

Editorial

As agruras da execução criminal no Brasil: solução por via inconstitucional?

O Tribunal de Justiça de São Paulo tomou a iniciativa, tendo em vista os problemas atinentes ao sistema de execução de penas no Estado, de propor à Assembleia Legislativa projeto de lei com o objetivo de modificar substancialmente a estrutura administrativa da magistratura, no que concerne à jurisdição da execução penal.

Este Projeto de Lei Complementar 69/2011, de iniciativa do próprio Tribunal – já aprovado pelo Órgão Especial em 23 de janeiro último –, prevê, entre outras questões: (i) a regionalização e centralização da execução penal; (ii) a desvinculação das unidades prisionais com as respectivas regiões de execução; (iii) a nomeação de juízes para a execução penal por indicação do presidente do Tribunal e chancela do Conselho da Magistratura do Estado.

A nova legislação pretende criar o Departamento de Execuções do Estado de São Paulo e prevê, em seu primeiro artigo, que se crie o Departamento de Execuções e que “o Conselho Superior da Magistratura **designará** os juízes que atuarão nos Departamentos aludidos no caput deste artigo, a partir de **indicação** do Presidente do Tribunal de Justiça”.

O projeto substitutivo tem sérios problemas e tende a levantar a bandeira da *necessidade de que se faça alguma coisa a qualquer custo*. Importante que se reafirme que o sistema de execução penal no Estado de São Paulo, e mesmo em todo o país, sofre pela ineficiência e des controle da situação carcerária. De outro revés, não se pode aceitar que a patologia seja medicada com a criação de outros cancros no próprio sistema.

De se ver que, já em seu introito, o projeto de lei despreza garantias previstas pela Constituição Federal, que não podem ser tocadas por qualquer legislação, muito menos por legislação estadual infraconstitucional. Não é legítimo que se pense em um departamento de execução penal, absolutamente desvinculado do local da execução e protagonizado por juízes indicados pelo próprio Presidente do Tribunal de São Paulo. Juízes estes, portanto, desprovidos de parte das garantias instituídas pela Constituição para garantir sua imparcialidade. A legislação proposta no Estado de São Paulo implica possibilidade de destituição do juiz de seu cargo por ato do Conselho da Magistratura e por indicação do Presidente do Tribunal, o que poderá ocorrer a qualquer tempo e, quiçá, em virtude de alguma decisão indesejada ou mal recebida.

A certeza acerca da titularidade do exercício perene do cargo, ou seja, a garantia constitucional da inamovibilidade do juiz justifica-se para assegurar a

aplicação do devido processo legal, evitando a criação de tribunais “*ad hoc*”, ou *tribunais de exceção* – observando-se, assim, o princípio do juiz natural. A imparcialidade necessária ao exercício da jurisdição é resguardada pelos concursos de promoção e remoção previstos na legislação estadual.

Só está a salvo de pressões, para o exercício consciente e sereno de seu ofício, com total independência e sem controle que não seja o derivado da própria atividade recursal, o juiz que não possa ser afastado de onde exerce sua jurisdição por critérios de conveniência administrativa ou política.

Ademais, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) prevê, em seu art. 2.º, a legalidade da jurisdição na execução penal, da mesma forma como está prevista para todo o ordenamento jurídico, sem exceções. Segundo o Código de Processo Penal, não é possível a indicação de juízes para locais específicos da jurisdição. Para cada vaga em aberto deve haver concurso de promoção e remoção, de acordo com a vontade e liberdade de cada magistrado candidato.

Desvincular o juiz competente pela execução do local onde a pena é executada acarretará imensas deficiências e dificuldades. O juiz, estando fisicamente distante, terá menor percepção dos problemas a serem solucionados nos presídios. Famílias – a maioria desprovida de meios para tanto – enfrentarão verdadeiro périplo para conseguir visitar o preso e obter informações sobre o processo de execução, assim como os advogados e defensores, que terão de se desdobrar entre as duas localidades. Levando em consideração os déficits já existentes nessa seara, tudo indica que o projeto debilitará ainda mais o exercício dos direitos dos presos.

Não é legítimo que se pretenda solucionar a morosidade e a lentidão do sistema de execução de penas com a destituição de garantias constitucionais consagradas ao longo da história do País, que estabelecem um processo penal racional, centrado na imparcialidade e objetividade do magistrado.

A situação da execução penal, por si só, já é preocupante. Contudo, mais preocupante do que isso é observar que são as nossas próprias casas legislativas, impulsionadas pelo Tribunal de Justiça do Estado, que pretendem resolvê-la valendo-se do descumprimento de regras constitucionais. A retórica do discurso utilitarista não deve ser – mais uma vez – responsável por frustrar a expectativa de melhora da condição carcerária no país. Precisamos, sim, de medidas eficazes, legítimas, e, acima de tudo, constitucionais.

Editorial

Memórias de milícias
Vera Malaguti Batista _____ 2

O conversador da praça da Sé
Alvino Augusto de Sá _____ 4

Promoção de fins por meio de normas penais: *possíveis* mecanismos de um *necessário* controle
Raquel Lima Scalcon _____ 6

O estágio inicial de implementação do monitoramento eletrônico no Brasil
Bernardo de Azevedo e Souza _____ 8

Os crimes digitais e as Leis 12.735/2012 e 12.737/2012
Marcelo Xavier de Freitas Crespo _____ 9

O Supremo Tribunal Federal, a restrição ao *habeas corpus* e o marido traído
Tiago Abud da Fonseca e
Henrique Guelber de Mendonça _____ 11

Um lapso momentâneo da razão no Supremo
Lucas Costa Santos e
Otávio Dias de Souza Ferreira _____ 13

Breve análise dogmática do Decreto Presidencial 7.873/2012 (que concede indulto e comutação de penas)
Patrícia Borin Ribeiro e
Thiago Pedro Pagliuca dos Santos _____ 14

Mulheres visitantes em unidades prisionais: da invisibilidade ao *tertium genus* social. Ainda o Direito Penal do Inimigo
Saulo Dutra de Oliveira _____ 16

DESCASOS

Soon-Yi
Alexandra Lebelson Szafrin _____ 18

Caderno de Jurisprudência

IO DIREITO POR QUEM O FAZ _____ 1637

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal _____ 1641

Superior Tribunal de Justiça _____ 1642

Tribunal Regional Federal _____ 1643

Tribunal de Justiça _____ 1644

Memórias de milícias

Vera Malaguti Batista

A tentativa de resolver problemas político-sociais gravíssimos mediante o aumento das penas é um recurso amplamente utilizado na contemporaneidade. A gestão da miséria no neoliberalismo⁽¹⁾ produziu uma gigantesca onda punitiva que se espalhou à direita e à esquerda do panorama político. **Nilo Batista** afirma que a pena é um fetiche que encobre a conflitividade social com suas sombras, produzindo catarses midiáticas que na verdade não só afetam a administração dos problemas como costumam agravá-los. Foi um pouco desse espírito que norteou em 1988 a inclusão na nova Constituição da categoria de *crimes hediondos* “nascida de uma quizila estúpida entre deputados aparentemente antagônicos, porém essencialmente acordes na política criminal”,⁽²⁾ produzindo na realidade brasileira um gigantesco território de exceção que se amplia a cada crime transmitido ao vivo e a cores pelas telas onipresentes.

Podemos pensar historicamente, na longa duração, que o Brasil tem uma tradição autoritária que permanece apesar de breves hiatos em que conjunturas especiais demandam mais controle do poder punitivo. Foi assim na saída da ditadura que se enraizou depois do golpe de 1964:

“Na transição da ditadura para a ‘democracia’ (1978-1988), com o deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum, com o auxílio luxuoso da mídia, permitiu-se que se mantivesse intacta a estrutura de controle social, com mais e mais investimentos na ‘luta contra o crime’. E, o que é pior, com as campanhas maciças de pânico social, permitiu-se um avanço sem precedentes na internalização do autoritarismo. Podemos afirmar sem medo de errar que a ideologia do extermínio é hoje muito mais massiva e introjetada do que nos anos imediatamente posteriores ao fim da ditadura”.⁽³⁾

A lenta reconstrução do inimigo interno se deu na produção do grande medo e do encobrimento da discussão sobre a questão criminal, substituída pelas receitas fáceis vendidas pela indústria do controle do crime como pacotes fechados e distantes da realidade nacional: modelos de polícia, tecnologias de vigilância, prisões *high tech*, armas letais e não letais, enfim, o lixo da “guerra fria”, agora reciclado para o grande e sustentável “combate ao crime”. O formato de guerra permaneceu incólume, redirecionado aos novos alvos, os escombros da mão de obra rejeitados pelo capital vídeo-financeiro que realmente se enraíza no Brasil a partir dos anos 90. Passadas duas décadas “perdidas”, os trabalhadores sem trabalho se atiraram aos difíceis ganhos fáceis dos circuitos ilegais e perigosos. A política criminal de drogas, imposta pelos Estados Unidos na conjuntura do golpe, vai cobrando vidas, recursos econômicos e espaço na mídia, o que vai minando as redes de resistência à truculência policial, forjadas nas lutas contra a ditadura.

O traficante se converte no inimigo público número um, essa espécie de herege que quer a alma das nossas crianças.⁽⁴⁾ A guerra contra as drogas é localizada: nas favelas, periferias e nos campos de nosso país. Suas mortes são celebradas pela opinião pública com declarações que passam a naturalizá-las: fulano foi morto pela polícia, ele era trabalhador, não era traficante... O medo do crime e da letalidade dos mercados proibidos vai produzindo uma colossal demanda por mais pena, mais prisões, mais polícia. Nas polícias, aquelas forças especiais antes limitadas começam a se expandir em número, armamento, letalidade e, principalmente, em adesão subjetiva. É aí que surge a legião de caveiras e camisas pretas, como ecos das polícias do nazifascismo, e nossos âncoras inquisitoriais, escravistas e genocidas. A política criminal de drogas foi o maior vetor do que

denominamos “o grande encarceramento”, a maior expansão carcerária da história do Brasil e do mundo ocidental.

O clamor popular é por mais segurança, mais pena e mais polícia, estabelecendo um novo ciclo de autoritarismo na “democracia”: o Estado de polícia.⁽⁵⁾ Assistimos a uma profunda “policização” das nossas vidas: do Judiciário à academia, cria-se um coro acrítico e ululante. Todos querem um pedaço da cena, principalmente a classe política que vai pontificar nos períodos eleitorais com novas propostas de endurecimento para o macabro circo da segurança. Esse mercado, no público e no privado, vai recrutar quantidades inimagináveis de trabalhadores nos dois *fronts* da guerra. É um circuito brutal e brutalizante que pontua o cotidiano da vida de todos, mas, em especial, a vida dos pobres que atravessarão rios de sangue, esquivando-se de muitas cabeças cortadas, educados agora por um cotidiano de terror e truculência.

A policização da vida faz circular o conteúdo bélico das metáforas: conquista de território, guerra, combate, cruzada. A guerra contra o crack tem produzido cenas de truculência que são motivo de espanto em todas as redes de saúde coletiva do mundo. Esse retrocesso ou regressão das utopias democráticas que acalentávamos na saída da ditadura tem efeitos perturbadores: a desmanicomialização, conquista das reformas psiquiátricas na década de 1980, está sendo revertida por um serviço social totalmente policizado com a prática e a discussão desqualificada das internações compulsórias.

No Rio de Janeiro rebelde, laboratório de experiências autoritárias e palco da remilitarização da segurança pública, surge um processo que se inicia com as gratificações faroeste (os policiais ganhavam bônus pelo número de execuções) na década de 1990. Nesse mesmo período, **Carlos Magno Nazareth Cerqueira** escreveu um artigo profético em que analisava os novos rumos do trabalho da polícia na democracia.⁽⁶⁾ Aqueles “esquadrões da morte” ou “grupos de extermínio”, desarticulados pelos esforços das primeiras eleições diretas para governador, começam a ser incensados pelos governantes (em especial um prefeito) e pela grande mídia como grupos de autorresistência contra o grande inimigo, o “narcotráfico”. Passam a ser chamados *milícias*, o que lhes confere um novo *status* e uma relegitimação. Cabe aqui um parêntese: naquele hiato democrático, logo após o fim da ditadura, tramitou na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro um projeto de lei que regularizava o segundo emprego do policial. Atacado pela direita autoritária e pela esquerda messiânica, o projeto se inscrevia naquilo que **Rosa del Olmo** refletia sobre as políticas criminais de drogas do nosso continente, a ideia do controle pela legalidade. Em várias partes do mundo o policial realiza trabalhos fora da sua jornada institucional, uniformizado e registrado em sua base, tendo que prestar contas também de suas tarefas extraturno. A ilusão de que mais e mais policiais resolveriam a intensa conflitividade social foi ampliando o problema, junto com sua glamorização. Mal-pagos e sem controle nenhum as (agora) milícias se multiplicam produzindo novos terrores e constituindo-se em profecias autorrealizáveis. A partir dos anos 2000, no Rio de Janeiro, novas experiências (agora com a entrada dos sociólogos colaboracionistas) dobram os autos de resistência da década de 1990. O Estado de polícia não é mais uma metáfora e a guerra ao tráfico é intensificada com mais mortes e mais licenças para matar. Por ingenuidade ou ignorância, a guerra às drogas no século XXI

se concentra contra uma das “empresas” do varejo, a mais histórica e menos misturada com o segundo emprego da polícia. Qualquer estudante de economia inferiria que, ao atacar uma só empresa, estaria fortalecendo a concorrência. Afinal, qual impedimento ético evitaria a passagem da administração do gás e do gatonet⁽⁷⁾ para a tomada do valioso mercado de drogas? Quando as autoridades se deram conta, as *milícias* já tomavam a região da zona oeste, enfrentando as forças públicas, seus pares e configurando novos mapas de domínio da economia popular.

As UPPs⁽⁸⁾ retomam, a partir do modelo norte-americano e israelense de retomada de território inimigo, essa economia popular que, antes demonizada, converteu-se no eixo central do capital vídeo-financeiro.

O mais preocupante da escalada penal contra as *milícias* é a repetição de um olhar demonizante que dificulta a compreensão dos fatos e, por isso, nos impede de dar um passo adiante em relação à macabra letalidade que nos assombra. Nunca se colocou na mesa de debate a história do surgimento das facções no Rio de Janeiro e no Brasil. Era mais fácil associá-las ao inimigo político da ocasião. Todas as ditas facções nasceram das opressões penitenciárias, estabelecendo redes de proteção para as populações encarceradas e suas famílias. A demonização que precede o combate e a guerra santa não ajudou a desfazer os nós centrais da questão: os efeitos perversos do proibicionismo como os mercados paralelos, sua brutalidade, sua capacidade de recrutamento nas décadas perdidas, os acertos com a base da polícia. Na superfície, não se negocia; nas profundezas do cotidiano, todos os acertos são possíveis diante de uma política criminal que já dura mais de 40 anos e tem o fracasso como principal marca. Outra repetição preocupante é aquela que homogeneiza grupos locais heterogêneos, com histórias próprias, na categoria-factóide de *milícia*.

A estratégia de ampliar os tipos penais conquista o público, a direita e principalmente a esquerda punitiva, heróis e figurantes de filmes como *Tropa de Elite*. O fenômeno de expansão das *milícias* é completamente associado ao Estado de polícia, aos milhares de homens atirados aos trabalhos brutalizantes de limpar as nossas cidades da “sujeira do tráfico”. As primeiras reações aumentaram o problema: prisões e expulsão de policiais que realimentam a economia das *milícias*, agora como “bichos soltos”.

