

Editorial

Coleção de retrocessos

A engenharia legislativa brasileira tem produzido projetos de lei de baixa qualidade técnica e, não raro, tem provocado o surgimento de leis de conteúdo aberrante. Não causa, portanto, surpresa o fato de que o denominado “Estatuto do Nascituro” (PL 478/2007), esteja no aguardo de sua aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça para ser encaminhado à votação no plenário da Câmara dos Deputados, após o Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família, e da aprovação pela Comissão de Finanças e Tributação. O ponto de partida do referido estatuto é a afirmação de que o “nascituro é o ser humano concebido”, o que significa dizer que a vida começa na concepção. Definir, normativamente, o conceito de vida é algo que afronta às ciências biológicas, à realidade jurídico-constitucional e ao bom-senso. Enfoques diversificados, de origem bioética, filosófica, jurídica e médica recomendam que o conceito de vida permaneça em aberto, não se justificando que se lhe dê, por meio de lei, uma exclusiva entonação religiosa. Se acolhido o entendimento do “Estatuto do Nascituro” – confirmado no respectivo Substitutivo – guardaria pertinência o raciocínio de que cada fecundação produz uma gravidez viável que se finda com o nascimento de um ser humano. Tal raciocínio é, no entanto, falso na medida em que 50% dos óvulos fecundados são abortados, de forma espontânea, por diversas causas, no período compreendido entre a fecundação e a nidação. Por sua vez, trinta por cento dos embriões implantados conduzem a um feto com possibilidade de desenvolvimento. Razão assiste, portanto, a **José Luís Velásquez** (*Del homo al embrión. Ética e biología para o século XXI*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003. p. 52-53) quando enfatiza que “a estatística demonstra que o destino habitual do embrião implantado não é atingir o estágio de pessoa, mas, sim, morrer por antecipação. A probabilidade de que uma concepção produza um recém-nascido é muito inferior à probabilidade de que ocorram abortos ainda que não medeie ou se tenha produzido intervenção humana deliberada”. Por que, então, petrificar, na concepção, o conceito de vida?

Além disso, ao assegurar ao nascituro, desde a concepção, o direito à vida, o projeto original e o respectivo substitutivo buscaram dimensionar temporalmente o conceito de inviolabilidade do direito à vida constante do art. 5.º da Constituição Federal e, de certa forma, por via reflexa, erigiram o direito à vida como valor absoluto. Mas, em verdade, não há princípios constitucionais absolutos. Ninguém desconhece que o próprio direito à vida é desconsiderado nas hipóteses de legítima defesa, do estado de necessidade e da própria guerra e mesmo em situações fáticas ensombreadas, como o suicídio, a eutanásia e a pena de morte. Ainda que o texto constitucional dê proteção à vida em formação, não

determinou o legislador constituinte o momento inicial dessa tutela. Daí afirmar-se que não cabe ao legislador ordinário fixá-lo na concepção. Ademais, não se pode perder de vista que o direito à vida, na fase primeira do processo de gestação, confronta-se com o direito da mulher à autodeterminação, constitucionalmente protegido, como expressão da autonomia da pessoa humana. Nessa situação de colisão de direitos fundamentais, é mister que se busquem concessões recíprocas, de forma a não sacrificar por inteiro nenhum desses direitos. Bem por isso, a fórmula de harmonização consiste numa tutela de intensidade crescente da vida em função das várias fases de desenvolvimento do produto da concepção, podendo-se, no caso, cogitar de um regime trifásico no qual, no período inicial, caberia à mulher expressar a autonomia de sua vontade; no período subsequente, a interrupção da gravidez ficaria na dependência do reconhecimento de determinadas indicações e, no período final, prevaleceria, sem contestação, o direito do feto à vida. O projeto original e o substitutivo impedem ostensivamente a composição entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

O “Estatuto do Nascituro” – e inclusive o seu Substitutivo – não levou também em conta que a técnica de reprodução humana havia dissociado conceitos tradicionalmente unificados (fecundação e gestação), já que a concepção pode ser concretizada em lâminas laboratoriais. E o projeto de lei, ao arrepiar de inequívoco progresso tecnológico, tenta igualar, ao nascituro, os “*seres humanos concebidos ainda que in vitro, mesmo antes de transferência para o útero da mulher*” (parágrafo único do art. 1.º do Substitutivo). As expressões acolhidas no texto colocam em paralelo a concepção ocorrida no ventre da mulher e a concepção laboratorial. Esta equivalência provoca alternativas inaceitáveis. Se cada embrião crioconservado tem um código humano único e contém vida, OU sua implantação será impositiva – toda doadora de óvulo, que venha a ser fecundado, mesmo que não quisesse mais engravidar, seria obrigada, em tese, a abrigar o embrião laboratorial e, em muitos casos, as gravidezes se cumulariam no próprio tempo de vida da mulher – OU teria ela de encontrar outra mulher que recebesse o óvulo inseminado, OU teria de mantê-lo indefinidamente nos laboratórios de reprodução humana. Em nenhuma hipótese, o embrião crioconservado poderia ser objeto de pesquisa científica porque, nesse caso, estar-se-ia pondo fim a uma vida. O texto da proposta legislativa implica revogação implícita do art. 5.º da Lei 11.105/2005 que permite para fins de pesquisa e terapia, atendidas determinadas condições, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos sobranes ao procedimento de reprodução assistida.

| Editorial

Parecer: prisões arbitrárias no curso de passeatas contra o aumento das passagens do transporte público
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró _2

A investigação criminal e a PEC 37
Geraldo Prado _____ 5

O caso “Mensalão” e a regra do duplo grau de jurisdição
Valerio de Oliveira Mazzuoli _____ 7

A propósito da “restrição ilegal” em precedentes afetos aos crimes contra a ordem tributária
Renato Stanzola Vieira _____ 10

Embriguez ao volante – a prova processual e as alterações da Lei 9.503/1997
Carlos Kauffmann _____ 11

Dez teses jurídico-penais
Paulo Queiroz _____ 13

Em busca de culpados: transformando tragédias em delitos
Israel Domingos Jorio _____ 14

A prisão pública e a privada
Clécio Lemos e
Helio Peixoto Júnior _____ 15

Cratod
Samuel Karasin _____ 16

| COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:

A aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas socioeducativas
Lara Maria Tortola Flores Vieira _____ 17

| DESCASOS

E se fosse na periferia?
Alexandra Lebelson Szafrin _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ _____ 1669

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1674
Superior Tribunal de Justiça _____ 1674
Tribunal Regional Federal _____ 1675
Tribunal de Justiça _____ 1675

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça _____ 1675

Se tais considerações já não fossem suficientes para sepultar, a sete palmos da superfície do ordenamento jurídico brasileiro, o Projeto de Lei 478/2007 e seu Substitutivo, há ainda outros tantos pontos anômalos a merecer destaque, ainda que de forma resumida. O Substitutivo (art. 13, *caput*), ao contrário do projeto originário, deixou explícita a manutenção da causa excludente de aborto contida no inc. II do art. 128 do Código Penal. No entanto, no afã de proteger “o nascituro concebido”, assegurou-lhe, entre outros direitos, no caso em que gestante não interrompa a gravidez e não disponha de “meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde, do desenvolvimento e da educação da criança”, o direito à pensão alimentícia, (§§ 1.º e 2.º do art. 13 do Substitutivo), recaindo o ônus de pagar tal pensão ao genitor, se identificado, ou, até que ocorra essa identificação, ao Estado (pagamento, pelo Estado, conforme emenda da Comissão de Finanças e Tributação, dar-se-á um ano após a aprovação da lei para que possa ser feita a previsão orçamentária). A simples formulação do texto põe à mostra o seu descabimento na medida em que, de um lado, procura conduzir a mulher a suportar gestação que lhe foi imposta por violência sexual e, de outro dá, como contrapartida, ao filho gerado nessas condições pensão alimentícia, como se o dinheiro, procedente do violador ou do Estado, fosse suficiente para restituir à mulher violentada sua dignidade como pessoa humana. Além disso, em flagrante linha de confronto com a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 54) que considerou haver mera antecipação terapêutica de parto na interrupção da gravidez de feto anencefálico, o

projeto de lei veda “ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro”, em razão de “deficiência física ou mental”, colocando à sua disposição “os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia” (arts. 9.º e 10.º do Substitutivo).

Embora o Substitutivo, de autoria da Deputada Solange Almeida, tenha excluído do projeto originário excrescências de caráter penal (arts. 23, *usque* 29 do Projeto 478/2007) – uma nova tipologia de figuras criminosas entre as quais se incluíam a conduta de quem congela, manipula ou utiliza nascituro, como material de experimentação, de quem anuncia processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, de quem faz publicamente a apologia do aborto, ou de quem se refere ao nascituro com palavras ou expressões depreciativas (!); um aumento significativo de penas cominadas aos tipos de aborto dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal e a inserção dos tipos de aborto no rol de crimes hediondos – força é convir que, pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados, se o texto original não for declarado inconstitucional, na Comissão de Constituição e Justiça, poderá, se rejeitado o Substitutivo, ser reapresentado e aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados.

O “Estatuto do Nascituro” – e seu Substitutivo, inclusive – é, portanto, uma homenagem ao despautério; é um voltar ao passado já superado, é um agravio aos direitos reprodutivos da mulher; é, em resumo, um cúmulo de bizantinices e de retrocessos.

Parecer: Prisões arbitrárias no curso de passeatas contra o aumento das passagens do transporte público

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

2

Honra-me o estudante de Direito Rodrigo Dornelles, consultando-me sobre a possibilidade de emissão de parecer, tendo por finalidade a impetração de *habeas corpus* preventivo por diversos centros acadêmicos de prestigiosas Universidades Paulistas, em favor de vários participantes do denominado “Movimento Passe Livre”, com a finalidade de obtenção de salvo-conduto, para evitar prisões arbitrárias no curso de passeatas e manifestações na cidade de São Paulo, contra o aumento das passagens de transporte público.

Basicamente, a consulta tem por objeto a análise da prisão de pessoas em razão de portarem vinagre, bem como a impossibilidade de realização da denominada prisão para averiguações.

A consulta me foi formulada no dia 14 de junho, por volta das 23:00 horas, solicitando o parecer para o dia seguinte, pela manhã, quando seria impetrado o *habeas corpus*. O tempo, normalmente muito escasso para qualquer manifestação técnica, é, na mesma intensidade, muito importante devido à relevância do direito envolvido. Entre uma cômoda e educada recusa, facilmente justificada pela limitação temporal, optei por ceder horas de sono por uma causa em relação a qual muitos ofereceram sua integridade física.

Ao mais, a defesa da liberdade é um patrimônio comum de todos, um direito indivisível que a todos pertence. Lutar pela liberdade é um dever de todos, como lembrava Ruy Barbosa, ao exaltar a importância do *habeas corpus*:

“A liberdade não entra no patrimônio particular, como as cousas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou compram; é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que

ninguém o possa alienar; e, se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica. Solicitando, pois, este habeas corpus, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes; advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada, na impessoalidade deste remédio judicial”.⁽¹⁾

A consulta vem instruída com uma minuta do *habeas corpus* que se pretende impetrar.

Assim relatado o assunto, os consulentes formulam os quesitos abaixo arrolados.

Quesitos

1. É possível a prisão de quem numa manifestação porta vinagre?
2. É possível a denominada “prisão para averiguações”?
3. Participar pacificamente da denominada Marcha pela Gratuidade do Transporte constitui incitação ao crime ou apologia ao crime?

A urgência do tempo exige uma análise direta das questões, e assim passo a emitir o meu parecer.

Parecer

1. Da natureza criminosa de portar substância ilícitas

Desnecessária qualquer citação doutrinária ou jurisprudencial sobre a relevância do princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia*

lege, cláusula pétrea da Constituição brasileira, no inciso XXXIX do caput do art. 5.º.

Há, efetivamente, no ordenamento jurídico nacional, figuras delituosas consistentes na simples posse, detenção ou porte de determinadas substâncias ou objetos, que o legislador, seja diretamente no preceito incriminador, seja indiretamente, por meio de preceito complementar em normas penais em branco, incrimina.

Assim, por exemplo, é incriminada a conduta de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, bem como de acessório ou munição, também de uso permitido, “sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (Lei 10.826/2003, art. 14, *caput*). Figura semelhante é prevista em relação a porte de armas de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*). Também é previsto como crime, possuir “artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 16, parágrafo único, inciso III).

De forma semelhante, na Lei 11.343/2006, considera crime transportar ou trazer consigo drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 33, *caput*); ou mesmo transportar ou trazer consigo “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas” (art. 33, § 1.º, inciso I). Ainda é crime, segundo a mesma lei, entre outras condutas, transportar ou possuir “maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 34).

No Código Penal, constitui crime de receptação, transportar coisa que sabe ser produto de crime (art. 180, *caput*), ou coisa que “por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso”. Também constitui crime, tipificado no art. 253, “fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfíxiante, ou material destinado à sua fabricação”. Além desses, há os delitos de “Petrechos para falsificação de moeda”, em que constitui crime possuir “maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moedas” (art. 291), bem como de “Petrechos de falsificação”, em que se tipifica a conduta de possuir objeto especialmente destinado a falsificação de papéis públicos (art. 294).

Há ainda, entre nós, uma figura na Lei de Contravenções Penais, que se assemelha às figuras que, na doutrina italiana, foram chamadas de “crimes de mera suspeita”. Segundo a explicação de **Manzini**, cuja posição ideológica dispensa comentários, trata-se de crimes que não são comissivos nem omissivos, “enquanto não constituem um fato nem positivo nem negativo, mas simplesmente um estado individual, que por isso mesmo não constitui infração de qualquer comando ou vedação penal, mas que é incriminado simplesmente pela suspeita desta”.⁽²⁾ O art. 25 da Lei de Contravenções Penais, denominada “posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto”, a contravenção, assim definida: “Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, **gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto**, desde que não prove destinação legítima” (destaques nossos).⁽³⁾

A toda evidência, não se subsume a nenhuma das figuras penais acima elencadas, ou a qualquer outra que se tenha conhecimento, existente no ordenamento jurídico nacional, a conduta de portar vinagre, pelo que é de se concluir pela sua atipicidade, sendo pois, sem margem de dúvidas, impossível prender em flagrante delito quem se encontre em tal situação.

