminal genético.

Ainda, a Lei 12.654/2012 incluiu o art. 9.º-A na Lei de Execuções Penais, que assegura que somente o condenado terá seus dados inscritos neste banco e que seu acesso depende de autorização judicial.

Sem dúvidas, a inserção no banco de dados do perfil genético do

não condenado ofende a presunção de inocência. Não se pode permitir até mesmo a criação de um banco provisório para os suspeitos, acusados ou réus em processo penal pendentes de condenação com trânsito em julgado, ainda que seja uma base de dados de caráter provisório em que os dados seriam cancelados automaticamente em caso de absolvição, como defende Mora Sánchez.⁽³⁾

Muito mais desarrastado é cogitar uma base de dados genéticos com fundamento em análise geral da população. Para tanto, alega-se apoio na maior eficácia da investigação criminal e na igualdade entre os cidadãos.⁽⁴⁾ Sem entrar no debate dos custos exigidos para tal empreitada, o registro universal representa risco à intimidade de todos e, sem dúvidas, qualquer sistema geral é vulnerável e pode acarretar a exposição da constituição de uma pessoa ante o acesso ao seu perfil genético, muito mais quando o indivíduo não se encontra processado criminalmente, o que fere a dignidade humana e a presunção de inocência.

Não há dúvidas de que o conteúdo dos dados genéticos importa em um dever de cuidado. José Antonio Seoane Rodríguez⁽⁵⁾ elege o direito à proteção dos dados pessoais como um direito fundamental, daí a necessidade do acesso aos dados somente ser possível após o crivo de judicialidade.

Nesta esteira, o sigilo deve ser impositivo quando se trata de banco de dados composto por informações que carregam a própria constituição da pessoa, como no caso de perfis de DNA. Além de se criar mecanismos de restrição de acessos às informações e todo o zelo inerente ao armazenamento dos dados, é importante destacar a previsão legal (§ 1.º do art. 5.º-A da Lei 12.037/2009 com redação dada pela Lei 12.654/2012) que impõe que somente o DNA que não revela traços corporais ou comportamentais é que deve constituir o banco de dados, com isso, assegura-se o direito à intimidade. Assim, o perfil genético não codificante é o que deve ser objeto de análise e figurar no banco de dados. Nesse sentido, uma vez restringida a análise e o registro do DNA que carrega o código genético, a informação que se pode obter em uma investigação criminal circunscreve-se exclusivamente a função de identificação.⁽⁶⁾

De toda forma, deve-se prezar pela confidencialidade dos dados genéticos ligados à pessoa identificada, o Estado deve proteger seus dados que não devem ser revelados a terceiras pessoas, sejam familiares, empregadores ou companhias de seguro, salvo com o seu consentimento.⁽⁷⁾ Aliás, o mapeamento genético humano permite o conhecimento de dados da constituição pessoal de cada indivíduo, sendo que seu acesso indiscriminado pode acarretar discriminação social.⁽⁸⁾

Ademais, todo indivíduo possui o direito à autodeterminação informacional (art. 5.º, LXII, da Constituição brasileira), isto é, a pessoa tem o direito de saber quem sabe o quê sobre ela, quem tem acesso às suas informações pessoais, assim, a “possibilidade de uma informação, proveniente do exame de DNA, vir a fazer parte de um banco de dados, também pede a prévia ciência e aprovação do examinado”.⁽⁹⁾

Ainda, merece consideração o fato de a novel lei limitar os delitos que podem ensejar a inscrição no banco de dados, posto que o uso indiscriminado do banco de dados como nos casos de previsão de inserção de perfil genético em face de qualquer delito ou em razão de crimes leves, em poucos anos, criaria o risco real de toda a população, direta ou indiretamente, restar gravada ou possa ser detectada por meio de buscas pelo parentesco genético.⁽¹⁰⁾ Tal risco reflete na possibilidade de que pessoas que sequer incorreram em condutas criminosas tenham seu perfil genético devassado em razão da similitude familiar, uma vez que as características genéticas são compartilhadas por parentesco. Ademais, esta possibilidade ultrapassa os limites da pessoa do condenado, o que viola o princípio da pessoalidade.

Ademais, com a existência de uma base de dados, há o risco de se abandonar a devida investigação criminal ou, ao menos, deixar-se de vislumbrar outras linhas de investigação, para buscar diretamente nos registros genéticos a presunção de culpabilidade.⁽¹¹⁾ É dizer, existe a hipótese de cegamente “encontrar” o suposto autor do delito no banco de dados a partir dos vestígios deixados pelo crime, o que se afigura escancaradamente uma aproximação ao Direito Penal do autor e não do fato. Dito de outra forma, o banco de dados pode fomentar uma nova forma de investigação que conclui apressadamente pela autoria do delito,

deixando ao largo a devida investigação, o que pode acarretar equívocos irreversíveis quando se trata de liberdade.

Também não se deve descuidar do dever de responsabilidade⁽¹²⁾ que a presente geração possui por seus atos junto ao futuro da humanidade, com as gerações seguintes, uma vez que o tema gira em torno das características determinantes do ser humano (a identidade genética). Sublinhe-se, o acesso às informações sobre a constituição de cada indivíduo – do homem transparente ou de cristal,⁽¹³⁾ por ser devassada a sua constituição – exige muito mais que um enunciado geral em lei que a sua gestão será regulamentada, obriga, desde logo, a imposição de limites determinados. O que a Lei 12.654/2012 olvidou.

Deveras, na sociedade hodierna, do homem transparente, mais uma vez, em nome do interesse público, franqueou-se o direito à intimidade, desnudou-se a constituição do indivíduo e ratificou-se a seleção dos “inimigos” do Estado, que, agora, são também *estigmatizados* por meio de suas informações genéticas.

Notas:

- (1) FERNÁNDEZ GARCIA, Emilio. La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*. Granada: Comares, 2002. p. 224.
- (2) ALMEIDA NETO, João Beccon de. Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 213, p. 16-17, ago. 2010, p. 16.
- (3) MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. Propuestas para la creación y regulación legal en España de una base de datos de ADN con fines de identificación criminal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*. Bilbao-Granada: Comares, 2002. p. 54.
- (4) GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita; PESTONI, Carmela; CARRACEDO, Angel. Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 8, p.137-158, jan.-jun. 1998, p. 148.
- (5) SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos: la protección iusfundamental de los datos genéticos en el derecho español: a propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre – Parte I. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 16, p.71-105, jan.-jun. 2002, p. 95.
- (6) FIGUEROA NAVARRO, Carmen. Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 5, n. 54, p. 5-18, nov. 2008, p. 10.
- (7) CRUZ-COKE, Ricardo. Principios biotécnicos sobre datos genéticos humanos. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 19, p.31-38, jul.-dez. 2003, p. 34.
- (8) RUIZ, Thiago. Discriminação genética: limites jurídicos à divulgação dos dados genéticos do indivíduo. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILO, Miguel Belinati (Coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009. p. 380.
- (9) PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Identificação criminal e banco de dados genéticos. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 7-12, set. 2004, p. 10.
- (10) SELLAROLI, Valentina; CUCCA, Francesco; SANTOSUOSSO, Amadeo. Shared genetic data and the rights of involved people. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 26, p.193-231, jan.-jun. 2007, p. 226.
- (11) NOGUEIRA, Rafael Fecury. Registro criminal e sua função no sistema penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 220, p. 9-10, mar., 2011, p. 9.
- (12) JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montês. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.
- (13) ROMEO CASABONA, Carlos María. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996. p. 56.

Thiago Ruiz

Mestrando pela Universidad del Museo Social Argentino.
Professor de Processo Penal na Universidade Norte do Paraná.
Advogado.

Evasão de divisas no projeto de Código Penal

Luciano Anderson de Souza

Cumpra-nos analisar em linhas gerais a previsão do art. 366 do projeto de Código Penal, há poucos meses encaminhado como anteprojeto à presidência do Senado Federal, que o converteu em projeto de Lei,⁽¹⁾ para fins de regular tramitação. Esta, todavia, foi logo em seguida suspensa,⁽²⁾ após contundentes críticas ofertadas pela comunidade jurídica.⁽³⁾ Com o mesmo viés analítico desfavorável é a presente reflexão.⁽⁴⁾

O tipo penal em análise está inserido no capítulo de crimes contra o sistema financeiro do Título XIII, o qual versa sobre crimes contra a ordem econômico-financeira. De início, cumpre consignar que a inserção dos chamados crimes econômicos dentro do Código se encontra na contramão daquilo que propõe a doutrina especializada. Tradicionalmente, na maioria dos países os crimes econômicos se encontram na legislação penal especial, conforme observa **Klaus Tiedemann**,⁽⁵⁾ por conta da dinamicidade e complexidade das condutas de cunho econômico, enormemente mutáveis, fluidas, em um modo de produção capitalista pós-moderno bastante avançado. A premente necessidade de renovações em tais tipos sinaliza pela sua não inserção em um Código, que se pretende mais estável.⁽⁶⁾

Prova dessa primeira observação é o próprio tipo de “evasão de divisas”, previsto no art. 366 do projeto,⁽⁷⁾ o qual pretende substituir o previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986.⁽⁸⁾ Então inovação em nosso ordenamento jurídico, o tipo de evasão de divisas se contextualizava pelo momento de fragilização econômica brasileira nos anos 80 da centúria passada. O malsinado “Plano Cruzado”, do governo Sarney, trouxe para nossa realidade econômica inflacionária e de alta dívida externa o “congelamento” de preços e da taxa de câmbio, entre outras medidas, criando um ambiente econômico artificial e sem contrapartida de necessária redução de gastos públicos. Em consequência, além de não atingir seus objetivos, essas medidas trouxeram forte desequilíbrio na balança comercial e queda das reservas internacionais do Brasil.⁽⁹⁾

Neste influxo, a saída de recursos do país era tamanha e tanto indesejada, capaz de agravar o desequilíbrio econômico nacional, que levou o governo a se socorrer do Direito Penal para evitar a conduta, em postura similar, veja-se, ao que fora feito pelos nazistas nos anos 30 do século passado.⁽¹⁰⁾ Em que pese a razão histórica identificada, fato é que o tipo editado pela legislação de 1986 ostenta profundas deficiências técnicas,⁽¹¹⁾ não solucionadas pela pretendida nova construção. A pena cominada – que, aliás, em essência, mantém-se no projeto em análise, apenas retirando-se a cominação de multa – é desproporcional, como alertava **Manoel Pedro Pimentel**,⁽¹²⁾ eis que poderia incidir em singela situação de turista em viagem ao exterior. Ainda, nota-se que uma pena severa é cominada por meio de uma norma penal em branco heterogênea, fomentando forte arbítrio à Administração.⁽¹³⁾

Não bastassem esses problemas, insta observar que, em realidade, referido tipo não se justifica nos dias atuais. Não há mais um movimento de fuga de recursos do país. Pelo contrário, desde o “Plano Real”, os estoques de recursos externos brasileiros cresceram vertiginosamente, houve fortes ingressos líquidos de investimentos estrangeiros diretos e retornos líquidos dos investimentos diretos brasileiros. Conforme revelou a crise financeira internacional de 2008, o Brasil possui atualmente uma robustez econômica incomparável com a fragilidade de 1986, sendo, ademais, foco de investimentos externos.

Dessarte, o crime de evasão de divisas não mais se justifica em nosso ordenamento, eis que não revela conduta capaz de vulnerar um caro valor social imprescindível para a convivência pacífica intersubjetiva de viés econômico, que não pode ser tutelado de modo menos gravoso. Sua própria configuração na forma de norma penal em branco heterogênea

está a indicar que o Direito Administrativo é o meio idôneo para a tutela de tais interesses.⁽¹⁴⁾ Situações pontualmente indesejadas podem ser equacionadas satisfatoriamente nessa seara.⁽¹⁵⁾

Todas essas questões, todavia, são ignoradas pela exposição de motivos do projeto,⁽¹⁶⁾ que se limita a, em duas frases, definir o que seria “evasão de divisas”. Definição, aliás, vazia, tendo em vista que apenas incompleta e formalmente indica que se cuida de norma penal em branco a ser complementada por regras sobre saída de moedas e depósitos no exterior.