Em um modesto trabalho proponho que construamos um projeto de desarmamento das *polícias* e sua transformação em corpos de

segurança no sentido da defesa civil, diante das catástrofes anunciadas pela devastação do planeta. Seria uma maneira de agregar muita gente que pode ser necessária sem recorrer ao aparentemente fácil recurso da sobrecriminalização. Olhar para a nossa população carcerária com “olhos de ver” e ter a coragem de acabar com o proibicionismo seriam medidas complementares. Hoje podemos observar, da criminologia, o dano irreversível que o conceito de crime organizado produziu no debate nacional. **Zaffaroni** demonstrou como essa categorização é falha.⁽⁹⁾ O delegado **Fernando Villas Boas** comprovou como esse conceito mais confundiu do que esclareceu alguma coisa para o trabalho policial.⁽¹⁰⁾

Diante desse quadro aterrador, que não aponta para nenhum bom futuro, recorro à pergunta de um menino de uma área “pacificada” para a pesquisadora **Fernanda Goulart Lamarão**: “Doutora, quem nos protege agora da polícia?”.

Notas

- (1) WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- (2) BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 269. Sobre crimes hediondos, a obra de referência desde 1991: FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 1991.
- (3) BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 134.
- (4) BATISTA, Nilo. *Matrizes...* cit, p. 238.
- (5) BATISTA, Vera Malaguti. O alemão é muito mais complexo. In: _____ (Org.). *Paz armada*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- (6) CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Remilitarização da segurança pública: a operação Rio. *Revista Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. n. 1, p. 141-168, Rio de Janeiro: Relume Dumar, 1996.
- (7) Ligações clandestinas de TV a cabo.
- (8) Cf. BATISTA, Vera Malaguti. *O alemão...* cit.
- (9) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. *Revista Discursos Sediciosos...* cit., p. 45-68.
- (10) VILLAS BÓAS FILHO, Fernando Alves Martins. *Crime organizado e repressão policial no estado do Rio de Janeiro: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Vera Malaguti Batista

Professora de Criminologia da UERJ.

Secretária Geral do Instituto Carioca de Criminologia.

Diretora da Revista Discursos Sediciosos:

Crime, Direito e Sociedade.



Fundado em 14.10.92

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 Ávila Maronna

1ª Secretária: Heloisa Estellita

2ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1º Tesoureiro: Fábio Tófic 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 Righy Ivahi Badaró

Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

O conversador da Praça da Sé

Alvino Augusto de Sá

Dias atrás, eu e Mariana Borgheresi Duarte, minha orientanda de mestrado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, estávamos na Praça da Sé, à entrada da estação do metrô, por volta das 16h00, discutindo algumas questões da rotina acadêmica. Percebi que se acercava de nós, em cambaleios e balbuciando palavras consigo mesmo, um indivíduo um tanto embriagado e maltratado, com toda certeza morador de rua. Como reação primeira e espontânea, senti-me desconfortável ante sua aproximação. A tal ponto que cheguei a virar-me um pouco de lado, para evitar a abordagem. No entanto, ele, segurando suas calças, que ameaçavam cair, postou-se à nossa frente, e me disse com voz rouca e palavras entrecortadas: “Doutor, me arruma aí uns 15 ou 20 centavos”. (Vale esclarecer que eu estava vestido de terno e gravata).

Nisto, deixei de ver naquele interlocutor um indivíduo maltratado e embriagado e passei a ver uma pessoa que pedia minha atenção e meus favores, bem como a atenção de minha orientanda. Ofereci-lhe uma nota de dois reais e lhe disse: “Dois reais servem?” Ele pegou a nota, respondeu que serviria bastante, agradeceu e me perguntou: “O senhor... o que é? Advogado ou juiz de Direito?”

Em questão de “frações de segundo”, procurei encontrar uma resposta que não fosse mentirosa, por respeito à pessoa que a mim se dirigia, e que tivesse algum sentido para ele. Não sou advogado, nem juiz de Direito. Se eu lhe respondesse que sou professor de Criminologia da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, isto não lhe faria sentido algum. E, num relance de intuição, respondi-lhe, meio que para buscar saber qual seria a sua reação: “Eu sou um conversador da Praça da Sé”. Diante de minha colocação, ele, um tanto pensativo, resmungou: “Conversador da Praça da Sé...”. Em seguida, voltando-se de vez para a Mariana, e já fazendo menção de se retirar, continuou: “É por isso que ele está vivo até hoje”. E afastou-se na praça, sem rumo, certamente à espera de encontrar um lugar onde pudesse desfrutar de seus dois reais, e sempre segurando com a mão esquerda suas calças, que continuamente ameaçavam cair.

Conversador da Praça da Sé... É por isso que ele está vivo até hoje. Gostaria muito de discutir com nosso interlocutor o que ele quis dizer com esse seu *resmungo*, mas infelizmente ele se retirou, certamente porque não se tratava de uma resposta dele, mas unicamente de uma reflexão, um resmungo dele consigo mesmo. Comentei com a Mariana o sentido profundo que aquelas palavras poderiam ter, e ficamos os dois em silêncio por segundos. Permito-me fazer a seguir algumas reflexões a partir do *resmungo* de nosso interlocutor, muito provavelmente um morador de rua, um morador da Praça da Sé.⁽¹⁾

Conversador da Praça da Sé... É por isso que ele está vivo até hoje. Ou seja, fosse eu um advogado, um juiz de Direito, ou outro profissional engravatado, que unicamente transita pela praça, mas indiferente a ela e até aversivo às pessoas que ali estão, talvez eu não estivesse mais

vivo. Portanto, não são os títulos outorgados pela Academia e demais instituições que me garantem a continuidade na vida. O título que me garante a continuidade na vida é o de *conversador da Praça da Sé*. Aliás, nem se trata de título, mas de um modo de ser, de agir, de viver. A vida não necessita de títulos. A vida é uma grande obra, mas uma obra sem títulos. Às vezes, os títulos podem até colocá-la em risco.

Ser *conversador* é não se esquivar da aproximação, do contato. Ser *conversador* é vencer as resistências internas e externas e buscar a todo custo o *diálogo*, ainda que em meio à violência. Dar dinheiro é muito fácil. Dar rapidamente dinheiro ao pedinte pode ser uma forma sutil de dispensá-lo e evitar sua aproximação. O difícil é conversar. Conversar é *dialogar*, é se expor ao outro, é ouvir o outro e valorizá-lo, é buscar compreender suas razões e até mesmo as razões de sua violência e ameaças. Mas isso é por demais difícil. Muito mais fácil, no caso de violência, é revidá-la e, consequentemente, incrementá-la, com a falsa sensação de que estamos seguros e tranquilos por trás de nossos títulos e de uma máscara de justiça.

Ocorre que a injustiça é que motiva a violência. Qual injustiça? O que é justiça? As respostas a estas intrigantes indagações, quando referentes às situações dramáticas de violência, não serão encontradas nos livros, nos códigos, na doutrina, na filosofia, na moral, na religião, nas ideologias (de *esquerda* ou de *direita*), mas na fala das pessoas envolvidas com a violência. Porém, na fala das pessoas de todos os segmentos, pois cada segmento terá suas próprias vivências e respostas sobre o que é ser injustiçado: policiais e seus familiares, agentes penitenciários e seus familiares, membros da sociedade – vítima, moradores de periferia, moradores dos morros, integrantes do chamado *crime organizado* ou das chamadas *facções criminosas*.⁽²⁾ E a fala significativa das pessoas envolvidas com a violência acontece na conversa, na conversa sem títulos, na conversa entre iguais, que se processa na praça pública.

Para as pessoas que se sentem injustiçadas, violentadas em sua história, não interessa o que dizem os códigos, a moral, a ética, a filosofia sobre o que é justiça e o que é violência, mas sim o que elas sentem na pele e o que diz a sua própria história. Trata-se de litígio histórico. O enfrentamento saudável do litígio histórico não se dá por seu acirramento, mas pela compreensão mútua das partes litigantes.

Muitas violências têm sido praticadas em nossas ruas, com inúmeras mortes, execuções sumárias, incêndio de ônibus etc. Violências frequentemente atribuídas ao chamado *crime organizado*, ou, em outros termos, às *facções criminosas*. Esta não é a primeira onda de violências que nos assombra a todos. E todos se perguntam: será a última? Quando, como e contra quem será a próxima? Mas a pergunta que mais angustia a todos e se transforma no grande desafio para políticos e autoridades é esta: afinal, qual é o caminho de solução para esse clima de guerra?

Os políticos e autoridades apressam-se em providenciar, ou melhor, em *improvisar* soluções, em dar respostas que satisfaçam a opinião pública. Aliás, a bem da verdade, não improvisam absolutamente nada, pois todas e quaisquer soluções apresentadas, em termos de providências imediatas, são sempre as mesmas, aquelas conhecidas de sempre e de todos: novas prisões, transferências de presos para presídios federais, trocas de secretários ou de outros titulares de postos de comando, prisão de policiais envolvidos em (supostas) execuções de (supostos) criminosos, entre outras. No âmbito legislativo, as providências reclamadas e proclamadas são sempre as mesmas: criação de novos tipos penais, agravamento de penas, endurecimento das regras para a concessão de benefícios. Todas essas ditas soluções têm um traço em comum: prescindem de qualquer reflexão, de qualquer trabalho intelectual sério de aprofundamento na

**“Dar rapidamente dinheiro ao pedinte
pode ser uma forma sutil de dispensá-lo e
evitar sua aproximação. O difícil é conversar.
Conversar é dialogar, é se expor ao outro,
é ouvir o outro e valorizá-lo, é buscar
compreender suas razões e até mesmo as
razões de sua violência e ameaças.”**

análise do problema, que se apresenta profundo, complexo e histórico. Em outras palavras: **prescindem de qualquer inteligência**. Os que as propõem e implantam, se tiverem inteligência (e a gente até supõe que a tenham), não usam absolutamente nada dela nessa delicada tarefa.

Como falar em compreensão mútua das partes litigantes, quando de uma delas diz se tratar de *crime organizado*? Como falar em compreensão mútua das partes litigantes, quando de uma delas diz se tratar de uma sociedade indefesa, refém e vítima histórica de violências? Talvez o primeiro passo na busca da compreensão fosse tentar evitar os rótulos, a começar pelo de *crime organizado*. A se manter esse rótulo, não terá início conversa alguma, e, consequentemente, entendimento algum. Se considerarmos os que integram o chamado crime organizado, também para eles a sociedade é organizada em suas forças repressivas, em suas forças excludentes, em seus preconceitos e em todo seu poder de mídia, de formulação e prática de leis seletivas e *injustas*, enfim, em seu poder de dominação em geral. Também o rótulo vítima deveria ser evitado, pois, tratando-se de litígio histórico, todas as partes litigantes se sentem vítimas.

A compreensão mútua supõe a aproximação entre as partes. A aproximação supõe o diálogo, a *conversa*. E a conversa, para se processar e progredir, supõe o afastamento de rótulos, assim como também de títulos. Trata-se de conversa na praça pública, na Praça da Sé, que a todos pertence por igual, na qual todos são iguais. Não existe, de um lado, o *crime organizado*, assim como não existe, do outro lado, a *sociedade organizada*, a *sociedade – vítima*. O que existe é um todo conflitivo, a sociedade, da qual todos os litigantes fazem parte.

Dizer isso talvez soe dizer nada mais do que o óbvio. Mas é um óbvio que não se impõe, ao qual todos nós resistimos em reconhecer, qualquer que seja o segmento rotulado a que pertencemos, ou do *crime organizado*, ou da *sociedade organizada*. Se quisermos construir uma *conversa* entre as partes litigantes, este é o ponto de partida fundamental e inevitável: todos os litigantes estão na mesma praça, todos integram uma mesma sociedade, pelo que o litígio é um componente que integra a própria sociedade e traduz conflitos inerentes a ela, aos quais ela, como um todo, deve enfrentar. E eu me arriscaria a dizer que o instrumento fundamental, básico, inicial para esse enfrentamento é a *conversa*, a *conversa na praça pública*, que a todos pertence por igual.

Certa feita, perguntei a um líder de facção, em um presidio: “Até quando você acha que vai essa onda de violências entre as facções e o Estado?” Respondeu-me ele: “No dia em que o Estado atender a todos os direitos legítimos dos presos, quem sabe, nesse dia, as facções não tenham mais razão de ser”. Observe-se que ele não disse “nesse dia a gente abre mão das facções”, mas “as facções não tenham mais razão de ser”. Portanto, não é se combatendo as facções, não é guerreando contra elas que elas se dissolverão. Esse líder (que certamente não quer abrir mão de sua liderança, de seu poder, e, portanto, não quer abrir mão da facção) nos dá a chave da solução: as facções não mais existirão simplesmente *quando elas não tiverem mais razão de ser*. E elas não terão mais razão de ser quando o seu papel não tiver mais sentido, ou, quando elas não tiverem mais espaço para desempenharem seu papel. A saber, quando o Estado for o legítimo e real protagonista do atendimento às necessidades e direitos legítimos dos candidatos à seletividade penal e da população carcerária.

E quais são essas necessidades? Quais as demandas? Quais as frustrações? Como atendê-las? Todas essas questões estão cravadas em litígios e conflitos históricos, componentes da própria textura da sociedade: *conflitos entre ter e não ter, entre pertencer e não pertencer, entre ser e não ser*. As respostas a elas, ou melhor, sua discussão será processada de forma construtiva por meio da *conversa na praça pública*.

Ora, como é difícil ter uma conversa construtiva na praça pública! Sim, porque ali é o lugar sem títulos, por vezes até sem nomes, em que todos se igualam, ninguém é doutor ou professor. Lá é o lugar onde o juiz não é juiz, o promotor não é promotor, o advogado não é advogado, o parlamentar não é parlamentar e onde o criminoso não é criminoso.

As pessoas que necessitam se identificar com seus títulos, inclusive o criminoso, ali na praça elas temem perder sua identidade. Na praça, as pessoas devem aprender a redescobrir sua identidade intrínseca e nela encontrar sua segurança.

É muito mais fácil conversar a partir do parlamento monocrático, das leis, dos gabinetes, escritórios, a partir dos cargos e títulos, da filosofia, da moral e de valores previamente definidos, da constituição (com letra minúscula) interpretada e aplicada com escandalosa parcialidade. Nos parlamentos monocráticos, gabinetes e academias, os títulos e cargos têm como primeira finalidade a de brindar as pessoas com prestígio, prerrogativas, direitos e privilégios.

Já na praça pública, os títulos não brindam ninguém com prestígios, prerrogativas, direitos e privilégios, mas oneram a todos com obrigações, compromissos, ainda que, *paradoxalmente*, sempre em uma relação totalmente simétrica com os demais. Lá é o lugar onde justiça e injustiça têm outras definições. Ou melhor, não têm definição alguma, mas são simplesmente vividas e expressas.

Em não havendo conversa na praça, haverá violência, que perdurará através de seus ciclos. Uma guerra cíclica, sem vencedores. Uma violência na qual todos são perdedores. A violência pode levar à morte, até repentina, aqueles que dela são vítimas. Por outro lado, porém, poderá levar à morte também aqueles que a praticam, ainda que uma morte interior, paulatina, pouco perceptível, mas nem por isso necessariamente menos sofrida.