2. Da ilegalidade da prisão para averiguação

A impossibilidade da prisão para averiguação decorre também de garantia constitucional. O inciso LXI do caput do art. 5.º da Constituição assegura:

“LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”.

Ao mais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, em seu art. 7, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, prevê:

“7.1 Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 7.2 Ninguém pode ser **privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas**” (destaquei). Desnecessário ressaltar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, integra o ordenamento jurídico nacional, ao menos com *status* supralegal, segundo o posicionamento que o Pretório Excelso reconheceu no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP.⁽⁴⁾

É fato público e notório que todos os participantes das denominadas marchas pela gratuidade do transporte não foram presos em razão de ordem judicial fundamentada. Restaria, assim, o caso de prisão em flagrante, o que, como visto em relação às figuras anteriores, não é possível, por não caracterizar crime.

3. Do direito de liberdade de reunião e os delitos de incitação e de apologia ao crime

A Constituição assegura a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5.º, *caput*, inciso IV), bem como o direito de reunião, nos seguintes termos:

“XVI – **todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público**, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” (destaquei).

Obviamente, no caso de exercício de direitos constitucionalmente assegurados, não há que se cogitar do cometimento de qualquer crime. Ainda que tipificada qualquer conduta nesse sentido, tratar-se-ia de ato lícito, por estar quem assim o age, acobertado pela excludente de ilicitude do exercício regular do direito.

Ressalte-se, desde logo, que o presente estudo analisa a questão exclusivamente sob a ótica penal.

Resta verificar, mais detidamente, as figuras criminosas de incitação ao crime e de apologia ao crime.

O art. 286 do Código Penal assim tipifica e pune a incitação ao crime:

“Incitação ao crime

Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa.”

E, em relação à apologia de crime ou criminoso, o tipo prevê:

“Apologia de crime ou criminoso

Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa.”

Não consta que, entre os propósitos de tais manifestações esteja impelir, instigar ou estimular alguém à prática de atos delitivos, o que basta para afastar a configuração de tal delito de incitação ao crime, em relação a quem, pacificamente, limita-se a participar de tais marchas, sem

realizar qualquer ofensa à integridade física ou patrimônio de outrem. Além disso, é tranquilo o posicionamento – e a urgência dispensa citações de mera corroboração – de que para configurar tal crime é necessário que haja a incitação de um *crime específico*, pois a menção genérica à prática de uma figura delitiva não caracteriza o crime do art. 286 do Código Penal.

Por outro lado, igualmente quem está nas mesmas condições acima narradas, de simples participante pacífico de tal manifestação, não comete o delito de apologia ao crime, posto que, em tais marchas não se fez louvor, elogio ou discurso de defesa de fato criminoso.

Obviamente, tais considerações não se aplicam em relação a quem, individualmente, no curso de tais manifestações, praticar atos criminosos como lesão corporal ou crime de dano. Mas tais condutas, que certamente merecem punição, não têm o condão de transformar um ato de manifestação do pensamento e exercício do direito de reunião em incitação ou apologia ao crime.

Ao mais, no que toca à eventual prisão em flagrante por tais condutas delitivas, é de ter em consideração que ambas são infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/1995.⁽⁵⁾ Consequentemente, a realização de prisão em flagrante em tais casos está sujeita às condições negativas previstas no art. 69, parágrafo único, primeira parte, da mesma Lei:

“Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança” (destaquei).

Em suma, quem participa pacificamente das denominadas marchas pela gratuidade do transporte, sem causar lesões a pessoas ou dano ao patrimônio, não comete os delitos de incitação ao crime ou apologia ao crime, pelo que é ilegal prender em flagrante delito quem se encontra em tal situação.

Inviável, pois, sua prisão a título de flagrante delito ou por qualquer outro motivo que não seja decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

No entanto, por que se importar com a liberdade de quem vai em tais marchas, se eu mesmo delas não participo? Respondo com o poema do Pastor Luterano alemão, **Martin Niemöller** (1933), escrito em tempos de nazismo:

“Um dia vieram e levaram meu vizinho que era judeu. Como não sou judeu, não me incomodei. No dia seguinte vieram e levaram meu outro vizinho que era comunista. Como não sou comunista, não me incomodei. No terceiro dia vieram e levaram meu vizinho católico. Como não sou católico, não me incomodei. No quarto dia, vieram e me levaram; já não havia mais ninguém para reclamar”.

Respostas aos quesitos

1. É possível a prisão de quem numa manifestação porta vinagre?

R.: A resposta é negativa. O Direito Penal trabalha com legalidade estrita e não há nenhum tipo penal no ordenamento jurídico nacional que incrimine a conduta de simplesmente portar vinagre.

2. É possível a denominada “prisão para averiguações”?

R.: A resposta é igualmente negativa. No ordenamento jurídico brasileiro, com ressalva da prisão em flagrante delito, somente é possível a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. As modalidades de prisão cautelar, com exceção da prisão em flagrante, são apenas a prisão temporária e a prisão preventiva. A denominada prisão para averiguações, por não ser prevista no ordenamento jurídico brasileiro, é ilegal e, caso imposta, dever ser imediatamente relaxada.

3. Participar pacificamente da denominada Marcha pela Gratuidade do Transporte constitui incitação ao crime ou apologia ao crime?

R.: A resposta, uma vez mais, é negativa. Quem participa pacificamente, e sem causar lesão a pessoa ou dano ao patrimônio alheio, das denominadas marchas pela gratuidade do transporte, não comete delito algum e, em especial, não pratica incitação ao crime ou apologia ao crime, pelo que é ilegal prender em flagrante delito quem se encontra em tal situação.

É o parecer.

São Paulo, 15 de junho de 2013, às 14:10 horas.

Notas

- (1) BARBOSA, Ruy. *Lições de Ruy* (org. Heitor Dias). Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1949, p. 76.
- (2) MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Totino: Utet, 1950. v. 1, p. 602.
- (3) Ressalte-se que o STF, no julgamento do RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes, reconheceu a repercussão geral sobre a discussão da constitucionalidade da referida contravenção. Do tema 113 da repercussão geral consta: “*Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 3.º, IV; e 5.º, caput, LVII, da Constituição Federal, a revogação, ou não, do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688/41), que prevê punição criminal a quem tem em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove a destinação legítima, pela Constituição de 1988*”.
- (4) STF, Pleno, Rext. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006. Destaque-se, ainda, que, posteriormente, em outros julgados, o STF reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal: STF, 2.ª Turma, HC 90.172/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007, v.u.
- (5) Art. 61. *Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*”. Com a redação dada pela Lei 11.313, de 2006.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal
pela Faculdade de Direito da USP.
Professor Associado do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.


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 Avila Maronna
1ª Secretária: Heloisa Estellita
2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade
1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob
2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif
Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

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

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

A investigação criminal e a PEC 37

Geraldo Prado

1. Escrevo este texto antes de 26 de junho de 2013, data prevista para votação no Congresso da denominada “PEC 37”, que propõe alterar o art. 144 da Constituição da República para acrescentar o § 10, com a seguinte redação: “*A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1.º e 4.º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente*”.

2. Independentemente do resultado da votação e da decisão do Congresso Nacional é indiscutível que o debate sobre o comando da investigação criminal e a pertinência de atribuir tais atividades ao Ministério Público monopolizam a discussão política e transcendem as habituais fronteiras instituídas pelos juristas e profissionais do Direito. Há muita gente da sociedade civil legitimamente interessada no desfecho desta questão política.

3. Trata-se de situação delicada para o Estado de Direito, entendido como conjunto de vínculos jurídicos que subordinam o exercício do poder a fins de tutela da dignidade humana.⁽¹⁾ Cuida-se de algo pertinente à democracia, porque associado às liberdades públicas que podem ser afetadas em um processo criminal. E diz com o princípio republicano, que reza que todo poder deve ser controlado pois que tende ao abuso.

4. A ótica que privilegia, no entanto, realça o papel estratégico assumido pela investigação criminal nas últimas décadas – e não apenas no Brasil. A rigor, as experiências históricas que podem servir de paradigma ao processo penal brasileiro, quanto à estrutura acusatória, distinguem as atividades de persecução penal em três grandes etapas: fase preliminar, fase preparatória e fase de juízo.⁽²⁾

5. Do ponto de vista da função é inequívoco que a investigação criminal, na categoria de procedimento oficial, é conhecida em praticamente todos os ordenamentos jurídicos originados no *Common Law* ou no direito europeu continental.

6. Vale dizer que a investigação criminal configura procedimento oficial de realização da fase preliminar naqueles ordenamentos, como o brasileiro, que não cometem ao juiz criminal tarefas de instrução e preparação. Quando é o caso de atribuir ao juiz a atividade – modelos espanhol e francês – as duas primeiras etapas praticamente se fundem e a autoridade judiciária, que *posteriormente não participará do julgamento*,⁽³⁾ comandará a referida instrução preliminar.⁽⁴⁾

7. Objetiva-se na etapa preliminar a averiguação da notícia crime e a aquisição e conservação dos elementos informativos que *a posteriori* serão introduzidos em juízo pelas partes para demonstração de suas respectivas alegações. Há de distinguir entre o exercício da ação e a reunião da base fática sobre a qual se funda a pretensão, investigando-se a idoneidade da notícia crime em si mesma.⁽⁵⁾

8. Conquistar este equilíbrio, pautado na distinção entre investigação e ação penal, com repercussão na esfera de direitos individuais de vários personagens, reclama a adoção de estruturas processuais conforme a matriz acusatória⁽⁶⁾ e esta é a realidade constitucional brasileira.

9. Com efeito, a Constituição desenhou em tintas fortes a nova planta arquitetônica do processo penal, destinada a substituir as estruturas inquisitoriais que, por causa de suas múltiplas ascendências autoritárias, abrigavam institutos incompatíveis com o Estado de Direito.

10. Seguiu o Brasil, em tese, a trilha das jovens democracias do continente que se viram desafiadas a transformar por completo seus

sistemas de Justiça Criminal. A razão disso, sublinhou o professor argentino **Alberto Binder**, no longínquo ano de 1991, residia no fato de a maioria dos países latino-americanos aplicar o “sistema inquisitivo”, em alguns casos conservado em suas estruturas quase puras, em outros, dotado de alguma nota modernizadora.⁽⁷⁾

11. Salienta **Binder** que a requisição de uma radical transformação dos sistemas de justiça criminal no continente está vinculada: a) ao processo de transição, recuperação ou construção da democracia e da república; b) ao processo de pacificação relativamente a todas as formas de beligerância experimentadas historicamente, com ênfase na violência de Estado e a tortura; c) à expansão econômica e relativização do papel das fronteiras nacionais; d) à crise do estado no nível de eficiência nas prestações públicas devidas neste novo pacto social incluyente; e, por último, e) ao maior protagonismo do sistema interamericano de direitos humanos e ao grau de aceitação obrigatória da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁽⁸⁾

12. Não são tarefas que facilmente se concretizam. **Bernd Schünemann** coloca em relevo que o processo penal das sociedades industrializadas submete-se à influência de “dois modelos rivais”,⁽⁹⁾ mas em ambos os casos as duas últimas décadas testemunharam a crescente importância da investigação criminal, haja vista: a) a tendência de expansão das formas consensuais penais (acordos penais), que diminuem os custos da Justiça Criminal; b) o incremento das técnicas especiais de investigação (TEI), particularmente os chamados “meios ocultos” (interceptação telefônica etc.), que caracterizam poderosa ingerência na intimidade alheia. A causa é decidida em caráter “quase definitivo” na investigação. O processo oral e em contraditório perde espaço e relevância.

13. Sobre o tema, **Manuel da Costa Andrade** advertirá que, se o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 2004, soube coarctar a operação conhecida como “grande devassa”, por intermédio de decisões densas e profundas que fixaram os pontos de apoio indispensáveis em face dessa nova realidade processual, as figuras “*particularmente invasivas e desiguais de investigação*”, caracterizadas pelos designados “*meios ocultos*”, também têm requisitado da doutrina “*o reforço do potencial de garantia*”.⁽¹⁰⁾

14. É compreensível, pois, neste contexto, a luta política travada pelo domínio da investigação criminal, mas a doutrina não pode refugiar-se na cômoda posição de “crítico” a lei posta e afastar-se da disputa. Cabe a doutrina assinalar que do confronto pelo poder salta aos olhos a ausência de um importante ator, ignorado: o investigado.

15. Admitindo-se que o princípio reitor do processo penal é a presunção de inocência, ambas as tendências referidas no item 13 agredem ou fustigam a citada presunção e a forçam ao recuo ainda antes da instauração do processo. O limitado espaço não permite mais que

se a separação entre investigação criminal e ação penal é uma exigência do sistema constitucional, incumbir o autor da ação penal da atribuição para investigar pulveriza os limites que separam uma coisa da outra.

sinalizar que o decreto de uma interceptação telefônica, por exemplo, introduz técnica que esvazia a tutela contra a autoincriminação compulsória. E o acordo sobre a pena dispensa o Ministério Público de demonstrar em juízo, com provas, a responsabilidade penal do acusado.

16. Em minha opinião apenas estes dois exemplos são suficientes para reforçar a ideia de que se a separação entre investigação criminal e ação penal é uma exigência do sistema constitucional, incumbir o autor da ação penal da atribuição para investigar pulveriza os limites que separam uma coisa da outra. Indaga-se: afinal, quando, em realidade, o Ministério Público estará investigando, pesquisando a verdade, quando ele, parte acusadora, estará atuando estrategicamente para sagrar-se vencedor nas múltiplas formas contemporâneas de adjudicação da responsabilidade penal do imputado? Ao pressupor controles para o exercício do poder, o princípio republicano parte da premissa, historicamente incontestada, de que o poder tende ao abuso ou descontrole.

17. Duas palavras finais, também sinteticamente. A forma encontrada pelos ordenamentos jurídicos para assegurar alguma paridade de armas entre acusação e defesa, por força da antecipação da solução da causa, tem sido fortalecer os poderes da defesa na investigação. Dessa maneira, para além da exigência constitucional extraída da presunção de inocência, a barreira que separa investigação e ação penal fica mais claramente demarcada.