Portanto, as dificuldades de efetividade⁽¹⁷⁾ do Direito Penal econômico não se mostram solucionadas pelo projeto em foco, como revela o tipo em comento. Ao revés, vislumbra-se o agravamento de suas dificuldades dogmáticas estruturais, fato fomentador de arbítrios e impunidades.

Notas:

- (1) O texto foi encaminhado ao Senado em 18.06.2012, sendo, a seguir, convertido no Projeto de Lei 236/2012. Acerca dessa tramitação, cf. DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do Projeto 236/2012. *Boletim IBCCRIM*, n. 240, nov. 2012, p. 2 e ss.
- (2) Após requerimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob o influxo de ampla crítica de setores especializados, o citado projeto teve sua tramitação suspensa, sob a alegação de se poder possibilitar maior debate. Cf. Senado atende OAB e suspende projeto de Código Penal para maior debate. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/24834/>>. Acesso em: 20 nov. 2012.
- (3) Vide, dentre outros, REALE JÚNIOR, Miguel. A quem interessa o Projeto Sarney? *O Estado de S. Paulo*, 06.10.2012, p. A2.
- (4) As objeções aqui formuladas foram efetivadas no contexto das críticas respectivas da Comissão do Código Penal do IBCCRIM ao anteprojeto. Tendo em vista a mera suspensão da tramitação, para fins de debate, a necessidade analítica do temário persiste.
- (5) TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985. p. 22-24.
- (6) Ainda, pode-se argumentar que a disciplina fora do Código permite a criação de um subsistema com lógica própria, para fins de tratamento integral da matéria, como é recorrentemente compreendido nos casos das drogas ou do meio-ambiente.
- (7) “Art. 366. Fazer sair do País moeda, nacional ou estrangeira, ou qualquer outro meio de pagamento ou instrumento de giro de crédito, em desacordo com a legislação aplicável: Pena – prisão, de dois a seis anos. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, fora da hipótese do *caput*, mantiver depósitos no exterior não declarados ao órgão federal competente.”
- (8) “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”
- (9) A moratória da dívida externa em 1987 é conseqüência das desastrosas medidas então adotadas.
- (10) Em complementação ao crime de traição à economia do povo, de 1933, a legislação de 1936 dos nazistas punia com a morte quem remetesse ou mantivesse patrimônio no exterior. Sobre o tema, v. FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011, p. 172.
- (11) Para uma visão geral dessas, e.g., cf. TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. passim; SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. passim.
- (12) PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: RT, 1987. p. 161.
- (13) O que não deixa de, curiosamente, consagrar uma ironia histórica, já que nas

origens do Estado de Direito a transformação dos ilícitos administrativos em penais era a única forma de preservação dos cidadãos das arbitrariedades do Executivo. Nesse sentido, BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2012. p. 27.

- (14) Aliás, desde o final dos anos de 1960 há minuciosas regras oriundas do Banco Central do Brasil atinentes à matéria.
- (15) A qual, todavia, há de ser reformulada para salvaguardar os contornos do Estado Democrático de Direito. A esse respeito, em nossa doutrina, vide as obras de **Miguel Reale Júnior, Eduardo Reale Ferrari e Helena Regina Lobo da Costa**, docentes da Universidade de São Paulo.

(16) Tampouco houve, no geral, maiores preocupações de estabelecimento de um debate com a sociedade acerca do anteprojeto. Cf. DOTTI, René Ariel. O anteprojeto de Código Penal: um depoimento pessoal. *Boletim IBCCRIM*, n. 238, set. 2012, p. 12.

- (17) SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 65 e ss.

Luciano Anderson de Souza
Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP.

A diferença entre o dever intraproposicional e o dever interproposicional como o fundamento lógico da diferença entre erro de tipo e erro de proibição no Direito Penal Econômico

Fernando dos Santos Lopes

Resumo: Será estabelecida uma distinção entre as regras que constituem os elementos normativos constitutivos do tipo e as regras que constituem aquilo que é proibido pela ordem jurídica. Trata-se, em última instância, da diferença entre o dever intraproposicional, que é aquele contido na descrição típica (função proposicional) como constituinte de um elemento normativo, e o dever interproposicional, que determina a abstenção de uma conduta que no caso concreto (proposição) lesione um bem jurídico. Referida diferenciação além de fornecer luzes sobre a obscuridade que ainda reina em torno da problemática do erro no Direito Penal Econômico, revela um estarrecedor problema de legitimidade desse novo ramo do Direito Penal, ou seja, o de que não são raros os casos em que se considera que o agente atuou com conhecimento da proibição, quando em concreto sua conduta sequer estava proibida pela ordem jurídica.

1. A regra jurídica como uma generalização prescritiva

Ao dissertar acerca da estrutura das regras, o professor de filosofia do Direito de Oxford e Harvard, **Frederick Schauer**, começa por destacar o aspecto da generalidade.⁽¹⁾

No entanto, quando se fala sobre o fato de a norma jurídica ser geral, deve-se ter em conta que a generalidade, *in casu*, é uma generalidade prescritiva. Generalidade prescritiva significa que a escolha do antecedente e do conseqüente é feita em função da realização de alguma finalidade.⁽²⁾

Consoante um exemplo trazido por **Schauer** é possível pensar numa situação na qual um cachorro chamado “angus” correu, pulou, comeu e latiu num restaurante, causando muitos aborrecimentos aos fregueses.⁽³⁾ A partir dessa situação particular, escolhe-se um predicado factual conveniente como “entrada de cachorros no restaurante”, e o operador deontológico “proibido”, a fim de evitar que a situação causada por “angus” venha a se repetir.

Conforme se percebe, a generalização parte da hipótese de que o transtorno causado por “angus” aconteceu pelo fato de ele ser um cachorro, o que nem sempre é verdade. Com efeito, da mesma forma que existem cachorros mal comportados, existem outros bem treinados, assim como existem adultos bêbados que são capazes de causar mais transtornos que um cachorro alegre como “angus”.

Isso demonstra que a hipótese que orienta a elaboração de uma regra nem sempre é verdadeira, o que implica considerar que, não raro, existirão casos nos quais a regra proibirá ações perfeitamente legítimas e incapazes de frustrar sua finalidade jurídica, o que aconteceria, no contexto do exemplo mencionado, com a proibição da entrada de “cães guia”. Igualmente, existirão situações muito mais perniciosas para a satisfação das finalidades subjacentes à regra, tal como a entrada de pessoas mal comportadas e barulhentas que, todavia, não se enquadrarão no referido predicado factual, embora claramente violem a finalidade da regra.⁽⁴⁾

No primeiro caso, diz-se que a regra será sobreinclusiva, uma vez que sua dimensão semântica abrange casos inócuos para seus objetivos, como a proibição da entrada de “cães guia”. No segundo, afirma-se que a regra é subinclusiva, pois deixa de contemplar situações tão ou mais perniciosas para a frustração desses mesmos objetivos, tal como a entrada de adultos embriagados.⁽⁵⁾

A análise do erro de tipo e de proibição no Direito Penal Econômico deve ser feita sempre com atenção para todas essas peculiaridades da norma jurídica, sobretudo, com atenção para o fato de que o legislador por meio do tipo penal não seleciona objetos, mas, a partir do princípio da causalidade, seleciona propriedades que uma vez expressadas por pessoas e objetos no passado foram responsáveis por desencadear efeitos relacionados às necessidades humanas. Nesse sentido, é função do juiz verificar se após a elaboração do tipo pelo legislador determinadas pessoas ou objetos expressaram essas propriedades, produzindo efeitos contrários, indiferentes, ou favoráveis à satisfação das necessidades humanas.

Portanto, quando o sujeito sabe que sua conduta expressa as propriedades (predicado factual) contidas no tipo (função proposicional) ele possui conhecimento do tipo. Por outro lado, quando além de saber isso ele sabe que a prática da conduta descrita lesiona interesses que, além de contrários às necessidades humanas, são protegidos pela ordem jurídica, ele tem conhecimento da proibição.

Ou seja, para ter conhecimento do tipo e da proibição o sujeito precisa ser capaz de afirmar, por exemplo, a seguinte proposição molecular: matar José lesiona a vida de José e a vida de José está protegida pela ordem jurídica⁽⁶⁾.

Antes disso, contudo, o sujeito deve ser capaz de realizar a aplicação dos critérios trazidos pelo tipo (função proposicional) numa situação concreta de modo a reconhecer que a prática de certa conduta significa matar José. Essa passagem da função proposicional para a proposição geralmente é simples de ser feita no contexto do Direito Penal Clássico, pois a maioria das pessoas sabe o que é matar. Já no que se refere ao Direito Penal Econômico, essa passagem do mundo da possibilidade para a realidade pode assumir graus de complexidade inigualável. Com efeito, saber o que é “matar alguém” todo imputável sabe; contudo, poucos sabem o que é gerir uma instituição financeira de forma fraudulenta, ou praticar uma operação de câmbio não autorizada.

A explicação para essa dificuldade é que “ser alguém”, por exemplo, é um fato natural, enquanto que ser uma instituição financeira é um fato institucional cujo conhecimento demanda por parte do agente o conhecimento das regras que constituem a instituição.⁽⁷⁾

Nesse sentido, percebe-se que no contexto do Direito Penal Econômico não serão raros os casos em que *para se conhecer os elementos constitutivos do tipo legal será necessário o conhecimento de regras cuja natureza será constitutiva⁽⁸⁾ dos elementos constitutivos do tipo legal.*

2. A diferença entre erro de tipo e de proibição no Direito Penal Econômico

Ao realizar uma crítica à teoria estrita da culpabilidade, **Joachim Hruschka** afirma que referida teoria não diferencia entre o conhecimento daquilo que é relevante para a emissão do juízo de antijuridicidade e o próprio juízo de antijuridicidade, consoante explica o professor **Robson Galvão**:

*“Ou seja, não se pode confundir o conhecimento do objeto com a própria valoração do objeto. Desse modo, tem-se uma oposição entre o conhecimento de **circunstâncias relevantes** e de **circunstâncias não relevantes** para o juízo de antijuridicidade. Com base nessa constatação verifica-se um problema da teoria estrita da culpabilidade, que não considerou a questão de que o juízo de antijuridicidade apenas pode existir caso o autor conheça tudo o que é relevante para tal juízo”.*⁽⁹⁾

Sendo assim, a primeira questão a ser considerada para estabelecer uma diferença entre erro de tipo e de proibição no Direito Penal Econômico é que o tipo deve descrever tudo aquilo que seja relevante para que o autor possa emitir um juízo assertivo no sentido de que sua conduta é proibida pelo Direito.

Por outro lado, foi visto no tópico anterior que a constatação de que um sujeito atuou com conhecimento do tipo e da proibição implica a

emissão de uma proposição molecular complexa como a seguinte: João sabia que ao matar José estava lesionando a vida de José, e que a vida de José era protegida naquele caso concreto pela ordem jurídica.

Do mesmo modo, foi visto que no Direito Penal Econômico não são raros os casos nos quais para que o agente saiba que está realizando um elemento constitutivo do tipo penal, ele deverá conhecer regras que constituem o próprio elemento constitutivo.

Daí que ao não diferenciarem entre as regras que constituem o elemento constitutivo do tipo penal e as regras que estabelecem o dever de não realizar condutas que estejam descritas no tipo, sejam contrárias às necessidades humanas, e contrariem a ordem jurídica é que alguns juristas confundem o erro sobre um elemento constitutivo do tipo penal com o erro sobre a proibição.

Com efeito, não se pode confundir o dever-ser intraproposicional, ou seja, o que faz parte da constituição de uma proposição normativa e, portanto, está dentro da proposição, com o dever interproposicional que determina, de um modo geral, a abstenção de comportamentos que sejam contrários à justificativa da norma subjacente ao tipo, e que sejam contrários à ordem jurídica.⁽¹⁰⁾

Por certo, consoante visto no tópico anterior, existem condutas que embora realizem no plano concreto a ação descrita no tipo, não contrariam a justificativa da regra, o que ocorre, por exemplo, nos casos de *sobreinclusão normativa*, que são aqueles casos em que o aspecto semântico da norma abrange circunstâncias que não são contrárias à finalidade (justificativa da regra) que o legislador pretendeu alcançar ao selecionar certo predicado factual, incorporando-lhe um operador deôntico.