É muito difícil ser *conversador da Praça da Sé*. É muito mais fácil dar dois reais a quem nos pede 15 centavos, porque assim a gente o dispensa logo e evita conversar. Eu gostaria muito de, juntamente com a Mariana, encontrar novamente aquele interlocutor na praça, e, sem lhe dar dinheiro algum, trocar ideias sobre o que ele nos resmungou, enquanto segurava suas calças. Mas reconheço que isso é praticamente impossível. Não porque nós não o encontremos mais, mas porque o diálogo, as conversas dificilmente se retomam ou se repetem. Elas geralmente prosseguem, só que em novos contextos e, portanto, com novos significados. Na praça, todos devem se preocupar em aproveitar ao máximo possível o momento da conversa, simplesmente porque o momento não se repete; ele é sempre único.

Em todo caso, mesmo assim, eu e Mariana gostaríamos muito de prosseguir uma conversa, uma discussão com nosso interlocutor sobre o que ele quis (ou quer) dizer com seu resmungo: *Conversador da Praça da Sé... É por isso que ele está vivo até hoje*.

Única referência “bibliográfica”

Autor: O Interlocutor da Praça da Sé. **Obra:** *A conversa*. Autor sem nome, obra sem título, publicação sem editora. A obra está disponível para todos, de todos os segmentos sociais, não para ser lida, mas para quem quiser experimentá-la e vivê-la em qualquer praça que seja. **Preço:** variável, podendo ser bastante custoso ou prazeroso, dependendo de cada conversador, mas sempre será profundamente compensador.

Notas

- (1) Cumpre dizer que o episódio acima se deu na época em que vinham acontecendo cenas de violência na cidade de São Paulo, com ataques a ônibus e assassinatos.
- (2) Argumentando pelo extremo, até mesmo o grande latifundiário que se sente injustiçado e violentado por ter tido uma de suas diversas fazendas invadida e desapropriada para fins de assentamento, até ele deve ser respeitado em sua fala sobre o que é injustiça e violência. O entendimento não amadurecerá e não criará raízes, sem que sua fala também seja ouvida e processada, dentro de um diálogo que será sempre e sempre paradoxal e jamais concluído.

Alvino Augusto de Sá
Professor de Criminologia na Faculdade de
Direito do Largo São Francisco – USP.

Promoção de fins por meio de normas penais: possíveis mecanismos de um necessário controle

Raquel Lima Scalcon

Um questionamento acerca dos fins ou das finalidades no Direito Penal não é algo propriamente novo, seja em relação à categoria do crime, seja em relação à da pena. Exemplificativamente, **Franz von Liszt** já falava, em seu *Tratado de direito penal*, acerca da necessária orientação da pena a uma eficaz prevenção geral⁽¹⁾ e especial.⁽²⁾ Todavia, defende-se que no contexto atual de elaboração, de vigência e de aplicação da norma penal, o sentido de uma indagação acerca das finalidades jurídico-penais revela-se muito distinto.

Fato é que a realidade do Direito Penal – assim como do Direito em geral – na qual estava historicamente situado **Liszt**, sujeitava-se a um paradigma científico muito particular: o Positivismo Naturalista. Contexto, esse, que reputava por verdadeiro somente o que fosse passível de controle objetivo pela experiência sensível e, portanto, livre de influências arbitrárias da “vontade” (leia-se: subjetivismo).

A exigência de precisão e de certeza, ideal anteriormente próprio apenas às ciências da natureza (*Naturwissenschaft*), ganhou autonomia e importância, tornando-se traço definidor do que poderia – ou não – ser qualificado como científico. Dessa maneira, a preocupação de conformar a *Ciência* Jurídica com tais exigências era tamanha, que impulsionou pensadores da época, como **Hans Kelsen**, a elaborar obras ao estilo da *Teoria pura do direito* (*Reine Rechtslehre*, 1934), cujo horizonte de sentido era justamente o de “limpá-lo” de interferências externas.

Nesse pano de fundo, conquanto não se negasse que a aplicação das normas jurídicas gerava consequências concretas, bem como que visava a uma série de finalidades empíricas, sustentava-se que tais efeitos e objetivos *não poderiam* (nem deveriam) integrar o objeto de estudo do Direito. Tratava-se, pois, de problemas de ordem social, econômica, política, filosófica, histórica etc., mas não de questões jurídicas.

Mesmo **Liszt**, que já falava em fins preventivos da pena, relegava, todavia, o seu exame à Criminologia, assim como a definição de metas e de objetivos à Política Criminal. O Direito Penal era, na sua famosa expressão, exclusivamente a “Magna Charta do criminoso”. A Dogmática, portanto, deveria estar imune a problemas concretos, atuando como um “muro de contenção” desses influxos, os quais não poderiam adentrar, sob pena de corrompê-la.

Um tal paradigma ressoou por muitos anos no Direito (em sentido lato), o qual se absteve – ao menos explicitamente – de estudar, pesquisar, questionar e examinar categorias como: *fins, consequências empíricas, eficácia e eficiência sociais*. No que tange ao Direito Penal, foi **Claus Roxin** quem teve o inegável mérito (e também a notável ousadia) de defender que essa segmentação tão estanque não mais se sustentava. Eficiência na prevenção e no alcance de objetivos político-criminais não apenas deveriam integrar, sim, o objeto de estudo do Direito Penal, como a própria construção das suas categorias dogmáticas deveria servir à promoção e ao atingimento de tais fins (*teoria funcionalista do delito*).⁽³⁾

Do exposto, verificam-se duas relações muito diversas entre o Direito Penal e as finalidades de Política Criminal: uma de desconfiância e não inclusão (o Direito Penal é a “barreira intransponível”⁽⁴⁾ da Política Criminal) e outra de inserção e subserviência (o Direito Penal é “a forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica”⁽⁵⁾). Pois bem, o presente ensaio tem como objeto de análise o alcance e a promoção de fins de Política Criminal por meio de normas penais no contexto da segunda relação descrita.

E esse é o lugar do qual se fala não apenas porque a primeira das relações é falsa – o Direito não deve estar alheio a questões político-sociais, nem seria capaz de fazê-lo⁽⁶⁾ –, mas também porque a segunda é mais

rica e problemática. É, concomitantemente, a mais capaz de gerar importantes soluções, mas também a mais propensa a permitir e a justificar arbitrariedades e violações a direitos fundamentais.

Por conseguinte, dada a indispensabilidade do reconhecimento de fins como parte integrante do Direito Contemporâneo, é preciso investigar de que maneira deve ocorrer tal inserção. Assim, tendo como local de concretização da problemática explicitada o Direito Penal, defende-se a necessidade de um triplo controle: (i) controle *finalístico*; (ii) controle *de limites*; e (iii) controle *de eficácia*.

O primeiro teria por objeto as próprias finalidades perseguidas. Em outros termos, perquirir-se-ia sobre a sua conformação constitucional.⁽⁷⁾ O segundo, por sua vez, indagaria se a promoção de tais fins, embora legítima *a priori*, não geraria restrições insuportáveis a direitos fundamentais contrapostos. Nesse momento, buscar-se-ia definir quais os limites da atuação do Estado quando ele objetiva promover fins relevantes. Em tal exame, de robusta complexidade, enfrentar-se-iam, ainda, problemas referentes à proporcionalidade da medida, à inoportunidade de proibição de excesso e à superação de intenções consequencialistas.

Vencidas as análises anteriores, dever-se-ia, finalmente, empreender a última investigação, a qual teria por objeto os instrumentos de aferição do real alcance da finalidade buscada a partir da norma penal. Ora, nada impede que o fim promovido seja legítimo e que não gere restrições intoleráveis a direitos fundamentais contrapostos, mas que, concretamente, não se verifique – ou pouco se verifique – o seu efetivo atingimento.

Esse controle é fundamental, haja vista que a constatação da plena – ou quase plena – inocuidade fática do meio empregado (*norma penal*) pode conduzir à invalidade de sua utilização, na medida em que enseja restrições a direitos fundamentais *sem contrapartida alguma*. Nesse sentido, **Zaffaroni** já advertiu, com propriedade, que o “dever ser” nada mais é do que um “ser que ainda não é”, mas que “deve ser”.⁽⁸⁾ Com essa assertiva, o referido autor pretendeu salientar que a legitimidade do discurso jurídico-penal (*dever ser* penal) depende não apenas da sua *coerência interna* (plano deontológico), mas principalmente da sua *operatividade social* (plano ontológico).

Noutros termos, por mais consistente que seja o sistema penal em âmbito normativo, é preciso verificar a sua efetiva capacidade de conformar a realidade. Um discurso jurídico-penal estruturado sobre um “dever ser” que é incapaz de se traduzir futuramente em um *ser*, isto é, de produzir as alterações fáticas prometidas, revela-se, conforme **Zaffaroni**, falso e perverso, pois “engana, ilude e alucina”⁽⁹⁾ – é um *dever ser* que *nunca* será.

A gravidade da problemática exposta por tal autor justifica a relevância do presente questionamento. Ao elaborar uma norma penal, o legislador sempre visa a atingir determinado objetivo em termos político-criminais. É inegável que uma normativa existe primordialmente – mas não só – para concretizar um apontado fim. Portanto, deve-se, urgentemente, indagar as reais – e não retóricas – condições de possibilidade de as normas penais promoverem as finalidades às quais estão dirigidas, considerando que é bastante plausível que elas simplesmente *não sejam capazes* de fazê-lo.

Se assim for, ter-se-á de admitir que cada vez mais se justificam restrições a direitos fundamentais por meio de um discurso que se revela *falso*. Falso porque afirma *criminalizar* uma conduta, *processar* um indivíduo e *executar* uma sanção penal “para” atingir determinado objetivo (em regra, fala-se em “tutela de bens jurídicos”), embora, concretamente, pouco ou nada o alcance.

Para ilustrar o até aqui exposto, utilizar-se-á como exemplo a

Lei 12.683/2012, a qual alterou alguns dispositivos da Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998). A finalidade buscada pela nova lei é tão clara que está inclusive *positivada* em seu art. 1.º: “esta Lei altera a Lei n. 9.613/98 [...] para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. Sendo assim, pergunta-se: e se a nova lei, em que pese aumente penas e amplie o rol dos crimes antecedentes simplesmente não tornar, faticamente, mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de capitais, todo esse aumento punitivo ainda encontraria justificativa? Será que não se estaria, nesta hipótese (e em muitas outras), *prendendo mais pessoas e por mais tempo* sem contrapartida *real* alguma, para além do mero efeito simbólico? E se assim se constataste, qual a consequência em termos de validade constitucional da norma penal em questão?⁽¹⁰⁾

Pois bem, tendo em conta o exposto e diante de uma atual atividade legislativa, no Brasil, assumidamente orientada a um *aumento punitivo*, bem como em franca expansão horizontal, englobando mais e mais bens jurídico-penais como objeto de tutela, é de se perquirir acerca da capacidade de o Direito Penal cumprir tão vasta e extensa pauta de encargos. Defende-se, de plano, uma posição bastante cética quanto à possibilidade de ele corresponder às expectativas que lhe são dirigidas.

Tal ceticismo não decorre de uma leviana crença na suposta “ineficiência patológica” do Direito Penal, mas da percepção – já advertida por **Faria Costa**⁽¹¹⁾ – de que lhe pedimos hoje o que ele jamais poderá um dia nos dar. Ou, ainda, na exata constatação de **Mia Couto**: “no conflito entre expectativa e realidade, é comum o sentimento de desapontamento que faz pensar que, no passado, o futuro já foi melhor”.⁽¹²⁾

Notas

- (1) Conforme **Listz**, a execução da pena incide “sobre os cidadãos em geral porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos” (Listz, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier & C, 1899. t. I, p. 99 e s.).
- (2) A pena, para **Listz**, incidiria “especialmente sobre o delinquente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito exercido”, isto é, ou haveria sua “intimidação”, ou, mais intensamente, sua “inocuidação” (Listz, Franz von. Op. cit., p. 100).
- (3) Conforme **Roxin**, “submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (Kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas

devem ser unidas numa síntese” (Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20. Tradução de: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*).

- (4) A expressão original é “unübersteigbare Schranke” (Listz, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Reimp. Berlin: Guttentag, Walter de Gruyter, 1970. v. 2, publicação original de 1893, p. 80).
- (5) Roxin, Claus. Op. cit., p. 82.
- (6) A esse respeito, explica **Muñoz Conde**: “desde el momento en que el Derecho Penal es un instrumento de configuración política y social, es necesario que también se tengan en cuenta en su elaboración sistemática los fines y funciones que se pretenden conseguir con él” (Muñoz Conde, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 27, ano VII, p. 9-41, out.-dez. 2007, p. 12).
- (7) Conforme **Hassemer**, uma proibição penal apenas se justifica quando “persegue de forma adequada uma finalidade admitida” (Hassemer, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: Hefendehl, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 99 – grifado).
- (8) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Bogotá: Temis, 1990. p. 9.
- (9) Idem, ibidem.
- (10) Respondendo a indagação semelhante, **Albrecht** sustenta que a mera alusão à “luta contra a criminalidade” não confere legitimidade ao Direito Penal quando “os resultados das práticas repressivas são demasiado pobres e completamente contraproducentes” (Albrecht, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). *Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra* (ed. española). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 482).
- (11) Faria Costa, José Francisco de. Reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. In: _____. *Direito penal e globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Ed. e Wolters Kluwer Portugal, 2010. p. 19.
- (12) Couto, Mia. *E se Obama fosse africano? e outras interinvenções*. Lisboa: Caminho, 2009. p. 128.

Raquel Lima Scalcon

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.

Graduada em Direito pela UFRGS.

Professora Substituta de Direito Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da UFRGS (Graduação).

7

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS:

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

CONSELHO EDITORIAL:

Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Anderson Bezerra Lopes, Andre Adriano Nascimento da Silva, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, André 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, 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 Steffano 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 Stanzola Vieira, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Tatiana de Oliveira Stoco, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius 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, 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 Steffano Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua

Illg, Milene Mauricio, 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:

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

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

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

O estágio inicial de implementação do monitoramento eletrônico no Brasil

Bernardo de Azevedo e Souza

O debate sobre o monitoramento eletrônico (ME) no Brasil é recente, muito embora o sistema venha sendo utilizado efetivamente nos Estados Unidos desde o início dos anos 80.⁽¹⁾ As primeiras propostas legislativas, de autoria dos deputados Marcus Vicente (PL nº 4.342) e Vittorio Mediolí (PL nº 4.834), confirmavam já existir, em 2001, a preocupação do Congresso Nacional com a realidade do nosso sistema prisional, que, à época, contava com mais de 230 mil presos. O ano de 2007 foi marcado pelo advento de mais cinco projetos legislativos (PL nº 337, 510 e 641 e PLS nº 165 e 175), que, por tratarem de matérias idênticas, acabaram sendo condenados em um único: o PL 1.288/2007. Enviado para sanção presidencial, o projeto, após sofrer alguns vetos, acabou sendo transformado na Lei 12.258/2010.

Restrito inicialmente à execução penal (nas hipóteses de saída temporária do preso em regime semiaberto e no âmbito da prisão domiciliar), o ME adquiriu nova roupagem com o advento da Lei 12.403/2011 (como medida alternativa à prisão preventiva), tendo sua utilização estendida aos *indiciados* (durante o inquérito policial) e aos *acusados* (durante o curso da ação penal), de modo a impedir o encarceramento destes antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Apesar de transcorridos mais de dois anos da Lei 12.258/2010 (e mais de um ano da Lei 12.403/2011), denota-se, em verdade, que a maioria dos estados ainda não colocou em prática o sistema de ME. Em levantamento realizado pelo Portal de Notícias da Globo (G1)⁽²⁾, foi constatado que, até 04 de julho de 2011, apenas três estados haviam implementado o ME (Rio de Janeiro, Rondônia e São Paulo).