18. O regime jurídico-constitucional do processo penal, erguido em torno da ideia central da presunção de inocência, cobra que se permita à defesa atuar desde o primeiro momento, como exigem os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, estabelecendo o equilíbrio entre a investigação que fornece lastro à acusação e as pesquisas que podem revelar a impropriedade ou temeridade dela.

19. Sob essa inspiração, a Itália instituiu a investigação defensiva, reconhecendo-se, nas palavras de **Paolo Tonini**, que a escolha do sistema acusatório pelo ordenamento italiano haveria de comportar a relevante consequência de viabilizar para a defesa o acesso a fontes de prova.⁽¹¹⁾

20. Uma investigação criminal dirigida pelo Ministério Público somente gozaria de *status* de conformidade constitucional se viabilizasse em tese a concretização de amplo repertório de providências de participação da defesa, e ademais se estivesse sujeita ao controle judicial, o que não é a nossa realidade.⁽¹²⁾ Admitir-se a investigação pelo Ministério Público dissociada da intervenção defensiva⁽¹³⁾ e do controle judicial configuraria violação ao Estado de Direito.

21. Por fim, a alegação de que uma investigação conduzida pelo Ministério Público para a repressão aos crimes praticados por policiais ou outros agentes do Estado é mais eficiente minimiza o aspecto técnico da própria atividade de investigação, para o qual os policiais se preparam. O sucesso das investigações depende sempre da combinação de fatores: aptidão para investigar e harmonia entre polícia e Ministério Público. Quando estes elementos estão presentes, a investigação tende a superar barreiras que lhe são impostas pela criminalidade grave de qualquer natureza.

22. Mesmo nos Estados que formalmente entregam a direção da investigação criminal ao Ministério Público, o dia-a-dia revela que a expressiva maioria dos inquéritos é comandada pela autoridade policial.

23. Em minha opinião, o aperfeiçoamento da investigação policial, a efetiva previsão de participação da defesa e a aproximação entre Ministério Público e Polícias constituem medidas de Política Criminal em harmonia com os princípios constitucionais reitores do processo penal brasileiro.

24. É necessário o afastamento do que **Francesco Palazzo** denominou de “vírus inquisitório”, “autoritário”, que contamina a prática processual penal, alimentando-se da relativização das garantias, em um nível estrutural do próprio sistema⁽¹⁴⁾ de modo a evitar o contraste entre a “afirmação teórica dos direitos e a realidade inquisitória do processo”,⁽¹⁵⁾ realidade que assombra ainda quando se apresenta publicamente de forma irreal, maniqueísta, em uma espécie de luta entre paladinos da moral e “agentes do mal”.

25. As instituições são integradas por seres humanos com virtudes e vícios. O maniqueísmo não combina com a realidade, como bem demonstraram recentes manifestações, isoladas diga-se de passagem, de membros do Ministério Público que incitaram a violência e admitiram que o adjetivo “nazista” não era motivo de incômodo.

26. Aperfeiçoar as instituições, este é o caminho.

Notas

- (1) COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). Prefácio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XII.
- (2) PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada: Comares, 2011. p. 37-42. A fuga da armadilha criada pelo processo bifásico (e da mentalidade inquisitória) reclama, conforme destaca **Franco Cordero**, a superação da herança pós-inquisitória, por meio do alheamento do modelo de duas etapas – ou misto – na direção daquele que exige da acusação hipóteses acusatórias bastante prováveis de resistir ao debate oral e ultrapassar a presunção de inocência (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. v. 2, p. 141).
- (3) A propósito do impedimento de participação do juiz da investigação no processo cabe referir a decisão do Tribunal Superior Espanhol de 23 de novembro de 2005, caso Colmenero Menéndez de Lurca. Ver em *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Navarra: Thomson, n. 18, p. 236-240, 2007.
- (4) PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *Op. cit.*, p. 43-50.
- (5) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2. reimp. Madrid: Colex, 2006. p. 267.
- (6) Sobre o tema: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- (7) BINDER, Alberto. Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 199-200.
- (8) BINDER, Alberto. Reforma de la Justicia Penal: del programa político al programa científico. *Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 17-19.
- (9) SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. II, p. 393.
- (10) COSTA ANDRADE, Manuel. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, 2009. p. 21.
- (11) TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 591. **Tonini** acentua que o fundamento da investigação defensiva penal situa-se no direito de defesa, reconhecido pela Constituição italiana como inviolável (art. 24, § 2.º). Assinala que, se o direito à liberdade pessoal do imputado pode ser limitado no curso do procedimento, o de defesa é inviolável, pois que “garante da paridade de armas”, como reconhecido pelo art. 111 da Lei Constitucional (§) n. 2, de 1999.
- (12) No Chile o acolhimento do sistema acusatório repercutiu na investigação criminal e no papel atribuído ao Ministério Público e ao investigado. Assim é que o novo sistema se orientou a mudar a investigação, abandonando o sumário criminal secreto do paradigma inquisitório para entregar ao MP a direção dos atos de investigação. Com a responsabilidade da investigação, o MP, no entanto, deverá ser preciso nas imputações contra pessoa determinada, formalizando a investigação contra ela. E, em decorrência disso, o imputado poderá examinar os atos de investigação, salvo quando este exame puder “entorpecer” a investigação. Neste caso, o Ministério Público poderá dispor de reserva parcial dos atos de pesquisa, por prazo determinado, medida que sempre poderá ser revista pelo juiz, a requerimento do indiciado (BAYTELMAN, Andrés A.; DUCE, Mauricio J. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 40-42).

- (13) A previsão da participação da defesa na investigação criminal e a definição do parâmetro citado denunciam uma visceral mudança de foco no processo penal italiano que, pelo menos em tese, como ressalta a doutrina, busca abandonar a perspectiva inquisitorial estribada no *in dubio contra reum*, peculiar ao modelo inquisitório, em favor de um concreto *in dubio pro reo*, consequente ao processo regido pela presunção de inocência (art. 27, inc. 2, da Constituição da Itália). CAVALIERE, Antonio. Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares. *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. México: Porrúa, 2007. p. 183.
- (14) PALAZZO, Francesco. Conclusioni. *Diritti Individuali e Processo Penale*

Nell'Italia Repubblicana: Ferrara, 12-13 novembre 2010. Milano: Giuffrè, 2011. p. 414-415.

- (15) *Idem, ibidem*, p. 414.

Geraldo Prado

Pós-Doutor em História e Teoria das Ideias, pela
Universidade de Coimbra.

Doutor em Direito pela UFG.

Professor-adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ.

O caso “Mensalão” e a regra do duplo grau de jurisdição

Valerio de Oliveira Mazzuoli

1. Introdução

O eminente Min. Celso de Mello, no primeiro dia de julgamento da AP 470, ao analisar, em Questão de Ordem, a possibilidade de julgamento conjunto de todos os réus do “Mensalão” (mesmo aqueles sem foro por prerrogativa de função) perante o Supremo Tribunal Federal, assim concluiu:

“A própria jurisprudência internacional, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, tem reconhecido, como ressaltam, em seus preciosos comentários à *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, os professores **Luiz Flávio Gomes** e **Valerio de Oliveira Mazzuoli**, em extensa análise do art. 8.º, item 3.º, alínea ‘h’, do Pacto de São José da Costa Rica, que consagra o postulado do duplo grau, que há duas exceções, sendo uma delas a que envolve os processos instaurados perante ‘o Tribunal Máximo de cada país’, vale dizer, perante a Corte judiciária investida do mais elevado grau de jurisdição, como sucede com o Supremo Tribunal Federal.

A mim me parece, desse modo, Senhor Presidente, com toda vênha, que não há que se cogitar de transgressão às cláusulas quer da *Convenção Americana de Direitos Humanos* quer do *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*.”⁽¹⁾

Seguindo esse posicionamento, o STF, por maioria (9 votos contra 2 a favor),⁽²⁾ rejeitou o pedido do advogado Márcio Thomaz Bastos de desmembramento do processo, o que fez com que todos os réus do “Mensalão” (os que tinham e os que não tinham foro por prerrogativa de função) passassem a ser julgados pelo Supremo conjuntamente.

Honrou-nos o Min. Celso de Mello com a citação de obra de nossa autoria, como suporte para justificar a tese da impossibilidade de desmembramento do processo. Cabe destacar, contudo, que a passagem doutrinária citada – GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 135 – faz referência ao sistema regional europeu de direitos humanos, em que realmente existe cláusula permissiva a excepcionar o duplo grau de jurisdição quando há processos instaurados pelas cortes supremas de cada país.⁽³⁾ Regra semelhante, porém, não existe na sistemática da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969), em que a garantia do duplo grau apresenta-se como absoluta (não contém qualquer exceção).

Nesse exato sentido, o Min. Ricardo Lewandowski, na decisão da Questão de Ordem referida, bem observou:

“Preocupa-me, por fim, o fato de que, se este Supremo Tribunal persistir no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estará, segundo penso, negando vigência ao mencionado art. 8.º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderá ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos”.⁽⁴⁾

Como se percebe, houve divergência na votação da Questão de Ordem perante o Supremo, tendo a tese (correta) do desmembramento do processo (baseada na garantia estabelecida pela *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*) restado vencida.

Este ensaio tem justamente a finalidade de compreender a regra do duplo grau de jurisdição no âmbito da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, bem assim como poderá, eventualmente, o caso do “Mensalão” ser levado à análise tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana.

2. Precedente da Corte Interamericana (“caso Barreto Leiva vs. Venezuela”)

O tema relativo ao duplo grau de jurisdição já foi debatido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento do *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, em 17 de novembro de 2009. Neste caso específico, o Sr. Oscar Enrique Barreto Leiva, ex-diretor geral setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da

É certo que o país encontra-se sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde que aceitou a competência contenciosa daquele tribunal, e não há qualquer ressalva ou exceção – diferentemente do que faz a *Convenção Europeia* – no que tange ao direito ao duplo grau de jurisdição na sistemática da *Convenção Americana*

Presidência da Venezuela, respondeu a uma ação judicial juntamente com o ex-presidente Carlos Andrés Pérez e outras autoridades detentoras do foro privilegiado; Barreto Leiva, contudo, não detinha a prerrogativa do foro, porém, mesmo assim, em razão da regra da conexão, foi julgado pela instância máxima do Judiciário venezuelano, tendo sido condenado a um ano e dois meses de prisão por crimes contra o patrimônio público praticados durante a sua gestão, em 1989. Após condenado, Barreto Leiva recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, em 2008, admitiu a queixa e fez recomendações à Venezuela. Ausente qualquer resposta do Estado, a Comissão submeteu, então, a causa à jurisdição da Corte Interamericana, que entendeu, ao final, que a Venezuela violara o direito (consagrado na Convenção Americana) relativo ao duplo grau de jurisdição, ao não oportunizar ao Sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um tribunal superior, eis que a condenação sofrida por este último proveio de um tribunal que conheceu do caso em única instância. Em outras palavras, a Corte Interamericana entendeu que o sentenciado não dispôs, em consequência da conexão, da possibilidade de impugnar a sentença condenatória, o que estaria a violar a garantia do duplo grau prevista (sem ressalvas) na Convenção.

Como se percebe, o precedente do *Caso Barreto Leiva* coincide perfeitamente com a situação dos réus condenados no processo do “Mensalão”, uma vez que todos eles (tendo ou não foro por prerrogativa de função) foram impedidos de recorrer da sentença condenatória para outro tribunal interno (eis que julgados pela instância máxima do país), em violação à regra expressa na Convenção Americana (art. 8.º, 2, h).

Na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) há ressalva expressa a permitir o julgamento de quaisquer pessoas pelo mais alto tribunal do país, sem que tal configure violação ao duplo grau de jurisdição (art. 2.º, 2, da Convenção Europeia).⁽⁵⁾ Porém, no que tange ao Brasil, é certo que o país encontra-se sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde que aceitou a competência contenciosa daquele tribunal, por meio do Decreto Legislativo 89/1998; e não há qualquer ressalva ou exceção – diferentemente do que faz a Convenção Europeia – no que tange ao direito ao duplo grau de jurisdição na sistemática da Convenção Americana.

3. Possibilidade de condenação internacional do Brasil e anulação do julgamento do “Mensalão”

Considerando a similitude absoluta entre o *Caso Barreto Leiva*, julgado pela Corte Interamericana em 17.11.2009, e o que foi decidido na *Questão de Ordem* da Ação Penal 470 (“Mensalão”), não há dúvidas de que esta última poderá ser objeto de demanda perante o sistema interamericano de direitos humanos (a iniciar-se na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, EUA).

Tal se dará exatamente pelo fato de não ter o STF devidamente controlado a convencionalidade das leis brasileiras – em especial, o Código de Processo Penal, que estabelece a regra da conexão (arts. 76, III e 78, III) – em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁽⁶⁾ No caso do “Mensalão” apenas três réus – Valdemar Costa Neto, João Paulo Cunha (PT-SP) e Pedro Henry (PP-MT) – exerciam o mandato, à época do julgamento, de deputados federais, e, portanto, estavam amparados pelo foro privilegiado perante o Supremo; todos os demais 35 réus foram conjuntamente julgados pelo fato de o STF ter entendido que as conexões entre as acusações não autorizavam o desmembramento da ação penal. Foi incoerente o STF nessa decisão, especialmente levando-se em conta que o próprio Supremo (desde dezembro de 2008) admite o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.⁽⁷⁾ Assim, uma vez que o Estado não controlou a convencionalidade das leis, ou a controlou de forma errônea ou equivocada, pode o sistema interamericano de

direitos humanos, mediante queixa de qualquer cidadão, avocar para si a competência de controle e ordenar que nova solução seja dada ao caso concreto.

O próprio Min. Celso de Mello, a certa altura do julgamento, aventou essa hipótese, dizendo que:

“Nada impedirá, contudo, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, D.C., esgotada a jurisdição doméstica (ou interna) e atendidas as demais condições estipuladas no art. 46 e nos arts. 48 a 51 do Pacto de São José, submeta o caso à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ordem a permitir que esta exerça o controle de convencionalidade”.⁽⁸⁾

De fato, não há dúvidas de que o STF negou vigência à regra do art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana, abrindo, a partir desse momento, a possibilidade de os interessados recorrerem ao sistema interamericano contra o Estado brasileiro (que agiu, por meio de um dos seus Poderes, o Judiciário, de maneira inconvencional, ou seja, contrária a um tratado de direitos humanos). Em outros termos, uma vez esgotada a competência da justiça brasileira – no caso do “Mensalão”, o processo já começou em última instância, – é incontroverso que poderão os condenados, imediatamente, demandar o Brasil perante a Comissão Interamericana. Esta, por sua vez, se entender admissível eventual queixa proposta, e depois de percorrido certo trâmite interno previsto na Convenção Americana,⁽⁹⁾ poderá ingressar com a ação competente perante a Corte Interamericana (em San José, Costa Rica) requerendo a anulação do julgamento do “Mensalão”, para que os réus (todos eles) sejam julgados por uma instância inferior e, se condenados, tenham a oportunidade de recorrer à instância superior, em respeito ao duplo grau de jurisdição consagrado no art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana.