Por sua vez, a partir de um posicionamento que defende que o Código Penal deve ser interpretado conforme a Constituição, e não o contrário, é possível afirmar que mesmo um comportamento contrário à justificativa da norma, e que não esteja justificado pelos casos tradicionais de justificativa e exculpação, pode ser justificado pela ordem jurídica a partir de princípios constitucionais, o que requer uma análise da tipicidade de modo conglobante, consoante tem sido preconizado por **Zaffaroni**.

Notas:

- (1) SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making and Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 23.
- (2) Idem, p. 26.
- (3) Idem, p. 25.



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes
1ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa
2ª Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1ª Secretária: Heloisa Estellita
2ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade
1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob
2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif
Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Rudge Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró
Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

- (4) STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. – Rio de Janeiro : PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005. p. 152.
- (5) Idem, p. 153.
- (6) De notar que numa situação de legítima defesa o sujeito sabe que está matando José; sabe que isso lesiona a vida de José, e sabe que isso não lesiona a ordem jurídica. Já numa situação de legítima defesa putativa o sujeito sabe que está matando José; sabe que isso lesiona a vida de José, mas não sabe que isso lesiona a ordem jurídica.
- (7) De acordo com o filósofo **John Searle**, um pedaço de papel é dinheiro (fato institucional), por exemplo, porque as pessoas atribuem um *status* para ele de forma coletiva, consoante determinadas regras que tomam a seguinte forma: um objeto X no contexto C conta como Y, ou, mais precisamente, um pedaço de papel X num contexto legal Y possui o *status* de dinheiro (SEARLE, John. *Freedom and Neurobiology: reflections on free will, language and political power*. New York: Columbia University Press, 2007. p. 87).
- (8) No contexto do Direito Penal Econômico é de grande relevância a distinção trazida por **Searle** entre regras regulativas, que simplesmente regulamentam a prática de comportamentos preexistentes, das regras constitutivas que se apresentam como condições de possibilidade dos fatos institucionais: “Um exemplo óbvio são as regras do xadrez. As regras do xadrez não apenas regulam o jogo de xadrez, mas o próprio jogo de xadrez é constituído quando os jogadores agem de acordo com as regras do xadrez. As regras constitutivas têm tipicamente a forma: X conta como Y num contexto C” (SEARLE, John. Op. cit., p. 88).
- (9) SILVA, Robson Antônio Galvão da. *O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico*. Orientador: Rodrigo Sánchez Rios. Curitiba: PUC/PR, Departamento de Direito, 2009. p. 197. Aproveito a oportunidade para agradecer ao professor **Robson Galvão**, com quem aprendi muito e continuo aprendendo, por ter me concedido a honra de ser seu interlocutor diário durante a elaboração da dissertação mencionada. Em que pese em seus agradecimentos me atribua a titularidade de grande parte das ideias defendidas, recebo a homenagem tão somente como uma demonstração de amizade e apreço.
- (10) Em sentido similar, destacando a importância de estar bem clara a finalidade protegida pela norma, manifesta-se Juarez Tavares: “A norma deve ser assim entendida como um instrumento de comunicação e, como tal, deve expressar exatamente o objetivo de seu emissor” (TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição*. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012, p. 10.

Fernando dos Santos Lopes

Pós-graduando em Criminologia e

Política Criminal pelo ICPC.

Sócio fundador do Instituto Brasileiro de

Direito Penal Econômico IBDPE.

Advogado.

Tráfico de drogas numa perspectiva contemporânea

Antonio José F. de S. Pêcego

1. Introdução

O tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo, com a Constituição Federal de 1988 ganharam destaque por meio de uma norma formalmente constitucional (CF, art. 5.º, XLIII) que os equiparou aos chamados crimes hediondos, assim entendidos aqueles definidos em lei infraconstitucional (Lei 8.072/1990).

Dessa forma, não restam dúvidas de que o constituinte quis dar tratamento diferenciado e mais severo a esses crimes por considerá-los de alta gravidade, assemelhando-os, na essência, às condutas hediondas e não aos crimes pela lei especial definidos como tal.

Nessa linha, foi autorizado ao legislador infraconstitucional regular a individualização da pena (CF, art. 5.º, XLVI) que assim o fez, no caso, por meio da malfadada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) que prevê, inclusive para os equiparados, o regime inicial fechado de cumprimento da pena.

2. Tráfico privilegiado

Parte da jurisprudência⁽¹⁾ detém judiciosos entendimentos de que o art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006 introduziu no sistema jurídico-penal a figura do “tráfico de drogas privilegiado”, todavia, trilhamos caminho diverso até convencimento em contrário por entendermos que se trata tão somente de uma causa *sui generis* de diminuição da pena, uma vez que não acrescenta nenhuma circunstância que o torne menos grave ou que autorize o reconhecimento do privilégio.

Dessa forma, estamos convencidos de que as figuras do tráfico privilegiado se encontram situadas nos §§ 2.º e 3.º do supracitado dispositivo legal que, prevendo circunstância amenizadora da conduta, bem como pena mínima e máxima em seu preceito secundário, consigna:

“Art. 33. (...)

§ 2.º Introduzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3.º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28”.

Sobre a natureza jurídica do § 4.º do art. 33 da Lei de Tóxicos, *mutatis mutandis*, “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06 não altera a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.⁽²⁾

Assim, inegavelmente, eventual condenação pode dar-se em alguns dos dispositivos supra, mas não no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, simplesmente porque não é tipo básico ou derivado, mas apenas, repetimos, uma causa de diminuição da pena *sui generis* que, na aplicação da pena, preenchidos os requisitos legais (primário, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou pertencer a organizações criminosas), é poder-dever de o magistrado considerá-la na terceira e última fase da aplicação da pena (CP, art. 68), podendo graduar fundamentadamente o *quantum* a ser diminuído com base no art. 42 da Lei de Tóxicos.

Aliás, *ad argumentandum tantum*, entendemos que o fato de o réu ser primário e de bons antecedentes, por si só, deixa sem qualquer eficácia a difícil comprovação de que o mesmo se dedique a atividades criminosas ou pertença a organizações criminosas, até porque são considerações estas que se aproximam de um Direito Penal do autor e eventuais registros policiais não podem ser considerados em seu desfavor em respeito ao princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5.º, LVII).

No caso, então, de eventual condenação no tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), o legislador, considerando a possibilidade ser um fato isolado na vida do agente, já previu essa causa

de diminuição da pena (de 1/6 a 2/3); vale dizer, a pena mínima de 5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa pode chegar a ser fixada em concreto, ao final, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa.

Dessa forma, sem embargo, entendemos que não repousa na melhor dogmática penal o posicionamento daqueles que sustentam que o § 4.º do art. 33 da Lei de Tóxicos é a figura do denominado tráfico privilegiado.

3. Da substituição da pena

Até pouco tempo, a jurisprudência vinha se firmando em grande parte pela impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, quando da fixação da pena em concreto ficasse num patamar igual ou aquém de 4 (quatro) anos de reclusão em virtude de aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em face da expressa vedação que constava do dispositivo supracitado e da parte final do art. 44 da referida Lei de Tóxicos (“*Os crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”).

Entretanto, recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 97.256/RS), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, assim como a expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, contida no art. 44 da Lei de Tóxicos.⁽³⁾

Apesar dessa declaração incidental de inconstitucionalidade, vários julgados continuaram a vedar a conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, em face do expressamente disposto no art. 44 da Lei 11.343/2006, o que entendemos como correto, uma vez que comungamos do entendimento de *Nery Junior* (2009, p. 105a) de que, com base nos arts. 469 e 470 do CPC, não se pode falar que há decisão, nesses casos, sequer transitada em julgado *inter partes*, sendo impróprio conferir esse *status* à causa de pedir em processo judicial subjetivo que não alcançaria as partes, tomando na prática equiparável o controle concreto ao abstrato.

“[...] entendemos que não repousa na melhor dogmática penal o posicionamento daqueles que sustentam que o § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos é a figura do denominado tráfico privilegiado”.

Entretanto, com a publicação em 16.02.2012, da Resolução 5, de 15.02.2012 do Senado (CF, art. 52, X) que suspendeu a expressão “*vedada à conversão de suas penas em restritivas de direitos*” do art. 44 da Lei 11.343/2006, não há mais que se insistir nessa vedação por falta de previsão legal, já que agora a inconstitucionalidade declarada se tornou *erga omnes* e, a nosso sentir, com efeito, *ex tunc* à data da publicação do julgamento do HC 97.256/RS que se deu no DJe 16.12.2011.

4. Regime da pena

O estudo das regras jurídicas, no caso, de conduta, segundo **Bobbio** (2008, p. 45-46) faz surgir diversos problemas interessantes e atuais, sendo que toda norma jurídica pode ser submetida a três critérios de valoração distintos e independentes um do outro. Perante uma norma jurídica podemos colocar três problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz.

O art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, com a alteração sofrida pela Lei 11.464/2007, passou a prever para os crimes hediondos e os equiparados o regime inicialmente fechado.

Logo, passou a vigorar para o tráfico de drogas, delito assemelhado aos hediondos (CF, art. 5.º, XLIII), o respectivo regime por força do princípio da especialidade, não se aplicando a regra geral do art. 33 do CP.

Com efeito, é sabido que o princípio da individualização da pena apresenta três vertentes: legislativa, judicial e administrativa ou executória da pena, interessando-nos, no caso, tratar da legislativa e da judicial.

Assim, recentemente o Supremo Tribunal Federal (HC 111.842/ES) declarou incidentalmente inconstitucional o regime inicialmente fechado

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília de Souza Santos,
José Carlos Abissamra,
Matheus Silveira Pupo e
Rafael Lira

CONSELHO EDITORIAL:

Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Anderson Bezerra Lopes, Andre Adriano Nascimento da Silva, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Roberto Isa, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Diogo Duarte de Parra, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim

Alves, José Carlos Abissamra Filho, Jovacy Peter Filho, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Jamile José, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Nathália Rocha de Lima, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanziola Vieira, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Tatiana de Oliveira Stoco, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thaís de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Érica Santoro Lins Ferraz, Fabiano Yuji Takayanagi, Felipe Bertoni, Fernanda Carolina de Araújo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Illg, Milene Maurício, Mônica Tavares, Nathália Oliveira,

Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Suzane Cristina da Silva, Thaís Tanaka e Thaís Bernhardt Ribeiro.

PROJETO GRÁFICO:

Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA:

PMark Design - Tel.: (11) 2215-3596

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.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 (trunco-chave)

www.ibccrim.org.br

do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990 para permitir que nos delitos de tráfico de drogas, em que a pena mínima privativa de liberdade, abstratamente considerada, é de 5 (cinco) anos de reclusão, o condenado possa iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto.⁽⁴⁾

Sem embargo, há de se constatar que a imposição de um único regime de cumprimento da pena aos delitos denominados hediondos e seus assemelhados, conforme preceitua o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, independente da pena aplicada, é *injusta* por não observar o princípio da proporcionalidade, é *ineficaz* porque não atende o fim ressocializador da pena e, por último, *não é válida* a partir do instante que se afigura, de fato, inconstitucional por ferir o princípio da individualização da pena.

Nessa esteira, assim agindo o legislador ao fixar o regime inicialmente fechado para todo aquele condenado pelos delitos da Lei de Crimes Hediondos, está indo além ao individualizar a pena, ingressando na seara judicial que passa a ficar engessada e impossibilitada de, quando da aplicação da pena, individualizá-la concretamente em respeito ao princípio constitucional penal da individualização da pena (CF, art. 5.º, XLVI).

Dessa forma, entendemos que com acerto se posicionou o STF ao declarar a inconstitucionalidade do supracitado regime de cumprimento da pena do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/1990 com efeito *ex nunc*, em que pese comungarmos do entendimento acima de **Nery Junior** (2009, p-105b); vale dizer, enquanto o Senado não publicar uma Resolução (CF, art. 52, X), continua em vigor esse hostilizado regime inicial de cumprimento de pena, independente do *quantum* de prisão a ser cumprido dentro dos limites legais constantes de todo preceito primário de norma penal hedionda ou equiparada.

Entretanto, há de se reconhecer ser essa a tendência do Pretório Excelso, não tendo sentido, até porque macula o princípio da segurança jurídica, ficar-se decidindo contrariamente sem ter como parâmetro a norma geral do art. 33, § 2.º, do CP.