A curiosidade acadêmica advinda das investigações realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bem como a constatação de que apenas 11% da totalidade do país estava utilizando o sistema até então, me estimulou a delinear um panorama mais abrangente e atualizado do processo de implementação. Assim, durante os meses de setembro, outubro e novembro de 2012 entrei em contato (quase que diariamente) com as Secretarias de Administração Penitenciária⁽³⁾ de cada um dos estados da Federação, no intuito de saber: (a) quais deles já haviam implementado o sistema de ME e (b) quais as principais dificuldades encontradas no processo de implementação.

Com base nas respostas fornecidas, pude verificar que, até novembro de 2012, sete estados já haviam implementado o ME: Acre, Alagoas, Ceará, Pernambuco, Rondônia, Rio de Janeiro e São Paulo. O levantamento também permitiu aferir as principais dificuldades enfrentadas pelos estados no processo de implementação do ME. Passo a destacar algumas delas.

Amazonas, Mato Grosso e Piauí, por exemplo, apresentaram certa resistência para implementar o sistema de ME. Não obstante os avanços tecnológicos e as experiências realizadas em outros países, há a concepção de que a medida é ineficaz e fomenta a impunidade, diante da possibilidade de rompimento da pulseira ou tornozeleira eletrônica pelo monitorado a qualquer tempo. Alguns estados, como Minas Gerais e Rio Grande do Sul, muito embora já tenham realizado testes experimentais com tornozeleiras eletrônicas, ainda aguardam o

término do processo licitatório para implementar o ME.

Em Roraima, o ME vem sendo obstaculizado em virtude da expressiva vegetação existente em algumas regiões (sobretudo as periféricas), que não são atingidas pelo sinal de satélite e de telefonia móvel. Apenas as áreas centrais roraimenses são, assim, contempladas com o sinal, o que dificulta o processo de implementação em relação às demais. Já no Amapá, uma das principais dificuldades enfrentadas concerne à inexistência de banda larga de Internet para assegurar maior eficiência no funcionamento do sistema de ME.

Distrito Federal e Rio Grande do Norte estão avaliando a relação custo-benefício das tecnologias de controle eletrônico existentes no mercado, solicitando, para tanto, orçamentos a empresas antes de adquirir os equipamentos de ME.

Estados que já implantaram o ME, como Alagoas e Pernambuco, apresentaram dificuldades associadas à operacionalidade, salientando haver necessidade de se criar normativas para impor regras aos monitorados, bem como legislação específica para punir aqueles que violam a medida.

A investigação constatou um significativo avanço no processo de implementação do ME no país desde julho de 2011, de três estados (Rio de Janeiro, Rondônia e São Paulo) para sete (Acre, Alagoas, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia e São Paulo), configurando, desse modo, um aumento de 11 para 26%. Contudo, apesar da melhoria deste quadro, é importante destacar que nosso país ainda pode evoluir (e muito) no âmbito do ME. Destacam-se, aqui, os estudos da *Conférence Permanente Européenne de la Probation (CEP)*⁽⁴⁾, os quais constituem importante referencial a ser observado pelo Brasil para aprimorar cada vez mais o uso da medida, ainda que o verdadeiro aprendizado resida, de fato, na prática do cotidiano.

Notas

- (1) Sobre as origens do ME, ver AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **O panóptico virtual**: como dois irmãos gêmeos, o musical *West Side Story*, o Homem-Aranha e um juiz de direito contribuíram para o nascimento do monitoramento eletrônico. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 241, dez 2012, pp. 10-12.
- (2) Disponível em: <<http://migre.me/cbCM8>>. Acesso em: 13 set 2012.
- (3) Muito embora se tenha optado por uma denominação genérica, destaca-se que o nome das secretarias responsáveis pelo ME varia de estado para estado. Além disso, em alguns estados existem departamentos específicos, vinculados ou não às secretarias, que se incumbem do ME.
- (4) Trata-se de um importante foro de discussão entre países que já adotam o ME. A CEP organiza conferências e *workshops* em que se reúnem acadêmicos, profissionais da Justiça Criminal e profissionais da *probation* e serviços semelhantes em toda a Europa, visando a compartilhar os resultados que estão sendo obtidos pelo uso do sistema de ME, bem como debater (e aprimorar) as principais dificuldades encontradas. Mais informações em: <www.cep-probation.org>.

Bernardo de Azevedo e Souza
Mestrando em Ciências Criminais (PUC-RS).
Especialista em Ciências Penais (PUC-RS).
Advogado.

Os crimes digitais e as Leis 12.735/2012 e 12.737/2012

Marcelo Xavier de Freitas Crespo

Há tempos ouve-se dizer que a Internet carece de regulamentação e que, justamente pela inexistência de normas específicas, inviabiliza-se a persecução penal de ilícitos praticados no âmbito tecnológico. Todavia, tendo-se em consideração a classificação dos *crimes digitais próprios* (ou puros) e, ainda, dos *crimes digitais impróprios* (ou mistos),⁽¹⁾ tal ideia se mostra equivocada na medida em que muitas ações havidas no âmbito da tecnologia já podiam ser alvo de investigação e processo penal, como eram os casos dos crimes contra a honra e aqueles relacionados a pornografia infantil, por exemplo.

Ocorre que o contexto de punição relativo à prática dos crimes digitais recentemente sofreu alteração pelo advento das Leis 12.735 e 12.737. Publicadas em 3 de dezembro de 2012, com *vacatio legis* de 120 dias, foram apelidadas respectivamente de “*Lei Azeredo*” e “*Lei Carolina Dieckmann*” em alusões ao relator do projeto e, também, à atriz global protagonista de episódio em que teve fotos com conteúdo de nudez divulgadas por toda Internet no último mês de maio. Assim, os crimes digitais, que têm presença cada vez mais frequente no cotidiano, passaram a contar com mais algumas normas que tipificam condutas antes irrelevantes para o Direito Penal. Nesse sentido, pretendeu-se criminalizar a criação e disseminação de vírus computacional, os ataques tipo *Denial of Service* (DoS) e, ainda, o chamado *hacking* (invasão a sistemas), entre outras condutas. Vejamos os principais pontos das mencionadas leis.

A “*Lei Dieckmann*” (12.737/2012), que modificará o Código Penal para inserir os arts. 154-A e 154-B criou o tipo penal de “invasão de dispositivo informático” e regulamentou sua ação penal.⁽²⁾ Segundo o art. 154-A, ter-se-á “invasão” quando alguém “*Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, instalar vulnerabilidades ou obter vantagem ilícita*”. Sua inserção se localiza no Capítulo VI – Dos Crimes contra a Liberdade Individual, do Título I – Dos Crimes contra a Pessoa, do Código Penal, de forma que poderá advir questionamento no tocante à sujeição passiva das pessoas jurídicas ao delito. Entretanto, considerando-se o âmbito de proteção da norma (obtenção, adulteração ou destruição de dados), esta discussão muito provavelmente não subsistirá. Parece, então, que o tipo penal, muito mais que a “liberdade individual”, busca tutelar a segurança dos sistemas, o que, aliás, é fundamental. Afinal, sem que pudéssemos neles confiar jamais alcançaríamos o atual patamar de desenvolvimento nos diversos ramos do conhecimento.

Quanto à redação do art. 154-A, o núcleo “*invadir*” significa penetrar em um determinado lugar e ocupá-lo pela força, abusivamente; conquistar. Tem-se, portanto, a ideia de que o acesso ao dispositivo informático deve necessariamente ocorrer mediante a transposição de uma barreira, de um mecanismo de segurança (como um *firewall* ou senhas de acesso) sem os quais não haveria falar em “invasão”, mas de acesso. Redundante, portanto, a menção a “*violação indevida de mecanismo de segurança*”. Frise-se que haverá crime impossível por impropriedade do objeto, caso o dispositivo se encontre desprotegido.

O objeto da conduta, o alvo do devassamento, são os “*dispositivos informáticos*”, o que abrange não apenas os computadores, mas telefones celulares, *tablets*, *pen drives*, entre outros. Antes que se critique a amplitude da norma neste particular, é preciso ressaltar que, caso a redação tivesse sido mais restrita, mencionando, por exemplo, “computador” em lugar do “dispositivo informático”, condutas de invasão que atingissem outros aparelhos não poderiam ser punidas, tornando a tipificação pouco útil em uma sociedade em que grande

parte do tráfego de dados na internet advém de equipamentos móveis.⁽³⁾

Este tipo penal exige, ainda, o especial fim de agir: apenas se poderá cogitar do crime em comento se tiver o agente, ao invadir o dispositivo informático, a finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações ali armazenadas, instalar vulnerabilidades ou obter vantagem ilícita.⁽⁴⁾ Note-se que o crime é formal, sendo despidendo o resultado para que reste consumado. Além disso, é fundamental apontar que a invasão por si só, ainda que com violação de mecanismos de segurança, não recebeu reprimenda do legislador.

Não haverá também que cogitar de crime nas hipóteses de realização de *penetration tests*, isto é, os métodos de avaliação das vulnerabilidades de um sistema por meio de simulações de ataques, normalmente ultimadas pelo departamento de T.I.⁵ das próprias empresas, ou por consultorias especializadas contratadas para tal fim. Aliás, isso decorre da própria interpretação do tipo penal, que exige, para sua consumação, que a invasão ocorra sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo.

Saliente-se, ademais, que a vantagem pretendida pelo agente, isto é, qualquer benefício, ganho ou lucro, deve ser ilícita, indevida, seja ela econômica ou não. Do contrário, caso não almeje o agente obter uma vantagem, mas tão somente deixar o dispositivo da vítima desprotegido, não se caracterizará este delito.

Relativamente às penas, sendo as máximas cominadas no *caput* e no § 3.º do art. 154-A não superiores a dois anos, classificam-se as condutas como infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/1995). Assim, a competência para seu processamento e julgamento será dos Juizados Especiais Criminais, excetuados os casos em que a complexidade ou circunstância dos fatos imponham sua remessa ao juízo comum. Julga-se, entretanto, que isso ocorrerá com frequência, tendo-se em vista que a materialidade desses ilícitos será quase sempre comprovada por meio de perícias computacionais. A complexidade dessa prova não se coaduna com os princípios da informalidade, celeridade e simplicidade, norteadores dos procedimentos em curso perante o Juizado Especial (art. 62 da Lei 9.099/1995). Também o trâmite dos autos perante a Justiça Comum, por ser em tese mais lento e conjugado às possíveis demoras em se concluírem as perícias, propiciará mais facilmente a ocorrência da prescrição em razão de as penas serem diminutas.

Ainda quanto ao art. 154, seu § 1.º incrimina conduta “*assemelhada*”, visando punir a conduta daqueles que fabricam, oferecem, distribuem ou vendem a terceiros, ou simplesmente difundem aleatoriamente dispositivos ou programas de computador que possam ser utilizados por terceiros para invadirem dispositivos informáticos ou neles instalar vulnerabilidades.⁽⁶⁾ Pretendeu aqui o legislador punir a conduta de quem instala *malwares* em dispositivos informáticos para, sub-repticiamente, obter informações e dados que lhes possam trazer uma vantagem ilícita. É o caso dos famigerados *trojans* e *keyloggers*, quase sempre instalados para obter senhas de banco dos usuários.⁽⁷⁾

No § 2.º do art. 154-A há previsão de causa de aumento de pena de um sexto a um terço caso das condutas decorra prejuízo econômico. A lei previu, ainda, penas mais rigorosas no § 3.º para os casos em que, da invasão, resulte a obtenção de informações sensíveis, como o conteúdo de comunicações eletrônicas privadas armazenadas nos dispositivos informáticos da vítima. Não se confunde, todavia, essa conduta, com o conhecimento das comunicações em simultaneidade à sua realização entre os interlocutores, o que ensejaria a aplicação do art. 10 da Lei 9.296/1996, por se configurar interceptação telemática. Este mesmo parágrafo (3.º) pune a obtenção de segredos comerciais ou industriais,

sendo desnecessário que sejam utilizados para qualquer finalidade específica. Por fim, esta norma também incriminou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido. Saliente-se, contudo, que a manutenção remota de sistemas por empresas prestadoras de serviço não caracteriza o crime, salvo quando ultrapassar a finalidade ínsita ao serviço e desdobrar-se para uma velada e escusa obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações do dispositivo em manutenção.

Por seu turno, no § 4.º há causa de aumento de pena de um a dois terços sempre que houver “divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos, se o fato não constitui crime mais grave”. Trata-se de uma necessária complementação ao parágrafo anterior porque, normalmente, a obtenção de informações sigilosas e de segredos comerciais ou industriais visa a um proveito econômico para o agente, o qual será obtido com a comercialização ou transmissão a terceiros, ou a um prejuízo para o concorrente, o que se dará na hipótese de indevida divulgação para o mercado. A divulgação e a exploração econômica desses dados ou informações podem caracterizar também o crime de concorrência desleal previsto no art. 195, XII, da Lei 9.279/1996.⁽⁸⁾ Porém, pode-se sustentar que, por ser posterior, a Lei 12.737 prevalecerá nas modalidades “divulgação” e “exploração”.

No § 5.º, que encerra as disposições do art. 154-A, prevê-se que as penas serão aumentadas de um terço até a metade nos casos em que os crimes forem praticados em detrimento de autoridades públicas, haja vista a natural maior gravidade de uma violação de informações que lhes digam respeito pela função de que estão investidas.

A “Lei Dieckmann” pretendeu, ainda, incriminar a interferência em sistemas ultimada pelos ataques *Denial of Service* ou, no vernáculo, denegação de serviço. Por tal razão acrescentou um parágrafo ao art. 266, que recebeu o *nomen juris* de “Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública”. Cumpre salientar que o Código Penal já havia tipificado a conduta do art. 266, *caput*, cujo objeto jurídico é a incolumidade pública, e cujo objeto material se restringia então aos serviços de telegrafia, radiotelegrafia e telefonia. Ao acrescentar o § 1.º se pretendeu também resguardar o serviço telemático ou de informação de utilidade pública, tipificando a conduta de quem o interrompe por meio do *Denial of Service*, impede ou dificulta-lhe o restabelecimento. Faz-se necessário, portanto, que o serviço afetado seja público, ainda quando exercido por empresa concessionária (autorizatória ou permissionária). Logo, atividades privadas de comércio eletrônico que não sejam de utilidade pública não estão protegidas pela lei, pelo que, com a tipificação advinda pela inserção do § 1.º não se resolve o problema dos ataques de denegação de serviço contra particulares.

Por fim, a “Lei Dieckmann” previu uma alteração nos crimes de falso, precisamente no art. 298 (falsificação de documento particular). Assim, o parágrafo único passará a equiparar a falsificação de cartão de crédito ou débito à falsificação de documento particular. Ressalta-se, no entanto, que por diversas vezes este falso é um meio para a obtenção de vantagem indevida, caso em que essa conduta restará absorvida pelo crime de estelionato, nos termos da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça.⁽⁹⁾ Não obstante, caso o agente venha, agora, apenas a falsificar os cartões, sem a eles pessoalmente conferir algum uso, será punido pelo crime autônomo.