Não se poderá alegar, perante o sistema interamericano, que o direito brasileiro (segundo o entendimento atual do STF) aloca os tratados de direitos humanos em nível *abaixo* da Constituição. De fato, toda a discussão existente no Brasil – especialmente a partir do julgamento, pelo STF, do RE 466.343-1/SP, em 03.12.2008 – sobre a *hierarquia* dos tratados no plano do nosso direito interno, à luz das normas internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana (assim como de todos os demais tribunais internacionais) não obsta a que o tribunal internacional condene o Estado por desrespeito a um tratado que ele mesmo, no exercício de sua soberania, ratificou e se comprometeu a cumprir. A Constituição de cada Estado, sabe-se, é um simples “*fato*” para o direito internacional dos direitos humanos, não impedindo a condenação do Estado perante um tribunal de índole internacional.⁽¹⁰⁾ O ato de ratificar e se comprometer para com um dado tratado é também um ato *soberano* do Estado, que ele mesmo não pode revogar sem causa, a menos que se utilize do instrumento próprio da *denúncia*, que é o modo pelo qual o Estado (somente assim) se desengaja voluntariamente de um compromisso internacionalmente assumido.

É interessante notar que mesmo os réus que detêm foro por prerrogativa de função, segundo a sistemática da Convenção Americana, *devem* ser julgados por juiz ou instância judiciária *inferior*, eis que a regra do duplo grau (como se falou) é absoluta na Convenção Americana; esta não faz acepção a qualquer tipo de pessoa ou agente para fins de aplicação da regra.

Destaque-se, ainda, que o Brasil, ao ratificar (em 1992) a Convenção Americana, não fez qualquer *reserva* ao tratado, especialmente com a finalidade de bloquear o comando do art. 8.º, 2, h, da Convenção. Nesse sentido, o Estado brasileiro assumiu para si exatamente o que dispõe o art. 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988, segundo o qual os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem” outros direitos decorrentes “dos tratados internacionais em que a

República Federativa do Brasil seja parte”. Ademais, nenhum processo internacional relativo a direitos humanos, ajuizado perante um tribunal internacional de direitos humanos do qual o Brasil é parte, afronta a Constituição brasileira; ao contrário, a Constituição sempre reconheceu (e aceitou) essa sistemática desde a sua promulgação, quando fez constar, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “*o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*” (art. 7º).⁽¹¹⁾

Há, por fim, a possibilidade de os réus do “Mensalão” requererem, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um provimento cauteloso tendente a impedir o imediato cumprimento das penas impostas no acórdão do Supremo, nos termos do art. 63, 2, da Convenção Americana, que assim dispõe: “*Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão*” (destaque nosso).

4. Conclusão

Num momento em que o Brasil experimenta a efetiva punição dos responsáveis por crimes que envergonharam o país, infelizmente poderá ser o julgamento do “Mensalão” objeto de análise (e anulação) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência da decisão do STF que não autorizou o desmembramento do processo, em violação à regra do “duplo grau de jurisdição” prevista no art. 8º, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Se, eventualmente, a Comissão Interamericana aceitar a denúncia dos réus do “Mensalão” e submeter à Corte Interamericana a competente ação de responsabilidade internacional contra o Estado brasileiro, poderá a Corte decidir pela anulação do julgamento da AP 470, determinando a baixa do processo ao juiz de piso para que novo julgamento seja levado a efeito, valendo a decisão para todos os réus do processo ou, ao menos, para os que não detinham, à época da decisão do STF, o benefício do foro privilegiado.

Notas

- (1) STF, AP 470/MG, Questão de Ordem, voto do Min. Celso de Mello, j. 02.08.2012, p. 152-153.
- (2) Os dois votos a favor foram dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.
- (3) Na obra citada, lê-se o seguinte (p. 135): “*As duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus, são as seguintes: (a) condenação imposta pelo tribunal máximo*

do país; (b) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória” (destaque nosso – o trecho é de autoria do coautor **Luiz Flávio Gomes**).

- (4) STF, AP 470/MG, Questão de Ordem, voto do Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.08.2012, p. 92.
- (5) *In verbis*: “*Este direito [ao duplo grau de jurisdição] pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição*” (tradução e destaques nossos).
- (6) Para um estudo completo do controle de convencionalidade, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- (7) V. STF, RE 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008, DJe 05.06.2009. Sobre a posição do STF relativa ao status normativo dos tratados de direitos humanos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 393-403; e MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 589-605.
- (8) STF, AP 470/MG, Min. Celso de Mello, debate do dia 15.08.2012, p. 569-570.
- (9) Sobre o trâmite das queixas individuais perante a Comissão, v. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 262-281.
- (10) A respeito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 101; CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 52-54; e CAÑADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007. p. 209, nota 6.
- (11) Nesse exato sentido, v. LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004. p. 10, que afirma: “*A Carta de 1988 está dentre as Constituições abertas ao Direito Internacional dos Direitos do Homem, uma vez que o seu art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias preceitua que ‘O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos’*. O dispositivo em questão reafirma a posição da República Federativa do Brasil em aderir à proteção internacional dos Direitos do Homem e às suas consequências no plano jurídico”.

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas
pela Universidade Clássica de Lisboa.

Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS.

Professor Adjunto de Direito Internacional Público na
Faculdade de Direito da UFMT.



**DIRETORA NACIONAL
DAS COORDENADORIAS
REGIONAIS E ESTADUAIS:**
Eleonora Nacif

COORDENADORIAS REGIONAIS

1ª Região (AC, AM e RR)
Marília Freire da Silva
2ª Região (MA e PI)
Roberto Carvalho Veloso
3ª Região (RN e PB)
Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato
4ª Região (GO e TO)
Franciele Silva Cardoso

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1ª Estadual (CE) Adriano Leitinho Campos
2ª Estadual (PE) André Carneiro Leão
3ª Estadual (BA) Rosberg Crozara
4ª Estadual (MG) Gustavo Henrique Souza e Silva
5ª Estadual (MS) Wilson Tavares de Lima
6ª Estadual (SP) Eduardo Saad Diniz
7ª Estadual (PR) Francisco Monteiro Rocha Junior
8ª Estadual (AP) João Guilherme Lages Mendes
9ª Estadual (PA) Marcus Alan de Melo Gomes
10ª Estadual (AL) Ivan Luiz da Silva
11ª Estadual (SE) Daniela Carvalho Almeida da Costa
12ª Estadual (ES) Clécio José Morandi de Assis Lemos
13ª Estadual (RJ) Christiano Fragozo
14ª Estadual (DF) Valdirene Daufemback

15ª Estadual (MT) Giovane Santin
16ª Estadual (RO) José Alberto Oliveira de Paula Machado
17ª Estadual (RS) Fabio Roberto D'Ávila
18ª Estadual (SC) Renato Boabaid



A propósito da “restrição ilegal” em precedentes afetos aos crimes contra a ordem tributária

Renato Stanzola Vieira

Em recente artigo publicado neste *Boletim* (Restrição ilegal. *Boletim IBCCRIM* n. 245, p. 2-3, abr. 2013), o Professor **Miguel Reale Júnior** teceu alentadoras considerações sobre os chamados crimes contra a ordem tributária. Com as reflexões que seguem, que em larga medida concordam com as lições do mestre, deseja-se dar nova contribuição ao debate que, sim, como dito pelo cultuado professor, tem assumido ares complicados em razão de “excesso de elucubração”.

Engana-se quem acredita na ideia de Súmulas Vinculantes como panaceia para a insegurança jurídica e de que elas são provas do acerto da Suprema Corte. Exemplo da insegurança e, respeitosamente, do desacerto é o da Súmula Vinculante 24, afeta aos chamados crimes contra a ordem tributária. Por se tratar de imbricação entre Direito Tributário e Penal, o tema em si mesmo – como já tinha advertido o Min. Sepúlveda Pertence no voto que proferiu no conhecido HC 81.611, julgado pelo plenário da Suprema Corte – mereceria uma “motivação mais elaborada”.

Vigente a Súmula desde dezembro de 2009, é possível desnudar seus equívocos à luz da teoria seguida pelo Direito Penal brasileiro quanto ao momento do crime, de Súmula do STJ que lhe é posterior (Súmula 436, vigente desde maio de 2010), e também em recente e unânime entendimento de sua 6.^a Turma, no HC 236.376.

Há campo para reflexão também porque dois dos antigos integrantes do STJ – Luiz Fux e Teori Zavaski – que participaram de precedentes que sedimentaram interpretação da Corte atualmente integram o STF e, provocados, poderão manter os entendimentos antes esposados. Isso, sem prejuízo de outros Ministros que ficaram vencidos na discussão que levou à edição da Súmula (Joaquim Barbosa e Marco Aurélio) poderem agora firmar posição atenta à legalidade dos delitos e das penas.

No plano da teoria do Direito Penal brasileiro, é sabido que quanto ao tempo do crime, o Código vigente segue a teoria da ação. Não importa o momento em que o resultado do crime se dê, mas sim aquele em que a ação ou omissão acontece (CP, art. 4.^o). Isso é relevante porque, no que tange à conhecida classificação dos crimes (formal, de um lado, e material – ou de resultado – de outro), impõe-se obedecer à premissa de direito: ainda que futuro seja o momento do resultado decorrente da conduta, o que conta é mesmo aquele momento da ação ou omissão.

E no campo dos crimes contra a ordem tributária isso é ainda mais importante: deixar ao alvedrio do poder de fiscalização do ente público (com o chamado encerramento do procedimento administrativo fiscal – que de resto prescinde da defesa do contribuinte para atingir seu fim – isto é, sem empecilho a que a fiscalização seja o mais expedita possível) a análise do tempo do crime pode ser um absurdo porque pode colocar o contribuinte em sujeição a ato futuro e totalmente independente de sua vontade; exteriorizada que foi no momento em que fez ou deixou de fazer declaração relevante sobre a obrigação tributária.

Pelo entendimento errado e sumulado (Súmula Vinculante 24) no STF, a ação ou omissão (elas é que devem ser típicas, e não a valoração

que delas se faça por uma autoridade administrativa fazendária monocrática ou colegiada), assim, passam a importar muito pouco ou quase nada, pois o que passa a valer artificialmente é o momento do chamado “lançamento definitivo do tributo”.

Condiciona-se não a ocorrência da tipicidade, mas a punibilidade (na esteira, do que respectivamente, disseram Sepúlveda Pertence no HC 81.611 e no Agravo de Instrumento 419.578-5, Celso de Mello, no HC 84.092 e Gilmar Mendes, no HC 81.611), a evento futuro e incerto.

Já no plano dos precedentes que resultaram na edição da Súmula 436 do STJ, e nela própria, reconhece-se a constituição do chamado “crédito tributário” na entrega da “declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal”. Ora bem: dizem os precedentes que redundaram nessa Súmula, como também os estudos de Direito Tributário, que assim é – pelo menos – em matéria na qual o tributo devido é atingido pelo “lançamento por homologação”.

Vale dizer: tributos nos quais o Fisco apenas, e observados prazos específicos de direito tributário, posteriormente ratifica ou infirma a declaração de débito do contribuinte do que são exemplos, no campo dos tributos em espécie, o ICMS e o IR. Neles as declarações do contribuinte trazem em si as informações sobre débitos devidos.

Por isso é que ao julgar o HC 236.376, o STJ acertou em cheio. Os integrantes de sua 6.^a Turma, à unanimidade, louvaram-se na Súmula 436 para acordarem no sentido de que a prescrição penal prevista para a hipótese de conduta do art. 2.^o da Lei 8.137/1990 começa a correr com a própria entrega da declaração ou documento equivalente.

À vista desse cenário, até se poderia pensar em diminuir a importância que o posicionamento do STJ tem, em favor do equivocado verbete sumular do STF, ante o argumento de que enquanto a Corte Federal decidiu à luz de um chamado “crime formal” (art. 2.^o da Lei 8.137/1990), a Súmula Vinculante 24 trata expressamente de hipóteses do art. 1.^o da mesma Lei (crimes de resultado). Mas nem essa distinção afasta a necessidade de reavaliar a conveniência do verbete sumular do STF.

Como constou de precedente citado pelo STJ no recente acórdão, mesmo nos chamados crimes formais contra a ordem tributária (art.

Pelo entendimento errado e sumulado no STF, a ação ou omissão (elas é que devem ser típicas, e não a valoração que delas se faça por uma autoridade administrativa fazendária monocrática ou colegiada) passam a importar muito pouco ou quase nada, pois o que passa a valer é o momento do chamado “lançamento definitivo do tributo”

2.º da Lei 8.137/1990), há de se indagar do agente se o escopo era o de pagar tributo a menor ou não pagar qualquer tributo (e assim aquela Corte já tinha decidido, por sua 6.ª Turma, no HC 73.353). A não ser dessa forma – exame da finalidade da falsa informação com efeitos tributários – sequer se adentra ao campo do delito contra a ordem tributária. Daí, a pequena importância, à luz da teoria do Direito Penal, quanto ao implemento de um ou outro crime (art. 1.º ou art. 2.º da Lei 8.137/1990). Tal menor importância na distinção casa com a premissa supracitada, que é da teoria geral do Direito Penal: o resultado pode acontecer hoje, amanhã ou daqui a 3 anos; o que importa é o momento da conduta do contribuinte.

Isso significa dizer que não se devem entender como distintas as expressões “lançamento definitivo” e “constituição do crédito tributário”. Ambas dizem a mesma coisa, isto é, a definitividade – para fins administrativos – da relação entre devedor (contribuinte) e credor (Fisco), pois não há nem “lançamento precário” e nem “constituição relativa”. Também por isso, então, não tem razão de permanecer o verbete da Súmula Vinculante 24, do STF, que estabelece – à margem da teoria geral do Direito Penal e da uniformidade conceitual – distinção quanto ao momento do crime em razão do resultado ou sua ausência.