De lege ferenda que discipline de forma especial os regimes de cumprimento de pena a serem observados pelo aplicador da pena, não há alternativa que não seja remeter o julgador para a regra geral prevista no Código Penal.

Lado outro, mantido na sentença condenatória eventualmente o regime fechado como o inicial, ainda que a pena *in concreto* tenha ficado aquém dos 8 (oito) anos, mas com base no disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), entendemos que com lastro nos princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade, há de se admitir que o inerente regime fixado aos crimes hediondos, tráfico de drogas e outros assemelhados, na falta de obstáculos objetivos e subjetivos do art. 44 do CP, não pode por ser mais gravoso impedir a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob pena de se estar agindo *contra legem*.

Dessa forma, mantido eventualmente no comando sentencial o regime inicialmente fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990) para todo aquele condenado por tráfico de drogas, enquanto não publicada Resolução do Senado da República que trate da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, forçoso reconhecer que não pode ser considerado ilegal e/ou obstáculo, quando cabível, à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso de eventual descumprimento injustificado das penas alternativas, a conversão na pena privativa de liberdade no regime fechado fixado na sentença pode até acabar por atender melhor os fins preventivos da pena, salientando-se que, a nosso sentir, a hipótese do *sursis* do art. 77 do CP, caso não caiba a aplicação do art. 44 do CP, permanece vedada expressamente pelo art. 44 da Lei 11.343/2006, uma vez que não foi inclusive objeto de deliberação do STF no julgamento do (HC 97.256/RS), embora se tenha tornado desarrazoado o sistema com a permanência dessa vedação.

Sobre a viabilidade da aplicação do art. 44 do CP, mesmo diante do outrora e malfadado regime integralmente fechado fixado na sentença,

trazemos à colação importante acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal:⁽⁵⁾

“*Ementa: Penal. Processo penal. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Aplicação do art. 44 do Código Penal. Requisitos presentes. Superação do art. 2.º, § 1.º, Lei 8.072/90, quanto ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Ordem concedida. I – A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência. II – A regra do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.071/90, pode ser superada quando inexistir impedimento à substituição. III – Ordem concedida”.*

5. Conclusão

A incidência do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 autoriza a diminuição da pena aplicada ao condenado pelo tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei Antitóxica) por se tratar de uma causa de diminuição da pena, mas não autoriza o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado que repousa nos §§ 2.º e 3.º da supracitada norma penal especial.

Operada a diminuição da pena (§ 4.º), independentemente do regime de cumprimento fixado, presentes os requisitos legais do art. 44 do CP, não pode haver obstáculos à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, embora com a decisão do STF que declarou incidentalmente inconstitucional a imposição obrigatória do regime inicialmente fechado para o delito de tráfico de drogas, seja recomendável, em respeito ao princípio da segurança jurídica das decisões judiciais, que se adote esse caminho jurídico até previsão normativa em contrário.

Notas:

- (1) TJMG-ACrim 1.0479.07.124826-0/001(1), Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. 01.07.2010, publ. 27.07.2010. TJMG-ACrim 1.0313.09.287169-5/001(1), Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. 21.09.2010, publ. 06.10.2010. Disponível em: <<http://www4.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 20 set. 2012.
 - (2) STJ-EDcl no AgRg no ResP 1193540/MG. 5.ª Turma. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, j. 17.11.2011, publ. 16.12.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 set. 2012.
 - (3) STF-HC 97256/RS. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 1 de setembro de 2010. Publ. RT, São Paulo, v. 100, n. 909, p. 279-333, 2011.
 - (4) STF, *Informativo n. 672*. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo672.htm>>. Acesso em: 19 set. 2012.
 - (5) STF-HC 88879/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.02.2007, publ. 02.03.2007, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2012.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 8. ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti/apresentação Alaôr Caffé Alves. 4. ed. rev. Bauru, São Paulo: Edipro, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaar et al. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra (Pt): Coimbra Ed., 2009.

Antonio José F. de S. Pêcego

Pós-graduado em Direito Público pela PUC-Minas e
Pós-Graduando em Ciências Penais pela
UNIDERP/Rede LFG, em parceria com o IPAN.
Professor de Direito Penal e Processo Penal da FPU.
Juiz de Direito.

Um pouco mais sobre as atenuantes e a possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal

Domingos Barroso da Costa

Expressando-se por fina ironia, adequada à agudeza de seu pensamento, **Ovídio Baptista** criticava o fenômeno que denominou *jurisprudencialismo* normatizado, vezo característico destes tempos. Em seu artigo Da função à estrutura,⁽¹⁾ publicado em 2008, o jurista gaúcho afinetou:

“[...] Atualmente, raras são as petições forenses e as sentenças que invoquem lições de doutrina. Elas vêm recheadas de acórdãos catados na internet. Praticamos um *jurisprudencialismo* normatizado, produzido em série, mas, de qualquer modo, *jurisprudência* livremente produzida, sem que o legislador interfira.

Insisto na tônica desta proposição: *jurisprudência* livremente utilizada, ao sabor das circunstâncias e das inclinações pessoais do magistrado, que dela se vale supondo-se dispensado de explicitar os fundamentos pelos quais escolheu – dentre as várias soluções aceitas pela *jurisprudência* – aquela que lhe pareceu adequada ao caso concreto”.

“*Jurisprudencialismo* normatizado, produzido em série”. Não haveria expressão melhor para ilustrar a *crystalização* de entendimentos confortavelmente encampados e que, com o tempo, terminam por se converter em *conhecimento pronto*, saber dado que se automultiplica devido ao grande número de julgados em igual sentido, imune a maiores críticas, próprio dos tempos atuais de produção jurídica em massa. Bom exemplo a ser analisado nesse contexto expressa-se pelo enunciado da Súmula 231 do STJ, segundo o qual “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

E não se pensa mais no assunto.⁽²⁾

A incidência de atenuantes remete à *individualização da pena*, princípio consagrado no art. 5.º, XLVI, da CF que, como ensina a boa doutrina, expressa-se em três momentos: 1) na tipificação de condutas e previsão abstrata de penas pelo Legislativo, na proporção da gravidade da ação ou omissão; 2) na aplicação da pena pelo Judiciário, consideradas as condições do indivíduo e as circunstâncias em que praticada a conduta incriminada; e 3) na execução das penas previstas pelo Legislativo e aplicadas pelo Judiciário, dependendo a justa retribuição e a melhor prevenção da adequação das formas de cumprimento da reprimenda (arts. 5.º, 8.º e outros da LEP).

Há de observar que o referido princípio e suas formas de expressão nos três momentos indicados nada mais são do que uma concretização progressiva do *princípio da proporcionalidade*, que orienta e se reflete em todo o ordenamento, mas tem especial importância no que diz do Direito Penal, especificamente no que concerne à aplicação de penas que, para serem justas, não devem superar o *mínimo necessário*.⁽³⁾

Pena mínima necessária, justamente porque a pena em qualquer medida de excesso se converte em arbítrio, esvaziando-se de legitimidade ao trair o fim último do Direito que é o alcance da Justiça,⁽⁴⁾ ainda que se a tome como horizonte ideal.

Feitas essas considerações, foca-se o momento de aplicação da pena (segunda fase) e o imperativo de *proporcionalidade* – e, logo, de justiça – que deve regê-lo, determinando que, diante de condições atenuantes, possa a pena ser fixada aquém do mínimo legalmente cominado.

“[...] o referido princípio [da individualização das penas] e suas formas de expressão nos três momentos indicados nada mais são do que uma concretização progressiva do *princípio da proporcionalidade*, que orienta e se reflete em todo o ordenamento”.

A interpretação do sistema de definição de penas a partir de um critério trifásico conduz a esta conclusão – tal como previsto no Código Penal –, indicando que o mínimo legalmente estabelecido serve de parâmetros para a fixação da pena-base sem, contudo, limitar a consideração das atenuantes e sua efetiva aplicação em benefício dos acusados em processo penal, pela razão de se tratar de circunstâncias que *sempre* atenuam a pena, como se extrai do art. 65 do CP.

Ou seja, mesmo havendo um critério trifásico legalmente previsto no art. 68 do CP – que não impõe qualquer limitação à aplicação das atenuantes –, estando o mínimo estabelecido na regra vinculado logicamente à pena-base, como parâmetro de sua fixação na primeira fase de aplicação da sanção, descabido que se suponha violação ao *princípio da legalidade* caso se conclua pela redução da pena aquém do mínimo previsto ante a incidência de circunstância atenuante. Não obstante, este é o entendimento de alguns juristas de escol,⁽⁵⁾ que não escapam à percutiente crítica de **Paulo Queiroz**:⁽⁶⁾

“De acordo com a doutrina e a jurisprudência, isso não é possível por afrontar o princípio da legalidade das penas, mas tal objeção não procede; primeiro, porque não há aí nenhuma violação ao princípio da legalidade; segundo, porque aplicar a pena justa, não importando se no mínimo legal, aquém ou além dele, é uma exigência de proporcionalidade; finalmente, porque o compromisso fundamental do juiz garantista não é com a pena mínima, mas com a pena justa.

Com efeito, o princípio da legalidade, como de resto todos os princípios penais, constitui, como se vem de demonstrar, autêntica garantia política que existe e se justifica, histórica e constitucionalmente, para proteger o cidadão contra os excessos do Estado e não para preterir ações arbitrárias contra o réu. Por isso é que não há falar de violação ao princípio sempre que a lei tiver de retroagir para beneficiar o réu, por exemplo, pois não há aí ofensa ao caráter garantidor que o informa.”

Ao analisar a questão à luz das funções limitadoras das garantias, o ilustre penalista valida suas conjecturas,⁽⁷⁾ na medida em que, em uma hermenêutica circular, interpreta os textos legais pertinentes a partir dos valores estruturantes do sistema jurídico em que se inserem, no que os vivifica com coerência, deles extraindo *normas*.

Aliás, não fosse esse um entendimento hermenêuticamente correto (válido) para a hipótese, não faria sentido a previsão legal da chamada *atenuante inominada*, cláusula aberta que se apresenta como verdadeiro instrumento de adequação da pena a partir das circunstâncias do caso concreto, válvula de escape contra injustiças que decorrem da cega e irreduzível observância do limite mínimo previsto para as penas. Diga-se, inclusive, que não são raros os casos em que a lei prevê penas mínimas

claramente desproporcionais se considerada a infinidade de condutas que podem se amoldar aos tipos a que se vinculam.

A título de exemplo, citam-se as penas mínimas previstas para os delitos de estupro (CP, art. 213) e de falsificação de moeda (CP, art. 289). Quantas condutas podem subsumir-se à definição abstrata *ato libidinoso* (diverso da conjunção carnal)? De um *passar a mão* – bolinar – ao sexo anal forçado, são infinitas as condutas que visam à satisfação erótica passíveis de ser enquadradas naquela definição típica. Porém, há de se convir que a gravidade da primeira não é comparável à da segunda, não sendo justo que a pena aplicável a ambos tenha por limite mínimo e inalterável o patamar de 6 (seis) anos. Do mesmo modo, enquadram-se no tipo previsto no art. 289 do CP tanto a conduta que se expresse pela falsificação de algumas cédulas, como a que se materialize pela falsificação de um sem-número delas,⁽⁸⁾ o que pode determinar flagrantes violações à *isonomia*, ao *princípio da proporcionalidade* e, logo, à Justiça, caso se entenda insuperável o limite mínimo da pena abstratamente cominada, a desautorizar sejam as circunstâncias peculiares do caso concreto – como a dimensão da lesão ou de seu potencial ofensivo – aplicadas ao menos a título de *atenuante inominada*.⁽⁹⁾

Por fim, observe-se que, se em nome das *garantias* deve o Juiz absolver um acusado⁽¹⁰⁾ – o que encontra sua máxima expressão pelo princípio do *in dubio pro reo* (CPP, art. 386, VI [parte final] e VII) –, nada há que possa impedi-lo de modular a pena e fixá-la em patamar inferior ao mínimo legalmente estabelecido para o fim de torná-la *justa*,⁽¹¹⁾ *individualizá-la* na *proporção* do que determinem as circunstâncias do caso e as condições pessoais do acusado.⁽¹²⁾

Por fim, antes que se cogite a possibilidade de simetria do raciocínio, oportuno frisar que, embora a incidência de atenuantes possa determinar a fixação da pena aquém do mínimo legalmente estabelecido, o mesmo não se aplica às agravantes em relação ao máximo da pena – já que não previstas em números certos, como as causas de aumento. Seguindo o sentido indicado pela coerência dos princípios (*garantias*) que orientam a interpretação das leis penais, há de se concluir que, enquanto a pena mínima abstratamente cominada serve de parâmetro exclusivamente no que concerne à fixação da pena-base, a pena máxima prevista põe-se como limite insuperável pelo Juiz – no que tange à incidência de agravantes –, justamente por ser o *máximo* definido pela lei, a impedir arbítrios que, aí sim, violem o *princípio da legalidade*, em sua condição de *garantia* contra os excessos que se podem verificar no exercício do poder punitivo.

Essa é a interpretação que se propõe com a pretensão de, no mínimo, incentivar a retomada de uma postura crítica e ativa acerca de um entendimento que supera uma década e se consolida como um dos maiores *clichês* de nossa prática jurídico-penal, blindado por uma súmula de tribunal superior que se vê fortalecida pela mentalidade massificada, que bem – e confortavelmente – se expressa pelo “*jurisprudencialismo normatizado produzido em série*” a que se referiu **Ovídio Baptista**.

Notas:

- (1) Em: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 97.
- (2) “*PENAL. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. MATÉRIA SUMULADA.*
1. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ). 2. Da interpretação sistemática dos arts. 59, 67 e 68, todos do Código Penal, somente na terceira fase da dosimetria da pena é possível fixar a reprimenda aquém do mínimo legal estabelecido pelo legislador no preceito secundário do tipo penal. 3. Agravamento regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 1169469/PR – Rel. Min. Jorge Mussi – 5.ª T. – j. 04.09.2012 – DJe 14.09.2012).
- (3) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2010. p. 362-366.
- (4) “*O direito pode ser injusto (summum ius, summa iniuria), mas só é direito por ter o sentido de ser justo*” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 11).
- (5) Como **René Ariel Dotti** (*Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 514-515) e **José Antonio Paganella Boschi**, que, em sua obra *Das penas e seus critérios de aplicação*, publicada em 2000, ao dizer da violação à legalidade caso se admitisse a fixação da pena aquém do mínimo legal em razão da incidência de atenuante, assim expunha:
“Desse modo, à luz do sistema legal vigente, se ao juiz fosse possível determinar a quantidade da pena fora dos parâmetros estabelecidos *a priori*, estaria, a nosso sentir, atuando fora do âmbito da sua própria competência e invadindo o âmbito delimitado constitucionalmente a outro Poder da República (BOSCHI, 2000. p. 310)”.
- (6) QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 365.
- (7) RICOUER, Paul. *Teoria da interpretação*: o discurso e o excesso de significação. Lisboa: Edições 70. 2011).
- (8) QUEIROZ, Paulo de Souza. Op. cit., p. 365.
- (9) Sem mencionar a aberta violação à *isonomia* e à *individualização da pena* (como desdobramento do *princípio da proporcionalidade*) a se revelar nos casos em que o limite insuperável da pena mínima determina a fixação de penas iguais – ainda que no patamar mínimo abstratamente cominado – a acusados em condições distintas, igualando aquele em cujo favor deveriam incidir circunstâncias atenuantes àquele outros que delas não podem se beneficiar no caso concreto.
- (10) Até mesmo em razão da insignificância da lesão produzida.
- (11) QUEIROZ, Paulo de Souza. Op. cit., p. 365.
- (12) Favorável à tese: PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1: parte geral: arts. 1.º a 120. São Paulo: RT, 2001. p. 442.

Domingos Barroso da Costa

Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.

Especialista em Criminologia e Direito Público.

Defensor Público.

ENTIDADES QUE RECEBEM O BOLETIM

AMAZONAS

Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

DISTRITO FEDERAL

Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - AMAGIS/DF

Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

MATO GROSSO DO SUL

Associação dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

PARANÁ

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

RIO DE JANEIRO

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro/ CEJUR

RIO GRANDE DO SUL

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul - ASDEP

SÃO PAULO

Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SP

Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

A tipicidade do extermínio ou o extermínio da tipicidade? Uma análise da Lei 12.720/2012

Luciano Filizola da Silva

Durante uma aula, o saudoso **Alessandro Baratta**, um dos maiores criminólogos de nosso tempo, o qual tive a honra de ter como professor, já nos alertava que um dos maiores embates da atualidade (e já estamos falando dos anos 2000) gera uma questão de suma importância: o que deveria ter maior peso, o que é preponderante, o direito à segurança ou a segurança dos direitos, ou seja, a busca por uma segurança pública eficaz que garanta a paz de nossos “homens de bem” ou a segurança das garantias constitucionais estampadas em nossa Magna Carta?

Não é de hoje que sabemos do uso constante do legislador no emprego do Direito Penal de forma simbólica a fim de dar uma satisfação cosmética à sociedade sobre determinado problema, geralmente bastante veiculado pela mídia, o que gera a famosa sensação de insegurança baseada no fácil *slogan* de que o nosso maior problema é a impunidade.

Diante disso, entrou em vigor no dia 27 de setembro de 2012 a Lei 12.720/2012 que traz uma majorante para os crimes de homicídio e lesão corporal quando praticados por membros de grupo de extermínio ou milícia privada e o novo art. 288-A, cuja redação é: “Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código”, sancionando tal conduta com uma pena de reclusão de 4 a 8 anos.

O homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio já era definido como crime hediondo, porém sempre causou estranheza o fato de sendo a conduta tão grave não possuir uma causa de aumento de pena ou qualificadora, além de afrontar gritantemente o princípio da legalidade, por não possuir qualquer definição legal do que seria tal prática, conforme habitual ensinamento de **Alberto Silva Franco**.⁽¹⁾ O primeiro problema a lei tentou solucionar, porém, mantendo a mesma descrição vaga da Lei 8.072/1990. O que seria grupo de extermínio? E ainda acrescentou a milícia privada, a prática criminosa da “moda”.

Logicamente, não que tais práticas não sejam graves, porém, deixar como fonte de interpretação de seu significado reportagens da mídia de folhetins cinematográficos é, no mínimo, leviano, afrontando a máxima taxatividade.

E a redação do art. 288-A ainda é pior, quando criminaliza os atos preparatórios (que por si só já violariam o princípio da lesividade) relacionados à organização paramilitar, o que só pode ser comparada a uma espécie de FARC; milícia privada, atividade que está sempre relacionada à extorsão, crime este que nem é mencionado pela lei; grupo ou esquadrão! Como assim? Qual a diferença de um para o outro? Aprendi que grupo é mais de um; e esquadrão? Seria um grupo de natureza militar? Mas isso já não seria uma organização paramilitar? Provavelmente alguém lembrou do malfadado “esquadrão da morte”, um grupo de extermínio que aterrorizou o Rio de Janeiro nos anos 80 e achou interessante mencionar!

Além disso, tal “grupo” tem como fim praticar qualquer crime

“[...] não que tais práticas não sejam graves, porém, deixar como fonte de interpretação de seu significado reportagens da mídia de folhetins cinematográficos é, no mínimo, leviano, afrontando a máxima taxatividade”.

previsto no Código Penal, reduzindo, com isso, consideravelmente a aplicação do crime de quadrilha ou bando, cuja redação, mesmo sendo um pouco mais criteriosa, já vinha sendo utilizada indiscriminadamente.

Tal redação violaria o próprio “espírito” da norma, que seria coibir organizações criminosas mais perigosas, mas não é o que acontece, pois ela criminaliza, de forma autônoma, qualquer concurso de agentes que se reúnam para praticar qualquer crime (isso mesmo, no singular) previsto no CP. Se duas ou mais pessoas se reúnem para montar um prostíbulo ou para furtar um computador da empresa em que trabalham responderão pelo crime de milícia (como já vem sendo conhecido).

Nítida inconstitucionalidade nada mais é do que fruto deste autoritarismo *cool*, segundo denominação de **Zaffaroni**,⁽²⁾ o qual não possui convicção, mas sim uma moda, que é necessário aderir. Diante de tantas “denúncias” relacionadas às milícias, a ausência de uma tipificação era uma vergonha para nossa legislação tupiniquim, porém, sem necessidade de grandes definições, pois todos já sabem o que é milícia, após verem “Tropa de elite 2”, e se aproveita para colocar outras expressões genéricas para possibilitar sua aplicação a qualquer outra hipótese menos específica. É um Direito Penal do improviso, com direito à fita crepe e tudo.

Com tal recurso poderemos prender quem quisermos, pois agora temos um instrumento forte e eficaz na luta contra o inimigo, ainda que ninguém saiba muito bem quem ele seja, a não ser aquele que o define.

Notas:

- (1) FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2000.
- (2) ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Luciano Filizola da Silva
Mestre em Ciências Criminais pela
Universidade Cândido Mendes/ RJ.
Professor de Direito Penal e Criminologia da
graduação e da pós-graduação da
Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

O estranho caso do auxílio-reclusão nas redes sociais

Márcio Evangelista e Cristina Zackseski

A moderna Criminologia chama atenção para os fatores que influenciam os processos de criminalização desde meados do século XX. A partir das Teorias Conflituais, passando pela Sociologia Criminal norte-americana ligada à Escola de Chicago, até os dias de hoje, observamos a construção social e política da criminalidade no âmbito do Paradigma Criminológico da Reação Social. Tais estudos resultaram naquilo que se conhece como Criminologia Crítica e, de acordo com **Alessandro Baratta**, estamos diante de uma Criminologia que se pode chamar de crítica quando encontramos a presença de duas dimensões, a dimensão da definição e a dimensão do poder.⁽¹⁾ Neste texto analisaremos a influência da comunicação de massa e das redes sociais na construção e no reforço de reações sociais negativas dirigidas às diferenciações sociais entre incluídos e excluídos, usando como exemplo algumas manifestações observadas em tais veículos sobre programas governamentais de inclusão social, redução de desigualdades e auxílio aos familiares de detentos.

Há uma linha de trabalho forte na nova Criminologia⁽²⁾ na qual se analisa o papel da mídia como produtora de significados⁽³⁾ (especialmente preocupante no caso dos problemas criminais expostos a todo instante, seja nos jornais, nas revistas, no rádio ou na televisão), que também aborda a construção de uma agenda política em torno da segurança pública e a partir da qual são difundidas e observadas as diversas formas de controle dos conflitos. Contudo, hoje temos que considerar também neste processo a presença e os efeitos de outras formas coletivas de comunicação que são as redes sociais.

Em Política Criminal podem ser observadas pelo menos duas tendências básicas: o Garantismo e o Eficientismo Penal. Falamos de tendências porque não se trata aqui de modelos puros e sim de predominâncias ou até mesmo ambiguidades e interferências recíprocas, mas ainda assim há como distingui-las. A tendência garantista assim é denominada em razão de seu foco nos direitos e garantias fundamentais e parte do pressuposto do não cumprimento das funções declaradas do sistema penal – prevenção, ressocialização, defesa social. Dela derivam correntes em que a crítica é interna ao sistema jurídico (**Ferrajoli**), externa ao sistema jurídico (**Baratta**) ou de contestação à idoneidade e à própria existência do sistema jurídico-penal (**Hulsman**), somente para citar alguns exemplos. A tendência eficientista, ao contrário, trabalha com o argumento de que o sistema penal pode ser eficiente na luta contra o crime, contanto que lhe sejam dadas todas as armas, estruturas, pessoal e investimentos necessários.

Os movimentos de lei e ordem, nesse contexto, reavivam as políticas de cunho eficientista, ao passo que dificultam a implementação de estratégias garantistas. Por meio deles há a reivindicação de maior repressão, pois os crimes não estariam sendo reprimidos suficientemente.⁽⁴⁾ O fundamento disso é a ideia de que a culpa pelo aumento da criminalidade é da “legislação branda”, bem como do “excesso de benefícios concedidos aos delinquentes”. A promessa é a redução da criminalidade em curto prazo. Para tal movimento a sociedade pode ser separada em dois grupos, o cidadão de bem e o delinquente, sendo que o último deve ser afastado do convívio da sociedade, que é o maniqueísmo mais simplista de que se tem notícias (e temos muitas notícias dele!).

A ilusão de que a elaboração e a aplicação da lei penal resolverão o problema criminal é vendida pelos chamados empresários morais, que podem ser jornalistas, políticos, líderes religiosos, artistas, pessoas de destaque na sociedade que sofreram de algum tipo de violência e ficaram traumatizadas, entre outros. Ou seja, são pessoas que conseguem articular os meios de comunicação em torno da sua moral e dos seus problemas, veiculando-os como se fossem problemas coletivos. A mídia e as redes

sociais são veículos muito utilizados para cumprir este papel, divulgando fatos e apresentando apelos que podem resultar no recrudescimento da resposta punitiva.

Tais movimentos chamados de “lei e ordem”, ao contrário do que a denominação representa à primeira vista, exigem da lei penal resultados que ela não pode apresentar e cuja visão de ordem é visivelmente autoritária, vez que se trata geralmente de modelos de vida e padrões de comportamento decorrentes de um processo de interação que se procede entre incluídos, que são do sexo masculino, brancos, adultos, já estabelecidos profissionalmente, contra os riscos provenientes da parte ignóbil da sociedade. Em resumo: “a lei que eu desejo e a minha noção de ordem”.

A Internet se consolidou como um poderoso veículo a partir do qual podemos ter acesso às mídias referidas e também se desenvolveu neste âmbito um tipo de comunicação bastante próprio e eficaz na disseminação de informações. O alcance das redes sociais é maior do que poderíamos em um primeiro momento imaginar. Calcula-se que hoje mais de 67 milhões de pessoas estão ligadas a mais famosa delas.⁽⁵⁾

Recentemente circulou por correios eletrônicos e redes sociais uma notícia que tratava sobre o auxílio-reclusão nos seguintes termos:

“Bem, talvez a grande maioria da população não saiba, mas isso existe. Trata-se do Auxílio Reclusão e é pago pelo INSS ou seja do ‘nosso bolso’! Este auxílio hoje é de R\$ 862,11 para dependentes do presidiário que contribuiu em algum tempo para o INSS. Agora, para as vítimas e suas famílias não existe bolsa ou auxílio algum.....e nosso salário mínimo é de R\$ 510,00 a partir de 01.01.2011 [sic].”⁽⁶⁾

A notícia logo se disseminou, foi cunhada a expressão “bolsa bandido”, e muitos alardearam que o citado auxílio era concedido a todos os presos, bem como era calculado por número de dependentes. Logo em seguida vieram os cálculos e as conclusões. Se o preso tivesse cinco filhos, receberia, então, R\$ 4.310,55 (quatro mil, trezentos e dez reais e cinquenta e cinco centavos), ou seja, valor correspondente aos vencimentos de pessoas que fazem parte dos extratos médios hoje no Brasil. Nesse sentido não faltaram também manifestações de que o auxílio em comento seria um incentivo à criminalidade, eis que o valor pago é bem superior ao salário mínimo. E não foi só, a notícia – via rede social – se alastrou tanto que surgiu a demanda por um plebiscito para a extinção do auxílio-reclusão.⁽⁷⁾

No entanto, é importante que se saiba que o auxílio-reclusão é um benefício social concedido a todos os dependentes⁽⁸⁾ dos presos que cumprem pena nos regime fechado ou semiaberto (não tendo direito os que estiverem em livramento condicional ou em regime aberto) enquadrados no regime previsto na Lei 8.213/1991, que tem seu fundamento no art. 201, IV, da Constituição Federal.

Ao contrário do que foi disseminado pelas redes sociais e por correios eletrônicos, o benefício não é concedido em todos os casos, visto que só têm direito aqueles que forem considerados segurados, ou seja, os que estão em dia com as contribuições ao INSS (empregado com registro em carteira ou contribuinte individual). Necessário também que o preso não esteja recebendo salário do empregador, que não seja aposentado e que não esteja em gozo de auxílio doença. Por fim, o benefício só tem lugar se o preso, à época da prisão, tinha o salário contribuição igual ou inferior ao valor do benefício.

Não se trata, pois, de “bolsa bandido”. Não é um benefício pago “do nosso bolso”, e sim um benefício a que tem direito todo trabalhador que contribuiu para a Previdência Social. Além disso, o benefício é único, não havendo, conforme veiculado, benefício pelo número de

dependentes. O benefício ao preso em valores de hoje é de R\$ 915,05 (novecentos e quinze reais e cinco centavos)⁽⁹⁾ mesmo que tenha um filho ou dez.

A notícia difundida também alardeava, em equívoco, que o benefício é um incentivo à criminalidade, seria mais vantajoso estar preso do que trabalhar e auferir um salário mínimo, o que não se confirma se observarmos os dados do Instituto Nacional do Seguro Social⁽¹⁰⁾ e do Sistema Prisional do Distrito Federal:⁽¹¹⁾

Tabela 1:

Ano	Presos	Benefícios	Percentual
2009	8.230	228	2,7%
2010	9.130	338	3,7%
2011	10.157	405	3,98%

Tabela 2:

Período	Aumento do encarceramento	Aumento da concessão de benefícios
2009 – 2010	900 presos = 10,93%	110 benefícios = 48,24%
2010 – 2011	1.027 presos = 11,24%	67 benefícios = 19,82%

Analisando o percentual de presos que receberam o benefício em face do aumento da taxa de encarceramento, constatamos que não há elementos para afirmar que o benefício é um incentivo à criminalidade. Com efeito, de 2009 para 2010 houve um acréscimo no encarceramento de 10,93%, sendo que no mesmo período houve um acréscimo de 48,24% na concessão do benefício de auxílio-reclusão. De 2010 para 2011 a população carcerária do Distrito Federal aumentou em 11,24%, sendo que no mesmo período houve um acréscimo de 19,82% no número de presos beneficiados pelo auxílio-reclusão. Isso significa, em definitivo, que não há relação entre o aumento da população carcerária e o número de benefícios concedidos, e sim, como já dissemos, que o número de benefícios concedidos depende do perfil da população carcerária que ingressa no sistema ano após ano, ou seja, se eram eles trabalhadores formalmente registrados ou não. Nesse sentido, notamos também que o benefício atinge parte mínima da população carcerária do Distrito Federal, pois no ano de 2009 representava 2,7%, em 2010, 3,7% e, por fim, em 2011, somente 3,98% da população carcerária da capital do País recebia o auxílio-reclusão, o que é por si só um dado interessante sobre a seletividade do sistema penal e as maiores ou menores possibilidades de as pessoas se defenderem e efetivamente se livrarem do risco da criminalização.

Infelizmente tais dados não circularam. A informação parcial e errônea divulgada é formadora de opinião e produziu um sentimento de indignação (desejo de convocação de plebiscito), ou seja, a partir de uma visão setorializada e não fundamentada se configura uma imagem negativa do benefício.

Após análise da bibliografia específica sobre o tema, bem como nos dados estatísticos do Distrito Federal, podemos chegar à conclusão de que a reação social e o simbolismo desencadeado pela mídia/redes sociais contribuem para o que em Criminologia Crítica se chama de “proibição de coalizão”, quer dizer, a criação e o reforço de obstáculos para que existam políticas públicas na área do controle e da resposta aos conflitos, criminalizados ou não, de forma que as pessoas cujos grupos se encontram em situação de exclusão consigam articular-se para romper este ciclo negativo. Se a maior parte da população carcerária é recrutada nos estratos sociais mais baixos há um reforço de uma visão negativa sobre estes mesmos estratos e no interior dos mesmos, o que provoca uma dificuldade em se desenvolver e transformar em políticas ou regras as demandas de tais setores.

Com isso, o Direito Penal, com sua função simbólica, reproduz as diferenças sociais, conservando uma realidade social desigual.⁽¹²⁾ No exemplo, auxílio-reclusão, ocorreu uma informação que gerou reação social distorcida, eis que o benefício corre risco de ser extinto devido a uma informação totalmente enviesada, o que só contribuiria para

dificultar as já escassas possibilidades de ressocialização.

Além disso, se o benefício do auxílio-reclusão for extinto, as famílias dos presos certamente sentirão seus efeitos, assim como a sociedade, em razão das consequências marginalizadoras resultantes. Contudo, isso não é percebido, pois no senso comum vale mais a opinião dos empresários morais que tonificam os movimentos de lei e ordem e as políticas de cunho eficientista.

O auxílio-reclusão tem, assim, sua legitimidade abalada devido ao poder conferido às definições sobre o problema criminal na lei, na prática da aplicação da lei e no senso comum, visto que as possibilidades de solidariedade para com a população carcerária se encontram dificultadas pelo princípio da *less eligibility*, segundo o qual o acesso a bens e direitos para os criminosos não é franqueado em níveis superiores ao que está disponível à população livre, o que em sociedades com grandes desigualdades sociais e econômicas como a nossa significa que os presos são impossibilitados de viver melhor do que os moradores de cortiços, favelas ou no paupérrimo universo rural que também podemos facilmente identificar na realidade brasileira (esse trecho, se veiculado na mídia, teria como destaque a parte grifada, cuja leitura descontextualizada trairia todo o significado do conteúdo principal).

Ou seja, o que há dentro dos cárceres é o reflexo daquilo que a sociedade pode produzir; o que há na comunicação social é aquilo que ela pode compreender. Políticas de transformação deste estado de coisas passam pela construção de uma sociedade menos desigual e mais solidária.

Notas:

- (1) BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica. Entrevista a Victor Sancha Mata. In. *Dei delitti e delle pene*, n. 1. Bologna, 1991.
- (2) ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 201.
- (3) Interacionismo simbólico e etnometodologia. Ver: ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- (4) ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 63.
- (5) Facebook – *Revista Época*, 05.03.2012, p. 64.
- (6) Disponível em: <<http://elizabethmetynoski.blogspot.com/2011/02/auxilio-reclusao-ou-bolsa-bandido-outro.html>>. Acesso em: 10 dez. 2011.
- (7) Disponível em: <<http://www.orkut.com.br/Main#CommMsgs?cmm=720972&tid=5539446851852950982&na=2&nst=47>>. Acesso em: 10 dez. 2011
- (8) São considerados dependentes os cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes menores de 21 anos não emancipados ou inválidos.
- (9) Desde 01.01.2012, conforme Portaria 2, de 06.01.2012.
- (10) Fonte: SUIBE – Sistema Único de Informações de Benefícios. Data: 09.12.2011.
- (11) Fonte: Secretaria de Estado e Segurança Pública do Distrito Federal, Subsecretaria do Sistema Penitenciário, Gerência de Controle de Internos, Resenha Diária (22.12.2009 / 31.12.2102 / 15.12.2011).
- (12) PAVARINI, Massimo; PÉREZ CARRILLO, Agustín; TENÓRIO TAGLE, Fernando. *Seguridad Pública: tres puntos de vista convergentes* Mexico: Alter Libros, 2006. p. 20.

Márcio Evangelista

Mestrando em Direito pelo UniCEUB-DF.

Coordenador da Revista da Escola da

Magistratura do Distrito Federal.

Juiz de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Sebastião – TJ/DFT.

Cristina Zackseski

Doutora em Ciências Sociais em 2006 pelo Centro de

Pesquisa e Pós-graduação em Estudos Comparados

sobre as Américas da Universidade de Brasília (DF).

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UnB.

Tribunais Superiores cometem um atentado à democracia

Fabio Machado de Almeida Delmanto

No último dia 07.08.2012, o STF, por sua 1.^a Turma, no julgamento do HC 109.956/PR, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, decidiu não ser mais admissível o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, sendo atualmente tal posicionamento seguido pelo STJ (conferir, p. ex., 5.^a Turma, HC 251.303/SP, DJe 03.12.2012; 5.^a Turma, HC 169.556/RJ, DJe 23.11.2012, entre outras decisões no mesmo sentido).

Tal entendimento constitui verdadeiro atentado à garantia do *habeas corpus*, conquistada arduamente pelo Brasil há mais de um século, e atualmente prevista no art. 5.^º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual: “conceder-se-á ‘*habeas-corpus*’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, embora não previsto em lei, passou a ser admitido pela jurisprudência de todos os Tribunais pátrios (inclusive do STF e do STJ), em virtude da necessidade de se garantir – imediatamente e com a máxima urgência – a defesa da liberdade do cidadão contra eventuais arbitrariedades ou ilegalidades perpetradas por autoridades públicas, sendo até mesmo admitido quando o autor do constrangimento ilegal for um particular (é o caso, p. ex., de uma clínica psiquiátrica que interna o paciente sem amparo na lei).

Conforme a legislação em vigor, caso o *habeas corpus* seja indeferido nos juízos de primeira instância, cabe recurso ordinário para o TJ ou para o TRF, conforme se trate de competência estadual ou federal. Caso o *habeas corpus* seja apresentado e indeferido no TJ ou no TRF, cabe Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – também chamado de “RHC” – para o STJ. Por fim, caso o *habeas corpus* seja indeferido pelo STJ, o “RHC” deve ser apresentado ao STF.

Dito isso, convém esclarecer sobre o chamado *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, ou simplesmente “HC substitutivo”.

Nos casos de prisão ilegal – já efetuada ou na iminência de sê-lo –, não pode o advogado ou mesmo o cidadão (lembre-se que o próprio cidadão pode ingressar com o *habeas corpus*, sem necessidade de ter advogado) aguardar o trâmite demorado do processamento do recurso ordinário, sob pena de correr o risco de a ilegalidade ser mantida ou mesmo consumada com incalculáveis e irremediáveis prejuízos para o cidadão que sofre o constrangimento ilegal.

“no caso de ser negado o *habeas corpus* na instância inferior, o cidadão terá que aguardar todo o trâmite do recurso ordinário, inclusive a publicação do acórdão, para somente então ingressar com o recurso ordinário, que passará por todo um trâmite na instância inferior, até chegar à instância superior, o que pode levar meses ou até anos!”

Por isso, em casos assim, a jurisprudência – de todos os tribunais do País, repita-se – pacificou-se no sentido de admitir o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, o qual é apresentado “no lugar” ou “em substituição” do recurso legalmente cabível (que é o recurso ordinário). Busca-se, com isso, evitar um mal maior e impedir que o constrangimento ilegal seja mantido sem um remédio ou socorro imediato, o que sem dúvida constitui um das marcas mais significativas de nosso Estado Democrático de Direito.

O uso do chamado *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário é justificável, portanto, pela urgência do caso concreto e pela morosidade no trâmite do recurso ordinário (tanto na instância inferior quanto na instância superior). As principais causas de tal morosidade são as seguintes: 1) o trâmite do recurso ordinário se dá na instância em que ocorreu a ilegalidade (instância inferior), para subir ao Tribunal (instância superior) somente após o seu término; 2) durante este trâmite, a parte contrária – geralmente o Ministério Público –, é chamada a apresentar contrarrazões ao recurso, o que ainda ocorre na instância inferior; 3) somente, então, o recurso ordinário é remetido à instância superior, onde será distribuído a um relator.

A inexistência de liminar no recurso ordinário é, sem dúvida, outro argumento que justifica o uso imediato do *habeas corpus* substitutivo, em que a liminar é cabível, desde que demonstrada a manifesta ilegalidade e a urgência do caso concreto (p. ex., a prisão ilegal).

A abolição do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, em prol exclusivamente do uso do recurso ordinário de *habeas corpus*, tal como decidido recentemente pelo STF (1.^a Turma) e seguida agora pelo STJ (5.^a Turma), trará consequências gravíssimas – e ainda incalculáveis – aos cidadãos, especialmente nos casos de patente ilegalidade na liberdade de ir e vir. Daí o grave atentado à democracia praticado pelos Tribunais Superiores.

Isso porque, no caso de ser negado o *habeas corpus* na instância inferior, o cidadão terá que aguardar todo o trâmite do recurso ordinário, inclusive a publicação do acórdão, para somente então ingressar com o recurso ordinário, que passará por todo um trâmite na instância inferior, até chegar à instância superior, o que pode levar meses ou até anos!

Os argumentos utilizados pelo STF e pelo STJ para abolir o uso do *habeas corpus* substitutivo são os seguintes: (i) tanto o STF quanto o STJ estão superlotados de *habeas corpus* (“atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 109 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários” – voto do Min. Marco Aurélio no HC 109.956); (ii) a Constituição Federal menciona apenas o recurso ordinário de *habeas corpus*, nada falando a respeito de *habeas corpus* substitutivo (art. 102, II, *a* e art. 105, II, *a*), o mesmo ocorrendo com a legislação infraconstitucional (leia-se: CPP e Lei 8.038/1990).

Ora, na visão da Advocacia, tal entendimento não se sustenta.

Em primeiro lugar, porque o fato de a Constituição Federal e a legislação ordinária não disporem acerca do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, não impede o seu manejo, sobretudo nos casos de urgência e patente ilegalidade. Ao revés, a nosso ver, o entendimento contrário viola a própria garantia constitucional do *habeas corpus* (CF, art. 5.^º, inciso LXVIII), uma vez que limita o seu uso.

Em segundo lugar, porque a alegada sobrecarga de processos no STF

e no STJ não pode ser atribuída aos *habeas corpus*. Em consulta ao site oficial do STF (feita em 13.09.2012), verifica-se que, no ano de 2012 foram autuados (ou seja, entraram pela primeira vez no STF) 25.374 processos, sendo 4.592 de ações de classe Originária (nas quais se incluem os HC e os RHC) e 20.782 de ações de classe Recursal (incluem apenas os RE, ARE e AI). Ou seja, comparando-se tais dados com aqueles mencionados no voto condutor do HC 109.956 (STF), tem-se que, dos 25.374 processos autuados em 2012, somente 2.181 se referem a *habeas corpus*, ou seja, os *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário – que agora o STF e o STJ pretendem abolir – representam somente cerca de 8,6% dos processos autuados em 2012 no STF.

Em poucas palavras: a abolição dos *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário reduzirá, quando muito, os processos em apenas 8,6%! Não há dúvida, portanto, de que o preço que se pagará por tal economia – sobretudo sob a ótica dos direitos e garantias individuais, que é a base do nosso Estado Social e Democrático de Direito – será enorme e desproporcional, não parecendo ser esse o melhor caminho para se resolver a sobrecarga de processos nos Tribunais Superiores.

Isso sem mencionar a avalanche de medidas cautelares inominadas que certamente invadirá o STF ou mesmo o STJ nos casos de urgência inadiável (prisão ilegal, p. ex.), em que o paciente não poderá aguardar todo trâmite – moroso e burocrático – do recurso ordinário na instância inferior.

Por fim, a precariedade dos argumentos do STF e do STJ, data vênua, é tamanha que a jurisprudência atual desses mesmos Tribunais tem aberto exceções para conceder *habeas corpus* “de ofício” nos casos de patente ilegalidade e desde que o *habeas corpus* tenha sido protocolizado antes da mudança do entendimento jurisprudencial do STF (ou seja, antes de 07.08.2012).

Ora, tal entendimento na verdade coloca em “xeque-mate” o entendimento atualmente defendido pelo STF e pelo STJ (a abolição dos *habeas corpus* substitutivos), pois demonstra que há situações de grave ilegalidade que precisam ser urgentemente conhecidas e

solucionadas (como se diz na praxe forense, “de ofício”), não podendo aguardar o trâmite moroso e burocrático do recurso ordinário. Ora, de que forma o STF ou o STJ podem vir a conhecer da ilegalidade (a ser sanada “de ofício”), senão pelo manejo do *habeas corpus* substitutivo?! A abolição deste último impedirá o conhecimento da ilegalidade por parte do Tribunal, ficando a ilegalidade sem remédio algum (fato, aliás, que viola a garantia prevista no art. 5.º, inciso XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Por fim, rebatendo ainda o entendimento do STF e do STJ, não parece lógico, razoável nem justo separar a questão entre *habeas corpus* protocolizados antes e depois de 07.08.2012.

A 6.ª Turma do STJ, embora no geral acompanhe o entendimento inaugurado pelo STF e acolhido integralmente pela 5.ª Turma do STJ, demonstrando sensibilidade ao tema e atenta à gravidade da mudança anunciada, abre uma exceção para admitir o enfrentamento da matéria (ainda que trazida pela via inadequada do *habeas corpus* substitutivo) para “fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente” (vide HC 211.806/MG, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 27.11.2012, DJe 05.12.2012).

É uma luz no fim do túnel.

Como dito, há casos urgentes que não podem aguardar o trâmite moroso do recurso ordinário, e precisam de solução imediata, sendo o *habeas corpus* substitutivo o único meio viável em nosso sistema para atender a essa urgência. Como disse o eminente advogado criminalista Dr. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, em recente almoço realizado pelo MDA – Movimento de Defesa da Advocacia, “querem resolver a doença matando o doente”, referindo-se, é claro, às recentes decisões do STF e do STJ sobre a matéria.

Fabio Machado de Almeida Delmanto
Mestre em Processo Penal pela USP.
Advogado.

Descasos

Psicólogos

Alexandra Lebelson Szafir

“Psicólogo é quem escuta e decifra para quem fala o que este não sabe sobre si mesmo” – CARLA MORA DEI TARDELLI, psicóloga judiciária chefe da Vara da Infância e Juventude do Fórum de Santana.

Este mês, a coluna “Descasos” será um pouco diferente dos demais: não se contará aqui a história de uma pessoa para exemplificar os descasos que certamente ocorrem com milhares de outras pessoas país a fora. Far-se-á o oposto: trataremos de um único descaso – institucional –, que afeta milhares de presos. As histórias individuais decorrentes desse descaso ficarão a cargo da imaginação do leitor.

Tudo começou com uma inocente postagem minha no Facebook. Nela, eu dizia que concordava com uma afirmação feita pelo Ministro Dias Toffoli, proferida no rumoroso julgamento da Ação Penal 470, de que a prisão é inútil como forma de punição, devendo ser restrita a quem oferece perigo real à sociedade se posto(a) em liberdade.

A postagem provocou uma discussão acirrada sobre o tema. Chamou a atenção o comentário de uma senhora, a qual dizia absurdos tais como que a prisão sem trabalhos forçados é um SPA. Referia-se aos presos como “fdp”.

Achando que fosse mera questão de ignorância, respondi que, se ela achava que presídios eram SPAs, ela precisava urgentemente visitar um deles.

Foi aí que veio o choque: o problema era muito mais grave do que simples ignorância. Essa senhora disse que – pasme, leitor – trabalhara durante muitos anos numa conhecida penitenciária do Rio de Janeiro como psicóloga!

Como nada podia estar mais distante da definição do psicólogo em epígrafe, que exige um mínimo de *empatia* com o paciente, lembrei-me de antigas queixas que eu ouvia de presos a respeito dos psicólogos que atuam nos presídios e da falta de critério na elaboração dos famigerados e debatidos exames criminológicos. Resolvi, então, me aprofundar no tema e tentar descobrir se o problema era dos psicólogos contratados (o que haveria, então, de errado com os critérios de contratação?) ou se, por outra, aquela senhora foi uma exceção e os presídios contam com profissionais competentes e bem-intencionados, tolhidos por um sistema que simplesmente não permite que eles façam um bom trabalho.

Infelizmente, descobri um pouco dos dois. Para começar, há

pouquíssimos psicólogos para uma enorme população carcerária, o que inviabiliza um trabalho de qualidade.

A promulgação da Lei 10.792, que substituiu, para fins de progressão de regime, a exigência do exame criminológico pelo atestado de boa conduta carcerária, foi fruto de árdua luta do ex-Secretário da Administração Penitenciária de São Paulo, Dr. Nagashi Furukawa. Ele sentia, como muitos (eu, inclusive), que a atuação dos psicólogos nos presídios era equivocada: em vez de trabalharem para a recuperação dos presos, dando-lhes o necessário atendimento psicoterápico, limitavam-se a opinar sobre a progressão de regime.

A mudança legislativa foi festejada por muitos que atuam na área, porque se sabia que os tais exames eram inúteis e, geralmente, porcosamente realizados (por motivos que se explicam mais adiante).

Mas se festejou cedo demais. O tempo mostrou que se equivocaram os que acreditaram que a lei simplesmente seria cumprida. Muitos promotores de justiça continuam requerendo, e muitos juízes, determinando, a realização dos tais exames, *ao arrepio da lei*, na minha opinião, não obstante a Súmula 26 do Supremo Tribunal Federal.⁽¹⁾⁽²⁾

Os presos ficam encarcerados por anos a fio, sem que ninguém avalie se eles precisam de atendimento psicoterápico. Aí, vem um psicólogo que não os conhece, jamais os viu, e numa entrevista de meia hora (ou uma, ou duas, ou três que sejam), “*opina*” – na prática, decide, pois os juízes raramente contrariam o laudo psicológico⁽³⁾ – se ele está apto ou não para a progressão de regime. Nem há condições de ser de outra forma, dado o insuficiente número de membros das comissões técnicas diante da quantidade de presos no sistema. Alguém de fato acredita – e nesta pergunta, incluo os promotores de justiça que requerem e os juízes que determinam a realização dos exames criminológicos – que, feitas nessas condições, essas avaliações têm algum valor? Talvez a famosa velhinha de Taubaté, personagem do grande Luis Fernando Veríssimo, creia nisso... A mim, me parece, salvo exceções, uma maneira cômoda (e hipócrita) de delegar a responsabilidade da decisão e/ou postergar a liberdade de quem pleiteia a progressão de regime.

Mas há mais. Ao menos antes da mudança legislativa, chegava-se a absurdos *ainda maiores*. Um exemplo disso é contado por um médico psiquiatra do sistema penitenciário paulista, que tinha um colega que fazia os laudos da seguinte maneira: mandava enfileirar os examinandos do dia e se fazia acompanhar de um auxiliar, que tinha cinco ou seis modelos de laudos previamente redigidos. Depois de três ou quatro perguntas, dizia: “laudo 3. Venha o próximo...”.

E, ainda hoje, são famosas as expressões padronizadas e vazias contidas nos laudos, como “*imaturo (a)*”, “*Periculosidade mantida*”, “*não tirou proveito da terapêutica penal*”,⁽⁴⁾ “*não está arrependido da prática do crime*”, “*apresenta baixo estímulo de vida*”.

Pois bem. Descritas algumas falhas do sistema (*grosso modo*, pois o espaço exíguo desta coluna não permite uma análise mais aprofundada), resta a outra questão: e os psicólogos individualmente? A mulher mencionada no início deste texto seria uma exceção? Ou haveria outros como ela, nutrindo raiva, desprezo e preconceito contra os presos que deveriam tratar ou, ao menos, avaliar?

É claro que toda generalização é burra. Não posso – nem quero – falar de todos, ou sequer da maioria dos psicólogos que atuam no sistema penitenciário. Mas a situação é gravíssima de qualquer modo, pois em entrevistas com várias pessoas que conhecem de perto o sistema prisional⁽⁵⁾ – a maioria, egressas há pouco tempo de penitenciárias – descobri que existem muitos como a tal “psicóloga” do Facebook. E isso, repito, já é muito grave.

Veja-se, a respeito, alguns depoimentos:

“*Negligência total, por muitas vezes precisei e não me deram atenção, e quando me atendiam a preocupação era a quantidade de presas atendidas e não a qualidade do trabalho que teriam que fazer,*

elas(es) estão ali só para marcarem ponto.

(Gilda)⁽⁶⁾

“*Encaminhadas a Assistentes Sociais e a Psicólogas que nos faziam as perguntas mais ridículas do mundo.*

– *O que é liberdade para você?*

– *O que significa a palavra liberdade?*

“*Escutei quando minha mãe contava a Psicóloga o que realmente havia acontecido e vi no olhar a indiferença e o pouco caso que aquelas pessoas faziam do que tínhamos passado. As pessoas já estavam com a opinião formada. Não respondi a nenhuma pergunta, continuava parada e pensando onde estavam os meus direitos? Decidi não mais falar.”*

(Maria)

“*Psicólogos?????*

Que psicólogos??????

E existe isto dentro da penitenciária??????

Sinceramente, nunca passei por um(a), porque sempre consegui estar nos bastidores e via o que falavam entre si sobre as presas.

“*É muito angustiante você saber que para sair precisa hoje de um exame criminológico, onde uma das pessoas que te entrevistaram é um psicólogo, o qual nada sabe da sua vida, já lhe entrevista com opinião formada independente do que tu diga ou não, sem falar que tu vai conversar com uma pessoa que não tem a mínima intimidade e sabendo que desta conversa depende tua liberdade*

Meu Deus, que m[...]!!!!!!!

A hipocrisia lá dentro é muito grande, nenhum projeto tem continuidade, e quando por Deus aparece um ser com alguma coisa em mente a fazer em prol das presas, o próprio sistema diz: ‘Fique na sua, apenas compareça, porque o ritmo aqui é assim e assado’.

Várias vezes ouvi falarem entre si da Rosa,⁽⁷⁾ que você, como uma advogada como é, estava perdendo teu tempo, que a Rosa não precisaria de muito para voltar para a cadeia, e olhe ela, segunda feira começa em um serviço registrada, está correndo atrás do que pode com vontade de crescer.

E eu... Me dizem até hj que sou dissimulada, e estou armando alguma coisa.

Estes são os psicólogos dentro do sistema penitenciário.”

(Scarlet)

Outro entrevistado, que trabalha há muitos anos em penitenciárias femininas (e que por razões óbvias, preferiu não se identificar) disse que, se de um lado, é verdade que o número reduzido de psicólogas não permite que se faça um acompanhamento terapêutico das presas, de outro não é menos verdade que a maioria das que ele já conheceu não gosta e não quer fazer esse atendimento e se recusa a entrar nos pavilhões, preferindo ficar no que ele chama com muita propriedade de “*linha de montagem do exame criminológico*”. Do alto de seus muitos anos de experiência, ele afirma que “*a presa que melhora psíquica e emocionalmente é uma heroína e deve isso apenas a si própria*”. E completa com a pergunta: “*se não é feita uma avaliação psicológica da presa quando ela entra, para ver se ela precisa de terapia, por que essa avaliação é necessária para ela sair? Seria uma admissão de que cadeia enlouquece?”.*

Com sentimentos hostis aos presos, sem nem conhecerem os avaliados, qual é a possibilidade de esses profissionais emitirem um parecer imparcial e puramente científico?

Como foi dito anteriormente, a mudança legislativa foi muito festejada. O sentimento, na época, dos que aprovaram a mudança, pode ser traduzido nas palavras do Dr. Nagashi: “*Os presos estariam livres da tortura mental que as entrevistas significavam para eles, da ansiedade nas*

vésperas e da revolta ante o resultado negativo. Saberiam que ninguém mais iria perscrutar o seu íntimo ou vasculhar o seu passado. Tendo bom comportamento, seus direitos seriam reconhecidos, sem dependência da opinião de terceiros. Dependia, a partir dali, só deles. Os técnicos passariam a dedicar seu tempo em projetos de reintegração social e em atividades de individualização da pena. O Estado, finalmente, passaria a fazer aquilo que é o principal objetivo da execução penal: 'proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado' (art. 1.º da LEP). Esse objetivo nunca foi alcançado porque havia muita preocupação em impedir a saída dos presos ao invés de criar condições favoráveis para sua volta à sociedade”.

Infelizmente, não foi o que ocorreu. Ainda que hoje muitos presos obtenham a progressão sem os exames criminológicos, também é verdade que os psicólogos e psiquiatras, ao que se tem notícia, continuam dedicando seu tempo nos presídios integralmente à realização desses exames, e não à assistência aos presos – essa, sim, ainda obrigatória por lei –, porque estes ainda são determinados judicialmente em larga escala – a tal ponto, que leigos no assunto costumam dizer que “o exame criminológico voltou”, como se tivesse havido nova alteração legislativa restabelecendo a sua obrigatoriedade!

Tudo quase como antes. A Lei de Execuções Penais continua sendo descumprida, na medida em que o Estado não oferece o necessário apoio psicoterápico para a ressocialização dos presos.

E quem perde com isso é a sociedade.

Notas:

- (1) “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a

inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

- (2) É importante ressaltar que o TJSP, por vezes, tem decidido que a gravidade do delito, por si só, não é fundamentação idônea para se exigir o exame. Confira-se, por exemplo, o HC 1402835920128260000/SP 0140283-59.2012.8.26.0000, Relator: Péricles Piza, j. 10.09.2012, 1.ª Câmara de Direito Criminal, publ. 13.09.2012.
- (3) Estudo realizado meses antes da Lei 10.792 evidenciava, com quadros estatísticos inabaláveis, que o exame criminológico conduzia drasticamente o magistrado à decisão sugerida pelos técnicos (“Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da Vara de Execuções Criminais do Estado de São Paulo” – Alessandra Teixeira e Eliana Blumer Trindade Bordini, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 44, p. 267-277).
O Dr. **Nagashi** se refere a isso como a chamada “ditadura dos laudos”. Em suas palavras: “Em pleno Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, cujas funções são importantíssimas no equilíbrio dos poderes, acabava [e ainda acaba, digo eu] se sujeitando, em uma das áreas mais relevantes de sua atuação – a liberdade humana – a um poder ditatorial exercido por técnicos do sistema penitenciário”.
- (4) Não, não é piada.
- (5) As perguntas aos entrevistados foram as mais genéricas possíveis, de modo a não induzir nenhuma resposta, positiva ou negativa.
- (6) Os nomes dos depoentes foram trocados por motivos óbvios. As expressões utilizadas por eles foram mantidas fielmente.
- (7) A depoente se refere a uma cliente minha, já em regime aberto, cujo nome também foi trocado.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

Laboratório de Ciências Criminais

Tenha uma formação jurídica de qualidade em ciências criminais.

TURMAS 2013

19

O programa de iniciação ao estudo científico, promovido pelo IBCCRIM, é destinado a estudantes das Faculdades de Direito.

INSCRIÇÕES ABERTAS PARA O PROCESSO SELETIVO

Ribeirão Preto | início das aulas **08 de março de 2013**

São Paulo | início das aulas **25 de março de 2013**

inscrições / informações no Portal IBCCRIM | www.ibccrim.org.br

VAGAS LIMITADAS

IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar - São Paulo - SP - CEP 01018-010

(11) 3111-1040 ramal 154 - laboratorio@ibccrim.org.br



THOMSON REUTERS

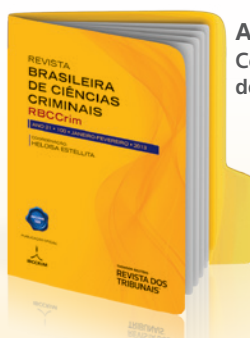
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

Direito Penal é na Revista dos Tribunais

Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim Publicação indiscutivelmente obrigatória para todo pesquisador do âmbito das Ciências Criminais.



Assinatura Impressa
Periodicidade Bimestral
COORDENAÇÃO
Heloisa Estellita



Assinatura Digital
Conteúdo Digital
desde 2002

Publicação Oficial do Instituto
Brasileiro de Ciências Criminais

Referência teórica em ciências penais, está entre as melhores publicações de Direito Penal do país. Possui artigos de diversas áreas conexas às ciências criminais (ciências sociais, história, antropologia) com alto valor teórico e aplicação prática.



Código Penal Comentado
13.ª edição
Guilherme de Souza Nucci



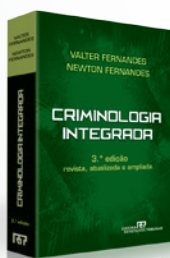
Código Penal Comentado
Versão Compacta
2.ª edição
Guilherme de Souza Nucci



Manual de Direito Penal
9.ª edição
Guilherme de Souza Nucci



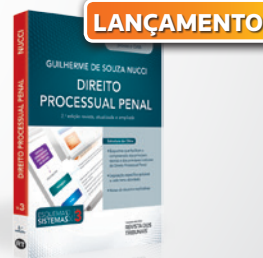
A Lei Maria da Penha
na Justiça
3.ª edição
Maria Berenice Dias



Criminologia Integrada
3.ª edição
Valter Fernandes e
Newton Fernandes



Direito Penal Econômico
5.ª edição
Luiz Regis Prado



Direito Processual Penal
Esquemas & Sistemas – v. 3
2.ª edição
Guilherme de Souza Nucci

Televendas 0800-702-2433

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavaí • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió

Endereços completos em: www.rt.com.br/lojas ou www.livrariart.com.br/lojas



THOMSON REUTERS™