No que tange à “Lei Azeredo” (Lei 12.735/2012), que enquanto projeto foi chamado de “AI-5 digital” por conta dos pontos polêmicos

que continha – especialmente pela previsão de guarda dos logs pelos provedores de Internet⁽¹⁰⁾ –, acabou esvaziada após acordo celebrado na Câmara dos Deputados, sendo aprovada com apenas quatro artigos. Teve, ainda, vetados dois deles de forma que o texto apenas determina que “os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado”, além de introduzir dispositivo para obrigar que a prática, a indução ou incitação de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, praticados por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, tenham a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio.

Concluindo, para fins de repressão aos crimes digitais, era certa a necessidade de melhor regulamentação de condutas praticadas no âmbito e com o uso da tecnologia. Esperava-se, no entanto, que as leis trouxessem conceitos mais precisos, penas mais adequadas à gravidade das condutas e, ainda, a contemplação dos ataques *Denial of Service* contra os particulares em geral.

Notas

- (1) Crimes digitais próprios ou puros são também conhecidos como delitos de risco informático. O bem jurídico tutelado é precipuamente a segurança dos sistemas. Crimes digitais impróprios ou mistos são aqueles cujo envolvimento com a tecnologia se resume à utilização de meios digitais como meio para sua prática. Para maior detalhamento, vide o nosso *Crimes digitais* (São Paulo: Saraiva, 2011).
- (2) Será condicionada à representação como regra e, no caso de prática em desfavor da Administração Pública, será pública incondicionada.
- (3) Tráfego de dados móveis no mundo terá crescimento de 50% até 2018. Disponível em: <<http://imasters.com.br/noticia/trafego-de-dados-moveis-no-mundo-tera-crescimento-de-50-ate-2018>>. Vide, também, Tráfego de dados móveis no Brasil crescerá 19 vezes até 2016. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=29224&sid=17>>. Ambos com acesso em: 20.02.2013, às 12h35min.
- (4) Aqui há uma impropriedade técnica da redação, tendo-se em vista que “vulnerabilidades” não são instaladas, mas sim exploradas.
- (5) Tecnologia da Informação.
- (6) Um *malware* (vírus) não é propriamente um “dispositivo informático” (periférico), mas um *software*, um programa de computador.
- (7) São espécies de vírus computacionais – *malwares*.
- (8) “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) XII – divulgar, explorar ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior [dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços], obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”
- (9) “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”
- (10) Logs são registros de atividades gerados por programas de computador. Por exemplo, registros da conexão de uma máquina na Internet, como dia, hora, local etc.

Marcelo Xavier de Freitas Crespo

Doutor e Mestre pela USP.

Pós-graduado em Direito Penal pela

Universidade de Salamanca.

Advogado.

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

O Supremo Tribunal Federal, a restrição ao *habeas corpus* e o marido traído

Tiago Abud da Fonseca e Henrique Guelber de Mendonça

1. Introdução

No ano de 2012, a partir de agosto, a Suprema Corte brasileira, ao julgar os feitos distribuídos sob os números 109.956 e 111.909, alterou o seu entendimento jurisprudencial e firmou posição no sentido da impossibilidade de impetração de *habeas corpus* quando previsto no ordenamento jurídico brasileiro recurso que vise atacar a decisão objeto do remédio heroico.

Percebe-se, lamentavelmente, que a Corte Suprema acaba por prestar um desserviço à causa da liberdade em homenagem à diminuição dos feitos em tramitação naquele órgão jurisdicional.

Nas linhas que se seguem, pretende-se enfocar tal postura da cúpula do Poder Judiciário brasileiro sob a ótica de ofensa à própria Constituição da República, além de se buscar demonstrar, utilizando-se uma metáfora, que se preferiu jogar a sujeira por debaixo do tapete a enfrentar o verdadeiro problema que assoberba a justiça pátria.

2. A violação à Constituição da República pelo seu guardião

A Constituição da República, em seu art. 5.º, LXVIII, dispõe que será concedido *habeas corpus* sempre que alguém estiver sofrendo ou se achar prestes a sofrer coação a sua liberdade ambulatorial por ilegalidade ou abuso de poder.

De plano, pela singela leitura do dispositivo invocado se percebe que não há restrição alguma ao remédio na disposição constitucional, de modo que vincular a impetração de *habeas corpus* à inexistência de recurso previsto no ordenamento jurídico, hábil a atacar tal decisão, soa como odiosa restrição à utilização do *habeas*, amputando-lhe o seu manejo.

De outro viés, a Constituição da República estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, além de prever que os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, preenchidos os requisitos estabelecidos pela Carta Republicana, tem *status* de emenda constitucional (art. 5.º, §§ 2.º e 3.º).

É do conhecimento geral, que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica ou, caso prefiram, da Convenção Americana de Direitos Humanos. No art. 7.6 do referido Pacto Internacional está cravado que “*Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa*”.

Alguns sustentarão, para limitar a incidência da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre o ordenamento jurídico brasileiro, que o decreto que a aprovou não obedeceu ao quórum exigido pelo art. 5.º, § 3.º, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional 45/2004, além de pregarem que tal aprovação pelo Congresso Nacional é anterior a referida emenda e, portanto, sem *status* constitucional.

Todavia, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta tal interpretação, na medida em que, por força do Pacto de San José da Costa Rica e de sua reconhecida hierarquia no ordenamento jurídico pátrio, edita a Súmula Vinculante 25, impossibilitando a prisão civil do depositário infiel. O Supremo Tribunal, por inúmeras vezes, assentou que tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário sobre direitos humanos possuem uma hierarquia mínima chamada de intermediária,⁽¹⁾ que é supralegal, conquanto infraconstitucional.

Acrescente-se que o Min. Celso de Mello,⁽²⁾ ecoando respeitada doutrina, afirma que, por si só, tratados sobre direitos humanos têm dignidade constitucional.

Ora, se a Convenção Americana de Direitos Humanos tem força suficiente para impedir a prisão civil do depositário infiel, não pode ser outra a interpretação quanto à limitação do uso do *habeas corpus*, que não pela sua inconstitucionalidade.

Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao nosso juízo, trilhou o caminho da inconstitucionalidade ao limitar o manejo do *habeas corpus*, seja pelo próprio atrofamento do instituto, quando exige a inexistência de recurso próprio para que seja admitido, seja porque, na prática, eventual recurso não é possível de ser deduzido em juízo por quem não detenha capacidade postulatória, quer porque não é cabível recurso ordinário contra decisão tomada em outro recurso ordinário.

3. Efeito prático da orientação jurisprudencial adotada pelo STF

A orientação jurisprudencial da Corte Suprema foi adotada para diminuir o número de feitos distribuídos para as Cortes Superiores. Incrementou-se a restrição prevista na Súmula 691, da Casa.

Entretanto, tal orientação tem possível efeito devastador quanto às decisões adotadas perante o primeiro grau de jurisdição em matéria criminal. No processo de conhecimento, excepcionando-se os embargos de declaração, dois são os recursos cabíveis contra as decisões proferidas pelo juízo criminal de primeiro grau: recurso em sentido estrito e apelação, sendo certo que quando não há previsão legal de interposição do primeiro, é cabível a apelação supletiva prevista no art. 593, II, do CPP.

Em suma, a prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, dificilmente seria caso de impetração de *habeas corpus* contra decisão do juízo de primeiro grau criminal no processo de conhecimento, já que ora caberia recurso em sentido estrito, ora a apelação.

Não seria diferente na execução penal, já que a Lei 7.210/1984 prevê como recurso cabível, contra as decisões proferidas quanto ao cumprimento da sanção e seus incidentes, o agravo.

Em outras palavras, embora não tenha sido este o objetivo, vingando o posicionamento atual do Pretório Excelso – que se espera seja revisto com brevidade – o capítulo do *habeas corpus* no Código de Processo Penal para as decisões proferidas pelo juízo criminal de primeiro grau será verdadeira letra morta, vez que sem aplicação, tamanha a restrição ao remédio heroico.

Perceba-se que, concernente ao Superior Tribunal de Justiça, lá se vai uma enxurrada de *habeas corpus* inadmitidos, notadamente no final do último ano, mercê de aplicar a nova orientação da Corte Maior.⁽³⁾

4. O verdadeiro problema da Justiça Criminal brasileira

A bem da verdade, lamenta-se na nova posição jurisprudencial do STF a perda da chance de enfrentar a verdadeira razão da mazela da Justiça Criminal brasileira.

Aliás, antes de limitar garantia fundamental,⁽⁴⁾ poderia ter trilhado a Suprema Corte o caminho de restringir o acesso à justiça do próprio Estado brasileiro, principal descumpridor da lei produzida por ele mesmo e que ainda assim tem para si uma “justiça” própria para resolver os seus problemas (justiça federal e juízos fazendários estaduais), com incontáveis recursos.

Não é esse o campo próprio para tal debate, que poderia servir, inclusive, para sugerir a ampliação do número de ministros nos Tribunais Superiores (por que não?), prestigiando-se aqui em discutir o problema da Justiça Criminal no Brasil.

Com efeito, ao nosso singelo juízo, tudo passa por saber o verdadeiro papel do Juiz Criminal, se paladino da defesa social ou se garantidor dos direitos fundamentais.

A toda evidência, quando o Estado chama para si a tarefa de julgar e cria o processo como forma de solução de conflitos, assim o faz para reconhecer o direito do débil (o acusado) em oferecer resistência à pretensão do titular do direito de ação em exercer o *ius puniendi*. Não fosse para isso, não seria necessário o processo, deixando o débil à própria sorte e sob o jugo da supremacia de força do próprio Estado Acusador.

Como corolário de tal conclusão, o Juiz Criminal deve ser o garante dos direitos fundamentais, buscando assim fazer justiça em contrapartida ao justicamento feito pelos Juízes da Defesa Social.

O Superior Tribunal de Justiça, em liminar concedida pela Ministra Laurita Vaz no HC 254.034, já teve a oportunidade de perceber que é grande o número de magistrados e tribunais que tem prestigiado a defesa social e, em nome dela, desatendido a jurisprudência dos Tribunais Superiores quando pródiga em garantir direitos.

Pela importância do tema, vale a transcrição de parte da decisão mencionada:

“No mais, no caso é nítida a afronta do Juízo de primeiro grau e do Tribunal de origem aos posicionamentos deste Superior Tribunal, o qual, ao editar a súmula acima mencionada, pacificou seu próprio entendimento acerca da controvérsia, e cumpriu seu relevante papel de unificador da interpretação das leis federais. Da mesma forma, há ofensa à autoridade da Suprema Corte.

Relembre-se ao Magistrado de piso e à Corte origem que a edição de súmulas é apenas o último passo do longo processo de uniformização da jurisprudência, o que se dá após inúmeras discussões e divergências acerca do sentido e alcance de dispositivos dentre os próprios ministros, em diversos órgãos julgadores.

O acolhimento de posições pacificadas ou sumuladas pelos tribunais superiores ou pelo Supremo Tribunal Federal – vinculantes, ou não – está longe de significar um ‘engessamento’ dos Magistrados de instâncias inferiores. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição.

Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, e contribuem para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo.

Por isso, devem os Julgadores de hierarquia jurisdicional ínfera compreender que, neste Superior Tribunal de Justiça, onde apenas dez ministros têm a hercúlea tarefa de julgar habeas corpus impetrados contra Tribunais de apelação de todo o país, a contraproducente

prolação de decisões contrárias aos posicionamentos desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é um grande e grave fator – desnecessário – a concorrer para a demora na concretização da prestação jurisdicional, causado pelos próprios Juízes das instâncias antecedentes”.

Como se percebe, *concessa maxima venia*, melhor teria andado o Supremo Tribunal Federal se, ao revés de bitolar o *habeas corpus*, tivesse caminhado na direção de averiguar a razão pela qual tal remédio é tanto utilizado, chegando-se à fácil constatação de que a sua jurisprudência não é lá muito seguida quando se trata de reconhecer direitos às pessoas processadas criminalmente.

Fosse diferente, não teria o próprio Supremo Tribunal Federal concedido 35% dos *habeas corpus* lá impetrados,⁽⁵⁾ mesmo quando não o conhece e paradoxalmente o concede de ofício, atestando a existência de ilegalidade ao direito de ir e vir e, em última análise, a suma importância do *habeas*.

5. Conclusão

Uma anedota conhecida dá conta de que o marido, vendo sua esposa trai-lo com o amante no sofá, prefere se desfazer do objeto, a mandar embora a traidora, como que impondo a culpa da traição ao divã.

Fica nessa interpretação do Supremo Tribunal Federal, ao menos para o operário do Direito, a ideologia do marido traído.

A Suprema Corte se enveredou por limitar a utilização do *habeas corpus*, a bem da estatística e das prateleiras vazias, como se a culpa do excesso de feitos distribuídos nas Cortes Superiores pudesse ser atribuída ao acusado no processo criminal ou a sua defesa, esquecendo-se de enfrentar as causas da ilegalidade ao direito de liberdade, como se esta não tivesse sendo cometida.

Como quer que seja, ainda é tempo de se divorciar dessa visão deturpada, em homenagem ao direito de liberdade. Espera-se que seja logo.

Notas

- (1) HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, j. 01.09.2010.
- (2) HC 96.772/SP, 2.ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.06.2009.
- (3) São exemplos as decisões relatadas pelos Ministros Campos Marques (convocado), Marco Aurélio Belizze, e Marilza Maynard (convocada), respectivamente, HC 251.303/SP, AgRg no HC 254.399 e HC 169.556/RJ.
- (4) A racionalização do acesso ao Supremo Tribunal Federal, tônica tradicional e angustiante do processo civil, abre suas asas de forma robusta sobre o processo penal, apegando-se a uma lógica que, ao revés de conformar princípios constitucionais, privilegia o resultado, diga-se, o julgamento em menor tempo e o conhecimento de um menor número de ações ou recursos, em detrimento dos também princípios constitucionais do devido processo legal, formal e substancial, da ampla defesa e do contraditório, enfim, do acesso à ordem jurídica justa. O pano de fundo dos julgamentos mencionados é esse: o de se privilegiar a tempestividade da prestação da atividade, ignorando-se os reais vilões do abarrotamento da Corte. Erradamente, com o respeito devido, empresta-se maior valia ao princípio mais recentemente introduzido no texto da Constituição em detrimento daqueles obrados pelo constituinte originário.
- (5) Disponível em: <www.stf.jus.br>. Notícia: STF concede 35% dos *habeas corpus* analisados. Quase 30% em favor de pessoas de baixa renda. Publicado em 22.05.2009.

Tiago Abud da Fonseca

Mestre em Direito.

Professor de Processo Penal da Universidade Estácio de Sá.

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro.

Henrique Guelber de Mendonça

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ.

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro.

Um lapso momentâneo da razão no Supremo

Lucas Costa Santos e Otávio Dias de Souza Ferreira

Em 20.04.2010, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, editou a Resolução 427 com o fim de regulamentar o processo eletrônico no tribunal. Entre diversas providências tomadas, logo após exigir que o *habeas corpus* fosse processado exclusivamente pelo peticionamento eletrônico, determinou o seguinte:

“Art. 20. Os pedidos de ‘*habeas corpus*’ impetrados em causa própria ou por quem não seja advogado, defensor público ou procurador poderão ser encaminhados ao STF em meio físico, mas deverão ser digitalizados antes da autuação para que tramitem de forma eletrônica”.

Esse dispositivo, que ficou vigente por quase dois anos – sendo recentemente reformado pela Resolução 489, em 28.06.2012 –, significou uma grave restrição do direito de acesso à Justiça no mais alto tribunal do país –, pois todo advogado que tivesse de impetrar um *habeas corpus* naquela Corte precisaria obrigatoriamente da utilização do sistema de peticionamento eletrônico. Para tanto, é exigida uma certificação eletrônica, que não é gratuita, e algumas habilidades com as novas tecnologias.