Assim se evidencia, agora, outra perspectiva equivocada que guiou a elaboração do verbete sumular do STF: se por um lado é inócuo se dizer do “lançamento definitivo” do tributo como possível ato com efeitos penais (a natureza dos tributos faz com que o lançamento também se relativize conforme cada espécie tributária), por outro o precedente – ao prever tipicidade – traz grave consequência no plano da prescrição. E assim o faz porque seguiu a lógica já adiantada no HC 81.611, malgrado quando das discussões que redundaram na consagração do verbete, tenha se deliberado em não tratar, ao menos expressamente, da prescrição penal.⁽¹⁾

Assim, em primeiro lugar o STF, no julgamento do HC 81.611, invadiu matéria reservada à lei formal (não se admite tratamento de prescrição por força de jurisprudência). E, em segundo, no que concerne mais de perto à Súmula Vinculante 24, como se pode ver de argumentos expressados no recente acórdão do STJ, o argumento decisório tomado no caso concreto vale para casos do art. 1.º da mesma Lei.

E assim deve ser. A natureza das situações normativas torna inaceitável a distinção pretoriana, artificial, entre uma e outra espécie tributária, para fins penais, o que gera incompreensível e injustificável distinção na consideração da tipicidade, na contagem do prazo prescricional e acaba por separar – a depender da mera abstração legal (art. 1.º ou art. 2.º da Lei 8.137) –, muitas vezes, a situação fática envolvendo o mesmo tributo e a mesma conduta.

Nota

- (1) Na discussão da PSV 29, que veio a redundar na Súmula Vinculante 24, a Min. Ellen Gracie havia dito que “a súmula proposta não resume a jurisprudência porque omitiu completamente a questão da prescrição”. Naquela mesma discussão, o Min. Joaquim Barbosa entendeu que a matéria atinente à prescrição já havia sido tratada no HC 81.611 e que, justamente em razão de este tema não ser ostensivamente enfrentado na proposta de Súmula, ela deveria ser rejeitada. Naquela oportunidade ainda o Min. Peluso entendeu que a matéria da prescrição poderia ser “rediscutida”. Na tal discussão, o Min. Dias Toffoli votou favoravelmente à edição da Súmula por entender ser ela “favorável ao cidadão”.

Renato Stanzola Vieira

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP e em Processo Penal pela USP.
Advogado.

Embriaguez ao volante – a prova processual e as alterações da Lei 9.503/1997

Carlos Kauffmann

Sob o título “Rio absolve 3 em cada 4 réus da lei seca”, jornal de grande circulação na capital de São Paulo publicou, recentemente, matéria que retrata o entendimento do Poder Judiciário fluminense acerca do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, para quem, mesmo antes das modificações operadas pela Lei 12.760/2012, a existência do crime exige comprometimento da atividade psicomotora do motorista, ainda que o teste de bafômetro tenha comprovado a ingestão de álcool acima dos limites da legislação. Na mesma página, porém, referido periódico informa que o “*TJ-SP mantém condenações da 1ª Instância*”, assegurando que referido crime, de mera conduta, dispensa qualquer outra prova além da quantitativa (álcool por litro de sangue).

As constantes modificações do tipo penal que regulamenta – e sempre regulamentou – a embriaguez ao volante permitem tamanha dissonância interpretativa e nos conduzem, hoje, ao retorno daquilo que preconizava em outros casos – a até sob outros aspectos – a justiça do Rio de Janeiro: sem comprometimento da capacidade psicomotora do motorista não há crime.

Inicialmente, o art. 34 da Lei das Contravenções Penais punia quem dirigia veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia. A embriaguez era uma das formas de causar perigo que, à época, era concreto. Com o

advento do Código de Trânsito Brasileiro, a embriaguez ao volante foi criminalizada e o perigo, antes concreto, tornou-se abstrato: “Art. 306. *Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*”. Passados mais de dez anos, o legislador pátrio optou por instituir a chamada “lei seca”. Fê-lo por intermédio da Lei 11.705/2008 que, alterando de forma abrupta o sistema e tipo penal vigentes, deu nova redação ao art. 306 do Código de Trânsito para adotar critério exclusivamente quantitativo para a tipificação penal: “*conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*”.

O endurecimento legislativo da “lei seca”, porém, não surtiu, de plano, o efeito esperado. Ao adotar critério eminentemente quantitativo de dosagem alcoólica, esqueceu-se, o legislador infraconstitucional, de que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, que, entre outras garantias judiciais, assegura a “*toda pessoa acusada de um delito [...] o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”. Surgiu, daí, o entendimento de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si.

As provas colhidas durante a fiscalização de trânsito, principalmente as renováveis, não autorizam, por si, a condenação: necessitam apoiar-se nos elementos produzidos na instrução contraditória e demonstrar o inequívoco comprometimento da capacidade psicomotora do motorista pela ingestão de álcool

Havia, portanto, um impasse: a nova lei, que pôs fim ao comprometimento da capacidade psicomotora para a caracterização da embriaguez ao volante, tipificou crime de mera conduta que, por sua vez, exigia comprovação material a ser produzida por elementos fornecidos pelo próprio acusado. A existência do crime, dessa forma, dependia da ingenuidade ou boa vontade daqueles que, flagrados embriagados na condução de veículo em via pública, espontaneamente se submetiam ao teste do etilômetro ou a exame de sangue.

Recorrentes foram os casos em que motoristas se recusaram a realizar referido teste, inclusive por não desejar produzir prova contra si, sem que a recusa pudesse acarretar qualquer presunção probatória ou, ainda, crime de desobediência. Nem mesmo eventual embriaguez, constatável por simples visão perfunctória do estado em que se encontrava o motorista, poderia caracterizar crime que, em razão de seu tipo, passou a exigir determinada quantidade de álcool por litro de sangue. Aos renitentes em participar de testes de etilômetros, portanto, restava, apenas e tão somente, aplicar sanção administrativa consistente na suspensão da habilitação.

Após intenso debate sobre o tema e recorrentes decisões que entenderam indispensável, para o crime em apreço, demonstrar-se a quantidade de álcool por litro de sangue, editou-se, na busca de solucionar o impasse probatório que se alongava há quatro anos, a Lei 12.760/2012. Mais uma vez o art. 306 do Código de Trânsito foi substancialmente alterado, inclusive com relação ao tipo penal da embriaguez ao volante. Porém, a alteração legislativa que mais repercutiu, deu-se pela dispensável inclusão do § 2.º no art. 306, no sentido de que *“a verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal [...]”*. Foi o suficiente para que se alardeasse, aos quatro cantos, que a partir desta alteração legislativa a embriaguez ao volante passaria a ser comprovada por qualquer meio de prova, dispensando-se o teste do etilômetro ou outra constatação material da quantidade de álcool por litro de sangue. Falso meio de se falar uma verdade: de nada adiantaria o dispositivo em referência se o legislador não houvesse, também, alterado o tipo penal da embriaguez ao volante para substituir o critério quantitativo pelo qualitativo.

Assim, a principal alteração introduzida pela Lei 12.760/2012, foi a nova redação dada ao art. 306 que, afastando do tipo penal tanto o critério quantitativo quanto o perigo (concreto ou abstrato), estabeleceu ser crime *“conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”*. Hoje, o tipo objetivo, que praticamente reproduz aquilo que era descrito pelo mesmo dispositivo antes do advento da “lei seca”, *consiste na alteração da capacidade psicomotora pela ingestão de álcool em qualquer quantidade*, o que, muitas vezes, por independer de comprovação material, pode ser demonstrada por exame clínico,

perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos.

A modificação legislativa foi seguida da Resolução 432 do Contran, nos seguintes termos: *“Art. 3.º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor: I – exame de sangue; II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência; III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro); IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor”*.

E, para fins do inciso IV do art. 3.º da Resolução, o agente fiscalizador deve, nos termos do inciso VI Anexo II da mesma Resolução, observar, *a*. quanto à aparência, se o condutor apresenta: sonolência; olhos vermelhos; vômito; soluços; desordem nas vestes; odor de álcool no hálito; *b*. quanto à atitude, se o condutor apresenta: agressividade; arrogância; exaltação; ironia; falante; dispersão; *c*. quanto à orientação, se o condutor: sabe onde está; sabe a data e a hora; *d*. quanto à memória, se o condutor: sabe seu endereço; lembra dos atos cometidos; *e*. quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: dificuldade no equilíbrio; fala alterada. Tudo isso para que possa assinalar, em formulário previamente elaborado, se o condutor está sob influência de álcool ou de substância psicoativa.

Contudo, o teste do etilômetro não está descartado nesta nova sistemática. Isto porque há presunção legal de alteração da capacidade psicomotora pela concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar (art. 306, I, da Lei 9.503/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.760/2012).

Esta nova redação do art. 306 Código de Trânsito, especialmente em razão do disposto no inciso I, permite, em primeiro momento, a equivocada conclusão no sentido de que a embriaguez ao volante se tipifica tanto pela alteração da capacidade psicomotora, independentemente da quantidade de álcool ingerida (critério qualitativo), quanto pela concentração de álcool por litro de sangue ou ar alveolar superior à permitida por lei (critério quantitativo). A presunção legal do inciso I, porém, é relativa e permite demonstração de que a quantidade de álcool encontrada nenhuma influência teve sobre a capacidade psicomotora do agente. Cabe a este, porém, demonstrar que esta capacidade encontrava-se incólume, mesmo tendo ingerido álcool acima do permissivo legal.

As inovações introduzidas pela Lei 12.760/2012 e seus complementos, especialmente aquelas relacionadas à fiscalização que precede a lavratura do flagrante ou eventual inquérito policial, não podem ser analisadas de forma isolada do sistema processual vigente. Por isso e “em obediência ao princípio constitucional do contraditório”, as provas colhidas durante a fiscalização de trânsito, levadas à eventual investigação policial ou processo criminal, principalmente as renováveis, não autorizam, por si, a condenação: necessitam apoiar-se nos elementos produzidos na instrução contraditória e demonstrar o inequívoco comprometimento da atividade psicomotora do motorista pela ingestão de álcool (em qualquer quantidade).

Carlos Kauffmann

Professor de Processo Penal da PUC-SP.

Conselheiro Seccional da OAB-SP.

Advogado.

Dez teses jurídico-penais

Paulo Queiroz

1) Não existem fenômenos criminosos, mas uma interpretação criminalizante dos fenômenos. Consequentemente, não existem fenômenos típicos, antijurídicos e culpáveis, mas uma interpretação tipificante, antijuridizante e culpabilizante dos fenômenos.⁽¹⁾ Matar, roubar ou estuprar pode ser conforme o direito, inclusive, porque o que seja *matar, roubar e estuprar* e as possíveis formas de legitimação dessas ações e de isenção de culpa não estão previamente dadas, visto serem socialmente construídas. O crime é um *constructo*.

2) Não existe distinção entre elementos normativos, descritivos e objetivos do tipo. Todos são normativos (valorativos). Porque o sentido dos textos legais não é dado pelos próprios textos, mas por nós, ao atribuímos determinado sentido num universo de possibilidades. Nós introduzimos nossos valores nas coisas por meio da interpretação.⁽²⁾ Logo, todos os elementos do tipo são inevitavelmente valorativos, embora esse caráter valorativo nem sempre seja evidente. O pronome indefinido *alguém* é tão normativo quanto qualquer outro. Não é por acaso que, nos crimes contra honra, se discute, por exemplo, se o *alguém* aí previsto compreende crianças, mortos e pessoas jurídicas.

3) Todo tipo penal encerra uma proibição, direta ou indiretamente, expressa ou tacitamente (de não matar, de não furtar etc.). Do contrário, os tipos não fariam sentido algum. Uma conduta típica é, portanto, uma ação ou omissão proibida jurídico-penalmente.

4) Como os tipos encerram proibições penais, a tipicidade é um juízo de valor sobre a proibição de um comportamento, sendo que essa complexa valoração compreende, além dos elementos explícitos do tipo (matar alguém etc.), a ausência de causas de justificação (legítima defesa etc.). Um comportamento não pode ser típico (proibido penalmente) e conforme o direito (justificado) ao mesmo tempo.

5) A valoração que fazemos sobre a tipicidade de uma conduta encerra, em verdade, um juízo complexo de ponderação de interesses que envolve, entre outras coisas: a) uma valoração sobre se determinada conduta está ou não proibida pelo respectivo tipo penal; b) se se trata de uma ação significativa ou não; c) se o autor agiu ou não dolosamente; d) se a ação é objetivamente imputável, se houve criação

de um risco proibido e realização desse risco no resultado etc. E tudo isso depende, em grande parte, da valoração da prova produzida nos autos da ação penal, tarefa das mais relevantes e difíceis.

6) Os elementos negativos do tipo (teoria dos elementos negativos do tipo) são, além das excludentes de ilicitude (legítima defesa etc.), toda e qualquer circunstância capaz de afastar a incidência da proibição típica.

7) Como o tipo compreende a matéria proibida, todo erro de tipo é um erro de proibição, pois errar sobre o tipo é errar sobre a proibição que o tipo encerra. Exemplo: quem tem droga ilícita supondo ser substância inócua erra, simultaneamente, sobre o tipo e sobre a proibição. Afinal, quem não tem a exata dimensão do fato, tampouco terá noção da proibição penal que recai sobre esse fato. Erro de tipo e erro de proibição são, em última análise, uma só e mesma coisa: variações de um erro de interpretação.

8) A recíproca é verdadeira: todo erro de proibição é um erro de tipo, pois quem erra sobre a proibição erra sobre o tipo, já que o tipo contém (conceitualmente) a matéria proibida. Erar sobre o tipo é, pois, errar sobre a proibição; e errar sobre a proibição é errar sobre o tipo.

9) Como o tipo contém toda matéria objeto da proibição, o dolo compreende, logicamente, o conhecimento da proibição. Logo, dolo é *dolus malus*. Assim, faltando ao agente a consciência da ilicitude, não há dolo.

10) Consequentemente, o conhecimento da ilicitude não é um problema de culpabilidade, mas de tipicidade.

Notas

- (1) QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
(2) NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

Paulo Queiroz

Doutor em Direito (PUC-SP).

Procurador Regional da República em Brasília.

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:

Acacio Miranda da Silva Filho, 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, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Roberto Isa, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Cecília de Souza Santos, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Douglas Lima Goulart, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eduardo Augusto Paglione, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel

Huberman Tyles, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, Jovacy Peter Filho, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Mauricio, Nathália Rocha de Lima, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Secury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, 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, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaia Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanno 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, 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 Thaisa Bernhardt Ribeiro.

PROJETO GRÁFICO:

Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

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

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

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Em busca de culpados: transformando tragédias em delitos

Israel Domingos Jorio

As leis são sempre brandas. As penas são sempre leves. Ninguém fica preso no país da impunidade. Pensamentos como esses, tão frequentes no Brasil, impulsionam reformas legislativas, fundamentam o enrijecimento das sanções penais e a criação de novos tipos incriminadores, além de, declaradamente ou não, influírem nos costumeiros rigores do tratamento dispensado a réus instantaneamente convertidos em celebridades. Por que isso acontece?

A sociedade se diz acuada. Seus integrantes, reputando-se reféns da criminalidade, clamam por uma segurança que parecem entender somente proporcionável por medidas estatais punitivas. Veículos midiáticos se alimentam da comoção social, que conduz ao consumo quase obrigatório de todo tipo de produto ligado ao delito e à violência. O estardalhaço criado pela mídia fomenta o terror social, o que leva, em movimento de visível circularidade, ao aumento do interesse por suas mercadorias sensacionalistas. Políticos oportunistas se aproveitam da atmosfera de medo e exploram as fragilidades que dela surgem. Seria muito ingênuo supor que a Justiça Penal seja capaz de se manter impassível defronte dessa realidade. Com ela se completa o ciclo de influências negativas que se retroalimentam para comprometer ainda mais a qualidade de um sistema que há muito apresenta sinais de uma grave enfermidade.

Um dos mais recentes sintomas se manifesta na crescente tendência de transformar em crimes atrozes muitos eventos trágicos que, quando não são puras fatalidades a se deplorar, têm como traço principal a accidentalidade. Essa tendência culmina com a obstinada procura de culpados a qualquer custo. Alguém deve ser responsável pelo episódio, pois alguém deve ser punido. Como se a punição revertesse, reparasse, compensasse ou mesmo explicasse fatos calamitosos, a caça aos “responsáveis” faz da tragédia um crime bárbaro e converte em homicidas, monstros e psicopatas todos os que experimentaram o infortúnio de ver seus nomes associados, em processos, inquéritos ou mesmo manchetes, a episódios suscitadores do clamor público. Se grande parte das tendências psicanalíticas é cíclica, estaríamos por presenciar o retorno à famigerada *vingança divina*?

Alguém deve ser oferecido em sacrifício para que se possa aplacar a ira dos deuses. Identificando-se um culpado, ótimo. Ele agora deve ser demonizado e feito monstro para que todo tipo de atrocidade lhe possa ser infligida sem o risco de suscitar remorsos individuais ou coletivos. Aqui, vale o julgamento sumário, a condenação por antecipação, a espetacularização da miséria física e moral do acusado. Tudo integra um pacote punitivo cuidadosamente montado para atender aos anseios de uma sociedade alienante e alienada. Se não temos a pena de morte (isto é, *oficialmente...* e *por enquanto...*), usamos tortura, degradação, crueldade e banimento (sob a forma de diversas exclusões econômicas e sociais). O importante é que o castigo seja exemplar. Sangue lavado com sangue. Um sangue que não mancha apenas as mãos dos juízes que sentenciam, dos promotores que acusam ou dos advogados que se acovardam ou negligenciam. Um sangue que cora a sociedade, como um todo, pela predominante perversidade de suas instituições e pela frequente omissão que se destaca como padrão comportamental. O punitivismo, como um movimento social, tem natureza suicida, mas autoridades públicas e veículos midiáticos sonegaram tal informação. Enquanto isso, continuamos a amputar nossos membros, inscientes de que talvez venhamos a ser igualmente cortados e lançados fora. Se o corpo social não sucumbe de vez, é certo que suas mutilações o privam de uma plenitude que gostamos de afirmar como ínsita à realização da dignidade da pessoa humana.

Possivelmente pior do que pisotear culpados é fabricá-los. A sociedade

contemporânea, insolidária e constantemente estressada, tem baixa tolerância para dissabores. Nenhuma tragédia pode ficar sem resposta, e como a única resposta aceitável é a penal, mãos à obra para a construção de um “responsável”. Observamos que, por ironia, quanto mais desgraçado for o sujeito, maior tenderá a ser o escárnio a que será submetido. Aqueles que mais se prejudicaram com os efeitos de seus próprios descuidos ou que mais sofreram com as consequências dos acidentes, costumam ser os primeiros da lista de suspeitos. E quando a “responsabilidade” lhes é imputada, é como um pesado golpe de machado que lhes desce à cabeça.

Pilotos desativam uma função que é essencial para que a aeronave voe em segurança. O fato pode ser interpretado de duas formas: será uma irresponsabilidade, se nenhuma catástrofe for desencadeada; ou será um atentado terrorista, caso resulte em colisão aérea com vítimas fatais.

Um pai que sai de sua rotina diária e se esquece da presença do filho adormecido no banco traseiro do automóvel. Se a criança permanece incólume, o caso é de desatenção. Se ela vem a óbito, é de desprezo pela vida.

Uma criança esconde uma “faca de pão” em sua mochila e a leva para a escola. Se o fato é descoberto antes que alguém se fira, o filho “aprontou” e os pais são exortados a prestar maior atenção. Se um estudante esfaqueia o outro, a lesão é imputada diretamente aos pais, como se obra de suas próprias mãos fosse.

Resultados calamitosos obnubilam o julgamento dos atores sociais. Despertam uma fúria cega que os impede de retomar questionamentos elementares. Seriam os pilotos suicidas, ou será que acreditavam que não haveria colisão (até por que, convenhamos, as chances de isso ocorrer no espaço aéreo, distante de aeroportos, são mínimas)? Será que o pai se esqueceu por completo ou fez pouco caso com a vida do filho? Teriam os pais condições concretas de saber sobre a faca, ou será que de fato sabiam, mas não se importaram? As respostas, atendendo a perguntas que recaem sobre “os outros”, são sempre as mais duras possíveis. Pilotos devem contar com o impossível. Pais devem ser oniscientes, devem prever o imprevisível. Desatenção e esquecimento são imperdoáveis. Isso tem que ser assim?

Por que, diante de desfechos trágicos, damos adeus à técnica, negamos a teoria e descartamos a legalidade? Por que a superveniência de um resultado chocante modifica radicalmente a interpretação que se faz sobre o *animus* do agente? A conduta é dolosa ou culposa *em si*, e não conforme o resultado que produza. O dolo ou a culpa, insertos no âmbito psíquico do comportamento, são elementos da ação ou da omissão. O resultado é um dado objetivo que diz respeito à consumação do crime ou à exasperação da pena. Não possui o condão de transformar, retroativamente, imprudência em dolo ou negligência em desprezo.

O excesso de rigor não desfaz a tragédia. Não honra a vítima. É preciso que se abandone a concepção segundo a qual o respeito aos direitos fundamentais dos suspeitos e acusados importa em desrespeito para com a vítima ou seus familiares. Grande hipocrisia há na cobrança exclusiva de respeito pelos direitos das vítimas. Esta, longe de ser uma postura de compadecimento altruísta ou humanitário, é fruto de um profundo egoísmo. Potencialmente, todos são vítimas. Criminosos, jamais. Defendo, em interesse próprio, aquele com quem me identifico, e na esperança de que algo de útil daí advinha caso me veja nesta ingrata situação. A preocupação realmente humanitária e altruísta sempre abarca o lado do “outro”, do “delinquente”, do “bandido”. Para ser de fato humanitária, deve estender-se

a todo e qualquer ser humano. Se precisamos em alguma medida das penas e não podemos abrir mão do Direito Penal, que nos abstenhamos da barbárie, pelo menos. O respeito pela humanidade do outro não necessariamente importará na impunidade. Mas demandará julgamentos imparciais, penas comedidas e condições de cumprimento dignas. É difícil sustentar a abolição do Direito Penal na prática? Sim. Mas, por acaso, é fácil sustentar a sua continuidade nos moldes em que vige atualmente?

O ser humano está sempre posto sob os holofotes de uma desconfiança perene. A sociedade vive imersa em paranoia. É só uma mania de perseguição que pode justificar essa constante busca por inimigos. Traficantes, pedófilos, corruptos, bicheiros... O rol continua a crescer, e dele já fazem parte motoristas e até maridos. Para sentir-se mais segura, a sociedade tem criado presunções. Matemáticas, objetivadoras, arbitrárias, reducionistas e o que é pior, frequentemente absolutas, as presunções vêm resolvendo casos por antecipação. Não importa se elas invertem lógicas que nascem em tempos imemoriais. Por premissa, o pai preza pelo filho; a mãe ama suas crianças; o motorista dá valor à vida humana; o piloto se importa com os passageiros. Apesar disso, presunções *contra naturam* são ardorosamente defendidas e levemente sustentadas desde a primeira providência policial e a partir da primeira manchete midiática.

Ao final de tantas considerações, percebemos que, pelos sintomas

apresentados – paranoia, mania de perseguição, alucinações e constante ruptura com a realidade para o embarque em fantasias punitivistas – vivemos em uma sociedade com comportamento esquizofrênico. Aos leitores que interpretem essa afirmação como um indício de ceticismo ou de pessimismo, um esclarecimento: reconhecer um problema é o primeiro passo para buscar sua solução. Diagnose é o primeiro passo do tratamento. A sociedade não é má. Ela está doente. Assim como John Nash, vencedor do Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1994 e diagnosticado esquizofrênico, a sociedade possui sua genialidade. Pode criar soluções fantásticas para os conflitos e agruras de seus membros. Mas, para tanto, é bom que se inspire no John Nash magistralmente romantizado pelo filme “Uma mente brilhante”, que, para retomar os rumos da sua vida e da sua produtividade, teve de reconhecer, por força própria e “na marra”, que muitas das suas convicções mais profundas não passavam de fantasias e alucinações.

Israel Domingos Jorio

Professor de Direito Penal da Graduação em Direito e
da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FDU.

Professor da Escola Superior do Ministério Público/ES.
Advogado.

A prisão pública e a privada

Clécio Lemos e Helio Peixoto Júnior

No exato dia 28 de janeiro de 2013 fomos informados pela mídia nacional que estava sendo inaugurado o primeiro presídio privado em terras brasileiras. Situado na cidade de Ribeirão das Neves/MG, a unidade é fruto de uma parceria público-privada (PPP) entre o Governo de Minas Gerais e a Gestores Prisionais Associados (GPA), um consórcio de cinco empresas.

Os números informados são os seguintes: a GPA ganhou a licitação para construir e gerir 5 unidades prisionais no local, o contrato possui duração de 27 anos, cada presídio dispõe de 608 vagas, o custo das construções está na casa dos R\$ 280 milhões, estão distribuídas no complexo 1.240 câmeras, cada preso custará R\$ 2.700,00 mensais ao Governo de Minas.

E parece que já existem planos de estender a ideia para o resto do país. Há uma proposta tramitando no Senado Federal (Projeto de Lei 513/2011) que tem por escopo estabelecer normas gerais de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos prisionais.⁽¹⁾

Analisando os pontos ali presentes, vale destacar inicialmente o art. 10. Este prevê que haverá liberdade para exploração do trabalho dos presos, bem como a utilização dos ambientes do estabelecimento penal para comercializar produtos e serviços oriundos desse trabalho, tendo a gestora o direito de deduzir a remuneração dos lucros advindos.

Ademais, o art. 15 deste mesmo projeto não pode passar em branco, já que permite a participação de empresas ou grupos com capital estrangeiro neste novo mercado em instauração no Brasil. Estão, logo, abertos os portos para o ingresso dos países centrais a fim de explorar mais este ramo lucrativo do mercado tupiniquim. Pena como lucro.

Não é preciso ir muito longe para perceber que a criação de presídios privados segue a esteira das velhas *commodities* de segurança pública norte-americanas, mais uma dessas importações no bojo do modelo neoliberal que o Brasil aprendeu a comprar desde o início da década de 1990. Por acaso, de onde copiamos as famosas tornozeleiras eletrônicas? De onde brotou o sistema Codis (Combined DNA Index System) que irá reunir os dados genéticos dos condenados brasileiros sob as condições da Lei 12.654/2012?

Loïc Wacquant nos ensina que a primeira prisão privada neoliberal foi inaugurada pelo governo Reagan no exato ano de 1983

(após quase 60 anos de desuso), sob os auspícios de que a iniciativa privada era a saída ideal para reduzir o inchaço da máquina estatal, alcançar eficiência que supostamente só o setor privado possui, bem como aquecer o mercado com um novo tipo de produto. Assim nasceu a penitenciária de Chattanooga, no Tennessee, o primeiro serviço neoliberal de “*hoteleria punitiva for profit*”.⁽²⁾

Relata-se que não surgiu negócio mais lucrativo nos EUA da década de 1990 como a privatização do setor punitivo. As sete maiores empresas do ramo passaram a ter ações na bolsa de valores. A Corrections Corporation of America, líder do mercado, rapidamente se tornou uma das cinco empresas mais lucrativas do país.

Os efeitos nocivos da privatização penitenciária nos EUA podem ser assim sintetizados em dois aspectos, aproveitando-se a lição de **Wacquant**: 1. Redução irresponsável de custos; 2. Aumento da demanda por prisionização.⁽³⁾

O autor informa que as empresas gestoras de presídios logo buscaram redução de custos a todo preço. Houve o surgimento de cobranças de valores dos próprios internos e familiares por serviços essenciais prestados no cárcere, o que restou apelidado de “imposto carcerário”. Assim, suprimiu-se serviços tradicionalmente fornecidos pelo Estado de forma gratuita, tais como atendimento médico, odontológico, lavanderia, fornecimento de medicamentos, ensino; a fim de possibilitar então sua comercialização.