Essa inusitada restrição ao uso de *habeas corpus* é incompatível com a realidade fática de muitos advogados brasileiros e compromete princípios basilares da normativa nacional e internacional.

Uma das primeiras curiosidades ao se deparar com o estudo do tema foi a de investigar eventual impacto no número de impetrações dirigidas à Corte. Na elaboração de uma linha de tendência da história recente desde 2000, dez anos antes da norma, percebe-se uma súbita redução de autuação de *habeas corpus* nos dois anos seguintes à entrada em vigor da Resolução 427, em 1.º.08.2010 (vide gráfico). Mas é possível que existam outras variáveis contribuindo para explicar o fenômeno, não havendo uma exclusiva relação causal.

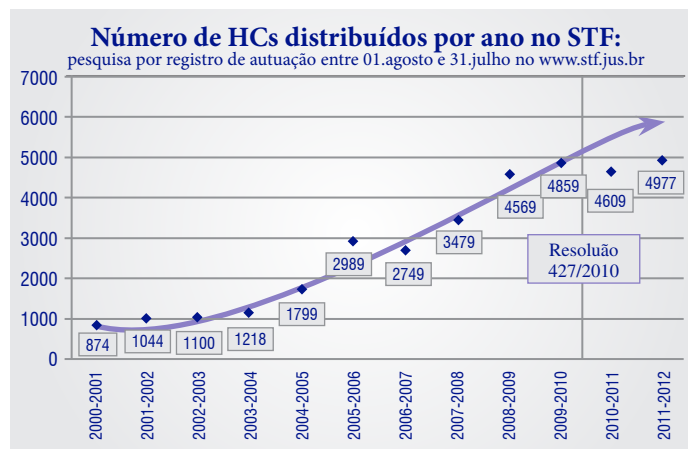
Praticamente impossível será aferir quantas ordens de *habeas corpus* foram afetadas devido à incidência dessa norma. Há aquelas que foram rejeitadas de imediato na triagem. Algumas podem ter sido reelaboradas e, depois de algum tempo, processadas pela via digital ou assinadas por pessoas que não fossem advogados. Outras tantas devem ter sido abandonadas. Para umas e outras a prestação do direito de acesso à justiça foi prejudicada, mesmo que pela falta de celeridade para corrigir situações potenciais de graves violações de direitos a demandar providências imediatas.

Nesse contexto, é bom se ter em mente que, conforme declarações do próprio Ministro Gilmar Mendes, nossa Corte Suprema tem apresentado índices elevados de deferimento de *habeas corpus*, em torno de um terço.⁽¹⁾

Muitos advogados que não se adequaram às novas exigências talvez tenham desistido de cogitar a impetração de novas ordens. E deve haver também aqueles que ainda nem sabem que o fatídico dispositivo foi reformado, restaurando a normalidade constitucional.

O mais inquietante, todavia, é que essa norma provocou lesão substantiva ao Direito Civil de acesso à justiça em sua garantia mais fundamental. Ofendeu gravemente o inc. LXXVII do art. 5.º da CRFB sobre a gratuidade do *habeas corpus*. Na normativa internacional o dispositivo violou prescrições da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. VIII), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 5, I; e art. 9, I), do Pacto de San José da Costa Rica (arts. 7.º, 3 e 6; 8.º, 2, c e d) e na jurisprudência do Sistema Interamericano seguiu na contramão da Opinião Consultiva OC-9/87 e da decisão sobre o caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*.

A restrição ao princípio da gratuidade do *habeas corpus* é mais indevida se considerarmos que ela é feita justamente para o advogado



– figura “indispensável à administração da justiça” (art. 134 da CRFB) –, cujo ofício na esfera penal consiste sobretudo na garantia do Direito Constitucional de defesa técnica.

Quando o inc. LV do art. 5.º da Constituição pretende assegurar a ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes”, inclui evidentemente o direito a uma defesa técnica que supõe a assistência de um profissional com conhecimentos teóricos do direito e que possa trazer um equilíbrio na relação entre acusação e defesa. Nesse sentido, **Aury Lopes Jr.** afirma que a defesa técnica promove uma “*acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador*” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 233 e ss.).

Além de o dispositivo ter ferido vários preceitos normativos, não condiz absolutamente com a realidade social brasileira.

O peticionamento eletrônico ainda não está plenamente instituído em todos os tribunais do território nacional e a certificação eletrônica ainda não é um instrumento de trabalho indispensável ao exercício da advocacia. Os tribunais inferiores e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça não preveem semelhante restrição para o *habeas corpus*.

O acesso à internet e à realidade digital ainda não se universalizou no Brasil. Segundo pesquisa engendrada pelo Ibope Nielsen Online,⁽²⁾ 73,9 milhões de brasileiros têm acesso à Internet, número que corresponde a apenas 38% da população do país. Muitos dos advogados ainda não se adaptaram às tecnologias digitais da contemporaneidade. A exclusão digital atinge bons advogados, sobretudo aqueles de idade mais avançada ou mais desprovidos de recursos econômicos, que teriam capacidade de oferecer uma boa defesa técnica.

A parcela da população que mais necessita da ação constitucional de *habeas corpus* para a tutela de sua liberdade é justamente aquela que mais carece de condições econômicas para arcar com um advogado particular. Quando conseguem contratar um, é mediante grande sacrifício. E muitos desses advogados que se dedicam à defesa na esfera criminal dessa população mais fragilizada sobrevivem também com dificuldades e privações materiais.

A despeito da imposição do art. 134 da Constituição da República, a Defensoria ainda é manifestamente deficitária em todo o País. No mais das vezes, no lugar de uma Defensoria Pública bem estruturada e operante, funcionam os mambembes convênios com a OAB, pelos

quais advogados cadastrados atuam no lugar da Defensoria e, ao final, recebem do Erário um valor bastante modesto.

Contudo, o desempenho do Ministro Gilmar Mendes na função atípica de legislar não foi nada promissor nessa Resolução 427, de modo que, em menos de dois anos, foi necessária a elaboração de pelo menos outras três Resoluções (442, 476 e 489) para corrigir ou revogar vários de seus dispositivos, sendo o famigerado art. 20 certamente aquele que gerou mais indignação. Sua redação foi enfim reformulada para a seguinte forma: “Os pedidos de ‘habeas corpus’ poderão ser encaminhados ao STF em meio físico, caso em que serão digitalizados antes da autuação, para que tramitem de forma eletrônica”.

Ao cabo de um período de quase dois anos restaurou-se razão nesse ponto do ordenamento, momentaneamente desflorada em uma prescrição aparentemente singela, mas capaz de gerar graves consequências para a vida de muitas pessoas, de cujos direitos mais caros restaram desprovidos de sua proteção jurídica mais básica e essencial.

Notas

- (1) Esses dados correspondem ao balanço da atuação do Tribunal em 2007 e 2008, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101208>>, acesso em: 03.11. 2012.
- (2) Divulgada no dia 18.03.2011. Vide notícia no portal “G1”: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/03/acesso-rede-no-brasil-cresce-96-em-2010-e-chega-739-de-internautas.html>>, acesso em: 03.11.2012.

Lucas Costa Santos
Especialista em Direito Penal e
Processual Penal pela PUC-SP.
Advogado.

Otávio Dias de Souza Ferreira
Mestrando em Ciências Sociais pela UNIFESP.
Advogado.

Breve análise dogmática do Decreto Presidencial 7.873/2012 (que concede indulto e comutação de penas)

Patricia Borin Ribeiro e Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

Breve introdução

O indulto é causa de extinção de pena (art. 107, II, do CP). Já há muitos anos é tradição do chefe do Poder Executivo federal expedir decreto, em data próxima ao natal, concedendo indulto a quem preenche determinados requisitos. No último ano não foi diferente. O Decreto 7.873/2012 inclusive inovou, em relação aos anteriores, em vários aspectos. Por exemplo, trouxe o inédito art. 1.º, XVI, que visa a atingir os condenados por crime patrimonial não violento cujo prejuízo não seja superior a um salário mínimo.

Além do indulto, a comutação (que reduz substancialmente a pena do sentenciado) também é prevista no decreto, em seu art. 2.º.

Os operadores do Direito que atuam na execução penal não podem desconhecer os decretos presidenciais que dispõem sobre indulto e comutação. A leitura do art. 1.º, por exemplo, é obrigatória, mas, por razões metodológicas, seus incisos não serão objeto do presente texto.⁽¹⁾

Passemos à análise de alguns aspectos relevantes do Decreto 7.873/2012.

Irrelevância de existência de processos em andamento

É certo que o art. 5.º (que dispõe que sobre a irrelevância de processos penais em andamento para o reconhecimento do indulto) não traz qualquer novidade; sua redação é idêntica desde o Decreto 7.420/2010. Mas sua importância não pode ser desdenhada e o operador do Direito deve ficar atento, pois é comum, em alguns lugares, que a pena resultante de sentença penal condenatória não transitada em julgado seja somada, na guia de execução penal, àquela resultante de sentença penal condenatória irrecorrível, sem qualquer ressalva, quando, em verdade, não deve ser levada em consideração para o cálculo.⁽²⁾

Impossibilidade de se exigir “merecimento” do sentenciado

A competência constitucional privativa para indultar penas ou comutá-las é da chefia do Poder Executivo, conforme art. 84, XII, da CF. A nobre função do juiz da execução penal é, nesse ponto, tão somente verificar se

os requisitos estipulados no decreto presidencial estão ou não preenchidos.

Contudo há forte tendência de alguns juízes (poucos, é verdade⁽³⁾) a usurparem aquela competência constitucional. Em vez de simplesmente verificarem se há o preenchimento dos requisitos do decreto, inovam ilegalmente na ordem jurídica com a estipulação de outros, como “merecimento”, “boa conduta”, “gravidade do crime” etc.⁽⁴⁾

Por essa razão, o art. 9.º, de maneira cristalina, prevê algo que poderia causar perplexidade – pela sua redundância – ao intérprete que desconhece aquela tendência usurpadora de alguns juízes: “Para a declaração do indulto e comutação das penas é suficiente o preenchimento dos requisitos previstos neste Decreto”.

Restrição aos condenados por crimes hediondos e equiparados, e àqueles que cometeram falta grave nos doze meses anteriores à publicação do decreto

Ainda que preencha todos os requisitos de qualquer dos incisos do art. 1.º e do caput do art. 2.º, o sentenciado não faz jus ao indulto ou à comutação de pena em duas hipóteses:

a) se lhe tiver sido aplicada “sanção, homologada pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto” (art. 4.º, caput).

b) se a condenação for por qualquer dos crimes listados no art. 8.º (crimes hediondos, equiparados e outros).

É errado, no entanto, dizer que nesses dois casos o indulto está vedado por completo. Não está. O indulto humanitário (art. 1.º, X) e o indulto da medida de segurança (art. 1.º, XI) são cabíveis em qualquer hipótese (art. 4.º, § 2.º e art. 8.º, parágrafo único).

Ademais, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado – mas desde que o outro óbice, da falta grave, não exista –, é possível o indulto

pelo art. 1.º, IX (extinção da pena de multa se a privativa de liberdade já tiver sido integralmente cumprida) e pelo art. 1.º, XII. Esse último trata de sentenciado que tenha tido sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos (ou com aplicação de *sursis*). Sua finalidade é clara: atingir quem foi condenado por tráfico privilegiado e teve sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.⁽⁵⁾ Ainda que se considere o tráfico privilegiado crime hediondo (tese de que discordamos), não é inconstitucional essa hipótese de indulto porque a Constituição veda, no art. 5.º, XLIII, tão somente a *graça* (que é individual) e não o *indulto* (que é coletivo), a autores de crimes hediondos e equiparados.

Referidas as exceções, voltemos às restrições.

Em relação à primeira situação (sanção disciplinar por falta grave homologada em juízo), para que incida a restrição, a falta grave deve ter ocorrido entre o dia 27.12.2011 (trata-se de prazo penal, incidindo o art. 10 do CP) e 26.12.2012 (data da publicação do decreto). Faltas graves anteriores ao dia 27.12.2011, ainda que a homologação judicial tenha ocorrido no período referido, não podem ser consideradas para prejudicar o sentenciado. Aliás, elas sequer servem para interromper o lapso temporal exigido para o indulto, conforme disposição expressa do art. 3.º, parágrafo único, do Decreto. Faltas graves cometidas posteriormente à publicação do decreto também não vedam o indulto ou a comutação (art. 4.º, § 1.º), o que ressalta a natureza declaratória da decisão do juiz da execução penal.

A falta grave, por óbvio, só terá o condão de vedar o indulto ou a comutação se a sanção disciplinar houver sido homologada judicialmente, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Pode surgir a interessante situação na qual haja suspeita de ter havido cometimento de falta grave durante o período mencionado, mas ainda não tenha havido pronunciamento judicial a respeito. O decreto poderia ter disciplinado melhor a questão. Poderia, por exemplo, ter se inspirado no Código Penal e vedado ao juiz da execução que se pronunciasse sobre o indulto até que houvesse decisão judicial sobre a sanção disciplinar.⁽⁶⁾

Semelhante vedação, no entanto, inexistente. Seria um absurdo recorrer à analogia com o art. 89 do CP para prejudicar a situação do sentenciado (o princípio da legalidade veda a analogia *in malam partem* em matéria penal).

O art. 4.º, § 1.º, do decreto deixa bem explícito que a prática de falta grave “*sem a devida apuração nos termos do caput não impede a obtenção do indulto ou comutação de penas*”.

Assim, se no momento de se pronunciar sobre o indulto a falta grave estiver pendente de apreciação judicial, ela não poderá obstar os direitos do sentenciado previstos no decreto.

Em relação à restrição do art. 8.º (crimes hediondos, equiparados e outros), há alguns comentários a serem feitos.

O inc. II, ao tratar do tráfico de drogas, ampliou indevidamente a restrição do indulto aos crimes dos arts. 34 a 37 da Lei 11.343/2006 (que, com exceção do art. 36, não são equiparados a hediondo).

Interessante notar que o mesmo inciso II não faz referência ao art. 33, § 4.º (mas exclusivamente ao *caput* e ao § 1.º, como, aliás, já vinham fazendo os decretos anteriores⁽⁷⁾), podendo-se daí concluir que ao tráfico privilegiado não incide a proibição de indulto e comutação.

Finalmente, do art. 8.º, III, pode-se extrair que é possível a concessão de indulto ou comutação àqueles sentenciados que praticaram crime hediondo ou equiparado antes de o delito ser rotulado como tal, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal *in pejus*.⁽⁸⁾ Assim, se o sentenciado praticou homicídio qualificado antes de 6 de setembro de 1994, por exemplo, não incide a restrição. Quanto ao crime de estupro simples (e ao antigo atentado violento ao pudor), há correto entendimento jurisprudencial, ainda que minoritário, no sentido de ter se tornado hediondo apenas com o advento da Lei 12.015/2009.⁽⁹⁾ Até porque se já fosse hediondo antes dessa lei não haveria a mínima necessidade de ser estipulado no decreto, de maneira expressa, que ele não se aplica às “*pessoas condenadas por [...] crime hediondo, praticado após a publicação das Leis [...] 12.015, de 7 de agosto de 2009*” (art. 8.º, III).

Consequências da natureza declaratória da decisão do juiz da execução penal

A natureza jurídica da decisão do juiz da execução penal é declaratória, e não constitutiva (STJ, 5.ª T., Rel. Laurita Vaz, HC 233.348, 05.06.2012), o que traz consequências absolutamente relevantes.

Imagine-se que, em 26.12.2012, o sentenciado esteja em livramento condicional e falem três anos para que termine de cumprir o período de prova. Em meados de 2013, comete crime e é condenado, em sentença irrecorrível, à pena privativa de liberdade. Em tese, o livramento condicional deverá ser revogado (art. 86, I, do CP), e o prazo em que ficou solto sequer será descontado na pena (art. 88 do CP).

Digamos, porém, que esse indivíduo preenchesse, em 26.12.2012 (data da publicação do decreto), os requisitos de qualquer dos incisos do art. 1.º do Decreto, mas, por um lapso, não tenha requerido ao juiz da execução penal que reconhecesse o seu direito ao indulto.

Se se tratasse de decisão com natureza constitutiva, a prática posterior de crime poderia impedir o reconhecimento do indulto; caso entenda se tratar de natureza declaratória, não há tal óbice.

Ora, a natureza declaratória da decisão decorre do próprio art. 84, XII, da CF. Se cabe *privativamente* ao chefe do Poder Executivo federal conceder indulto, é evidente que o juiz da execução penal não tem essa competência.

Ademais, se não houve o reconhecimento do indulto antes da prática do novo crime foi por falha exclusiva do Estado, pois o art. 10 do Decreto dispõe que a responsabilidade para encaminhar ao juiz da execução a lista das pessoas que fazem jus ao indulto ou à comutação cabe, entre outros, aos órgãos da execução penal (art. 61 da LEP).

Se os órgãos da execução penal tivessem cumprido corretamente sua função e encaminhado o nome do sentenciado o mais breve possível ao juiz da execução, sua punibilidade teria sido extinta e não haveria possibilidade de o livramento condicional ser revogado por crime ocorrido posteriormente. É justo que o sentenciado pague pela ineficácia do Estado? Claro que não.

Assim, ainda no exemplo citado, mesmo que o sentenciado não tenha requerido ao juiz da execução o reconhecimento do indulto, pode fazê-lo a qualquer momento e a decisão terá natureza declaratória. Declarará que sua pena foi extinta em 26.12.2012 pela ocorrência do indulto, impossibilitando, dessarte, que ocorra revogação do livramento condicional por crime ocorrido após aquela data.

Processamento do feito: prazo peremptório para o Conselho Penitenciário

Problema prático sempre enfrentado foi o da demora na apreciação dos pedidos de indulto, visto que havia, até o Decreto 7.648/2011, a necessidade de manifestação do Conselho Penitenciário (que só não é necessária nas hipóteses do art. 1.º, IX, X e XI, conforme art. 10, § 3.º), o que às vezes demorava meses.

Tal exigência é, com a devida vênia, esdrúxula, pois os requisitos do decreto são todos objetivos. Qualquer um tem a possibilidade de analisar se estão preenchidos ou não. Não há necessidade prática de um conselheiro penitenciário proceder a tal análise, até porque já há um defensor, um promotor e um juiz para fazer isso.

Em boa hora o Decreto 7.873/2012 previu o inédito § 5.º no art. 10, para dar um basta às demoras prolongadas: “*Findo o prazo previsto no § 4.º [de 15 dias], com ou sem a manifestação do Conselho Penitenciário, o juízo da execução determinará vista dos autos ao Ministério Público e, em seguida, à defesa, para, ao final, proferir decisão*”.

Em suma, hoje permanece apenas a obrigação de se dar vista de foto cópia ou cópia digital dos autos ao Conselho Penitenciário (art. 10, § 4.º), mas sua manifestação efetiva não é requisito de validade da decisão.

Notas

- (1) Para auxiliar os operadores do Direito da execução penal, há programa – ainda em fase de teste –, que pode ser útil, no site: <www.osmiseraveis.org/indulto>.
- (2) Por exemplo: a pena total constante da guia de execução é de 7 anos de reclusão: 6 referentes à execução definitiva e 1 à execução provisória. O sentenciado já cumpriu 2 anos. Caso fosse levado em consideração o tempo total de pena, ele não preencheria os requisitos do art. 1.º, I. Porém, excluindo-se aquela “pena” de 1 ano (pois a sentença que a impôs ainda não transitou em julgado), a situação muda por completo.
- (3) A jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça é no seguinte sentido: “Preenchidos os requisitos estabelecidos no Decreto-Presidencial, não há como impedir a concessão da comutação da pena ao sentenciado, por falta de requisitos de ordem subjetiva, uma vez que a sentença nesse caso, tem natureza jurídica meramente declaratória” (5.ª T., Rel. Laurita Vaz, HC 233.348, 05.06.2012).
- (4) Confira-se, nesse sentido, trecho do voto do Des. Fernando Simão (TJSP): “Assim, não obstante tenha o sentenciado, por um lado, preenchido o requisito objetivo caracterizado pelo elemento corporal, constata-se, por outro lado, que o requisito subjetivo caracterizado pelo elemento de ordem social, não restou convincente a fim de que o agravante mereça o benefício almejado, levando-se em consideração que se está discutindo o perdão parcial para indivíduo que praticou delitos graves. O Decreto Presidencial não é auto-executável, traduzindo-se em expectativa de direito até que se apure a existência de condições pessoais necessárias para a sua concessão, cabendo à autoridade judiciária analisar tais condições, caso a caso, abrangendo todo o período a ela antecedente, antes e depois da publicação do decreto. Assim, o benefício deve ser destinado ao condenado em condições de merecê-lo, proporcionando-lhe condições para a harmônica integração social, mesmo porque a finalidade da benesse é incentivar a ressocialização do preso e não a de assegurar a impunidade, ou prestigiar a conduta incompatível com a ordem e disciplina dos estabelecimentos prisionais. E, na hipótese dos autos, o atestado de bom comportamento carcerário não se mostra suficiente para a constatação da existência de mérito por parte do reeducando, ou seja, do seu interesse na absorção da terapêutica prisional. Aliás, seria até injusto para com os demais sentenciados, que não praticaram nenhuma falta grave ao longo de toda a execução da pena, conceder a comutação indistintamente e automaticamente a todos aqueles que não cometeram falta grave durante um determinado período. Portanto, a fim de se não violar a individualização da pena (art. 5.º, inciso VLVI, alínea a, da CF) e transformar o juiz em mero homologador de atestado administrativo, em evidente desvirtuamento das funções do Estado-Juiz, impõe-se reconhecer que o reeducando não possui mérito pessoal para ser beneficiado com a comutação de penas, tendo em vista a gravidade dos crimes a que fora condenado” (Agravamento em Execução

Penal 0194935-26.2012.8.26.0000, 18.12.2012). Curioso é que essa decisão se refere ao Decreto 7.648/2011, que também previa, no art. 9.º, ser suficiente para a declaração do indulto ou da comutação o preenchimento dos requisitos previstos naquele decreto.

- (5) Lembrando que a proibição da “conversão” da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não mais subsiste no ordenamento jurídico a partir da Resolução 5/2012 do Senado Federal.
- (6) *Mutatis mutandis* é o que prevê o art. 89 do CP em relação à declaração de extinção da pena quando o sentenciado, em livramento condicional, passa a responder processo por crime supostamente ocorrido durante o período de prova: “O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento”. Caso o resultado do processo seja a absolvição, extingue-se a pena; caso seja a condenação à pena privativa de liberdade, revoga-se o livramento condicional.
- (7) Por exemplo, art. 8.º, II, do Decreto 7.648/2011.
- (8) Cf., por exemplo, STJ, 6.ª T., HC 213.526, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, 20.11.2012: “O Decreto Presidencial que veda o indulto para os condenados por crime hediondo não inviabiliza a concessão do benefício para aquele que cometeu crime, à época, não considerado como tal. Na espécie, ao crime equiparado ao de homicídio qualificado, por ter sido cometido antes da Lei 8.930/1994, que alterou a Lei 8.072/1990, não incide a vedação do Decreto n. 6.706/2008, não podendo o benefício da comutação ser negado sob esse fundamento, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da novatio legis in pejus”.
- (9) Nesse sentido: “Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTUPRO [...]. Os fatos ocorreram há mais de uma década, não se cogitando, pois, em atualidade no alio à ordem pública, destacando-se, também, que não há falar em hediondez do delito de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009” (TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70050564830, 5.ª Câmara Criminal, Rel. Francesco Conti, j. 10.10.2012).

Patricia Borin Ribeiro
Bacharel em Direito pela PUC-SP.
Advogada.

Thiago Pedro Pagliuca dos Santos
Mestrando em Direito Penal pela USP.
Bacharel em Direito pela PUC-SP.
Defensor Público.

Mulheres visitantes em unidades prisionais: da invisibilidade ao *tertium genus* social. Ainda o Direito Penal do Inimigo

Saulo Dutra de Oliveira

Consoante **Angotti** “Lombroso apresentou dificuldades em mapear as características degenerativas em mulheres criminosas natas e prostitutas”.⁽¹⁾ **Lombroso** e **Ferrero** apontam que “a criminosa feminina é menos típica fisiologicamente que os homens criminosos, uma vez que ela é menos essencialmente criminosa, já que todas as formas de degeneração fazem com que a criminosa se desvie a um patamar mais próximo que os homens, pois sendo organicamente conservadora (há pouca variedade e evolução) ela mantém as características do tipo ‘normal’ mesmo quando desvia dele; e finalmente porque a beleza, sendo para ela de uma necessidade suprema, resiste aos assaltos da degenerescência”.⁽²⁾

Mulher delinquente; mulher prostituta; mulher normal. A seguir, em breves linhas, pretende-se demonstrar o despertar da tentativa de um moderno mapeamento judicial da predisposta criminalidade feminina, que ressoa os pressupostos etiológicos e discriminatórios da criminologia de matriz tradicionalmente médico-psicológica: a mulher visitante, em unidades prisionais.

Para além dos postulados da antropologia criminal italiana, cuja investigação das causas da criminalidade feminina indicou ser menos aferível (havendo uma relação de continuidade menos nítida entre as figuras da mulher delinquente, da mulher prostituta e da mulher normal) o novel perfil criminológico da mulher visitante resultou de fácil detecção para a autoridade judiciária.

Aos 18 de dezembro de 2012, adveio decisão liminar nos autos do *Habeas Corpus* coletivo 0269428-71.2012.6.26.0000 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que suspendeu os procedimentos de revista íntima invasiva nas unidades prisionais sujeitas às atividades correcionais da Vara de Execuções Criminais de Taubaté/SP.⁽³⁾ A decisão jogou luz sobre o problema do tratamento desumano que vem sendo dispensado aos familiares, às amigas e às companheiras de pessoas presas, sob a justificativa mais ou menos expressa da presunção de periculosidade dessas mulheres, muitas vezes com a anuência do Poder Judiciário.

A ação fora proposta pela Defensoria Pública do Estado em face da

autorização dada pelo Juízo da Corregedoria de presídios. A decisão de 1.º grau sustentou a plena legalidade da retirada de objetos dos corpos dos visitantes, mesmo sem o consentimento da pessoa suspeita; com fundamento no art. 244 do CPP, sufragou juízo geral de legalidade das provas colhidas nos pressupostos estados flagranciais;⁽⁴⁾ a seguir, impingiu aos médicos a obrigação da retirada dos objetos, com ou sem consentimento da pessoa, sob pena de responsabilização criminal; e, finalmente, determinou à autoridade policial a formalização dos autos de prisão em flagrante.

A decisão acoimou as pessoas suspeitas de verdadeiros inimigos, mediante a criação de feixes de incidência e de não incidência do fundamento normativo da dignidade da pessoa humana, de acordo com o titular: ressuscitando um adágio midiático excludente de que direitos humanos são para humanos direitos, a dignidade da pessoa humana só se aplicaria aos seres humanos dignos.

No caso, o vetor interpretativo constitucional da dignidade sucumbiu diante da qualidade da pessoa suspeita. Conforme a decisão: *“tal princípio, realmente, é de fundamental importância na vida em sociedade e deve ser prestigiado sempre que se depare – por óbvio – com o sujeito de direito a ser tutelado, qual seja, o indivíduo digno. E não parece que isso ocorra no caso em que a pessoa se disponha a ocultar material proibido em sua genitália a fim de introduzi-lo em uma unidade prisional, assumindo as consequências socialmente e sabidamente nocivas daí advindas, máxime em se tratando de ambiente carcerário”*.⁽⁵⁾

A Corregedoria de Justiça do TJSP havia confirmado os termos da decisão, revelando, ademais, a sucumbência do comando normativo da dignidade humana em face da suposta necessidade de preservação da segurança, da ordem e da disciplina, nas unidades prisionais.

A decisão recorrida publiciza que um Estado assustadoramente penal tem sido forjado mediante a subjugação dos seres humanos, com o enraizamento de pechas classificatórias neolombrosianas. A figura dos visitantes, em unidade prisionais – essencialmente mulheres – pode estar a evidenciar um novel estereótipo para fins penais: um ser situado entre a pessoa (não delinquente) e o delinquente (não pessoa). *“O cárcere é o não lugar da sociedade moderna. No passado pôde ser – foi efetivamente – um lugar, lugar de castigo e de mortificação, de encerro moral ou economicamente produtivo, de reforma, de intentos mais ou menos sinceros de transformação das pessoas ou de defender um certo estado de coisas: em suma, um lugar onde se punham em jogo princípios filosóficos ou propósitos sociais, embora agora aqueles hajam perdido parte de sua vigência e estes não possam ser verificados empiricamente. Hoje, sem ideais e sem discurso que os justifiquem através de alguma forma de utilidade social, conquanto seja de maneira indireta, o cárcere é o não lugar, aonde se atiram não homens, para que agora e no futuro não sejam”*.⁽⁶⁾

Final, o Estado tem convivido bem com o processo de separação entre a pessoa e o delinquente. Basta analisar o processo de coisificação nas unidades prisionais, responsável por destinar os seres humanos à condição de não pessoa: o cárcere é o não lugar; o preso é a não pessoa. O não lugar é legitimado a vilipendiar a dignidade: não fornece tratamento de saúde adequado; péssima qualidade da alimentação; racionamento no fornecimento de água potável; superlotação; seletividade; marginalização. Falecem as tentativas de revitalização da qualidade humana dos encarcerados e o caminho parece querer antecipar e estender o juízo de inumanidade.

A pena de prisão, nesse Estado de Direito Penal, tornou-se um instituto de efeitos coletivos. Para aquém e além do princípio da individualização da pena, as marcas da segregação carcerária tatuam estigmas nas famílias dos cativos, que têm a dignidade diuturnamente violada nas revistas vexatórias produzidas nas unidades prisionais. Mesmo com a presença de instrumentos tecnológicos (detectores de metal, aparelhos de raios-X, por exemplo), muitos ainda convivem com o revirar de seus alimentos; a defloração da intimidade; a nudez coletiva; os agachamentos; as revistas íntimas táteis. A hodierna ostentação dos suplícios. Concluíra Foucault que *“o suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus*

princípios, perdesse todo o controle. Nos ‘excessos’ dos suplícios se investe toda a economia do poder”.⁽⁷⁾

Essa espoliação diária recebe ainda o reflexo das péssimas condições de trabalho às quais são submetidos os servidores do Estado: da irrisão salarial à falta de preparação técnica do corpo funcional, o Estado cultua a prisão como o não lugar até mesmo para os seus.

Exaspera o cenário inumano do não lugar o seu condão de retirar do sujeito de direitos a individualidade, onde todos passam a ser vistos como suspeitos. O parente visitante, assim, de um invisível social na titularização de direitos, transmuda-se no quase delinquente, esse elemento prestes a perder sua humanidade e se transformar em mais uma não pessoa. De porta social de contato do preso com o mundo exterior, todos passam a potenciais mulas do tráfico ou de outros objetos.

A economia do poder marginal – na qual poder disciplinar e suplício se justapõem – cobra do quase delinquente a sua dignidade: na suposta debilidade ou pressuposta ausência dos meios de controle oficiais e dignos, os dispositivos de poder no cárcere celebram sua (in)eficiência com o toque íntimo e degradante na mulher.

Ocorre que a extensão do poder repressivo, como qualquer outro, encontra limites traçados pela Constituição Federal, pelas Convenções e Tratados internacionais, pela legislação infraconstitucional; até pela própria Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária.⁽⁸⁾ Todos, reflexos da concretização da dignidade humana, como norma jurídica.

O maniqueísmo decisionista esbarra, a seguir, na máxima da proporcionalidade. Em nome da perpetuação ilusionista da existência do bem e do mal, a utilização do Direito Penal para a resolução do problema fático posto ultrapassou limites judicantes: o poder-dever de fiscalização nas prisões já viabiliza a proibição de ingresso de pessoas, que portem objetos suspeitos, flagrados pelos instrumentos tecnológicos, a culminar ainda na suspensão do direito do visitante em ingressar futuramente nas unidades prisionais do Estado. Tudo isso nos termos da Resolução, fundada em elementos de Direito Administrativo.⁽⁹⁾ Há, portanto, juridicidade explícita em comando normativo que retira a legitimidade do Direito Penal. *Ultima ratio*, concretamente aplicada.

Ainda assim, nas perífrases judiciais, a submissão à coleta da prova manifestamente ilícita, sem o consentimento do quase delinquente, mesmo que provisoriamente suspensa nos autos do HC coletivo, atemoriza esse *tertium genus* social, invisível para os direitos, porém clamado pelo Direito Penal.

Em nome da segurança pública, da ordem e da disciplina, ou qualquer outro termo generalizante, de difícil limitação combativa, a vontade do soberano Estado Penal reveste-se em vontade geral e no atual medievo *“não é bastante que os maus sejam justamente punidos. É preciso, se possível, que eles mesmos se julguem e se condenem”*.⁽¹⁰⁾

Por fim, evidencia-se o Juízo da Vara de Execuções Criminais por não ter padecido da síndrome de Pilatos: ao não lavar suas mãos, mesmo com as manchas da decretação explícita da indignidade dos quase delinquentes, viabilizou análise judicial revisora, com efeitos coletivos, de um tema extramente velado: declarou a legitimidade dos procedimentos abusivos, que são continuamente reproduzidos pelos dispositivos de poder no cárcere.

Final, a revista íntima vexatória e invasiva se mostrava indiretamente discutida nas Cortes judiciais por intermédio de recursos ou *habeas corpus* individuais, que buscavam a exclusão da prova conquistada ilicitamente em face dos já primeiramente condenados: aqui, a não pessoa já é o traficante, o preso, o mal, o perverso, o outro. O pré-juízo é evidente.

Agora cabe ao Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentar somente a questão. O resultado não pode ser outro que a sedimentação da dignidade humana como suporte da manutenção da qualidade de pessoa dos visitantes, proscrevendo de vez essa prática dura, cruel e degradante de vigilância estatal, fundada na invasão do corpo, principalmente da mulher – sem adjetivações.

Notas

- (1) ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do estado e de deus* – O surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012. p. 153.

- (2) LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute, and the normal woman*. Durham: Duke University Press, 2004. *Apud* ANGOTTI, Bruna. *Op. cit.*, p. 153.
- (3) A Corregedoria de presídios da Vara de Execuções Criminais de Taubaté irradia competência judicial a 8 unidades prisionais: Centro de Detenção provisória de Taubaté; Penitenciárias masculinas I e II de Tremembé; Penitenciárias femininas I e II de Tremembé; Penitenciárias masculinas I e II de Potim; Centro de Progressão Penitenciária de Tremembé. Nas unidades estão segregadas 9.041 pessoas, conforme <www.sap.sp.gov.br>, acesso em: 03.01.2013.
- (4) Art. 244 do CPP: “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.
- (5) Trecho da decisão exarada nos autos do Expediente 007/2011, da 1.ª Vara das Execuções Criminais de Taubaté/SP, que respondeu consulta feita pela Direção da Penitenciária I masculina de Tremembé/SP, sobre o procedimento a ser adotado em face de mulheres visitantes, suspeitas de portarem objetos ocultos em partes íntimas, para ingresso na unidade prisional.
- (6) Prólogo de VIRGOLINI, Julio E. S. In: BUJÁN, Javier Alejandro; FERRANDO, Víctor Hugo. *La Cárcel Argentina*. Una perspectiva crítica. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 20.
- (7) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 36.
- (8) Resolução 144 da Secretaria da Administração Penitenciária, de 29 de junho de 2010, que institui o regimento interno padrão das unidades prisionais do Estado de São Paulo. Seu art. 157, § 1.º, veda a “*revista interna, visual ou tátil do corpo do indivíduo*”. Disponível em: <www.sap.sp.gov.br>. Acesso em: 03.01.2013.
- (9) Art. 149 ao art. 158 da Resolução 144 da SAP.
- (10) AYRAULT, P. *L'ordre, formalité et Instruction Judiciaire*, 1576, L. I. cap. 14 *Apud* FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 39.

Saulo Dutra de Oliveira

Defensor Público do Estado de São Paulo

Coordenador das Execuções Criminais – Regional Taubaté.

Descasos

Soon-Yi

Alexandra Lebelson Szafir

Soon-Yi⁽¹⁾ é sul-coreana, mas vive em São Paulo desde a infância. Para quem a vê pela primeira vez, ela, desde logo, chama a atenção pela beleza e pelo temperamento doce. Com o tempo, essa primeira impressão se fortalece. Ela definitivamente não deveria estar em uma prisão, mas foi lá que a conheci.

A história é trágica. Apesar de viver em um ambiente moderno – cursava uma faculdade de psicologia – convivia também com as tradições do seu povo, uma delas o casamento arranjado pelas famílias.

Já antes do casamento, seu noivo a espancava. A perspectiva de passar a vida ao lado dele a aterrorizava, mas parecia ser a única que se lhe apresentava, pois ideias de rompimento do compromisso ou mesmo de fuga eram soterradas por ameaças dele aos pais dela.

Acuada, armou um plano para matá-lo. Atingiu seu objetivo, mas como estava longe de ser uma profissional do crime, a autoria foi descoberta quase que imediatamente.

Olhando o processo, descobri que ela se manteve calada, não contou sua história. Acabou condenada a 12 anos de reclusão.

Quando a conheci, ela já tinha obtido a progressão para o regime semiaberto. Trabalhava e estudava, quando, como é praxe no caso de condenados estrangeiros, sobreveio o decreto de expulsão do País, a ter efeito *somente depois de cumprida a pena*. O decreto não fazia menção, e nem poderia, a qualquer modificação na forma de cumprimento da pena, a qual, é lógico, é regida pela Lei de Execuções Penais.

Mas o juiz responsável pela Execução da pena de Soon-Yi tinha *iniciativa*. Decidiu, ao arrepio da lei, proibir o trabalho externo e as saídas temporárias dela. É claro que as hipóteses em que essa proibição pode ocorrer estão em um rol taxativo na Lei de Execuções Penais, e o decreto de expulsão não está entre elas. Mas o que importa a lei diante da *opinião* do juiz? Aparentemente nada para aquele magistrado. E na *opinião* dele, o decreto de expulsão inviabilizava as saídas, ainda que, repita-se, a expulsão só tivesse efeito após o término do cumprimento da pena.

O caminho era impetrar um *habeas corpus*. Descobri, entretanto, que já havia um em andamento, muito bem escrito, por sinal, impetrado pela Procuradoria de Assistência Judiciária (não havia ainda a Defensoria Pública em São Paulo).

Entrei em contato com a Procuradora que escrevera o *writ*, dizendo que, a pedido de Soon-Yi, eu pretendia sustentá-lo oralmente no dia do julgamento e pedindo que, na qualidade de impetrante, ela me desse uma procuração para fazê-lo. Ela se recusou, dizendo que, como não era uma defensora constituída, isso era desnecessário. Foi uma conversa muito cordial, que de

modo algum me prepararam para dois fatos bizarros que vieram a seguir.

O primeiro ocorreu no dia do julgamento. Enquanto eu dava uma olhada final nos autos, fui abordada por uma estagiária da impetrante, dizendo que esta sempre tivera a intenção de fazer a sustentação oral (intenção esta jamais comunicada na conversa telefônica mencionada acima) e que eu estaria incorrendo em infração ética. A empáfia daquela moça fez com que o sangue me subisse à cabeça!

Respondi-lhe que seria um prazer ouvir a sustentação da procuradora e indaguei onde ela estava. O fato é que, apesar de mandar a assessora dizer aqueles absurdos, *ela não se dignara a comparecer à sessão de julgamento!*

Antes de sustentar, fiz questão de indagar dos desembargadores se havia infração ética, apenas para que a fedelha ouvisse a resposta negativa.

A sustentação oral acabou sendo de extrema importância, pois o Relator, por seu voto, denegava a ordem. O Procurador de Justiça, contrariando o parecer escrito, manifestou-se pela concessão da ordem, e acabamos vencendo por 2 a 1, contra o voto do Relator. Tenho para mim que, se não fossem os debates ensejados pela sustentação oral, essa vitória jamais ocorreria.

O segundo fato bizarro aconteceu quando um Promotor de Justiça se manifestou contra a saída temporária de Soon-Yi, unicamente por ela ser estrangeira. Tendo em vista que isso contrariava a decisão proferida no *habeas corpus*, despachei uma petição com o Juiz Corregedor, o qual determinou a vinda imediata dos autos ao seu gabinete.

Como a definição do termo “imediata” do Cartório das Execuções Criminais de São Paulo é diferente da do dicionário, tive que discutir longamente para que a ordem fosse cumprida. Enquanto isso, uma moça me observava, sem oferecer qualquer ajuda. Só depois de o problema resolvido, ela se apresentou como “dona” do *habeas corpus*: suas palavras exatas foram “esse HC é meu”. Resisti bravamente a perguntar por que ela não me ajudara e ficara só olhando enquanto eu brigava pelo HC “dela”. Mas não resisti a fazê-la admitir que foi um trabalho conjunto, pois sem a sustentação oral, dificilmente ganharíamos.

Hoje, Soon-Yi está casada com um funcionário da penitenciária onde esteve presa, e tem uma linda filha. A expulsão foi revogada.

Notas

- (1) Nome fictício.

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

SEMINÁRIO IBERO-AMERICANO SOBRE DROGAS

8 e 9 de maio de 2013

Local: Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A ideia central do encontro é ampliar o debate no Brasil sobre as mudanças na política de drogas ocorridas nos últimos anos, com ênfase nos modelos existentes em Portugal e na Espanha, especialmente na Comunidade Autónoma do País Vasco, além da análise da conjuntura em alguns países da América Latina, nos quais o tema vem ganhando a agenda política. Todas as iniciativas recentes de descriminalização ou que apontem para uma perspectiva de tolerância serão abordadas.

Palestrantes Confirmados

Jorge Quintas | **PORTUGAL**

Martin Barriuso | **ESPAÑA**

Xabier Arana | **ESPAÑA**

Cristiano Avila Maronna

Daniela Skromov de Albuquerque

Dartiu Xavier da Silveira

Luciana Boiteux

Luciana Guimarães

Maurício Fiore

Maurides de Melo Ribeiro

Pedro Abramovay

Paulo Teixeira

Sérgio Seibel



PARCERIA:
Instituto Manoel Pedro Pimentel

Palestra de Martin Barriuso

08.05.2013 - 09h30 às 10h40

Primeira Mesa - 11h às 12h30

Internação em Massa

Daniela Skromov de Albuquerque e

Dartiu Xavier da Silveira

Palestra de Jorge Quintas

08.05.2013 - 19h às 20h05

Segunda Mesa - 20h15 às 21h45

Redução de Danos

Maurides de Melo Ribeiro e Sérgio Seibel

Palestra de Xabier Arana

09.05.2013 - 09h30 às 10h40

Terceira Mesa - 11h às 12h30

Políticas de Drogas

Luciana Boiteux e Maurício Fiore

Palestra de Paulo Teixeira

09.05.2013 - 19h às 20h05

Quarta Mesa - 20h15 às 21h45

Interface entre Drogas e Segurança Pública

Luciana Guimarães, Pedro Abramovay e Cristiano Avila Maronna

PARTICIPE DESSE ENCONTRO.

DESCONTO PARA ASSOCIADOS AO IBCCRIM E MEMBROS DO INSTITUTO MANOEL PEDRO PIMENTEL

Inscrições abertas e informações no Portal IBCCRIM www.ibccrim.org.br.

ANDRADE & TAFFARELLO
ADVOGADOS

Cavalcanti
& Arruda Botelho
Advogados

Coelho, Costa, Alves e Zacris
advogados

MARONNA, STEIN & MENDES
advogados

Toron, Torihara e Szafir
advogados

Zanolde de Moraes Peres & Braun
Advogados Associados

Saiba como ser patrocinador do Seminário Ibero-Americano sobre Drogas.

Informações na Seção de Comunicação e Marketing: (11) 3111-1040 ou comunicacao@ibccrim.org.br

VAGAS LIMITADAS!

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™



Imagem ilustrativa

REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE®

SEU TALENTO ALIADO À MELHOR FERRAMENTA JURÍDICA

- ▶ Atualização permanente em caso de alteração legislativa
- ▶ Navegação fácil e precisa pela estrutura das obras
- ▶ Links para a legislação e jurisprudência citadas
- ▶ Mais de 700 pareceres de renomados autores

NOVIDADE

Doutrinas Essenciais, Pareceres e Legislação Comentada.

www.rtonline.com.br

- Suporte online: www.rtonline.com.br
- E-mail: sac@revistadostribunais.com.br
- Telefone: 0800 702 24 33, em dias úteis das 8h às 20h

Entre em contato conosco e comprove como a **REVISTA DOS TRIBUNAIS ONLINE®** pode trazer excelentes resultados para o seu negócio.

BEST SELLERS



Imagens ilustrativas

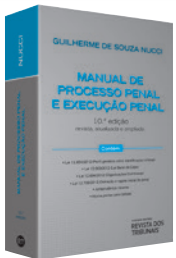
**Comentários
ao Código Penal**
8.ª edição
Luiz Regis Prado



**Curso de Direito
Internacional Público**
7.ª edição
Valério de Oliveira Mazzuoli



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



Imagens ilustrativas

**Manual de
Processo Penal
e Execução Penal**
10.ª edição
Guilherme de Souza Nucci



**Leis Penais e
Processuais Penais
Comentadas – V. 1**
7.ª edição
Guilherme de Souza Nucci



**Leis Penais e
Processuais Penais
Comentadas – V. 2**
7.ª edição
Guilherme de Souza Nucci

LANÇAMENTO

LANÇAMENTO

Televidas 0800-702-2433

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

SÃO PAULO • São Paulo • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Cascavel • Fórum Estadual • Londrina • Maringá • 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™