David Garland também chama atenção para o fato de que a inserção da privatização no setor punitivo norte-americano gerou consequências desastrosas decorrentes da lógica de mercado, sobretudo porque o sistema estabelece “novos interesses e incentivos”, fortalecendo as tradicionais desigualdades de acesso a bens e serviços.⁽⁴⁾

Uma outra decorrência teria sido a propagação do discurso punitivista, incrementando a demanda social por prisionização e fortalecendo aquilo que **Vera Malaguti** chama de “adesão subjetiva à barbárie”.⁽⁵⁾ Enfim, se a lucratividade das empresas depende do aumento do número de encarcerados, nada mais natural esperar que um braço publicitário apareça a fim de incentivar o uso da prisionização. Virou moda divulgar os benefícios econômicos decorrentes da implantação de um presídio

em qualquer localidade, destacando-se o número de empregos diretos e indiretos que decorrem de uma unidade prisional privada.

Esse último argumento, aliás, parece ter sido já apropriado pelo discurso mineiro. Em nota oficial do site da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), o Governo de Minas Gerais insere um último tópico denominado “Ribeirão das Neves se beneficia de investimentos”, segundo o qual a construção das unidades privatizadas é um grande benefício à comunidade local porque criará 3.800 empregos diretos e indiretos.⁽⁶⁾

Interessante notar que todas as consequências da onda denominada “grande encarceramento”, advindo do modo de Estado Neoliberal, têm sido relatadas com a antecedência de cerca de uma década pelos pesquisadores da realidade norte-americana. Os estudos deram conta de todo o entusiasmo com o rigor punitivo iniciado nos idos de 1980, mas também nos ensinaram sobre seu insucesso e a catastrófica consequência de um país que amontoa hoje mais de 2.3 milhões de pessoas presas sem registrar qualquer redução da criminalidade ou pacificação social.

Ignorando tais informações, parece que o Brasil pretende continuar aderindo aos infelizes ditames do Leviatã Neoliberal, e a máxima de privatização do setor público ainda reverbera nos corredores da política nacional, agora alcançando o degrau da privatização prisional, um dos últimos redutos ainda não tomados.

As notícias não nos parecem ainda precisas acerca da real redução de custos por parte do Estado com a implantação dos presídios privados. Todavia, mesmo que tal consequência seja uma realidade, a experiência norte-americana já parece ser suficiente para sabermos que não se pode economizar em prejuízo de direitos fundamentais dos presos. O fracasso do sistema é patente.

Transformar o sistema de punições mais severa do Estado, sistema prisional, em forma de lucro é profundamente temerário. Tudo indica

que a lógica de mercado parece não funcionar muito bem quando a clientela é justamente a única que não deseja os serviços prestados. Enfim, ninguém quer ficar preso.

Enquanto a realidade punitiva brasileira ainda se mantiver atrelada à prisão como resposta principal, resta-nos o dever inafastável de preservar limites mínimos de humanização, logo, os riscos já demonstrados da privatização são suficientes para rejeitarmos a experiência no Brasil.

Notas

- (1) Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95126&tp=1>>. Acesso em 10 fev. 2013.
- (2) WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 286.
- (3) WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...* cit., p. 285-306.
- (4) GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 259.
- (5) BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 31.
- (6) Disponível em: <https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2102&Itemid=71>. Acesso em: 10 fev. 2013.

Clécio Lemos

Mestre em Direito Penal pela UERJ.

Professor de Direito Penal e Criminologia.

Coordenador Estadual do IBCCRIM no Espírito Santo.

Helio Peixoto Júnior

Acadêmico de Direito da UFES.

Cratod

Samuel Karasin

16

O marido senta na minha frente, bem-educado, quase gentil no desespero, apresenta a sogra, indo direto ao ponto: “Dr., a M... vai sair do hospital, o médico vai dar alta para ela. A gente já recebeu o telegrama pra ir buscar ela. Se o Sr. não fizer nada, hoje ela tá na rua.”. Não posso dizer que surpreso faço a clássica pergunta da impotência, muitas vezes tornada bastião da burocracia: “Sim meu Sr., mas o que posso fazer pelo Sr.?”. Ele me explica que a mulher deixou três filhos, a mãe, um casamento, tudo pelo crack. Conta das crises, dos furtos, ameaças, das internações, promessas, do que sobrou. Profetiza que do hospital a mulher volta para a biqueira com o companheiro/amante/traficante/usuário. Faz isso com o afeto dos inúmeros bancos anônimos por onde sentou, sempre na mesma busca de um portal mágico para um passado diferente, para uma mulher diferente.

O menino tem treze anos, pequeno, passaria por dez ou oito, não fora o sorriso. Claramente zomba do mundo, com ferocidade muito maior que o intervalo da sua vida permitiria. Cid conversa com ele, na porta, devagar e com delicadeza, pois se fosse passarinho, voaria. A mãe e o tio tentaram, mas o menino já manda na casa e na vida deles há muito tempo. Se não entrar acabou a conversa, não tem quem vá buscar. Devagar, uma coca-cola depois, uma camisa do Rogério Ceni depois, o menino entra. O tio me puxa de lado, conta das vezes que teve de tirar o menino de cima da mãe, do quebra-quebra, do conselho tutelar quando o passarinho resolveu pendurar nas grades da janela no Largo do Paissandu. Atendimento difícil, só termina com uma injeção de calmantes e uma série de amarras para impedir o passarinho de se machucar. Chora e grita por duas horas, com calmante e tudo. Pés e asas amarradas, o menino chama a mãe: “me socorre, eu tô me mijando, socorro”, promete o céu, com os olhos, o

inferno. O tênis incomoda, a mãe ali, assistindo a tudo, muito devagar, só olhando. Resolve ajudar, libertar o passarinho da opressão do tênis. “Obrigado mãe”, seguido de uma cusparada certeira. Limpando o rosto, ouve o milésimo vou te matar. Volta para o lado da cama, só olhando.

O homem veio por quatro dias seguidos, ficou durante todo o expediente, como se as paredes lhe dessem algum tipo de esperança. O companheiro, usuário de crack, estava perdido nas ruas, destino incerto. Certo só o HIV e a sífilis. E o amor. Amor de procurar na rua, de arrastar para casa, de aceitar do jeito que as coisas são. No quarto dia, a ambulância traz o rapaz, magro, só olhos. Ninguém sorri, nesse ponto acho que só restam olhares. O homem bate na porta, delicado, com medo de incomodar. Acha que fizemos muito, tem medo de atrapalhar, de pedir demais. Explica-me constrangido, o companheiro quer se internar voluntariamente, já tem até vaga. Sussurra, num meio segredo: “ele faz isso para poder sair a hora que quiser”. Quer que eu o interne involuntariamente.

Desde 21 de janeiro de 2013, funciona no CRATOD, Centro de Referência para Álcool, Tabaco e Drogas, um projeto pioneiro do Tribunal de Justiça de São Paulo, em parceria com o Governo do Estado para a apreciação de medidas de caráter urgente em prol da população de dependentes químicos. Essa parceria, modelo único de interação judicial entre o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, é a face mais atual da busca de atuação judicial qualificada pela proteção à dignidade humana, estatuída no art. 5.º da Constituição Federal.

Muito embora grande ênfase tenha sido dada à chamada internação

compulsória, fato é que a amplitude da iniciativa do E. Tribunal de Justiça de São Paulo passou despercebida pela maioria da sociedade. Cuida-se da primeira iniciativa de um Tribunal, em criar um ponto de garantia de acesso ao direito à saúde. É o caso de se destacar que a população atendida e, portanto, privilegiada no acesso à justiça não pode sequer ser considerada como miserável, já que a única coisa que muitas vezes dispõe é sua autonomia.

Em garantia dessa autonomia, conjugada com a necessidade de que essa população e seus familiares tenham atendimento de saúde mental, assegurando-se o acesso ao Sistema de Saúde Único – SUS, inverte-se a lógica de intervenção estatal, tornando a decisão judicial como fator de compulsão do Poder Público na realização de suas obrigações legais e, ao mesmo tempo, como garantia das partes na hipótese eventual de internação compulsória prevista na Lei 10.216/2001.

Vale dizer, dado o contraditório, a obediência aos princípios constitucionais e legais que norteiam o direito à saúde, e a dignidade humana, a mais estrita legalidade tem sido observada previamente a qualquer medida puramente administrativa.

Isso tem se refletido nas estórias acima.

Sem adentrar na falsa polêmica da internação compulsória, a principal atividade do posto de atendimento do CRATOD tem sido a garantia de acesso à saúde mental.

Evoluindo do modelo de internação total em manicômio, da ideia de tratamento em “regime fechado” (uso essa expressão no sentido como se reflete no imaginário popular, de tratamento exclusivamente em hospital ou clínica psiquiátrica), para o modelo ambulatorial, com participação da família e da sociedade na cura, consolidou-se tal evolução com a Lei 10.216/2001.

A internação passou a ser a exceção, sendo estabelecido o critério mínimo de risco para o paciente ou para terceiros como única causa determinante. Cessada a causa, cessa a internação, continuando-se o tratamento. Associando-se esse conceito com a criação dos CAPS (Centros de Assistência Psicossocial), aparentemente estariam resolvidas as questões relativas à saúde mental, dentre as quais, aquelas associadas à drogadição.

No entanto, a desmobilização daquilo que era considerado um modelo autoritário de atuação implicou a desmobilização de inúmeros mecanismos que são necessários também no modelo posterior. E muito pouco se fez, para além do fechamento de vagas em manicômios, para que houvesse efetividade no atendimento à saúde mental.

Assim, o conceito de emergência em saúde mental (e, portanto, em drogadição) foi desconsiderado. Da mesma maneira, o suporte às famílias de dependentes ou pacientes é absolutamente insuficiente para as necessidades delas ou dos pacientes de cuja cura deveriam participar.

Esvaziaram-se os hospitais, mas as ruas e viadutos ganharam um sem número de novos moradores, por pura insuficiência social.

Não é o caso de se tratar aqui da segunda questão, muito embora seja fundamental entender a drogadição sob uma perspectiva multidisciplinar e não como uma questão de saúde. Isso por duas razões, a primeira pela extensão do texto e a segunda porque as questões sociais relevantíssimas, a reinserção e a cura do paciente, não são abrangidas pela parceria, já que são cuidadas apenas as questões emergenciais.

Embora não aparentem, essas questões de emergência em saúde mental são fundamentais para o funcionamento do sistema. Partindo da premissa que a decisão judicial (internação compulsória) ou administrativa (internações voluntárias ou involuntárias) deve ser sempre precedida de laudo psiquiátrico, vê-se que o comparecimento do paciente ao CAPS ou ao médico é a porta de entrada do sistema.

Sem esse comparecimento, o sistema pouco ou nada atua. Não há instrumentos para se avaliar a condição de um paciente na rua, em casa ou em qualquer lugar, desde que esse se recuse a comparecer perante a avaliação.

Assim, criou-se a falsa impressão de que a demanda não existe. Em um paradoxo circular, não se nega o atendimento ao paciente, mas esta só se efetiva com a colaboração deste. Se em surto ou em estado de abstinência, ocorre a recusa, o Poder Público nada faz, não por um respeito a supostos direitos do pacientes (e, em tese, contrariando os direitos dos responsáveis pelo mesmo, ou o dever de cuidado previsto no ECA, ou mesmo a lógica e necessária proteção àqueles desprovidos de razão), mas por falta de aparelhamento das instituições. Assim, sem o comparecimento não há demanda oficial e sem demanda oficial não se criam mecanismos e protocolos de atuação, perpetuando a crise.

Nessa linha de raciocínio, é pouco razoável pretender que uma mãe tenha que levar seu filho a um CAPS, quando em surto, ou que aguarde um mês até que a equipe se disponibilize a tanto. Nem é razoável que se aguarde a indicação para internação quando não se tem equipamento para a remoção.

Nesse vácuo apela-se, equivocadamente, para a atuação policial, panaceia para todos os males, inclusive aqueles não previstos constitucionalmente.

Desse modo, a experiência de acesso garantido pelo projeto no CRATOD tem tentado mudar esse estado de coisas, assegurando o acesso de todos os envolvidos no problema da drogadição aos seus direitos, independentemente da ausência de atuação do Poder Público.

Samuel Karasin

Juiz de Infância e Juventude de Osasco/SP.

Com a Palavra, o Estudante

A aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas socioeducativas

Lara Maria Tortola Flores Vieira

Após pouco mais de um ano de vigência, a Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), tinha inicialmente como escopo a regulamentação da execução de medidas socioeducativas. No entanto, em vista do caráter principiológico que emana – explícito por meio da leitura do seu art. 35 –,

terminou por contribuir não apenas com o entendimento do caráter da medida socioeducativa, mas com o Direito Penal juvenil *in totum*.

O diploma insculpiu a proporcionalidade como um dos princípios regedores da execução das medidas. À primeira vista, o texto pode não ter agradado àqueles que não enxergam um caráter propriamente

punitivo/afetivo nas medidas, senão tão somente fins romanticamente entendidos (e resumidos) na ideia de socialização⁽¹⁾ do adolescente, bem como de sua educação. Por esse modo de visão, a medida socioeducativa não poderia ser compatível com o ato infracional praticado, já que o que a determina são as “necessidades” do adolescente e não propriamente o ato ilícito que motivou sua aplicação. Entretanto, o próprio Estatuto Infância-Juvenil dispõe, em seu art. 112, § 1.º, que as bases para a determinação da medida se constituem na capacidade de cumprimento, circunstâncias e gravidade da infração, o que, confrontando com as vertentes do princípio da proporcionalidade (adequação,⁽²⁾ necessidade e proporcionalidade, *stricto sensu*), elucidadas por **Luiz Regis Prado**, são passíveis de aplicação no plano penal juvenil, vez que “uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para o quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens”.⁽³⁾

Por óbvio que o dito princípio possui distinto viés no plano penal juvenil. Nele incide o princípio do melhor interesse do adolescente, que se desdobra em outros três princípios: oportunidade, flexibilidade e mínima intervenção,⁽⁴⁾ cuja natureza, nessa seara, é relativa à intervenção estatal na vida do jovem, e não aos bens jurídicos selecionados para gozarem de tutela penal. Assim o é não apenas pelo fato de o adolescente ter uma percepção temporal mais lenta⁽⁵⁾ e pelo processo de maturação ao qual está sujeito, mas porque os fins de inserção social e pedagógicos são muito mais fortes do que a perspectiva exclusivamente retributiva, o que diferencia substancialmente a medida socioeducativa da pena.

Ainda, a intervenção estatal socioeducativa deve ser legítima, expressa pelo seu dever de proteção a bens jurídicos resguardados por normas penais. Desse modo, mesmo que exista a chamada proibição de excesso, em respeito à proporcionalidade, há, outrossim, a proibição de insuficiência⁽⁶⁾ quando da imposição da consequência jurídica.

Assim, a determinação de medidas sem prazo predefinido, como ocorrem nos casos de liberdade assistida e internação, pode resultar em uma punição excessiva. Conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Capítulo IV, no primeiro caso, existe um hiato entre o tempo mínimo (seis meses) e o máximo (três anos), já que não existem critérios normativos para ser prorrogada, suspensa ou substituída. O diploma legal menciona unicamente que a prorrogação, a suspensão e a substituição podem ocorrer. Na internação, que acaba por emprestar regras de aplicação à semiliberdade, apenas existe o prazo máximo de três anos, havendo igualmente a possibilidade de mutação. A reavaliação desta última medida é efetuada pela equipe técnica do órgão responsável pelo seu cumprimento, sendo, geralmente, analisados apenas aspectos sociais e psicológicos do adolescente. Esse proceder pode levar o juiz a determinar a imposição da medida influenciado pela

personalidade do jovem delineada pelo parecer técnico, quando ela apenas deve surtir efeito na escolha da medida.

Por outro lado, o art. 35, IV, do Sinase, determina que a execução da medida deve respeitar o grau de ofensividade da conduta do autor de ato infracional.

A antítese provocada, desse modo, pode vir a ensejar uma consequência muito mais afiativa na seara juvenil, não apenas pelo desconhecimento da duração da medida – o que por si só é motivo suficiente para se por em xeque a existência de proporcionalidade entre ato infracional e medida –, como também pela nebulosidade dos critérios de sua reavaliação e renovação, que podem depender apenas do poder discricionário do juiz.

A despeito de o legislador ter elevado a outro patamar, de certo modo, com o novel diploma, o entendimento e a discussão da temática, não está descartada a incidência de um Direito Penal de autor, ao não se admitir um intercâmbio mais fluido entre as garantias penais e o Direito Penal Juvenil, bem como um tratamento mais gravoso a um adolescente do que a um adulto nas mesmas condições.

Notas

- (1) Como bem colocado por **Denis Pestana**, o adolescente não pode ser ressocializado, justamente porque está em processo de socialização, pela sua condição física e psíquica ainda não plenamente maturada. Cf. PESTANA, Denis. Direito penal juvenil brasileiro: utopia ou realidade? *CiênciasPenais*, São Paulo, ano 5, v. 8, n. 8, p. 206, jan.-jun. 2008.
- (2) Também identificada doutrinariamente como “idoneidade”. Para considerações mais aprofundadas a respeito do princípio da proporcionalidade, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.
- (3) PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 150.
- (4) ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario. Pasado y presente de la aplicación de la ley penal del menor. In: BARREIRO, Agustín Jorge; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Eds.). *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona: Atelier, 2007. p. 58-59.
- (5) Cf. KNOBEL, Maurício; ABERASTURY, Arminda. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Trad. Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981. p. 41-44.
- (6) SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, mar.-abr. 2004. p. 98.

Lara Maria Tortola Flores Vieira
Graduada em Direito na Universidade
Estadual de Maringá (UEM).
Integrante do Núcleo de Estudos Penais (NEP).

Descasos

E se fosse na periferia?

Alexandra Lebelson Szafir

Este mês, não há como deixar de falar dos dias em que o descaso com os direitos dos cidadãos que pagam impostos “deu um tempo” da periferia e veio mostrar a sua cara feia em plena Avenida Paulista, coração da cidade de São Paulo.

Antes de falar do descaso, violência e arbitrariedade, porém, não resisto a rebater alguns comentários que tenho lido, contrários às manifestações contra os aumentos das tarifas do transporte público:

- “é um movimento político” – é claro que é um movimento político! Qualquer manifestação popular contra atos do Poder Executivo é, sim, política, no melhor sentido do termo.
- “a oposição está se locupletando/organizando essas manifestações” – além de absurdo (é sempre muito cômodo culpar a oposição), mesmo que isso fosse verdade, as manifestações não seriam menos legítimas. Alguns não entenderam ainda que o povo não é

mera massa de manobras.

- “são apenas 20 centavos de aumento” – para esses, sugiro um pequeno exercício de matemática: imagine-se ganhando um salário mínimo, dependendo do transporte público diariamente para ir e voltar do trabalho e calcule o impacto que esses “meros 20 centavos” terão no seu orçamento. Além disso, enquanto não houver uma melhora na péssima qualidade do serviço prestado, qualquer aumento é inaceitável.
- “nas manifestações, há um monte de ‘mauricinhos’, que não dependem do transporte público” – que saudável é pararmos de olhar para o nosso próprio umbigo e mostrarmos solidariedade ao próximo, inconformismo com o que está errado!
- “sou Promotor de Justiça, estou irritado com o trânsito parado, e se alguém matar um desses ‘bugios’ que estão se manifestando, eu arquivo” – sem comentários.

Assentada a legitimidade das manifestações, é triste constatar que, depois de tantos anos vivendo num regime pretensamente democrático, nosso passado ditatorial ainda nos assombra. Para citar um exemplo, voltaram as ilegais “prisões para averiguação”.

O fato é que muita gente já falou do assunto de forma melhor e mais abrangente do que eu jamais poderia fazê-lo. Então, parece-me que não há nada melhor e mais contundente do que transcrever o depoimento de um jovem e competentíssimo advogado, André Kehdi, que, inadvertidamente, viu-se no olho do furacão:

“Ontem saí do meu escritório, na Joaquim Eugênio de Lima com a Santos, às 21hs. Trabalhei muito. Pretendia somente ir para a minha casa, que fica na Al. Santos, próxima à Consolação. Ao invés de ir de bicicleta, decidi ir a pé, em razão das manifestações. Logo que cheguei à esquina da Paulista, vi diversas pessoas em volta de um adolescente, que estava sendo segurado por um PM. Todos gritavam que ele não fez nada, e que deveria ser solto. Me juntei à aglomeração para ver o que o PM falava a uma mulher que, embora estivesse tomando cerveja num bar, saiu em solidariedade ao rapaz. Dizia o PM: ‘Mas senhora, eles roubam, matam, quebram tudo!’ Senhora: ‘ele não fez nada!’ PM: ‘Mas a Senhora vai dizer que não temos violência!’ Senhora: ‘claro que temos violência, mas ele não fez nada!’ PM: ‘Nós estamos aqui para te proteger, senhora. Levarei o rapaz para averiguação.’

No momento em que ouvi a palavra ‘averiguação’, uma aberração jurídica, não me contive. Como o PM não conseguia justificar o motivo da prisão, e o rapaz só chorava, dizendo que não havia feito nada, e que só correu para dentro do bar quando a PM começou a correr atrás do grupo dele, pedi para falar com o superior, que não veio. Levaram o adolescente para a viatura, sem justificativa.

No momento em que me aproximei da viatura, dizendo que sou advogado, e que acompanhava o rapaz, um PM – todos estavam sem identificação, à exceção do PM Sd Jesus, que foi o único educado – me mandou, sem qualquer motivo – pois ali não havia confusão alguma –, sair dali. Eu disse que não sairia, e que queria falar com o superior. Nada disso. Tomei uns empurrões para ficar longe do menino, enquanto diversas pessoas tiravam fotografias e filmavam, e outras, nos bares (Praia etc.), viam aquela situação insólita tomando suas cervejas.

Fiquei ao lado, dizendo que queria falar com o superior. Nenhum dos policiais anônimos o chamou. Ao contrário, um deles, com uma escopeta na mão, quis me tirar da calçada, onde, naquele momento, eu só olhava desolado as pessoas enfileiradas para irem, aparentemente pelo simples fato de não serem militares, para o 78DP. Esse PM começou a me empurrar com a escopeta dele, mandando que eu saísse. Então começou um emocionante diálogo. Eu: ‘Estou aguardando o superior. Quero falar com ele sobre a apreensão daquele adolescente ali.’ PM: ‘Você é advogado dele?’ Eu: ‘Agora eu sou’. PM: ‘Sai

daqui, seu filho da puta. Se você não sair daqui, o próximo a levar vai ser você.’ Eu: ‘Oi? Por que o Sr. está me ameaçando? Que eu fiz? Só estou tentando, assim como o Sr., trabalhar.’ PM: ‘Você não ouviu? Se não sair daqui agora, seu merda, vou te arrebentar.’ Várias pessoas filmavam e tiravam fotos, e, mesmo assim, ele falou isso sem nem ruborizar. Não recuei: ‘Por que você está me agredindo? Não fiz nada, só quero falar com o seu superior. Você não pode falar assim comigo.’ PM: ‘Sai daqui, seu bosta. Vou te quebrar. Pare de falar que nem bichinha, seu merda...’ Quando eu já não sabia se mandava ele tomar no cu, ou se continuava, no estilo Ghandi, a enriquecedora discussão, algum dócil colega dele decidiu que, como estava tudo calmo demais ali (pessoas nos bares, na obra, na calçada simplesmente olhando a atividade bizarra dos homens de armaduras, SEM FALAR, GRITAR OU SE MANIFESTAR DE QUALQUER FORMA), era preciso dar um pouco mais de emoção. Começou a jogar bombas de efeito moral no bar da esquina da Paulista com a Joaquim. Uma delas estilhaçou um vidro. Não venham me dizer que esse foi quebrado pelos manifestantes, que eu vi. Foi a PM, sem motivo algum. As pessoas que estavam nos bares começaram a correr. Só ficaram uns poucos na calçada ao lado das viaturas, entre os quais eu. Tampei o ouvido e fiquei olhando aquilo. Impressionante. Há muito não via pessoas tão sádicas em ação. Fiquei ali e, quando os PMs estavam indo embora, não me aguentei novamente. Um jornalista que viu minha discussão falou que aquele PM que me xingou também o havia xingado pra caramba, também sem motivo. Eu o avisei que falaria novamente antes que eles fossem embora, e fui lá. Todos os apreendidos e presos já estavam como sardinha no porta-malas das viaturas. O PM ainda não tinha entrado na viatura. Como ele tinha tirado sua identificação, perguntei: ‘Por favor, gostaria de saber seu nome.’ PM: ‘Vá se informar no batalhão.’ Eu: ‘Você não pode falar seu nome? Cadê a sua identificação?’ PM: ‘anote a viatura e vá se informar lá. Estamos indo pro 78DP’. Nesse momento ele entrou na viatura, na posição de motorista. Fui até a janela e disse: ‘Já tirei a foto do carro. Parabéns pelo trabalho. Nos falamos na Corregedoria.’ Ele acelerou, e se foi. Segui pela Paulista. Parei para conversar com algumas pessoas mais indignadas do que eu. Duas delas disseram que filmaram e fotografaram o que aconteceu comigo, e prometeram me passar tudo. Dois jornalistas espanhóis que viram o PM me xingando sem motivo vieram me entrevistar. Nem consegui falar direito. Estava tremendo de raiva, angústia, de ódio mesmo. Quando os PMs começaram a se retirar dali, sofreram uma vaia ensurdecadora das pessoas que estavam na calçada, na Gazeta, na obra, nos bares e nos pontos de ônibus. Segui. No caminho para a minha casa, vi caminhões da polícia de choque pararem no meio da Paulista. Deles desceram PMs com escudos e armas. Atiraram as tais bombas gás em pontos de ônibus perto do Center 3 e do Conjunto Nacional. As pessoas, ali, não faziam absolutamente nada. Só assistiam o show de horror promovido pela PM. Segui. Ao virar na Bela Cintra, para a minha casa, estava a cavalaria tampando a rua. Aliás, a Paulista esteve, durante todo o meu trajeto, interditada pela PM... Não era para ‘abrir as vias arteriais’ para o sagrado carro que a PM estava lá? Depois do ódio que senti do PM que me agrediu sem razão e sem motivo, e da indignação que senti ao ver coisas como a relatada neste vídeo, restou a tristeza. Cheguei em casa, com o olho ardendo, muito triste. E com a certeza de que o protesto não é mais contra o aumento da passagem de ônibus: é contra o estado autoritário em que vivemos”.

No mesmo dia, o nosso Governador falou, em rede nacional, que a polícia estava lá para “proteger os manifestantes”. Era piada?

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Curso de Pós-graduação em TEORIA GERAL DO CRIME

IBCCRIM-COIMBRA



08 de agosto a 30 de novembro de 2013 em São Paulo

O IBCCRIM e o *Instituto de Direito Penal Económico e Europeu – IDPEE*, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, reunirão, em São Paulo, professores brasileiros e portugueses para a realização da 2ª edição do curso de Pós-graduação em Teoria Geral do Crime.

O curso é destinado a Advogados, Bachareis em Direito, Defensores Públicos (dos Estados, DF e da União), Delegado de Polícia (dos Estados, DF e Federal), Magistrados, Membros do Ministério Público (dos Estados, DF e Federal) e alunos de graduação com formação prevista para dez./2013*.

PROFESSORES CONFIRMADOS

Internacionais

Anabela Miranda Rodrigues (Portugal)
Cláudia Cruz Santos (Portugal)
José de Faria Costa (Portugal)
Sónia Fidalgo (Portugal)
Nuno Brandão (Portugal)
Susana Aires de Sousa (Portugal)

nacionais

Alamiro Velludo S. Neto (SP)
Alexis Couto de Brito (SP)
Fabio D'Avila (RS)
Giovani Saavedra (RS)
Helena Regina Lobo da Costa (SP)
Juarez Tavares (RJ)
Maíra Rocha Machado (SP)
Salo de Carvalho (RS)
Sérgio Mazina Martins (SP)
Sérgio Salomão Shecaira (SP)
Theodomiro Dias Neto (SP)

REALIZAÇÃO



* nos termos do Regulamento

Inscrições e informações: www.ibccrim.org.br
cursos@ibccrim.org.br / (11) 3111-1040 ramal 181

Associados à AASP e ao IBCCRIM têm **desconto** na inscrição.

PATROCÍNIO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

PARCEIRO



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo