

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

POR UM MODELO PÚBLICO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Em junho de 2002 o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais publicou boletim especial dedicado em sua íntegra a temas relacionados à Defensoria Pública. À época, o Estado de São Paulo se notabilizava por ser um dos únicos entes da Federação que não cumpria a Constituição Federal no que toca à necessidade de se estruturar como instituição exclusivamente dedicada à defesa da população hipossuficiente.

Em razão do caráter eminentemente seletivo de um sistema de justiça criminal, que tem como “clientes preferenciais” jovens pobres das periferias dos centros urbanos, a omissão apontada reclamava a adoção de postura crítica e contundente a fim de dar visibilidade às nefastas consequências de postura estatal negligente, no que diz respeito à defesa e afirmação dos direitos das pessoas economicamente vulneráveis.

Passados quase 10 (dez) anos daquela publicação, avanços consideráveis foram notados no estado da arte da prestação da assistência jurídica no país. A Emenda Constitucional 45 conferiu autonomia à instituição, que foi ampliada e fortalecida em diversos Estados. A população de São Paulo e do Rio Grande do Norte comemoraram a instalação da Defensoria Pública, e os Estados de Goiás e do Paraná aprovaram a respectiva lei orgânica estando em vias de estruturar as suas carreiras. Santa Catarina, lamentavelmente, isolou-se no cenário nacional como o único Estado que insiste em modelo de advocacia dativa remunerada com recursos públicos.

A adoção do modelo público de prestação da assistência jurídica reflete opção política clara, contemplada na Constituição Federal de 1988, e que contou com significativo respaldo social, atendendo a reclamo trazido por uma das emendas populares que contou com o maior número de subscrições.

Inegável que a estruturação adequada da Defensoria Pública se insere em um processo que deve conduzir ao gradativo aumento do número de defensores a fim de garantir que a sua atuação se estenda a todas as comarcas brasileiras. Por um longo período, a advocacia desempenhou relevante contribuição na prestação da assistência jurídica no país. No entanto, o reconhecimento deste fato não pode conduzir à criação de uma reserva de mercado, perenizando uma situação excepcional.

A partir dessa perspectiva, no último dia 29 de

fevereiro, o STF escreveu mais um importante capítulo na história da assistência jurídica no país, ao julgar a ADIn 4163/SP. Na referida ação direta de inconstitucionalidade, questionava-se a constitucionalidade do art. 234 da Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo, que obrigava a Instituição a manter convênio com a OAB/SP para prestação de assistência judiciária suplementar à população hipossuficiente do Estado. A Corte, proclamando o direito fundamental de acesso à justiça por meio da Defensoria Pública, declarou a não recepção do dispositivo pela Constituição.

A consolidação da democracia numa sociedade ainda marcada por um quadro de extrema desigualdade social reclama a ampliação, o aprimoramento e o fortalecimento da Defensoria Pública. Assim, a importante decisão do STF veio em boa hora.

Além de rechaçar suposta obrigatoriedade e exclusividade do convênio com a OAB, o STF reafirmou o modelo público de prestação de assistência jurídica, desenhado pelo constituinte, hoje desvirtuado em razão da insuficiência de cargos de defensores públicos.

Em seu voto, o eminente relator, Min. Cezar Peluso, salientou que a regra primordial para a prestação de serviço jurídico pelo Estado é a do concurso público, constituindo-se situação temporária e excepcional a hipótese da assistência jurídica aos necessitados por meio de profissionais que não sejam defensores públicos concursados, o que somente poderá se dar a critério da Defensoria Pública, como instituição gestora da política de assistência jurídica. Da mesma maneira, o relator asseverou que a suposta obrigatoriedade de se firmar convênio com a OAB deturpa a noção de autonomia constitucionalmente conferida à Defensoria Pública para bem desempenhar as suas funções institucionais.

A consolidação da democracia numa sociedade ainda marcada por um quadro de extrema desigualdade social reclama a ampliação, o aprimoramento e o fortalecimento da Defensoria Pública. Assim, a importante decisão do STF veio em boa hora. O que se espera agora é que o Poder Executivo cumpra o comando constitucional e amplie o número de defensores públicos, para que a decisão do STF transcenda o plano teórico e possa efetivamente fazer diferença na vida daqueles que mais precisam.

Por seu turno, as instituições da Defensoria Pública devem seguir na trilha da defesa intransigente dos direitos humanos, cumprindo o seu relevante papel de transformação social por meio da concretização do acesso à justiça.

EDITORIAL

POR UM MODELO PÚBLICO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA1

• **LEI DA FICHA LIMPA E DIREITO PENAL: A CORROSÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**
Alamiro Velludo Salvador Netto e Fernando Gaspar Neisser3

• **COLABORAÇÃO PREMIADA SEGUNDO O PROJETO DE LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**
Fábio Ramazzini Bechara4

• **PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO NO INTERROGATÓRIO DO CORRÊU**
João Guilherme Lages Mendes6

• **PENA ALTERNATIVA E LEI MARIA DA PENHA**
Grecianny Carvalho Cordeiro7

• **UM POUCO DE CINEMA E REFLEXÃO PENAL**
Bruno Amabile Bracco8

• **O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E O SENSO COMUM TEÓRICO**
Raphael Boldt10

• **DA BOCA DO LIXO À CRACOLÂNDIA: MAIS DO MESMO**
Danilo Cymrot11

• **A REGRESSÃO DE REGIME NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**
Camila Mollerke Santos13

• **NOTAS SOBRE A GUERRA URBANA DE LONGA DURAÇÃO**
Laurindo Dias Minhoto15

• **COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS: SOMBRAS E LUZES**
Eduardo Viana Portela Neves16

• **DESCASOS BINHA E BINHO**
Alexandra Lebelson Szafir18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

• **O DIREITO POR QUEM O FAZ**1545

• **JURISPRUDÊNCIA ANOTADA**
• Supremo Tribunal Federal1549
• Superior Tribunal de Justiça1550
• Tribunal Regional Federal1550
• Tribunal de Justiça1551

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

16º Concurso de Monografias de Ciências Criminais IBCCRIM

Conhecimento e interdisciplinaridade no campo da pesquisa em Ciências Criminais.

Aqui suas ideias são difundidas e seu talento revelado.

Concorra, você pode ser o vencedor.

Inscrições abertas até 25 de maio de 2012.

Acesse o regulamento no Portal IBCCRIM

www.ibccrim.org.br

A premiação do concurso ocorrerá durante o

18º Seminário Internacional de Ciências Criminais.

O vencedor receberá:

- Prêmio no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais);
- 01 (uma) anuidade associativa ao IBCCRIM;
- 01 (uma) inscrição gratuita para o 18º Seminário Internacional de Ciências Criminais;
- 50 (cinquenta) exemplares da monografia publicada;
- 10 (dez) exemplares das monografias disponíveis já editadas pelo IBCCRIM.

INFORMAÇÕES:

concursodemonografia@ibccrim.org.br

ou (11) 3111-1040 – Ramal: 128.



LEI DA FICHA LIMPA E DIREITO PENAL: A CORROSÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Alamiro Velludo Salvador Netto e Fernando Gaspar Neisser

O aprimoramento do processo democrático-representativo, destinado a melhor permitir a expressão da vontade do eleitor (*soberania popular*), é algo, por definição, sempre positivo. Com a finalidade de evitar a candidatura, e consequente assunção em cargos eletivos, de indivíduos envolvidos em irregularidades, a Lei Complementar 135/2010, oriunda de projeto de lei de iniciativa popular, alterou diversos dispositivos atinentes ao regramento legal das inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990), incluindo novas hipóteses de suspensão dos direitos políticos passivos (*direito de ser votado*), bem como alargando os seus prazos de duração. Tal diploma, como é sabido, ficou conhecido como *Lei da Ficha Limpa*.

A primeira polêmica em torno da Lei já apareceu em seu próprio ano de nascimento, haja vista a discussão travada pelo STF a respeito de sua aplicabilidade nas eleições de 2010. Após muita celeuma, até mesmo em razão da composição incompleta e par do órgão judicial àquela época, ficou decidido que a novel legislação não seria aplicada, argumentando-se, em suma, o necessário respeito ao princípio da anualidade eleitoral, expressamente previsto no art. 16 da CF.⁽¹⁾

Ocorre que a inaplicabilidade da legislação tão somente para as eleições gerais de 2010 em nada adianta em razão dos inúmeros vícios e afrontas de caros princípios jurídicos que o texto, em defesa de uma boa causa, acaba por promover. Em fevereiro de 2011, foi manifestado o nosso inconformismo com as disposições da lei complementar, destacando as incompatibilidades do diploma com os princípios da legalidade e da presunção de inocência.⁽²⁾ A recente decisão do STF, que em 16.02.2012 julgou-a, por maioria, constitucional, exige e renova algumas imprescindíveis considerações.⁽³⁾

Especificamente no âmbito penal, a nova redação da Lei Complementar 64/1990 alargou o rol de crimes aptos a gerar inelegibilidade. O art. 1.º, I, *e*, inclui agora desde crimes eleitorais,⁽⁴⁾ patrimoniais, contra o meio ambiente e a saúde pública, até lavagem de dinheiro, redução à condição análoga à de escravo, quadrilha ou bando, entre outros. Mais ainda, a mesma alínea igualmente determinou que o período de inelegibilidade iniciar-se-á com a condenação por órgão judicial colegiado, permanecendo até o transcurso de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena. Assim sendo, pode-se dizer que a Lei da Ficha Limpa, em matéria criminal, expressamente (i) acresceu novos delitos aptos a gerar a inelegibilidade; (ii) aumentou o prazo de 3 (três) para 8 (oito) anos; (iii) estipulou como

termo inicial da inelegibilidade a condenação em órgão colegiado, sem a necessidade, portanto, de trânsito em julgado.⁽⁵⁾

Na medida em que o regramento relativo às inelegibilidades quer apresentar hipóteses derivadas de delitos, é necessário que sejam observadas as peculiaridades do sistema criminal, seus valores e as opções políticas que dele fazem parte no Estado Democrático de Direito.

Dada as limitações espaciais deste artigo, a preocupação maior reside na última inovação elencada, haja vista que as duas primeiras, em que pesem as críticas relacionadas à sua conveniência, cuidam, simplesmente, de opções político-criminais de recrudescimento desejadas pelo Poder Legislativo. Por isso mesmo, elas não afrontam, em si mesmas, princípios jurídicos. Entretanto, a problemática da desnecessidade do trânsito em julgado da condenação para que a inelegibilidade possa alcançar o candidato traz fortes complicadores.

Reside o impasse principalmente na construção doutrinária acerca da natureza jurídica da inelegibilidade. De um lado, argumenta-se que a perda do direito eleitoral passivo consiste, nestas hipóteses derivadas de delitos, numa espécie de efeito da condenação penal. De outro lado, ao contrário, sustenta-se cuidar a inelegibilidade apenas de requisitos objetivos que o cidadão deve reunir no momento da realização do registro de sua candidatura. Essa divergência – antes de se apresentar como mera filigrana acadêmica – acarreta consequências profundas no tocante à constitucionalidade da lei.

Ao assumir a segunda perspectiva, o STF, por razões lógicas, não enxergou qualquer violação ao princípio da presunção de inocência, eis que, ao não se tratar de sanção jurídica, cuidar-se-ia apenas de uma situação fática, uma espécie de critério objetivo, que apenas impediria o indivíduo de ver deferido seu posto como candidato. Aliás, esse mesmo entendimento levou a Corte Constitucional a corroer, também e integralmente, o princípio da legalidade penal, tendo em vista que, sob a justificativa de não ser a inelegibilidade pena ou algo assemelhado, entendeu que a Lei Complementar deve atingir fatos pretéritos.⁽⁶⁾ Quer isso dizer que, e não obstante a veemente argumentação de alguns ministros a respeito de tal absurdidade, a inelegibilidade alcançará do mesmo modo os condenados em órgão colegiado pelos delitos ocorridos anteriormente à sua vigência, consubstanciado, pois, uma lei penal mais severa que é capaz de retroagir.⁽⁷⁾

A compreensão externada pela maioria do STF olvida que o direito de ser votado, chamado de *jus honorum* ou direito político passivo, compõe o arcabouço dos direitos e garantias fundamentais desde os primórdios da formulação da moderna Democracia. Consta expressamente



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSOR DA PRESIDÊNCIA

Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO:

Alberto Silva Franco

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Carlos Vico Mañas

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo

Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira

Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CORRETORA DOS TRABALHADOS DE CONCLUSÃO

DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOUTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos

Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de

Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de

Vitto

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício

Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de

Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

16º CONCURSO DE MONOGRAFIA DE CIÊNCIAS CRIMI-

NAIS: Diogo Rudge Malan

18º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires

Mendes

de todos os tratados internacionais garanti-
dores de direitos políticos, tanto em âmbito
mundial⁽⁸⁾ quanto regional,⁽⁹⁾ devidamente
incorporados em nosso ordenamento jurídico
com força constitucional.

A inelegibilidade, de fato, não é pena em
sentido estrito, mas inegavelmente constitui
espécie de efeito da condenação, tal como
aqueles previstos nos arts. 91 e 92 do CP.
Lembre-se, aliás, que os hoje denominados
efeitos da condenação, quando previstos na
redação original de 1940, intitulavam-se *penas
acessórias*, lá contendo, inclusive, a suspensão de
direitos políticos como modalidade estatuída no
art. 69, V. Como bem destaca **Reale Júnior**, os
efeitos da condenação fazem parte do conjunto
de respostas oferecidas pelo Estado em razão
do reconhecimento da prática de um crime.⁽¹⁰⁾

Ora, ao se tratar do conjunto de respostas
do Estado pelo reconhecimento da prática do
crime, a inelegibilidade do indivíduo antes do
trânsito em julgado da condenação, bem como
a aplicação da lei a fatos delituosos pretéritos,
são notórias situações de fortíssima corrosão aos
princípios da presunção de inocência e da legali-
dade, respectivamente. O reconhecimento, irre-
futável juridicamente, da ocorrência do crime é
o antecedente necessário para a inelegibilidade.

Na medida em que o regramento relativo
às inelegibilidades quer apresentar hipóteses
derivadas de delitos, é necessário que sejam
observadas as peculiaridades do sistema cri-
minal, seus valores e as opções políticas que
dele fazem parte no Estado Democrático de
Direito. O clamor popular, ou as boas inten-
ções existentes na Lei da Ficha Limpa, não
podem significar o abaloamento de princípios
históricos e construídos em prol da defesa do
cidadão em face do poder punitivo estatal. Em
suma, o custo da opção política de hoje (Lei
Complementar 135/2010) não pode ser, em

hipótese alguma, a negação da opção política
de ontem (princípios constitucionais).

NOTAS

- (1) Inicialmente o TSE decidiu pela plena aplicabilidade da alteração legislativa ao pleito de 2010, com a resposta à Consulta 1120-26.2010.6.00.0000, rel. Min. Hamilton Carvalhido, bem como pela produção de efeitos em relação a condenações anteriores à norma, na Consulta 1147-09.2010.6.00.0000, rel. Min. Arnaldo Versiani. Posteriormente, depois de indicado o Min. Luiz Fux, o STF afastou a aplicação da nova legislação às eleições de 2010, no julgamento do RE 633.703/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.03.2011.
- (2) SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Princípios penais e a Lei da Ficha Limpa*. Carta Forense, São Paulo: fev. 2011, p. A12
- (3) Na ocasião o STF finalizou o julgamento da ADC 30, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB. Por 7 votos a 4 o Plenário entendeu pela constitucionalidade de todo o texto legislativo, restando vencidos os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Dias Toffoli. Por igual placar, com votos vencidos dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, considerou o STF que as disposições legais são aplicáveis a fatos pretéritos em relação à vigência da norma.
- (4) Definição possível de crimes eleitorais como “todas as violações às normas que disciplinam as diversas fases e operações eleitorais e resguardam valores insitos à liberdade do exercício do direito de sufrágio e autenticidade do processo eleitoral, em relação às quais a lei prevê a imposição de sanções de natureza penal” (GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26). Entendendo a natureza dos crimes eleitorais como espécies do gênero dos crimes políticos, vide: COSTA, Tito. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 27-32.
- (5) Cabe observar que a inelegibilidade decorrente da condenação em órgão colegiado pode se estender por prazo praticamente indefinido, dado que inicia com a prolação do acórdão e se esvai após oito anos do cumprimento da pena, pouco importando o lapso temporal transcorrido entre os termos inicial e final.
- (6) O cerne da argumentação vencedora no STF, representada nos votos dos Ministros Ricardo

Lewandowski e Ayres Britto, vislumbra no regime das inelegibilidades situação similar aos requisitos necessários para disputa de concursos públicos. Assume, assim, não existir direito adquirido a um regime jurídico vigente durante determinado concurso, para os demais que se realizarem.

- (7) Na ocasião do julgamento da ADC 30, manifestaram perplexidade os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Marco Aurélio, especialmente em relação à retroação dos efeitos da novel legislação. O Min. Gilmar Mendes, igualmente contrário à inovação jurisprudencial, deixou o plenário após a leitura de seu voto.
- (8) O art. 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos tem a seguinte redação: 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos de seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas de seu país.
- (9) O Pacto de São José da Costa Rica é ainda mais explícito em seu art. 23, quando dispõe: 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão de vontade dos eleitores; e c) ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.
- (10) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 473.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Doutor do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da
Faculdade de Direito da USP.

Fernando Gaspar Neisser

Mestrando em Direito Penal na
Faculdade de Direito da USP.
Advogado.

COLABORAÇÃO PREMIADA SEGUNDO O PROJETO DE LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Fábio Ramazzini Bechara

O Projeto de Lei 6.578/2009, que tipifica penalmente a organização criminosa, regula-
menta os respectivos meios de obtenção de
prova e dá outras providências de natureza
processual, propõe uma nova regulação ao
instituto da colaboração premiada. A colabo-
ração premiada atualmente tem previsão em
diversas leis vigentes, como a Lei 9.807/1999,
o Código Penal, a Lei 8.137/1990, entre ou-
tras, e com diversas denominações (delação
premiada; acordo de leniência...).

O regime jurídico proposto no texto para
a colaboração premiada, além de empregar a
terminologia jurídica correta, classifica-a como
meio de obtenção de provas, porquanto o meio
de prova é a declaração do colaborador e não o
ato de colaborar, e ainda prescreve os limites do
seu valor probatório, define o respectivo proce-

dimento e os seus reflexos penais e processuais.

Um dos avanços que merece particular
destaque está previsto no art. 4.º, § 4.º, I e
II, em que se abre ao Ministério Público a
possibilidade de arquivamento da investiga-
ção contra o colaborador, desde que, sendo o
acordo efetivo, o colaborador não seja o líder
da organização ou que seja o primeiro a pres-
tar efetiva colaboração. Importante assinalar
que nesse caso a promoção de arquivamento
assume certa particularidade, uma vez que o
seu fundamento é o acordo entre o Ministério
Público e o colaborador, com a consequente
aplicação imediata da pena reduzida ou o
perdão judicial. Portanto, a decisão que ho-
mologa o arquivamento nessa hipótese faz
coisa julgada material em relação ao seu objeto.

A hipótese supradescrita coloca em dis-

cussão, todavia, três questões essenciais, que
merecem uma reflexão mais acurada, que são
a aplicação da pena sem processo judicial, a
relativização do princípio da obrigatoriedade
na ação penal pública e a busca da verdade
com princípio informativo do processo penal.

Primeira questão. A percepção dos efeitos
penais do acordo em caráter definitivo não é
uma novidade, tendo em vista o disposto na Lei
9.099/1995 no tocante ao instituto da transação
penal. Embora a Lei 9.099/1995 tenha regula-
mentado o disposto no art. 98, I, da CF, que
trata da justiça consensual, não se mostra correta
a interpretação no sentido de que somente nessas
circunstâncias é que o acordo e a liberalidade
das partes possam surtir consequências penais.

A matriz constitucional do devido processo
legal é a única exigência a efetivamente balizar a

possibilidade e a forma como deve se dar a aplicação dos efeitos penais. É de se esclarecer que a matriz constitucional do devido processo legal é inspirada no modelo difundido pelos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos, todos os quais reconhecem a garantia do *nullum crimen sine legge, nullum poena sine iudicio*. Portanto, a observância do devido processo legal em matéria penal para o fim de acarretar uma legítima restrição a direito material pressupõe a sua previsão em lei, bem como do respectivo procedimento e a necessária intervenção jurisdicional. Na hipótese da colaboração que ora se analisa, o acordo entre o Ministério Público e o investigado tem previsão legal, compreendido os critérios, o momento, a forma e a iniciativa para tanto, como também a exigência de pronunciamento judicial para ter força executiva, a livre manifestação de vontade do colaborador, que deverá obrigatoriamente estar assistido por advogado, no termos do § 7.º do art. 4.º do Projeto.

Importante que se ressalte que a Constituição brasileira, ao assegurar o devido processo legal, não o interpreta como sinônimo de necessária ação judicial. Com efeito, ainda, sob a perspectiva de que o devido processo legal também se traduz em exigência de proporcionalidade, o texto do projeto é bastante lúcido e criterioso, uma vez que somente admite a possibilidade dos efeitos penais antecipados quando o colaborador ocupar posição de menor relevância na organização criminosa ou caso seja o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Segunda questão. A segunda questão está relacionada à observância do princípio da obrigatoriedade que orienta a ação penal pública e a possibilidade de introdução de novos mecanismos de negociação.

Inicialmente é de se reconhecer que a obrigatoriedade da ação penal pública representa um duplo colar: garantir a universalidade do acesso à jurisdição a qualquer pessoa, no caso do Direito brasileiro por meio do Ministério Público; assegurar que o interesse público será tutelado de forma simétrica e indiscriminadamente. Essa dupla função da obrigatoriedade permite presumir que a ação penal constitui um mecanismo eficiente para a tutela do interesse ou direito violado.

O que se coloca, no entanto, é que a ação penal, segundo o Direito brasileiro, não é o único instrumento por meio do qual um direito violado é tutelado, tanto que na transação penal ou mesmo no acordo civil com efeitos penais tem-se uma fórmula de tutela alternativa, fundada na vontade das partes.

Se por um lado é verdade que há uma grande expectativa de que a prestação jurisdicional seja mais célere, de outro lado também é verdade que o recurso desmedido à negociação como solução que aporta maior agilidade traz insegurança, uma vez que não necessariamente todos os colaboradores estarão nas mesmas condições de realizar um bom acordo, nem mesmo o direito de acesso à justiça, cujo titular é a coletividade, será adequadamente respeitado.

Daí por que a transição de um modelo mais rígido para um modelo mais flexível pressupõe critérios e procedimento para ao menos minimizar

o risco de insegurança como exposto. O que leva à conclusão de que a introdução de mecanismos de negociação deve se pautar pela observância do devido processo legal, no sentido de se estabelecer quando e como é possível tutelar o direito de outra forma que não por meio da ação penal.

Assim, a mitigação da obrigatoriedade, que não é uma novidade, deve ser interpretada não somente sob a perspectiva da maior eficiência que a negociação representa num primeiro momento em termos de justiça mais célere, mas também sob a perspectiva das garantias do colaborador, em que a definição criteriosa das hipóteses e o respectivo procedimento representem o fator de legitimação do acordo entre as partes.

Todas essas premissas foram observadas no projeto de lei em exame, na medida em que somente o acordo efetivo produz efeitos imediatos, e mais, a culpabilidade e a posição do colaborador na organização deve justificar a solução negociada, o colaborador deve estar assistido por advogado e deve haver controle judicial.

Terceira questão. Uma última questão que se coloca em toda a discussão até aqui desenvolvida está relacionada com a garantia da busca da verdade no processo. No que se refere ao tema em discussão, a garantia da busca da verdade estaria sendo mitigada, na medida em que a vontade das partes tem um papel determinante na resposta estatal, sem que a prova seja produzida no contraditório judicial.

Em outras palavras, a observância da garantia da busca da verdade também se opera por meio do atendimento ao rito estabelecido para a coleta do elemento probatório, procedimento este que se qualifica como o método ideal e mais justo para se demonstrar uma verdade.

A partir do momento em que a colaboração processual produz efeitos penais imediatos, sem ação penal, e sem que a prova seja submetida ao contraditório judicial, a garantia da busca da verdade está cedendo em razão da vontade das partes em obter uma solução comum, e com um acréscimo, a palavra do colaborador passa a ser o elemento de convicção determinante a embasar uma decisão definitiva. Trata-se por óbvio de uma limitação à busca da verdade, assim como outras existentes, como, por exemplo, a vedação das provas ilícitas e o direito ao silêncio.

Por tudo o que foi exposto acima, é de se louvar o trabalho legislativo até aqui desenvolvido, que revelou uma preocupação preliminar de sistematizar a regulação e aplicação do instituto da colaboração, e, mais que isso, fortaleceu a percepção cada vez mais presente de que o processo penal deve buscar soluções equilibradas e proporcionais a cada realidade, como na hipótese das organizações criminosas, em que a proposta, ao extrair o tema do lugar comum, não somente confirmou o objetivo de aportar maior eficiência na atuação estatal, mas reconheceu no rito e em outras garantias o instrumental mais adequado para perseguir o resultado almejado.

Fábio Ramazzini Bechara

Doutor em Processo Penal pela USP.

Membro fundador do Instituto de Estudos Avançados de

Processo Penal Antonio Scarance Fernandes

Promotor de Justiça.

COORDENADORIAS REGIONAIS

1.ª REGIÃO (Acre, Amazonas e Roraima)

Luis Carlos Valois

2.ª REGIÃO (Maranhão e Piauí)

Roberto Carvalho Veloso

3.ª REGIÃO (Rio Grande do Norte e Paraíba)

Oswaldo Trigueiro Filho

4.ª REGIÃO (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

5.ª REGIÃO (Mato Grosso e Rondônia)

Francisco Afonso Jawsnicker

6.ª REGIÃO (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1.ª ESTADUAL (Ceará)

Patrícia de Sá Leidão e Leão

2.ª ESTADUAL (Pernambuco)

André Carneiro Leão

3.ª ESTADUAL (Bahia)

Wellington César Lima e Silva

4.ª ESTADUAL (Minas Gerais)

Guilherme Henrique Souza e Silva

5.ª ESTADUAL (Mato Grosso do Sul)

Marco Aurélio Borges de Paula

6.ª ESTADUAL (São Paulo)

João Daniel Rassi

7.ª ESTADUAL (Paraná)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8.ª ESTADUAL (Amapá)

João Guilherme Lages Mendes

9.ª ESTADUAL (Pará)

Marcus Alan de Melo Gomes

10.ª ESTADUAL (Alagoas)

Ivan Luis da Silva

11.ª ESTADUAL (Sergipe)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

12.ª ESTADUAL (Espírito Santo)

Clecio Jose Morandi de Assis Lemos

13.ª ESTADUAL (Rio de Janeiro)

Marcio Gaspar Barandier

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun,

Cecilia Tripodi e Renato Stanzola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Alberto Alonso Muñoz, 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, Cecilia Tripodi, Chiavelli Facenda Falavignio, Daniel Del Cid, Débora Thaís de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Fabiano Yui Takayana-gi, Fernanda Carolina de Araújo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Steffano Leone Louveira, Luis Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Ilg, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Paulo Victor Freire Ribeiro, 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, Thaísa Bernhardt Ribeiro.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

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

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

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

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”. “As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO NO INTERROGATÓRIO DO CORRÉU

João Guilherme Lages Mendes

Em setembro de 2008 o STF concedeu ordem de *habeas corpus* para anular atos processuais na ação penal que tramitava contra o russo Boris Abramovich Berezovsky. De acordo com o julgamento, proferido no HC 94.016-1/SP, cujo relator foi o Exmo. Min. Celso de Mello, a Suprema Corte brasileira reconheceu, à unanimidade, como prerrogativa à cláusula do *due process of law*, o direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

O episódio ganhou o noticiário jurídico nacional porque se determinou a realização de outros interrogatórios, assegurada a participação dos advogados dos réus, que podem pedir ao juiz, no final do interrogatório, que formule perguntas pertinentes e relevantes ao interrogando, sobre algum fato a ser esclarecido.

A partir de então, pode-se considerar superada qualquer dúvida sobre o alcance do art. 188 do CPP, haja vista que a expressão “das partes” abrange o órgão acusador e o advogado de todo aquele que figure no polo passivo da relação processual penal.

Mas, se a defesa técnica de um dos acusados tem o direito de participar do interrogatório do correu, pedindo ao juiz, no final do interrogatório, que formule perguntas pertinentes e relevantes ao interrogando, sobre algum fato a ser esclarecido, por que razão o acusado, que é o maior interessado em sua defesa, não pode acompanhar este momento processual? Não terá ele o direito de estar presente também nesta ocasião, ao lado de seu defensor?

Entendemos que o réu deve estar presente no interrogatório do correu, participando do ato, se quiser, sob pena de nulidade absoluta, por ofensa ao princípio da ampla defesa.

Em primeiro lugar, não há previsão legal para mandar sair ou retirar da sala de audiência um dos réus enquanto o magistrado interroga o outro.⁽¹⁾ Senão vejamos.

O art. 191 do CPP, com a redação determinada pela Lei 10.792/2003, dispõe: “*havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente*”.

A redação anterior era muito parecida: “*se houver co-réus, cada um deles será interrogado separadamente*” (art. 189 do CPP). Portanto, não ocorreu nenhuma mudança substancial, limitando-se a Lei 10.792/2003, de fato, a trocar de lugar o artigo, que no texto anterior estava no art. 189 e passou para o art. 191 do CPP.

A interpretação doutrinária que se fez do dispositivo caminhou no sentido de que “*havendo co-réus, em virtude da conexão ou continência, cada um deles deve ser interrogado separadamente, sem que um ouça as declarações do outro*”.⁽²⁾

Os autores dizem que não deixar um réu ouvir as declarações do outro é necessário para “*impedir que cada um dos acusados se beneficie das respostas dadas pelo réu que o antecedeu; que as declarações de um possam influir nas dos*

subseqüentes; que o relato de cada acusado não seja espontâneo”⁽³⁾, sobretudo para que “*aquele que for interrogado em seguida não preencha determinados claros, beneficiando-se com os esclarecimentos prestados pelo correu, ou, então, não se afaste, de propósito, do que foi dito antes, fazendo coincidir sua resposta com a do anterior correu, mantendo uniformidade na versão*”.⁽⁴⁾

Analisada a questão sob este prisma, o objetivo maior da norma seria “*evitar que, no mesmo instante em que um co-réu está sendo ouvido, o outro absorva o que está sendo falado, podendo ser influenciado emocional ou psicologicamente pelas declarações, alterando as suas, por sua conta e risco, o que pode representar, para a sua defesa técnica, a pior opção*”.⁽⁵⁾

Na jurisprudência encontramos um precedente do Exmo. Min. Marco Aurélio, do STF, no julgamento do HC 76731-6/SP, que reconheceu “*tratar-se de formalidade legal, objetivando, até mesmo, evitar que o reconhecimento da fala de um dos co-réus acabe viabilizando a fuga à revelação da verdade real*”.⁽⁶⁾

A bem da verdade, a expressão “separadamente” tem um significado só: a proibição de ouvir pessoas em bloco, não podendo, por exemplo, o juiz colocar na sala de audiência vários réus que neguem a autoria e interrogá-los num só termo.

Separadamente significa cada um de per si, vale dizer, ouvir um de cada vez.

Enquanto o sujeito é interrogado, o outro correu no mesmo processo pode e deve permanecer presente, assistindo a tudo, independentemente de ter sido interrogado ou não, em razão do interesse que tem de acompanhar todos os atos processuais, sem exceção, interesse este que nasce no exato momento em que é citado para integrar a lide.

Se o legislador quisesse deixá-lo de fora da sala de audiência por ocasião do interrogatório do correu, teria redigido o art. 191 do CPP à semelhança do art. 210 do mesmo Diploma Legal, segundo o qual “*as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras*”.

Analisando esses dois artigos vimos que a primeira parte do art. 210 dispõe que “*as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si*”. Esta frase corresponde à expressão “separadamente” do art. 191 do CPP, razão pela qual também não podemos ouvir testemunhas em bloco, vale dizer, na mesma assentada.

Porém, no art. 210 o legislador adicionou uma segunda parte – “*de modo que umas (testemunhas) não saibam nem ouçam os depoimentos das outras*” – e é exatamente por esta razão que

no momento de inquirir a testemunha o juiz faz retirar a(s) outra(s) para sala distinta.

Entretanto, não podemos fazer o mesmo ao interrogar, porque no art. 191 não há uma expressão semelhante à contida na segunda parte do art. 210 do CPP.

A bem da verdade,
a expressão
“separadamente”
tem um significado
só: a proibição de ouvir
pessoas em bloco, não
podendo, por exemplo,
o juiz colocar na sala
de audiência vários
réus que neguem a
autoria e interrogá-los
num só termo.

Se a lei, no art. 191 do CPP, não diz que o réu não poderá saber ou ouvir o que os outros têm a dizer, como disse na segunda parte do art. 210, ao tratar da prova testemunhal, evidentemente que ele deve permanecer no recinto para se defender, máxime naqueles casos em que o correu lhe atribui a prática da infração penal.

Poder-se-ia cogitar que o interrogatório é fonte de prova, e como tal receberia o mesmo tratamento dado à prova tes-

temunhal, o que justificaria ouvir um acusado sem a presença do outro por força do disposto na segunda parte do art. 210 do CPP. Mas, não pode ser assim porque o interrogatório é mais meio de defesa que fonte de prova, e, como tal, deve necessariamente ser encarado sob outro prisma, posto que a condição de investigado ou acusado estende ao correu o direito de defender-se amplamente.

Nunca é demais lembrar que a autodefesa assegura ao réu: 1.º) o direito de audiência, que o autoriza a influir diretamente e a qualquer tempo na formação da convicção do juiz, fazendo as intervenções necessárias a sua defesa; 2.º) o direito de presença, que lhe assegura o direito de estar presente em todos os atos processuais, acompanhando a produção das provas, participando pessoal e presencialmente, garantindo-se-lhe a oportunidade de tomar posição sobre tudo que ocorrer no processo; e 3.º) o direito a postular pessoalmente, dentro do qual está inserido o direito de auxiliar seu advogado nas perguntas a todos os figurantes processuais, inclusive aquelas que serão feitas aos outros réus se restar alguma coisa a ser esclarecida.

No fundo estes direitos representam a preocupação de o Estado preservar não apenas a Constituição brasileira, mas, também, convenções internacionais que compõem o próprio estatuto constitucional do direito de defesa como complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, como, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica,⁽⁷⁾ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.⁽⁸⁾

Certamente que o exercício desses direitos não será completo se o maior interessado ficar de fora da sala de audiência.

Em resumo, o direito de presença e de participação ativa nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos deve ser garantido não apenas à defesa técnica, mas,

pessoalmente a todos os indivíduos que figurem como réus em ações penais, sob pena de nulidade absoluta em face de violação à ampla defesa.

Inegavelmente, o STF deu um passo enorme no sentido de garantir a participação ativa da defesa técnica no interrogatório de corréu. Resta-nos apenas aproveitar a picada aberta pela Suprema Corte e ampliar a estrada em prol das garantias constitucionais referidas, porque estamos convencidos de que ninguém melhor que o próprio acusado para fazer a sua defesa, ninguém melhor que ele mesmo para auxiliar seu advogado a formular perguntas ou pedir esclarecimentos, principalmente nos pontos controvertidos da lide, que se não forem bem trabalhados podem lhe custar anos de prisão.

PENA ALTERNATIVA E LEI MARIA DA PENHA

Grecianny Carvalho Cordeiro

Passados mais de dez anos da promulgação da Lei 9.714/1998, observa-se que a mesma continua a provocar polêmica em alguns aspectos relacionados à sua aplicação.

De fato, a Lei 9.714/1998 representou um marco à época de sua edição ao criar alternativas penais, possibilitando que crimes de menor gravidade tivessem um tratamento diferenciado, mediante a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, cujas condenações não fossem superiores a quatro anos e o autor da infração não fosse reincidente específico.

Ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade para os crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, pretendeu o legislador impedir a concessão de tal benefício àqueles condenados por crimes de maior gravidade e que tanto provocam repúdio à sociedade, em face da violência ou ameaça empregadas para a sua consecução. Contudo, essa regra poderá ser excepcionada quando o delito for considerado de pequena potencialidade ofensiva.

Assim, para os tipos penais que, apesar de cometidos com o emprego de violência ou ameaça à pessoa, admitirem a aplicação dos institutos previstos na Lei 9.099/1995, igualmente será cabível a aplicação de pena alternativa à prisão, nos moldes estabelecidos pela Lei 9.714/1998.

Em relação à Lei Maria da Penha, algumas observações devem ser feitas.

Como é cediço, a Lei 11.340/2006 dispõe expressamente em seu art. 41 que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099”.

Atentou o legislador infraconstitucional para o fato de que a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995 não se mostrariam suficientes para coibir tais práticas criminosas, no âmbito da relação familiar, daí por que a previsão do art. 41 da Lei 11.340/2006.

NOTAS

- (1) O Código de Processo Penal só autoriza a retirada do réu da sala de audiência quando o juiz verifica que a sua presença pode causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando a verdade do depoimento. Nesses casos, recomenda-se realizar a inquirição por videoconferência, e somente quando não se puder inquirir por videoconferência é que se manda retirar o réu do recinto (art. 217 do CPP, com a redação determinada pela Lei 11.690/2008).
- (2) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 526; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 1, p. 581; TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosnar Rodrigues. *Curso de direito processual*

penal. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 351.

- (3) MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. et loc. cit.
- (4) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. et loc. cit.
- (5) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.
- (6) J. 23.06.1998, RT 758/473. No caso, porém, o *habeas corpus* acabou sendo indeferido, reconhecendo-se que se tratava de vício cuja nulidade é relativa. e nlativa, validando-se eferido, reconhecendo-se que nheceu “
- (7) Art. 8.º, 2, c e d.
- (8) Art. 14, 3, b e d.

João Guilherme Lages Mendes

Coordenador estadual do IBCCRIM no Amapá.
Professor da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP
Juiz de Direito.

A Lei Maria da Penha foi uma grande novidade há muito necessária em nosso ordenamento jurídico, e, como toda novidade, muita polêmica doutrinária foi travada ao redor da mesma, cabendo aos tribunais firmar uma jurisprudência em torno de seus pontos mais controversos.

Como não poderia deixar de ser, a interpretação da Lei Maria da Penha entra em rota de colisão com a Lei 9.714/1998, especificamente, no que concerne à possibilidade de aplicação de pena alternativa aos crimes de violência contra a mulher, mesmo quando se trata de crimes de menor potencial ofensivo (ameaça, lesão corporal leve etc.).

O STF, nos autos do HC 106212,⁽¹⁾ julgado em 24.03.2011, decidiu pela constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, tornando inaplicável a Lei 9.099/1995 a toda prática delituosa perpetrada contra a mulher, mesmo quando se trata de simples contravenção penal.

Ainda pela citada decisão, os crimes de violência contra a mulher não são considerados de menor potencial ofensivo, ao contrário, são crimes considerados graves, uma vez que a intenção da Constituição Federal (art. 226, § 8.º) foi conceder proteção especial à família, em especial, à parte mais fragilizada da relação familiar, a mulher.

Em que pese a citada decisão do STF, passa-se a questionar agora quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nesses tipos de crime.

O art. 17 da Lei 11.340/2006 veda a aplicação “de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”, nos casos de violência doméstica e

familiar contra a mulher.

A intenção do legislador ordinário foi a de não permitir que os crimes de violência contra a mulher, pela sua gravidade e pela sua perniciosidade, fossem banalizados e a punição viesse a

se resumir à simples entrega de cestas básicas ou ao pagamento de uma dada quantia, gerando uma sensação de completa impunidade e de total descrédito.

Pela redação do art. 17 da Lei 11.340/2006, pode-se compreender ser admissível a substituição da pena prisional por restritiva de direito, desde que esta não tenha cunho pecuniário, como é o caso da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana.

O STJ tem se posicionado no sentido de que, nesses casos, isto é, de crimes contra a mulher, a simples incidência

da violência é motivo suficiente para vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Levando-se em conta que o crime de violência contra a mulher não é de menor potencial ofensivo, em razão do bem jurídico que se pretende proteger, conforme decidido pelo STF, inviável a substituição da pena prisional por restritivas de direitos, mesmo por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

A nosso ver, considerando o teor do art. 17 da Lei Maria da Penha, em caso de condenação por crimes de menor potencial ofensivo, mesmo cometidos com violência e grave ameaça, será possível a substituição da pena prisional somente pelas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos (apenas a proibição de frequentar determinados lugares), desde que preenchidos os demais requisitos do art. 44 do CP.⁽²⁾

Para reforçar tal entendimento, basta verificar que a Lei 11.340/2006, em seu art. 45, alterou a redação do art. 152 da Lei de Execução Penal, relativo à pena de limitação de fim de semana, estabelecendo no parágrafo único que, “nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Ora, a própria Lei Maria da Penha, além de não excluir no seu art. 17 a possibilidade de aplicação de algumas penas alternativas (p. ex.: prestação de serviços à comunidade e limitação

de fim de semana) em caso de condenação, desde que não tenham cunho pecuniário, admite de forma expressa no referido art. 45, a possibilidade de aplicação de pena de limitação de fim de semana – modalidade de pena alternativa – nos casos de violência doméstica contra a mulher.

É de se concluir pela possibilidade de substituição da pena prisional por restritivas de direitos nas condenações por crimes previstos na Lei 11.340/2006, desde que as penas não possuam cunho pecuniário e sejam preenchidos os demais requisitos exigidos pelo art. 44 do CP.

NOTAS

- (1) Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 1084466>. Acesso em: 21 jan. 2012.
- (2) COIMBRA, Valdinei Cordeiro. *Aspectos criminais da Lei n. 11.340, de 08.08.2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>, 12.09.2006. Acesso em: 22 jan. 2012.

Grecianny Carvalho Cordeiro

Mestre em Direito Público pela UFC e UNIFOR.
Promotora de Justiça.

UM POUCO DE CINEMA E REFLEXÃO PENAL

Bruno Amabile Bracco

I. Sobre símbolos e blockbusters

Todos sabemos que há produções cinematográficas que se propõem a ser muito mais que uma simples diversão. Como acontece com quaisquer narrativas, há aquelas cujo significado parece encerrar-se no próprio contexto da obra e há outras que carregam a firme pretensão de *dizer algo mais*. Tratam-se, estas últimas, de obras eminentemente *simbólicas* ou *alegóricas*, uma vez que seu conteúdo explícito é apenas uma forma de apontar a outros conteúdos, implícitos, aplicáveis a realidades completamente alheias ao contexto específico da narrativa.

Dizíamos, então, que certas produções cinematográficas logram desenvolver um enredo que, em verdade, esconde significados mais profundos. Há uma infinidade delas. Metaforicamente, exploram histórias, das mais absurdas às mais factíveis, com o verdadeiro intento de despertar no espectador a sensibilidade para algo além do que se mostrou na tela. E por vezes – e é aqui que tocamos o ponto que realmente interessa aos propósitos deste artigo – as produções cinematográficas, falando em uma linguagem que tanto prende a nossa atenção, podem fazer-nos refletir sobre problemáticas basilares do Direito Criminal.

Não é a intenção, neste breve texto, falar sobre filmes que, como *Tropa de Elite* ou tantos outros, têm escancaradamente como objeto central questões relacionadas à criminalidade ou às instâncias de controle. Quer-se, sim, falar brevemente de três filmes bastante conhecidos que carregam a peculiaridade de que, embora sua trama gire em torno de realidades às vezes fantásticas, às vezes sem qualquer relação aparente com o Direito Criminal, tratam alegoricamente de conteúdos que a este podem interessar – e muito. E não escolhemos filmes de circuitos alternativos, daqueles a que tão poucos têm acesso; optamos, antes, por três filmes a que quase todos assistimos objetivando, mais que qualquer coisa, uma boa diversão *hollywoodiana*.

II. Batman: o cavaleiro das trevas

Batman: o cavaleiro das trevas não é, evidentemente, uma película que procura lançar qualquer visão objetiva e realista sobre crimes

e instâncias punitivas.⁽¹⁾ Tratando de heróis e vilões, mocinhos e bandidos, é um filme que visa, mais que tudo e embora sob as vestes de um verdadeiro *blockbuster* concebido para entreter, a fazer uma leitura da complexidade e dos paradoxos próprios ao ser humano – leitura que, apenas indiretamente, permite que se teçam considerações sobre crimes e instâncias punitivas.

O personagem principal da trama é, como qualquer espectador percebe facilmente, o Coringa. Arqui-inimigo do Batman, trata-se daquele cujo objetivo é simplesmente *destruir* – sendo a destruição vista, neste contexto, como uma finalidade em si mesma. A analogia com a carta do baralho é clara: no jogo de cartas, o *curinga* é o elemento estranho; no jogo da vida, é aquele que, alheio ao que é comum, não pode assistir passivo ao desenrolar ordinário dos acontecimentos. Emblemática é a cena em que o Coringa, após o roubo de uma quantidade absurda de dinheiro vivo, simplesmente queima cada nota. Pois não havia objetivo no roubo senão o roubo em si, o tumulto, a destruição da ordem.

De outro lado, tem-se a figura do Batman. Ao combater o Coringa, quer combater a desordem. Em outras palavras: a função do herói é *manter a ordem* e impedir que novos males aflijam a população. Sua preocupação com a ordem é tamanha que há uma estrita lei autoimposta: é-lhe absolutamente vedado matar. Ainda que tenha o Coringa, causador de tantos males, sob seu domínio, jamais o matará. O Batman precisa preservar a vida tal como ela é, o que implica *sob nenhuma hipótese* destruí-la.

Quando, no filme, Batman e Coringa são apresentados sem rivais humanos à altura, fica subentendido que não estamos diante de figuras meramente terrenas, comuns. Nenhuma artimanha cotidiana pode detê-los: certamente, eles são de *outro plano*. São espécies de *deuses*, poderíamos facilmente imaginar – deuses que influenciam a humanidade, mas não podem ser por esta tocados. E, de fato, sem necessidade de qualquer pesquisa muito detida (que certamente levará o leitor interessado a ter contato com muitas ilustrações paralelas),

não é difícil encontrar nos textos sagrados hindus, por exemplo, referências a dois conhecidos deuses cuja semelhança com as figuras de Batman e Coringa salta aos olhos: Shiva e Vishnu. Shiva é louvado, entre outras coisas, por ser o *destruidor*. Vishnu é louvado por ser o *mantenedor*.⁽²⁾ E, assim, ambos seguem suas missões em mútuo equilíbrio.

A certa altura do filme, o Batman pergunta ao Coringa: “*Por que você quer me matar?*”. Ao que o Coringa, após um longo e debochado riso, responde: “*Eu não quero matá-lo. O que eu faria sem você?... Você me completa*”. Vishnu e Shiva, o mantenedor e o destruidor da ordem, são duas forças motrizes da mesma engrenagem da vida, que só se movimenta pelo trabalho conjunto de ambas. Interessante notar que, de maneira sintomática, o filme mostra um promotor que, inicialmente ferrenho combatente de toda forma de criminalidade, sofre uma séria queimadura e, então, passa a dialogar com as energias da destruição, fortalecendo seus laços com o Coringa; seu rosto, parcialmente queimado, tem um lado ileso e outro lado deformado: nasce ali o *Duas-Caras*, a um só tempo herói e vilão, imagem-síntese do paradoxo que o filme encerra.

III. Clube da Luta

Clube da luta é, entre os filmes que optamos por mencionar, o mais antigo.⁽³⁾ Lançado em 1999, conta a história de um jovem adulto norte-americano típico, de classe média, com um trabalho de escritório algo enfadonho e uma vida bastante civilizada. Está tão misturado às massas e aos ditames sociais que o espectador nem sequer fica sabendo seu nome: é o *protagonista anônimo*, absolutamente indiferenciado. A insatisfação com a própria vida é somatizada na forma de uma constante insônia, que persiste a atormentá-lo enquanto ele insiste em viver sua vidinha insatisfatória.

Numa viagem de trabalho, porém, conhece um homem misterioso, muito mais vivo que o protagonista anônimo: Tyler Durden. Juntos, fundam o *Clube da Luta*: um clube em que apenas homens são admitidos e que foi concebido para extravasar toda a agressividade masculina

represada pela obediência constante às regras da civilização. Pouco a pouco, homens dos mais diversos, pais de família ou jovens, magros ou gordos, bem-sucedidos ou não, filiam-se ao clube, travando lutas após lutas e percebendo uma estranha satisfação brotar do sangue que escorre em seus rostos e se crava em suas mãos. Oportuno mencionar, as duas mais importantes regras do clube são: 1. *Nunca comente sobre o Clube da Luta*; e 2. *Nunca comente sobre o Clube da Luta*. Enfim, o clube é feito para se manter oculto aos olhos de uma sociedade que não o aceitaria.

Já se aproximando de seu final, o filme revela que o Tyler Durden, aquele que serviu de iniciador e incentivador do protagonista em seus mergulhos pelo mundo obscuro de uma masculinidade primitiva, é, em realidade, uma mera projeção do próprio protagonista-anônimo. Ele é o protagonista-anônimo; ou, mais precisamente, ele é *aquilo que o protagonista-anônimo é, mas nunca pôde aceitar conscientemente em si próprio*. É, portanto, parte de sua inteireza, com uma necessidade urgente de aflorar, sob pena de prosseguir uma vida vazia, insatisfatória, insone. Alegoricamente, Tyler Durden é, além de iniciador e mundano, um vendedor de sabonetes; e ele ensina que a mesma matéria-prima com que se faz um limpo e socialmente valorizado sabão é a matéria-prima com que se pode fazer um potente explosivo – e é em uma monumental explosão que o filme termina. Na poesia do místico Rûmî:

“Dia e Noite são inimigos aparentes; mas servem ambos a um mesmo propósito,

Apaixonados um pelo outro, e assim seu trabalho mútuo se resolve em perfeição.

Sem a Noite, nada poderia a natureza do Homem receber, e então nada haveria a que o Dia se pudesse dar.”⁽⁴⁾

IV. Cisne Negro

Cisne Negro é um filme recente, de 2010.⁽⁵⁾ A trama é sobre uma bailarina bastante rígida e perfeccionista, sufocada pela presença constante de uma mãe superprotetora. Enquanto podemos dizer que *Clube da Luta* trata, acima de tudo, de uma masculinidade represada, *Cisne Negro* parece tratar de ao menos um aspecto da feminilidade represada, conforme exporemos sucintamente a seguir.

Nina, a personagem em torno da qual se desenvolve a história, esforça-se desumanamente por ser uma bailarina daquelas que, como canta Chico Buarque,⁽⁶⁾ não têm frieira, piolho ou sujo atrás da orelha. Contudo, o grande desafio inicia-se no momento em que ela é escolhida para interpretar a protagonista do espetáculo *Cisne Negro* – pois, para tal papel, não basta que ela dance com a pureza, a sutileza, a limpeza da bailarina irretocável que ela aprendeu a ser, mas há também de lograr trazer à superfície seu lado obscuro, úmido, sensual.

Neste contexto, se o protagonista-anônimo de *Clube da Luta* projetou sua masculinidade represada em Tyler Durden, em *Cisne Negro* a projeção dá-se sobre a insinuante e espontânea

Lily. É Lily, portanto, a iniciadora e a incentivadora de Nina em seus caminhos de deixar aflorar uma feminilidade por anos sufocada. É Lily quem apresenta a Nina os prazeres da noite, do entorpecimento, do flerte, da irresponsabilidade, do sexo. É contra Lily que, enfim, Nina, no meio do grande espetáculo final, revolta-se, sem notar que a revolta era, em verdade, contra *si mesma*, e sem notar que o golpe mortal desferido contra Lily cravou-se, em verdade, em suas próprias entranhas.

Mas é nesta aparente tragédia, quando Nina consegue ser, em um mesmo ato, pura e sensual, virginal e voluptuosa, quando vida e morte dividem a cena, que ela pode afirmar, enfim: *“Eu fui perfeita”*. Pois a perfeição desde sempre pretendida – agora ela o percebe – jamais poderá residir em apenas um dos pólos da existência: será encontrada apenas no momento sublime e transcendente em que luz e trevas, e vida e morte, confundem-se. Nas palavras do professor Goffredo:

“Perfeito não pode ser, evidentemente, aquilo que está por fazer. Perfeito só é aquilo que está feito, e que está feito plenamente, completamente. Perfeito é o ser que terminou seu perfazimento, e que possui, portanto, tudo que lhe convém, tudo que lhe é próprio. É o ser acabado, o ser na plenitude de seu tipo.”⁽⁷⁾

V. Breves apontamentos sobre a punição

A forma como combatemos a criminalidade – é importante que comecemos a notá-lo – baseia-se meramente em uma opção, em uma postura, que está longe de ser a única possível. O que fazemos é, diante dos paradoxos essenciais da existência – em que Batman e Coringa, Vishnu e Shiva, civilidade e agressividade, sensualidade e voluptuosidade, vida e morte etc. encontram-se absolutamente amalgamados –, escolher um dos pólos e desprezar completamente o outro. Escolhe-se, assim, o lado do permitido e, quanto ao lado *proibido*, nossa postura nos impele a querer excluí-lo da existência.

Todo ímpeto punitivista (e lembremos a origem etimológica da palavra *pena*, que nos remete aos espíritos que, guiados pela *cegueira da razão*, tinham como função prestar auxílio a Nêmesis, a deusa da justiça retributiva)⁽⁸⁾ parece basear-se nesta postura: quer-se manter a todo custo o agradável, o que significa, evidentemente, excluir o desagradável. Todos os meios pensáveis para tal exclusão tornam-se factíveis, embora, claro, cada momento histórico se incline mais a um ou outro tipo de punição. Não assumindo que a perfeição humana está apenas na união dos opostos, tomamos uma postura bastante questionável. *“Toda justiça que se baseia sobre punição, ou seja, não sobre a identificação do coletivo com aquele que praticou o mal”, diz Neumann, “torna o próprio coletivo culpado pelo mal, e não passa de uma forma camuflada de justiça de linchamento.”*⁽⁹⁾

A pena de morte ainda em voga em muitos

países às desumanas condições do cárcere, do descaso sistêmico em relação a tantos presos a quem já caberia há muito tempo algum ignorado benefício às algemas que, como constatarem notícias recentes, ainda acompanham muitas presas durante o trabalho de parto (!), muitas de nossas atitudes tão humanas se fundamentam nesta *postura* ou *opção* fundamental. Ao não assumirmos a importância e a imprescindibilidade de cada singular lado da existência, a barbárie, disfarçada ou não de instituição oficial, se faz possível.

Mas, felizmente, há um sopro de esperança que parece vir de todo lugar. Entre uma atitude cega e outra, entre um linchamento explícito ou velado e outro, temos nossos momentos de distração, nosso futebol, nossa cerveja, nossa televisão, nossa viagem, nosso filme. De olhos abertos, então, é possível que notemos alguma mensagem que nos pode mostrar a viabilidade de uma *outra* postura, radicalmente diferente da que temos historicamente tomado. É possível que percebamos que Coringa e Batman se completam, que agressividade e civilidade sempre caminharam juntas, que dia e noite são inimigos apenas aparentes e que *perfeição* é sinônimo de *totalidade*. De olhos abertos, protegemo-nos da cegueira da razão, notando enfim que um verdadeiro respeito por cada singular manifestação de vida – alegre ou triste, bela ou doída – pode, sim, nortear cada uma de nossas atitudes.

NOTAS

- (1) NOLAN, Christopher (dir.). *The Dark Knight*. EUA, 2008. Longa-metragem.
- (2) “Oh Mãe, Causa e Mãe do Mundo! Tu és o Único Ser Primordial, Mãe de inúmeras criaturas, Criadora dos próprios deuses: até de Brahma o Criador, Vishnu o Mantenedor, e Shiva o Destruidor! Oh Mãe, ao louvar-Te com hinos, purifico minha fala” – eis algumas estrofes de um canto antigo de louvor à Mãe Primordial (Cf. CAMPBELL, Joseph. *As máscaras de Deus: mitologia oriental*. Trad. Carmen Fischer. São Paulo: Palas Athena, 1994. p. 39).
- (3) FINCHER, David (dir.). *Fight Club*. EUA, 1999. Longa-metragem.
- (4) V. FROMM, Erich. *The art of loving*. New York: Harper, 2006. p. 32-33. O poema, originalmente em língua persa, foi assim vertido para o inglês por FROMM: “Day and Night are enemies outwardly; yet both serve one purpose, / Each in love with the other for the sake of perfecting their mutual work. / Without Night, the nature of Man would receive no income, so there would be nothing for Day to spend”. Traduzimos livremente a partir da versão em inglês.
- (5) ARONOFSKY, Darren (dir.). *Black Swan*. EUA, 2010. Longa-metragem.
- (6) BUARQUE, Chico. *Ciranda da bailarina*. Composição: Chico Buarque; Edu Lobo. Álbum: “O Grande Circo Místico”. Ano de lançamento: 1983.
- (7) TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], p. 86.
- (8) BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. Petrópolis: Vozes, 1987. vol. 2, p. 132-133.
- (9) NEUMANN, Erich. *Psicologia profunda e nova ética*. Trad. João Rezende Costa. Rev. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulinas, 1991. p. 39.

Bruno Amabile Bracco

Mestrando em Criminologia pela USP.
Advogado.

O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E O SENSO COMUM TEÓRICO

Raphael Boldt

“Quando a pessoa não sabe que não vê, não sabe que é cega.”

PAUL VEYNE

“Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores” (STF, HC 95585/RS). Com a devida vênia, o entendimento do STF e de grande parte da doutrina acerca dos (maus) antecedentes – uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP (*culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima*) – ilustra perfeitamente o “senso comum teórico dos juristas”, mais precisamente, o “senso comum penal dos juristas”, capaz de conferir a inúmeros mitos a aparência de verdades inexoráveis.

Ora, nesse caso estamos de acordo com Nietzsche⁽¹⁾ ao afirmar que as verdades são meras ilusões, fantasias de um drama que se repete diariamente nos fóruns e tribunais do nosso país. Sendo assim, surge a inevitável pergunta: continuaremos a viver de ilusões ou iremos romper com o monólogo jurídico tradicional desgastado que, infelizmente, permeia o discurso acadêmico e serve de substrato para a práxis dos atores processuais?

O desejo quase incontornável pelo domínio da técnica, aparentemente uma virtude, impede que alguns profissionais compreendam a ambivalência da ciência e faz com que se voltem exclusivamente para o saber jurídico instrumental, desconsiderando a necessidade premente de nos libertarmos dos devaneios dogmáticos deletérios para construirmos um pensamento crítico e contextualizado.

Evidentemente, não desconsideramos a relevância da racionalidade técnico-instrumental, tampouco negamos a existência de decisões espetacularmente inovadoras, porém, almejamos a adoção de uma perspectiva crítica que nos faça (re)pensar a dogmática penal a partir da defesa intransigente dos direitos humanos em detrimento de um discurso excludente que legitima a violência punitiva e desconsidera o mundo da vida.

Como julgar “alguém” – é inquestionável que as circunstâncias judiciais revelam a inclinação do legislador pelo direito penal do autor e não do fato –, em pleno Estado Democrático de Direito, por seu estilo de vida, pelo que é? Até quando o passado do indivíduo será utilizado como justificativa para determinar o seu futuro? Como admitir juízos moralizantes que evocam a personalidade de uma pessoa para lhe impor uma pena mais severa? Em um de seus acórdãos, o STJ assevera: “a personalidade voltada para a prática de atos delituosos já foi devidamente analisada quando da negativa valoração dos antecedentes do paciente

e da reincidência [...]” (STJ, HC 60709/DF). Seria razoável atribuir aos nossos julgadores a ingrata tarefa de analisar a personalidade de alguém? E mais, quais seriam os referenciais para que se possa aferir se a conduta social do réu é boa ou ruim? O “homem médio” que nos perdoe, mas não nos serve mais de paradigma, a não ser para inferiorizar os excluídos de uma sociedade que acredita na superioridade do homem moderno, antítese do bárbaro personificado na figura do criminoso.

Romper com o senso comum teórico é inegavelmente um grande desafio para aqueles que desejam a instauração de uma “práxis normativa emancipatória”,⁽²⁾ especialmente em tempos de massificação da cultura manufatureira, dos resumos que se propõem a ensinar em poucas páginas temas extremamente complexos e profundos. Reformular o discurso jurídico-penal tradicional e a prática forense pressupõe reconhecer as limitações da dogmática penal e assumir a transdisciplinaridade como alternativa imprescindível à superação da atual crise das Ciências Criminais.

Acreditamos que a releitura das circunstâncias judiciais requer uma ruptura epistemológica que nos leve à consolidação de um discurso deslegitimador do saber jurídico-penal que se sustenta na crença romântica da bondade do poder, que despreza o processo de secularização da sociedade contemporânea e pulveriza os direitos humanos fundamentais, transformando a Constituição Federal em uma “folha de papel”.

As demandas sociais por mais punição e recrudescimento da legislação penal em nada contribuem para esse processo de desconstrução do senso comum teórico dos juristas. Ao contrário, em nome da “Defesa Social”, contribuem para a cristalização do paradigma positivista-etiológico, reforçando percepções equivocadas sobre o crime e o criminoso.

Na realidade, o que se quer com a assunção do discurso hegemônico é a reforma moral do acusado, a expiação dos seus pecados mediante a aplicação de um castigo decorrente de sua incapacidade de se “humanizar”, de se adequar ao modelo de sociedade que possui como arquétipo estético e comportamental preestabelecido o homem burguês tipicamente moderno.

Na sociedade de consumo, o indivíduo que não dispõe de condições suficientes para obter os bens que irão lhe conferir visibilidade social, torna-se um “estranho”, alguém que se distancia dos padrões de ordem que conformam o imaginário social e, portanto, torna-se uma ameaça ao modelo civilizacional consagrado. Com isso, recorre-se à noção de “periculosidade” para se fixar penas mais severas e estabelecer uma espécie de metarregra de legitimação de um autêntico “Direito Penal do Terror”. Como se pode notar, o abismo não é apenas semântico, como alguns poderão alegar, senão

democrático e Constitucional.

Nesse sentido, é importante salientar que a fixação da pena-base a partir da análise das circunstâncias judiciais desde a perspectiva tradicional exerce, no âmbito da sentença penal condenatória e do processo penal, a função legitimadora do excesso punitivo e da deterioração dos direitos e garantias Constitucionais, atuando, por conseguinte, como importante mecanismo de reprodução da estrutura material e ideológica da sociedade.

A reprodução das relações sociais de desigualdade no âmbito do processo de criminalização secundária evidencia-se em decisões judiciais que laconicamente suscitam, por exemplo, a “vida pregressa maculada”, a “conduta social ruim” ou a “personalidade voltada para o crime” como fundamentos para elevar a pena do acusado. Argumentos dessa estirpe engendram atitudes que promovem o distanciamento social dos afetados pelo sistema penal, reforçando, em contrapartida, os laços entre os sujeitos que não são atingidos diretamente pelos processos de criminalização e são percebidos como cidadãos exemplares. Notório, a nosso ver, que a aplicação da pena se constitui, desde o plano simbólico, em fator eficaz de divisão social e instrumento de conservação e estabilização nas formações sociais pós-modernas abaladas por uma crise de consenso.

Amparadas pelos postulados da “criminologia midiática”, algumas sentenças se dissociam não apenas do saber crítico, mas do próprio bom senso. No afã de cumprir as funções declaradas do Direito Penal, tais decisões acabam expondo o que estava oculto e reproduzem as mazelas de um sistema perverso que vive de ilusões, corroborando, ademais, um inegável ciclo vicioso que obstaculiza a reflexão e a criatividade. Perante tantos mitos encobertos pelo discurso oficial e aos desafios que se desvelam, outro não seria o nosso papel, senão questionar nossas verdades, “derribar ídolos”⁽³⁾ e reformular o discurso subjacente às nossas práticas, afinal, não são as dúvidas, mas as certezas que nos enlouquecem.⁽⁴⁾

NOTAS

- (1) NIETZSCHE, Friedrich. Sobre a verdade e a mentira no sentido extra-moral. *Obras incompletas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 48.
- (2) WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 172.
- (3) NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*: de como a gente se torna o que a gente é. Porto Alegre: L&PM, 2006. p. 16.
- (4) Idem, p. 55.

Raphael Boldt

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
Graduado em Direito e Comunicação Social.
Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FDV.
Advogado.

DA BOCA DO LIXO À CRACOLÂNDIA: MAIS DO MESMO

Danilo Cymrot

“1953. Decreto governamental põe fim às atividades do meretrício, até então oficialmente confinado no bairro do Bom Retiro (...). A dureza da lei é, também, por que não dizer, a dos cassetes que a representavam, ficara cabalmente demonstrada pelo corpo policial-militar incumbido do seu cumprimento (...). Porém – e esse detalhe parece ter se escapado aos autores do decreto –, o que se estava a extinguir era nada mais que a área de confinamento, não a prostituição (...). A notícia de “onde” se encontravam as funcionárias do sexo não tardou a correr a cidade, em pouco, a incontável manada sibarita, a freguesia assídua, para ali acorria a matar sua sede de luxúria. Com a maior procura, uma maior oferta (...). E, em breve, as ruas Santa Ifigênia, dos Andradas, dos Gusmões, Vitória e Protestantes apresentavam o mesmo movimento, as mesmas feições, a mesma comunhão de propósitos que caracterizavam as noites da Itaboca e Aimorés.”⁽¹⁾

“Passamos ao ‘como’ e ao ‘porquê’ a Boca do Lixo – ou seja, a prostituição, os ‘pontos’ e antros de marginais – estendeu-se aos quatro cantos da cidade (...). Até por volta de 1959, a ‘Boca’, do ponto de vista dos desajustados sociais, era um local relativamente seguro. A presença policial tinha escopo meramente intimidativo, e a ação, propriamente dita, só se manifestava em forma de repressão. Não havia ainda, pelo menos não de modo generalizado, a tal de ação preventiva, ou seja, isso de se prender para evitar. (...) O ‘Quadrilátero do Pecado’, como que por um tácito confinamento, era área permitida ao trânsito e à estada de prostitutas e marginais. Fossem estes ou aqueles pilhados em outras regiões da cidade e, aí sim, muito possivelmente, seriam detidos quando nada para explicar o que faziam ou pretendiam no local. Mas veio o progresso e as coisas mudaram. A polícia foi se aperfeiçoando, vieram as ‘Rudis’, as ‘Rone’s’, as ‘Operações Arrastão’, ‘Pente-Fino’, ‘Coração de Mãe’, ‘Limpeza’, e outras novidades mais – todas nascidas e imbuídas daquela nova filosofia de ‘ação preventiva’. (...) Os ‘tiras’, que não são bobos nem nada, frente à necessidade de apresentar serviço iam ‘encanar’ os seus espécimes, homens e mulheres, justamente no local onde deles mais havia: a Boca do Lixo, passando a pulular naquele quadrilátero, policiais de todos os setores. Com isso, malandros, prostitutas e vadios, que também não são nada bobos, foram se afastando do ‘miolo’ (...). Porém, com a escassez da ‘caça’ no ‘miolo’ da ‘Boca’, também a Polícia expandiu o seu raio de ação, o que veio forçar os habitantes a afastarem-se mais ainda para escapar ao arrocho policial, do que resultou no estabelecimento dos pontos, domicílios e antros de prostituição e delinquentes, quarteirões além dos limites até então observados pelo uso e costume – como pequenos tentáculos que com o correr do tempo e o seguimento de infrutífera ação policial só iriam alongar-se mais e mais no rumo dos bairros adjacentes (...).

Atrás desses ‘cabeças’ que se transferiam com os seus negócios para fora dos limites convencionais da ‘Boca’, a leva dos ‘mais chegados’: auxiliares, camaradinhas e protegidos, em breve os seguiria. E assim, uma porção de ‘Boquinhas’ estavam criadas”⁽²⁾

Nesses dois excertos, **Hiroito de Moraes Joanides**, o Rei da Boca do Lixo,⁽³⁾ explica como surgiu e se expandiu o famigerado “Quadrilátero do Pecado”, na cidade de São Paulo. O relato foi publicado no ano de 1977, mas, diante das recentes operações policiais na chamada Cracolândia, a mesma região em que reinou **Hiroito**, poderia facilmente ter sido escrito no ano de 2012. Embora vivamos hoje em tempos de democracia política, o fantasma de **Hiroito** volta para nos assombrar e denunciar a continuidade das políticas repressivas adotadas pelo Estado para lidar com os “desajustados sociais” em “zonas morais” da cidade.⁽⁴⁾

Pesquisa Datafolha mostra que 82% dos paulistanos concordam com a ação da Polícia Militar para reprimir o tráfico e o uso de *crack* na Cracolândia (54% concordam totalmente e 28% concordam em parte). A maioria dos entrevistados atribuiu a responsabilidade pelos problemas que envolvem o *crack* aos usuários (24%), ou traficantes (22%). 16% atribuem ao Governo do Estado; 14%, ao Governo federal e 6%, à prefeitura.

Curiosamente, embora 82% dos entrevistados concordem totalmente ou em parte com a operação da Polícia Militar na Cracolândia, 82% concordam que a operação irá fazer com que os usuários busquem *crack* em outras regiões da cidade, enquanto 58% concordam que a operação irá fazer com que os usuários busquem tratamento para abandonar o vício. 57% afirmam que não é possível acabar com o tráfico e o uso de *crack* na cidade de São Paulo. Os eleitores do PSDB são mais pessimistas, mas, ao mesmo tempo, os mais entusiastas da política repressiva: 68% são descrentes no fim do tráfico e do uso de *crack* em São Paulo e 90% concordam com a forma como a Polícia Militar agiu na Cracolândia, ao passo que 83% dos que se declararam eleitores do PT apoiaram a operação.⁽⁵⁾

Longe de ser contraditório, o resultado dessa pesquisa indica que o objetivo de reprimir o tráfico e o uso de *crack* é, na realidade, muito mais um pretexto que legitima a ação da Polícia Militar e tem o apoio de empreendedores morais. Segundo **Becker**, os empreendedores morais, como reformadores cruzados, operam

com uma ética absoluta, muitas vezes hipócrita. Eles julgam que nada pode estar certo no mundo até que se façam e se imponham regras para corrigi-lo. Apesar de parecerem

O que se observa nas políticas de valorização das regiões centrais das metrópoles é muito mais um esforço higienista em varrer a pobreza perigosa para fora dos espaços públicos. O centro é encarado como um lugar estratégico e alvo de especulação imobiliária.

ser intrometidos, interessados em impor sua própria moral aos outros, muitos cruzados morais têm fortes motivações humanitárias, pois acreditam que pessoas escravizadas pelo uso de drogas, bem como suas famílias, se beneficiariam de leis que tornassem impossível para elas ceder à sua fraqueza.⁽⁶⁾

As operações na Cracolândia demonstram que “algo está sendo feito”. Seus opositores são acusados de serem insensíveis ao drama da disseminação do consumo de *crack*, como se a repressão policial e a indiferença fossem

as únicas respostas possíveis a esse grave problema social. As operações policiais, contudo, não podem ser desvinculadas do Projeto Nova Luz e da política de “revalorização” do Centro de São Paulo. A ideia é resgatar uma zona degradada da cidade. Um ciclo vicioso se consolida, pois a sensação de desordem gera, por sua vez, a impressão de que aquela é uma zona insegura, em franca decadência, pronta a converter-se em território do crime. O “cidadão de bem” responde racionalmente, retirando-se da rua e evitando certas áreas.⁽⁷⁾

Nota-se por parte das camadas altas e médias da população uma vontade de reconquistar o espaço público das ruas, em uma atitude nostálgica. A retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público é o “instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e problemas no espaço público, alimentando assim um sentimento difuso de insegurança ou mesmo simplesmente de tenaz incômodo e de inconveniência. Facilitando o amálgama com a imigração, os delinquentes (reais ou imaginários), os sem-teto, os mendigos e outros marginais são assimilados como invasores estrangeiros, elementos alógenos que devem ser expurgados do corpo social, o que acaba trazendo resultados eleitorais positivos nos países varridos por fortes correntes xenófobas”⁽⁸⁾.

A reconquista do espaço público pelas classes médias e altas, no entanto, muitas vezes vem dissociada da busca por um espaço heterogêneo e democrático. O que se observa nas políticas de valorização das regiões centrais das metrópoles é muito mais um esforço higienista em varrer a pobreza perigosa para fora dos espaços públicos. O centro é encarado como um lugar estratégico e alvo de especulação imobiliária. A iniciativa

privada pressiona o Poder Público para que os espaços públicos centrais, degradados por mendigos, prostitutas e toxicômanos, sejam resgatados e destinados, por meio de incentivos fiscais, a projetos comerciais e residenciais de classe média e alta, revalorizando-se.

Por um lado, observa-se a repressão a movimentos sociais de sem-tetos, a construção de rampas antimendigo, a diminuição do número de banheiros públicos, a vedação do acesso à água potável, a proibição de bebidas alcoólicas, o policiamento ostensivo, o cercamento de parques e uma série de outras medidas que visam a tornar os espaços públicos centrais inóspitos para membros das classes baixas. Por outro lado, observa-se nesses espaços a instalação de bares, cafés, salas de concerto e o fomento de eventos culturais que tenham como público-alvo pessoas de classes médias e altas.⁽⁹⁾ Paradoxalmente, invoca-se a “privatização” do espaço público por pobres para legitimar sua “privatização” por ricos.

A problematização da criminalização do comércio de drogas exigiria uma reflexão profunda que não cabe neste artigo. Mesmo tomando o tráfico de *crack* como uma conduta essencialmente criminosa, pode-se, no entanto, criticar as técnicas de prevenção situacional do delito, como a inutilização de certos espaços físicos (fechamento de determinadas ruas, limitação temporal do uso de estabelecimentos ou espaços com o objeto de evitar concentrações nos mesmos), que buscam incrementar o esforço ou dificuldade da prática do delito na percepção individual do infrator.⁽¹⁰⁾

Uma prevenção orientada a critérios rigorosamente espaciais obstaculiza, adia ou desloca a prática do delito, mas não o evita.⁽¹¹⁾ A migração de usuários e traficantes de *crack* da Cracolândia para outros bairros de São Paulo obedece, assim, a mesma lógica da migração de prostitutas e “delinquentes” após a repressão policial na Boca do Lixo, na década de 60. Assim, adotando uma linguagem positivista, característica da Escola Positiva italiana, **Hiroito de Moraes Joanides** profetiza, com mais de trinta anos de antecedência, o fracasso do fim da Cracolândia em São Paulo. Talvez o ex-Rei da Boca do Lixo não

tenha se dado conta, todavia, que para alcançar seus objetivos não declarados, essas operações foram um retumbante sucesso:

“A ‘Boca’ cresceu territorialmente, nuns meses, mais que Israel na Guerra dos Seis Dias. (...) Os traficantes, além de espalharem-se pela cidade, no cuidado da própria segurança pessoal tinham que estar sempre inovando novos métodos de atendimento à freguesia (...). A Boca do Lixo era uma feia chaga no ventre da cidade. Excretá-la, seria impossível; nem cinquenta Esquadrões da Morte o teriam conseguido. E, para assimilá-la, a cidade, a Sociedade, teria antes que fortificar-se, engrandecer-se, harmonizar-se, nas suas funções ‘hormonais’, ‘vitamínicas’, ‘enzimáticas’, de Educação e Cultura, de Profissionalização, de Assistência Social. Sem o que, combater o mal só faria alastrá-lo (...). O ‘Quadrilátero do Pecado’ (...) foi extinto territorialmente. Mas apenas territorialmente. (...) Os tóxicos? Bem, nas imediações de qualquer colégio ou fábrica há de se encontrar um traficantezinho em serviço, servindo tanto delinquentes e prostitutas como meninas de escola e trabalhadores. Os primeiros, para que possam, como já disse, fazerem-se menos apercibidos das próprias misérias; os segundos, talvez para não se aperceberem das misérias alheias”.⁽¹²⁾

“A Boca do Lixo fora territorialmente reconquistada pela Sociedade. A cidadela dos desajustados não resistira aos assédios das ‘tropas’ moralistas e seus habitantes, em fuga, espalharam-se por toda a cidade, invadindo as áreas de comércio, as zonas residenciais, misturando-se à gente de bem de todas as classes sociais. A Boca do Lixo morrerá? Não, pelo contrário, cresceu assustadoramente. E seguiria crescendo. Hoje ela ocupa uma área de 1.493 km². Exatamente a superfície ocupada pela cidade que mais cresce no mundo”.⁽¹³⁾

NOTAS

- (1) JOANIDES, Hiroito de Moraes. *Boca do lixo*. São Paulo: Ed. Populares, 1977. p. 20 e ss.
- (2) Idem, p. 95 e ss.
- (3) Hiroito de Moraes Joanides, após ser acusado pelo assassinato do próprio pai, aos 21 anos de idade, mudou-se definitivamente para a Boca do Lixo de São Paulo, zona de prostituição que já frequentava, e passou a explorar o lenocínio, o jogo e o tráfico de drogas. Em virtude das inúmeras brigas nas

quais se envolveu, de suas espetaculares fugas, de sua figura franzina e de sua origem social, ganhou amplo destaque na Imprensa dos anos 50 e 60 e ficou conhecido como o Rei da Boca do Lixo.

- (4) A região moral não é necessariamente um local de residência, mas também um local de diversão, zona, “distritos de depravação”. Muitas vezes uma região moral surge em face da segregação do pobre, do viciado, do excêntrico, do desajustado ou do criminoso. Na cidade grande a pessoa busca se associar com pessoas que possuem identidades comuns, como forma de proteção, suporte moral e reforço de sua postura individual (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Importância e atualidade da Escola de Chicago. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 9 e 10, p. 155-156).
- (5) A pesquisa foi realizada nos dias 26 e 27 de janeiro com 1.090 pessoas na cidade de São Paulo. A margem de erro máxima é de 3 pontos percentuais para mais ou para menos com nível de confiança de 95%. Cf. MARINHEIRO, Vaguinaldo. 82% dos paulistanos apóiam ação policial na Cracolândia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 jan. 2012. Poder.
- (6) BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 142-143, 153-155.
- (7) BELL, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 65.
- (8) WACQUANT, Loïc. A globalização da “tolerância zero”. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 9 e 10, p. 113.
- (9) FRUGOLI, Heitor. *Centralidade em São Paulo*. São Paulo: Cortez/Edusp, 2000. p. 24-25.
- (10) GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 356.
- (11) Teóricos da prevenção situacional defendem que nem sempre o deslocamento do crime deve ser reputado negativo, como em casos em que ocorre uma nova distribuição demográfica ou geográfica do delito socialmente menos nociva. Já se conhecem os mecanismos internos e condições de deslocamento, de sorte que, sendo este previsível, podem ser desenhadas as estratégias situacionais adequadas para neutralizá-lo (idem, p. 360). A diminuição dos registros policiais de furto na zona da Cracolândia foi atribuída à ação policial. Enquanto comerciantes daquela região comemoram o resultado, moradores de bairros que receberam os toxicômanos reclamam do aumento da sensação de insegurança.
- (12) JOANIDES, Hiroito de Moraes. *Op. cit.* p. 109 e ss.
- (13) Idem, p. 186.

Danilo Cymrot

Doutorando e Mestre pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo.

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES “RESILIÊNCIA NO CÁRCERE”

A pena de prisão e o cárcere nunca foram tão discutidos e tiveram tanta visibilidade como nos dias atuais. A superlotação carcerária e a falta de estrutura dos presídios contribuem para que os efeitos maléficos do aprisionamento sejam acentuados e a reintegração social não passe de mera utopia. Na contramão desta realidade, o IBCCRIM traz à discussão o tema Resiliência no Cárcere, lembrando que “resiliência” é um conceito psicológico emprestado da física e definido como: a capacidade do ser humano lidar com problemas, superar obstáculos ou resistir à pressão de situações adversas. Assim, o público terá a oportunidade de ouvir os palestrantes convidados, Monja Coen Sensei e Luiz Gusson, pessoas que vivenciaram o ambiente violento e antinatural da prisão e fizeram do “tempo de espera” uma rara oportunidade de autoaperfeiçoamento.

Expositores: Luiz Henrique Gusson e Monja Coen Sensei. Dia 17 de abril às 9h30 no Auditório do IBCCRIM. Inscrições gratuitas no Portal IBCCRIM.

A REGRESSÃO DE REGIME NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Camila Mollerke Santos

“Toda pena que não derive de absoluta necessidade, disse o grande Montesquieu, é tirânica; proposição que se pode tornar mais generalizada assim: todo ato de autoridade de um homem contra outro que não derive de absoluta necessidade é tirânico”.⁽¹⁾

A consagrada garantia fundamental denominada presunção de inocência é encontrada no art. 5.º, LXVII, da CF. Introduzida na década de 1980, após longos e tristes anos de chumbo, vem para garantir ao indivíduo, independentemente da situação em que se encontre, um estado jurídico de inocência. É nesse sentido que **Aury Lopes Jr.** ao beber da fonte de **Ferrajoli** define a presunção de inocência com “um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, **sem exceção**, estejam protegidos”.⁽²⁾

A cessação do estado de inocência, conforme determinação constitucional, apenas se dará com o trânsito em julgado de uma sentença (leia-se decisão) penal condenatória. Assim, nos dizeres de **Alexandre de Moraes**, “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.⁽³⁾

Dito isso, importante reflexão pode ser iniciada a partir da leitura do art. 118, I, da Lei de Execução Penal, quando esta aduz que “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – Praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”. Apenas por preciosismo, veja-se que a prática de fato previsto como crime doloso é uma espécie de falta grave conforme dispõe o art. 52 da LEP.

Inicialmente, insta relembrar que as decisões no curso da execução da pena não são aptas a fazer coisa julgada. Como se sabe, a execução penal é essencialmente um diálogo entre o apenado e o Estado onde a palavra chave é *merecimento*. Assim, porque sujeita a cláusula *rebus sic stantibus*, no curso da execução é plenamente possível que as decisões sejam revistas e modificadas a qualquer momento, ressalvadas as devidas proporções. **Renato Marcão**, nesse sentido, leciona que “o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a pro-

gressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão”.⁽⁴⁾

Para a imposição da regressão de regime referida é indispensável que se oportunize a defesa ao apenado por meio da chamada audiência admonitória. No entanto, ao lançar mão do *poder geral de cautela*, o magistrado, de ofício, poderá aplicar a *regressão cautelar de regime* quando verificada as hipóteses autorizadoras da *regressão de regime*. Frisa-se que não é necessária a conclusão do Procedimento Administrativo Disciplinar, tampouco a sua instauração, para que haja a imposição de sanção.

Ou seja, não há apuração substancial quanto à prática de falta grave para que seja imposta a sanção.

Vejamos, pois, o que se pode exarar da primeira parte do inc. I do art. 118 da LEP: a prática de fato previsto como crime doloso enseja a regressão de regime, e pode, também, ensejar a regressão cautelar de regime, possibilitando que o apenado seja punido mesmo ante a razoável dúvida quanto ao cometimento de delito e mesmo antes de sua prévia oitiva.

Contudo, o problema é mais sério. Quando a lei aduz que o regime será regredido – e pode ler-se regredido cautelarmente, – no caso de prática de fato definido como crime doloso, deixa de exigir não só o trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória, mas até mesmo a existência de uma decisão condenatória. A simples informação de eventual prática de fato definido como crime doloso é suficiente para impor ao apenado a sanção disciplinar. **Marcão** diz que “*não é preciso aguardar que o executado venha a ser condenado pela prática do referido crime doloso; basta a prática em si*”.⁽⁵⁾ Do mesmo modo a jurisprudência é pacífica aludindo que inclusive as demais sanções tais como perda dos dias remidos e alteração de data base serão impostas ao apenado, de modo cautelar ou não, mas com a dispensa do édito condenatório.⁽⁶⁾

Assim, temos a criação de um estado de

culpa. A nítida criação de uma presunção de culpabilidade. Ao não exigir para aplicação da sanção uma decisão condenatória, tampouco uma decisão condenatória com

trânsito em julgado, a Lei e a Jurisprudência permitem presumir que a prática de fato definido como crime doloso e, por consequência, a culpa do sujeito, evidenciam-se e se faz presente de plano.

É falacioso o entendimento que pretende legitimar a sanção aduzindo que basta a *simples prática* do fato *sem o trânsito em julgado*. Se a culpabilidade se dá apenas com o trânsito da decisão penal condenatória, é tão somente neste momento que se poderá dizer que ocorreu a *prática* do fato definido como crime doloso. Praticar

significa realizar, cometer.⁽⁷⁾ Apenas pode-se dizer que um indivíduo *praticou* ou *cometeu* um fato definido como crime doloso após a cessação do seu estado de inocência, ou seja, com trânsito em julgado da decisão condenatória. E este trânsito em julgado é que será o instrumento hábil a confirmar não só a prática do fato previsto como crime doloso, mas também a prática de falta grave, legitimando, aí sim, a punição.

Em que pese a execução penal, como mencionado anteriormente, estar diretamente ligada ao requisito *merecimento* e a princípios próprios, os valores e os princípios penais-constitucionais não podem ser rebaixados a nada. É por isso que **Guilherme de Souza Nucci** adverte que “*o estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até porque, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado Democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias fundamentais*”.⁽⁸⁾

Destarte, resta claro que regredir o regime no caso de prática de fato definido como crime doloso, seja antes ou após a oitiva do apenado, *mas sem o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, implica afirmar que o indivíduo praticou, ou seja, cometeu um crime doloso* – dispensa-se o devido processo legal. Para além da imposição de uma sanção penal em resposta a uma eventual prática de falta grave, *há a formação premeditada*

Ao não exigir para aplicação da sanção uma decisão condenatória, tampouco uma decisão condenatória com trânsito em julgado, a Lei e a Jurisprudência permitem presumir que a prática de fato definido como crime doloso e, por consequência, a culpa do sujeito, evidenciam-se e se faz presente de plano.

de um juízo de culpa, uma presunção de culpabilidade, o que invalida de modo fatal o ordenamento constitucional contido no art. 5.º, LXVII, da Carta de 1988.

Perceba-se que as consequências podem ser funestas. Qual o preço a pagar por um juízo de culpabilidade feito, muitas vezes, antes mesmo da instauração de um PAD apto a apurar a falta grave? Quais portas que se deixam abrir ao permitir, não só a imposição de sanção, mas também a completa e absurda dispensa de uma decisão condenatória transitada em julgado, para afirmar que o sujeito praticou fato definido como crime doloso? Quais as consequências desastrosas e irreversíveis podem advir de tal permissivo, que concede ao Estado o direito de punir antes mesmo da prévia (e precária) audiência de justificativa do indivíduo?

A irreversibilidade da medida que regide o regime, no caso do inc. I do art. 118 da LEP é sempre uma questão a ser considerada. Decorre, *ipso facto*, que ter o regime regredido sob alegação de prática de fato previsto como crime doloso gera não só desrespeito aos direitos de ordem moral do cidadão, tais como dignidade e humanidade, mas, igualmente, gera demais prejuízos, como no caso hipotético de apenado cumprindo pena em regime semiaberto e exercendo atividade laborativa perder o direito ao trabalho ao voltar para o regime fechado e sofrer uma restrição de liberdade potencialmente ilegal.

Vale lembrar que foi adotando o mesmo entendimento que recentemente o Egrégio STF declarou a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa, acolhendo as ressalvas exaradas pelo D. Min. Dias Toffoli, que defendeu o dever de existir uma decisão condenatória com trânsito em julgado para considerar o candidato inelegível.⁽⁹⁾

Salienta-se que para elidir a presunção de inocência não basta o simples argumento de que a execução penal teria natureza híbrida ou estaria sujeita à revisão ou

imposição de novas situações a qualquer momento. No bojo do voto do Min. Toffoli encontra-se refuta a tal argumentação. Eis, de modo claro que, mesmo em âmbito administrativo, mormente em razão da perigosa irreversibilidade da medida, há de se resguardar a presunção de inocência. Leciona, o Ministro, do seguinte modo: “E, se for transposto esse princípio para o campo administrativo-disciplinar, tem-se de admitir que é necessária a existência de um juízo condenatório ou, em casos extremos, a instauração de um procedimento sancionador para que se ponha em causa a aplicabilidade ou não desse princípio. Dito de outro modo, até para se discutir o alcance da presunção de inocência, é necessária a existência de alguma forma de construção procedimental contra o argüido”.⁽¹⁰⁾

É prudente notar as semelhanças atinentes à reflexão aqui apresentada. No caso da Lei da Ficha Limpa é indispensável o trânsito em julgado da condenação para que se declare inelegível o candidato. O cuidado quanto a isso se deu em razão da impossibilidade de se reverter a medida cautelar que impediria a candidatura, haja vista o decurso do período eleitoral. Assim, por determinação do STF é vedado declarar a inelegibilidade por meio de medida de cautelar, ou seja, sem a certeza concreta da culpabilidade do candidato. Do mesmo modo deveria ser no curso da execução da pena. A medida sancionatória não poderia ser aplicada antes do trânsito em julgado da condenação que afirma a prática de fato definido como crime doloso. Veja-se que no caso da LEP, a sanção pode se dar em dois momentos: de modo cautelar, antes da audiência admonitória, e após esta, *mas sempre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*. Pouco importa, contudo, que seja ou não regressão cautelar de regime, uma vez que tal regressão deveria estar submetida à cláusula resolutiva, de modo a apenas se legitimar com a condenação irreversível e, não de aplicação imediata, como ocorre contemporaneamente.

Em conclusão, pode-se dizer que declarar inelegível o cidadão sem que haja o trânsito em julgado da decisão condenatória, é fazer com que este suporte não só os encargos de uma decisão passível de reforma, mas é também pretender um juízo de culpabilidade muito antes do momento adequado. Da mesma forma, imputar a regressão de regime (antes ou após a audiência de justificativa, mas sem condenação transitada em julgado) em razão da simples existência de indícios de autoria e materialidade que deem a entender pela prática de fato definido como crime doloso é, não só uma forma de atestar a própria prática de crime doloso, sem o devido processo legal (deixando a cargo do sentenciado as consequências que disso decorrer), mas também fazer do comando constitucional garantidor da inocência uma simples cláusula utópica.

NOTAS

- (1) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 40.
- (2) LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.
- (3) MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 103.
- (4) MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 191.
- (5) Idem, p. 192-193.
- (6) A despeito do tema, consultar: HC 97218, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 12.05.2009, DJe-099, divulg. 28.05.2009, public. 29.05.2009, Ement. vol. 2362-07, p. 1280; RTJ, vol. 210-03, p. 1213 e REsp 1171786/RS, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 04.08.2011, DJe 17.08.2011.
- (7) ROCHA, Ruth. *Minidicionário enciclopédico escolar*. São Paulo: Scipione, 1996. p. 489.
- (8) NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1001.
- (9) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC29DT.pdf>>.
- (10) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC29DT.pdf>>, p. 11.

Camila Mollerke Santos

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Associada ao IBCCRIM. Advogada.

PARTICIPE POR ACREDITAR

MIDIA TECA IBCCRIM

Estão disponíveis para empréstimo na MEDIATECA IBCCRIM as aulas dos cursos de Pós-graduação em “Direitos Fundamentais” e “Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada”, realizados em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, além das palestras do 17º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM.

Informações: biblioteca@ibccrim.org.br ou (11) 3111-1040 ramal 150.

NOTAS SOBRE A GUERRA URBANA DE LONGA DURAÇÃO⁽¹⁾

Laurindo Dias Minhoto

O funcionamento das polícias no Brasil caracteriza-se por um acentuado viés militar vinculado a um arranjo constitucional esdrúxulo que legaliza a militarização da função civil de segurança pública no país. A própria organização das forças policiais constitui uma espécie de claro-escuro jurídico-institucional em que se encontram baralhadas as dimensões securitárias civil e militar.

Espremida entre a polícia civil, dotada de funções eminentemente investigativas, e as forças armadas, formalmente encarregadas da proteção da soberania nacional ante ameaças externas, a polícia militar constitui uma peça-chave nesse xadrez institucional *suis generis*. Essa corporação anfíbia detém competência para exercer as funções eminentemente civis de policiamento preventivo e manutenção da lei e da ordem.

Recentemente, uma nova legislação institucionalizou um sistema jurisdicional híbrido para apuração e julgamento de crimes praticados por policiais militares em serviço, *mezzo* civil, *mezzo* militar. Por sua vez, as forças armadas e as guardas civis municipais têm sido mobilizadas e autorizadas a participar de operações típicas de manutenção da lei e da ordem, numa clara descaracterização de suas prerrogativas funcionais originárias.

Do ponto de vista infrainstitucional, conforme atesta ampla literatura especializada sobre o tema, sabe-se que o funcionamento das corporações policiais no Brasil tem sido marcado por uma perversa “divisão do trabalho”, em cujos termos agentes policiais alternam cotidianamente entre o plantão e o bico, as ações judiciais e as extrajudiciais, o serviço público e os serviços privados, mimetizando, em outro plano e a seu modo, a porosidade e o hibridismo do arranjo institucional e reforçando a zona cinzenta do legal e do ilegal em que se move a polícia brasileira.

Esse desenho institucional civil-militar transfronteiriço e essas práticas policiais legais-ilegais parecem o resultado de um padrão autoritário de gestão de conflitos que

historicamente caracteriza o controle social à brasileira. Numa sociedade capsular, marcada por uma arquitetura urbana de secessão e por desigualdades hipertróficas, eles constituem elementos centrais à militarização da segurança pública, ao uso arbitrário da força policial e às operações de guerra interna travadas nas inúmeras zonas de não direito de nossa sociedade.

Em suas incursões frequentes contra territórios inimigos (universidades, praças públicas, assentamentos comunitários, bares e moradias populares, carandirus etc.), nosso autêntico proteu securitário de guerra goza de incrível margem de manobra para instituir, desmontar e reconfigurar fronteiras: entre o inimigo interno e o externo, o cidadão e o subcidadão, o crime e o trabalho precário, o público e o privado, o legal e o ilegal, especialmente nas zonas urbanas de interseção entre os enclaves fortificados do andar de cima e os enclaves do andar de baixo.

No entanto, o que poderia ser visto como mais uma “sobrevivência arcaica” no país moderno (agora em nova rota de modernização acelerada) – algo que deita raízes em nosso passado escravista e em nossa tradição inequivocamente autoritária de gestão de conflitos –, apresenta-se hoje, salvo engano, como fenômeno mais complexo: ao mesmo tempo o laboratório e a ponta-de-lança do novíssimo urbanismo militar, que se alimenta da geografia de enclaves fortificados, da guerra securitária colonial interna e da militarização das funções civis de segurança pública no capitalismo global.

Tendências claramente regressivas nas estratégias de controle, nas políticas de segurança e no planejamento urbano contemporâneo têm aproximado os aparatos de segurança de algumas das principais cidades do capitalismo global do nosso padrão híbrido, civil-militar, de gestão de conflitos urbanos. De certo modo, é como se a nossa polícia fosse se tornando, como maior ou menor grau de formalização institucional,

paradigma de gestão autoritária de conflitos mundo afora.

Constituem tendências regressivas inequívocas no campo da segurança pública a disjunção dos conceitos de segurança e de rede de proteção social, na esteira da crise do Estado de Bem-Estar, a militarização das funções civis de policiamento e a formação de um complexo industrial bélico, tecnológico, arquitetônico e de entretenimento que fatura alto com a proliferação de zonas urbanas de exceção, a arquitetura de enclaves fortificados e as políticas criminais de encarceramento em massa.

A cimentar essa constelação regressiva, note-se no campo ideológico a ampliação a fórceps das noções de risco, insegurança e guerra (contra as drogas, o crime, o terror etc.), que, no saco sem fundo da retórica da permanência, legitima a suspensão de direitos e garantias fundamentais, a “gentrificação” do espaço público e a conversão de locais públicos cotidianos em praças de guerra.

Nas cidades crescentemente partidas do capitalismo global, forças civis-militares são acionadas para manter a lei e a ordem por intermédio de incursões ilegais em arquipélagos urbanos marcados pela extrema apartação social. O não espaço público da cidadania vai de par com o estado de não direito e o policiamento militarizado dos enclaves urbanos encontra uma de suas melhores traduções institucionais num complexo policial civil-militar como o brasileiro que exerce a atribuição civil da segurança pública a partir da normalização de atos de guerra, convertendo cidadãos em inimigos internos.

NOTAS

- (1) Os apontamentos que seguem devem muito à leitura do livro de Stephen Graham, *Citiesunder siege. The new militaryurbanism*, London: Oxford, 2011.

Laurindo Dias Minhoto

Professor do Departamento de Sociologia da USP.

**PARTICIPE
POR ACREDITAR**

SIGA O IBCCRIM NAS REDES SOCIAIS E PARTICIPE DE SORTEIOS!

twitter
facebook

COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS: SOMBRAS E LUZES

Eduardo Viana Portela Neves

Não faz muito, 13 de outubro de 2011, o STF manifestou-se favorável à combinação de leis penais, mas, ao revés do esperado, a decisão, conhecida no RE 596152, foi suficiente, apenas, para lançar sombras sobre o tema. O objeto de discussão no recurso era, essencialmente, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 a acusado de crime de tráfico de drogas cometido ainda sob a vigência da Lei 6.368/1976 (art. 12). O falso problema se situa no seguinte plano: a Lei 6.368/1976, estabelecia para o delito de tráfico de drogas a pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão. A Lei 11.343/2006 cominou, para o mesmo crime, pena de 5 a 15 anos de reclusão e trouxe, contudo, causa de diminuição não prevista na lei revogada.

Chama atenção a insuficiência de abordagem no âmbito interno e, por isto, é de fundamental importância repercutir a (*in*) decisão da Corte. Para tanto, inicialmente, serão abordadas as tomadas de postura dogmática e jurisprudencial que, aliás, confirmam o panorama de sombras e incertezas (§ 1.º); em seguida, tentarei adicionar alguns critérios relativos à aplicação da lei (§§ 2.º e 3.º) para, finalmente, destacar outros pontos acessórios à discussão (§ 4.º).

§ 1.º

A par do pouco interesse da doutrina, é clássica a discussão aqui em pauta.⁽¹⁾ Por meio da técnica de combinação de leis penais (*princípio da combinação*), aplicam-se, no caso concreto, disposições penais, de leis diversas, mais benéficas ao acusado. Esta técnica funda-se na *teoria da ponderação diferenciada* que permite a conjugação de leis penais com o objetivo de se extrair de cada uma delas o conteúdo mais favorável.

Em nível normativo, nosso Código Penal (CP) é silente; já o CP Militar encarta vedação expressa: “*Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato*” (art. 2.º, § 2.º).

Na doutrina, o tema é controvertido. Para um setor (Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso) o entrosamento dos dispositivos mais favoráveis de diferentes leis resulta na criação de uma terceira lei (formada por parte de outras) e, como não cabe ao juiz o papel de legislador, é desfeito o uso da técnica.

⁽²⁾ Noutro lado (Cezar Bitencourt, Rogério Greco, Luiz Flávio Gomes), pelo fato de a CRFB/1988 permitir e o CP determinar que se aplique retroativa e ultra-ativamente a lei penal mais benéfica, defende-se a aplicação combinada dos dispositivos, pois cabe(*ria*)

ao magistrado fazer valer a equidade e, para tanto, está autorizado combinar os preceitos mais favoráveis de lei anterior e posterior.

A *jurisprudência* oscila, ora admitindo, ora se posicionando desfavorável à combinação. Tanto o STF quanto o STJ vêm, majoritariamente, decidindo pela impossibilidade de combinação.⁽³⁾ No RE 596152, o Plenário do STF *decidiu regimentalmente*, por poucas palavras, nem a favor nem contra a combinação, admitindo-a, contudo, em razão do empate na votação.

Pode-se afirmar *leit motiv* para a combinação das leis penais é, sem dúvida, a aplicação da *lei mais favorável* (art. 5.º, XL, CRFB). Firme nisto, parece indubitosa uma primeira premissa: o assento constitucional exige, por um lado, maior carga argumentativa para limitar o direito fundamental e, por outro, estrito respeito ao processo de formação, interpretação e aplicação da lei penal. Esta premissa permite destacar algumas discussões que evocam duvidosos argumentos constitucionais para fundamentar aquilo que gostaríamos que ela (a Constituição) dissesse.

§ 2.º

O processo de criação (produção e estabelecimento) do conjunto normativo, especificamente o de caráter penal, desenvolve-se em uma fase pré-legislativa e outra propriamente legislativa. Naquela, o processo de ideação se subordina à instrumentalização política e moral; nesta, passa a primeiro plano a técnica jurídica. Em qualquer delas, contudo, vê-se como ponto comum o debate do conteúdo da legislação em sua integralidade, vale dizer, a lei penal, no plano da formação, não é resultado de enroscamento de retalhos normativos, mas sim de um vetor moral, político e jurídico que se espalha por todos os dispositivos que a conformam. Neste alinhamento, podem-se agregar duas premissas: (i) cada proposição normativa – que é parte de um todo – estrutura-se em uma relação *implicacional*; (ii) a interpretação não deve valorizar o *fim subjetivo do legislador*, mas o *fim objetivo da lei*.

Disto deriva-se que a formação da norma jurídica sujeita-se: à lógica sistemática (i); ao modelo político criminal que a orienta (ii); a um sistema de valores (iii); e às regras de formação dos enunciados (iv). A partir daí, possível indagar: qual a razão pela qual a an-

tiga lei de combate às drogas não estabeleceu uma causa de redução de pena tal qual a prevista pela Lei 11.343/2006? Conecte-se o seguinte: qual a razão pela qual a nova lei de

combate às drogas estabeleceu um preceito secundário mais elevado se comparado àquele da Lei 6.368/1976? Ambas obedecem ao binarismo antecedente/consequente: a primeira porquanto o preceito secundário era diminuto; a segunda porque prevê a causa de diminuição do § 4.º, art. 33, para suavizar o agravamento da pena.

Disto deflui a harmonia em cada diploma, cada um compromissado com o seu modelo de política criminal. Se a aplicação da

lei não obedece à sua lógica, o subsistema perde consistência, debilita-se em grau de segurança e depura-se o rigor científico, bem por isto não cabe ao magistrado, por melhor e mais louvável que seja a intenção, subtrair a *reserva de sentido* que é essencial para validade axiológica de cada lei penal.

Diante deste quadro é que se percebe a importância das diferenças entre a atitude do legislador e a atitude do magistrado perante uma *regra jurídica*. E a primordial, segundo penso, reside precisamente no fato de que não compete a ele, juiz, indagar se a regra foi feliz ou infeliz, por isto deve deixar ao legislador, se necessário, o novo ajuste, e isto porque a *ideia do direito* do juiz é frequentemente diversa da *ideia do direito* que inspira o legislador.⁽⁴⁾

A hipótese de admissibilidade de combinação de leis penais é, pois, arquétipo de uma confusão mental do magistrado, na medida em que acredita interpretar a lei (*atitude jurídica*) quando, na verdade, sucumbe à tentação moral e política próprias da fase pré-legislativa. Esta contaminação mental, que tem como consequência, entre outras, a recusa em obedecer a *regra jurídica* estabelecida, culmina com a invasão (*criativista*) judicial ao campo legislativo, gerando, para o caso, mediante adaptação e maior ou menor deformação da lei original, uma regra jurídica própria.⁽⁵⁾ É exatamente isto que ocorre quando se propõe aplicar ao art. 12 da (*revogada*) Lei 6.368/1976 a causa de diminuição de pena do (*vigente*) § 4.º, art. 33, Lei 11.343/2006: substituição da atividade de aplicar, pela atividade de (*re*)fazer a lei.

Cada uma destas leis penais – embo-

A hipótese de admissibilidade de combinação de leis penais é, pois, arquétipo de uma confusão mental do magistrado, na medida em que acredita interpretar a lei (*atitude jurídica*) quando, na verdade, sucumbe à tentação moral e política próprias da fase pré-legislativa.

ra com identidade exterior semelhantes – desenvolve, por assim dizer, diferente *função de direção e planificação*,⁽⁶⁾ razão pela qual a interpretação *legiferante*⁽⁷⁾ (colegislador) vai de encontro ao *princípio da criação da norma pelo legislador*.⁽⁸⁾ Esta atitude, segundo penso, contribui, e muito, para a crise do princípio da legalidade à medida que se recorre à *correção dos erros para sanar (possíveis) inadvertências legislativas*.

§ 3.º

Ainda neste “problema”, a teoria do bem jurídico-penal pode propiciar especial contribuição. É certo que permanece aberta a sua precisão conceitual, contudo, mesmo em **Mezger**, o bem jurídico-penal desempenha peculiar relevância na interpretação dos tipos penais.

A construção do aglomerado normativo vincula-se com a maior ou menor proteção que o legislador cede ao bem jurídico-penal. Se é assim, não pode o aplicador – a pretexto de interpretação mais benéfica – dar uma *proteção insuficiente* ao bem tutelado. A sua dignidade penal exige, no processo de interpretação e aplicação, devoção ao *princípio da proibição da proteção deficiente*.

Se é certo que um Estado Democrático de Direito deve esquadrihar barreiras de contenção ao desenvolvimento irracional do Direito Penal, não é menos verdade que este mesmo Estado tem *dever de proteção*. Neste caminho de mão dupla, o princípio da proibição da proteção deficiente veda – ao legislador, e por que não o aplicador – desamparar bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Com isto, o que se infere do teor de cada teia normativa é o princípio de ponderação a ela subjacente, que orienta e irriga os dispositivos próprios. Bem por isto a aplicação combinada das leis desvirtua o texto legal e fragiliza o critério do bem jurídico-penal.

§ 4.º

Aqui, deve ser aberto um parêntese exemplificativo. Ao argumento de que o legislador poderia disciplinar de modo diverso (*proporcional*) questionava-se a possibilidade de aplicação da majorante do crime de roubo ao furto qualificado, contudo pacificou-se a incoerência desta técnica. Se não compreendo errado, a lógica da combinação de leis penais é a mesma. Retomemos, pois.

Assentou-se a inviabilidade de conjugação de dispositivos penais de leis diversas, seja em âmbito normativo ou jurisprudencial, e cabe, agora, passar a um segundo nível de argumentação: a noção “*do mais favorável*” ao réu.

Alertou-se que conteúdo da lei não é determinado em processo hermético. As considerações que ventilam o processo de aplicação dos comandos normativos exigem

uma ponderação global, já que a lei penal se submete ao *princípio da unicidade*. Por poucas palavras, ela deve ser aplicada na *lógica do tudo ou nada*, obstando a sua fragmentação.

Parece indubitado, e até intuitivo, que a interpretação seletiva fissa a garantia da certeza da lei, proporcionando uma perigosa abertura axiológica de múltiplas possibilidades. Imagine-se que, por exemplo, quatro leis, sucessivamente, disciplinem determinado fato: a lei “B” tem um comando secundário menor que a lei “C”; esta, contudo, tem uma causa de diminuição não contida na lei “B”. A Lei “D”, por sua vez, não tem o preceito secundário tão favorável quanto a lei “B”, tampouco a causa de diminuição da lei “C”, mas traz em seu bojo restrição da punibilidade em algumas hipóteses de surgimento do delito (tentativa, participação). E, finalmente, a lei “E” prevê menor tempo de prescrição.

Cada lei, particularmente, tem seu aspecto mais favorável. Diante deste quadro, qual o juiz aplicará? Se não me engano, só o caso concreto poderá determinar, não será outra a razão, inclusive, a permitir aplicação daquela que abstratamente aparenta ser a menos favorável (lei D).

De tal modo, salvo melhor juízo, o *princípio da combinação* não sintetiza uma solução satisfatória, mas uma proposta com elevado grau de incerteza. Mais ainda, o que se pode projetar é: à medida que se faculta ao juiz combinar leis penais, abre-se espaço para uma possível e provável *atemporalidade* de retalhos de lei.

§ 5.º

Do exposto, parece indubitosa a necessidade de uma análise *global e concreta*, ou seja, a situação da melhor ou pior lei deriva da sua aplicação integral à luz de cada caso concreto. Bem destaca **Vinciguerra** que a absoluta proibição de combinar contemporaneamente dispositivos favoráveis de leis diversas e a razão última para tal obstáculo é o princípio da legalidade.⁽⁹⁾ Não merece êxito, portanto, o princípio da combinação, tampouco uma ponderação global e abstrata.⁽¹⁰⁾ Deve ser aplicada, sempre, a lei mais benéfica, e, para chegar a esta conclusão, o juiz, partindo de um estado jurídico em abstrato (como escreveu **Mezger**), concretiza aquilo que é mais favorável ao réu. E assim deve ser porquanto, ainda que seja em *bonam partem*, as consequências da lei penal são tão graves que sua aplicação não pode ficar ao livre critério do aplicador.⁽¹¹⁾ Do contrário, todos os demais princípios limitadores do poder punitivo – especialmente aqueles relacionados com o tipo penal – sucumbirão (*v.g.*, o princípio da determinação). A aparente ductilidade da *interpretação legiferante* abre espaço para largo arbítrio do magistrado (não olvide o

são sentimento de justiça do povo alemão).

Devem-se, portanto, respeitar a coerência normativa e obstar o *criacionismo* judicial, aliás, incompatível com nosso sistema constitucional de liberdades. Não é outra a razão para **Battaglia** advertir a infelicidade da “sociedade cujos juízes pretendem substituir aquilo que é ordenado pelo legislador por aquilo que a eles, juízes, parecer mais justo”.⁽¹²⁾ Desse modo, o tecido normativo se constitui ponto a ponto e o aplicador torna-se a via para conferir-lhe, cada vez mais, densidade e espessura. Se é assim, o *julgamento combinado* arrosta a consistência do tecido normativo e, cedo ou tarde, essa nudez normativa desembocará na ambiência da injustiça.

Determinar qual é a lei mais favorável não implica uma análise das variações abstratas de cada lei, mas requer uma profunda análise do quadro concreto, e, bem por isto não existe, nos quadros de um Direito Penal ligado ao princípio da legalidade, possibilidade de combinar dispositivos; uma estrutura jurídica nestes moldes pode até parecer *ideal*, mas não serve ao nosso Estado de Direito.

NOTAS

- (1) Já em PETROCELLI, Biagio. *Principi di diritto penale: corso di lezioni universitarie*. Padova: Cedam, 1943. p. 144 e ss.; MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. José A. Rodríguez Muñoz. 2. ed. Madrid: ERDP, 1946. t. I, p. 125.
- (2) Por todos HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. 1, t. I, p. 109-110; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. vol. 1, passim.
- (3) STF: HC 94560/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª, j. 14.09.2010. No mesmo sentido: HC 97187/MG; STJ, HC 114762/SP, rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 16.06.2011. Entendimento reafirmado pela Terceira Seção no EResp 1.094.499/MG.
- (4) BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999. p. 98.
- (5) Idem, p. 99.
- (6) As diferentes funções da lei são de Pawlowski.
- (7) A expressão é de Battaglia.
- (8) Expressão de LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 229.
- (9) VINCIGUERRA, Sergio. *Diritto penale italiano*. Padova: Cedam, 1999. vol. I, p. 350. No mesmo sentido, FIORE, Carlo. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Torino: Utet, 2000. p. 89. Ainda na mesma linha: Cerezo Mir, Córdoba Roda, Sebastian Soler, Rodríguez Mourullo, Sáinz Cantero, Luzon Peña, Carlos Creus.
- (10) Assim VANINI, La legge più favorevole e il comma 3.º dell'art 2.º del CP. *Foro Italiano*, II, p. 261, 1932.
- (11) Se possível, como acontece na Espanha, seria recomendável ouvir o principal interessado, o réu.
- (12) BATTAGLIA, Achille. *I giudici e la politica*. Bari: Laterza, 1962, passim.

Eduardo Viana Portela Neves

Mestre em Direito Penal (UERJ).

Professor colaborador da Escola Superior do

Ministério Público da União (ESMPU).

Professor assistente de Direito Penal da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC-BA).

DESCASOS

BINHA E BINHO

Alexandra Lebelson Szafir

Não, caro leitor, não enlouqueci: não me proponho, neste espaço, a falar sobre uma nova dupla sertaneja, como o título acima pode sugerir. Infelizmente, trata-se de algo bem mais triste do que as dores de amores, por vezes melancólicas, que esse tipo de música costuma retratar.

Trata-se aqui da história de dois Robsons: nomes iguais e apelidos semelhantes – “Binha” e “Binho” –, mas de temperamentos muito diferentes. Um era notoriamente violento, o outro, não. Um era um criminoso, o outro, não.

Quis o destino que eles se conhecessem e que um, por mero acaso, estivesse presente no momento em que o outro cometeu um crime bárbaro. *Mas o destino não quis nada além disso.* Todo o resto que aconteceu se deu por uma conjugação de fatores, todos eles bem mais sólidos e humanos do que a etérea entidade chamada Destino: policiais mal-intencionados (ou “desmemoriados”, que, seja como for, não estão aptos a exercer a função); uma defesa desinteressada (para dizer o mínimo) e, *last but not least*, desempenhando papel determinante nesta tragédia brasileira, uma juíza incompetente (*não* no sentido técnico do termo).⁽¹⁾ Mas começemos do início.

Um Robson (“Binho”), após discutir e estapear o rosto de um homem durante uma noite no Rancho da Pamonha, seguiu-o até a parte de fora do estabelecimento e, com a ajuda de um comparsa, imobilizou-o no chão e subtraiu-lhe o que trazia nos bolsos (a impressionante quantia de seis reais e um maço de vales-transporte). Em seguida, retornou ao “Rancho”, para pouco depois tornar a sair e desferir tijoladas na cabeça de sua vítima, que continuava caída ao solo, matando-a.

Outro Robson (“Binha”), que saía do mesmo estabelecimento, presenciou essa segunda parte do crime.

Binho fugiu; ficou desaparecido durante alguns meses. Quando voltou para casa, foi denunciado à polícia por vizinhos como sendo o autor do crime.

Procurado por policiais, admitiu a autoria do crime, mas procurou minimizar sua participação, dizendo que a maior parte das tijoladas fora desferida por seu comparsa no roubo (Arnaldo, conhecido como “Naco”) e pelo outro Robson.

“Naco”, por sua vez, disse a verdade: ad-

mitiu a sua participação no roubo (mas não na morte da vítima, que foi num momento posterior) e inocentou “Binha” de todas as acusações. Este, é claro, negou tudo.

Ainda assim, os três foram denunciados por latrocínio e imediatamente decretaram-se suas prisões preventivas. “Binho” fugiu.

Por meio de advogado, “Binha” informou que estava ciente do decreto de prisão, mas compareceria na data designada para o seu interrogatório judicial. Assim fez e saiu do fórum preso.

Com o seu comparecimento espontâneo, havia uma boa chance de que o Tribunal de Justiça revogasse a prisão cautelar. Quão boa era essa chance jamais saberemos, pois a matéria não foi levada ao conhecimento daquela Corte. O motivo pelo qual não se impetrou um *habeas corpus* permanece um mistério.

Chegou o dia da oitiva dos policiais. Apesar de eles admitirem não se lembrar bem dos fatos, disseram que os três réus tinham “confessado informalmente” a autoria do crime no caminho para a Delegacia, o que não encontra respaldo nem nos interrogatórios policiais, nem no relatório de investigação elaborado pelas próprias testemunhas.⁽²⁾

Mas o pior estava por vir: afirmou-se na audiência que, embora os policiais não soubessem mais quem era quem, “pelo que se recordava a testemunha”, eles teriam ido à casa de “Binha” (o Robson “bom”) e que este é quem os teria levado aos demais!

O equívoco poderia ter sido desfeito com a mera leitura do inquérito policial. Jamais saberemos, no entanto, se a juíza sentenciante fez essa leitura.

É que Sua Excelência, ao mencionar que os policiais foram à casa de Robson, *não cuidou de esclarecer a que Robson se referia.* Assim como os policiais, aparentemente, não considerou importante fazer a distinção entre os dois.

Fez ainda pior: condenou “Naco” e “Binha” (o processo fora desmembrado e suspenso em relação a “Binho”, o Robson

“mau”, que estava foragido) a 20 anos de prisão, fazendo menção às “provas” e a um suposto “robusto conjunto probatório”, sem, no entanto, dedicar uma única linha que fosse a especificar que provas eram essas,

a seu ver suficientes para embasar tão pesada condenação. Esse é um segredo que ela preferiu guardar para si, conduta que só esbarra num “probleminha”: viola, a um só tempo, a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais e o direito do cidadão de saber por que foi condenado.

Conhecemos Robson na antiga Penitenciária do Estado, já condenado e cuidamos do recurso. No julgamento da apelação, fez-se Justiça: “Naco” foi condenado apenas pelo roubo e Robson, finalmente, foi absolvido, não sem antes passar quase dois anos preso por um crime que não cometeu.

Casos como esses realçam a importância do fortalecimento da Defensoria Pública. Não que se tenha certeza absoluta do interesse do profissional, mas porque alguém concursado e devidamente capacitado tratará melhor de pessoas como “Binha”. Além do mais, é preciso que o Tribunal de Justiça exerça um controle mais severo sobre juízes que sentenciam sem adequada fundamentação. Por fim, resta saber quantos Binhas mais terão que ser presos até que, de uma vez por todas, se acabe com a aceitação das confissões obtidas a caminho da Delegacia de Polícia.

NOTAS

- (1) Deixe-se claro, desde logo, que esta maneira de nos referirmos à magistrada *não* é apenas por ela ter entendimento diferente do nosso, como se demonstrará no decorrer do texto.
- (2) Até quando alguns juízes continuarão aceitando a velha história das “confissões informais”, que têm como motivo *óbvio* “remendar” investigações mal feitas? Teria se estabelecido um “clima de camaradagem” entre policiais e suspeitos, ensejando uma suposta confissão no percurso até a Delegacia? Francamente ridículo!

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

IBCCRIM REALIZA WORKSHOP PARA REPENSAR O PRÓPRIO INSTITUTO

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Aconteceu, nos dias 8 e 9 de março, o primeiro *Workshop* destinado a discutir e repensar o IBCCRIM. Às vésperas de completar 20 anos de atuação no campo das ciências penais, os membros da diretoria do Instituto se reuniram com os associados, não associados e funcionários a fim de fazer um balanço das atividades que foram realizadas até agora e projetar o que pode ser incorporado para o futuro.

Os debates se deram ao longo dos dois dias, nos períodos da manhã e da tarde, e foram transmitidos ao vivo pela *internet*, de modo que associados e não associados que, por diferentes motivos, não puderam estar presente na sede do Instituto, também puderam acompanhar e interferir na conversa, seja por meio de sugestões, seja por meio do esclarecimento de dúvidas que tinham acerca das próprias atividades que o IBCCRIM desenvolve.

Questões como a criação de uma ouvidoria, a expansão do espaço físico da biblioteca e a digitali-

zação do acervo, necessidade de maior envolvimento dos coordenadores estaduais e regionais na organização de eventos em todo o país, formas de atrair os estudantes de direito para o Instituto, dinamização das publicações e meios de divulgação da produção científica, intensificação da realização de convênios e intercâmbios com outras instituições, entre tantos outros, estiveram na pauta das discussões e foram objeto de reflexão por todos os presentes.

Foi, sem dúvida alguma, um importante evento realizado pelo IBCCRIM. O que se percebeu foi que, ao comemorar seus 20 anos de vida, o Instituto também se mostra preocupado e atento para antigas e novas necessidades de seus associados e da sociedade em geral, e aproveita o momento para se preparar e adequar-se às demandas das próximas décadas.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Primeira Secretária do IBCCRIM.

PARTICIPE POR ACREDITAR

IBCCRIM 20 ANOS. REPENSANDO IDEIAS

Queremos ouvi-lo!

Encaminhe sugestões, críticas ou ideias para: comunicacao@ibccrim.org.br.

18º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Programe-se para o maior encontro de ciências criminais.

28 a 31 de agosto de 2012 em São Paulo.

Presenças confirmadas:

Antonio Cavaliere (Itália), Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina), Jesús-María Silva Sánchez (Espanha), Jorge de Figueiredo Dias (Portugal), Bruce Zagaris (EUA), Felipe Villavicencio Terreros (Peru) e Stefano Manacorda (Itália)

Informações: seminario@ibccrim.org.br ou pelo telefone: (11) 3111-1040 ramal 131.

Patrocínio:

Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho Advogados Associados (RS) • Barandier Advogados Associados (RJ) • Campos Júnior, Pires & Pacheco Advogados (MG) • Carla Rahal Benedetti Sociedade de Advogados (SP) • Castelo Branco Advogados Associados (SP) • Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados (SP) • CAZ Advogados (SP) • Damiani I Euro Filho - Advogados Associados (SP) • Daniel Achutti & Fernanda Osorio Advocacia Criminal (RS) • David Rechulski, Advogados (SP) • Décio Freire & Associados (SP - RJ - DF - MG - PE - BA - ES - AM - PI - AC - USA) • Dias e Carvalho Filho Advogados (SP) • Faragone Advogados Associados (SP - PE) • Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE - SE - RJ) • Joyce Roysen Advogados (SP) • Luchione Advogados (RJ) • Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados (SP) • Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG - SP) • Márcio Thomaz Bastos Advogados (SP) • Massud e Sarcedo Advogados Associados (SP) • Moraes, Donnangelo, Toshiyuki e Gonçalves Advogados Associados (SP) • Moraes Pitombo Advogados (SP - RJ) • Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP - RJ) • Oliveira Campos & Giori Advogados (ES) • Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP) • Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS) • Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados (SP) • Ruiz Filho e Kauffmann Advogados Associados (SP) • Sobbé & Suliani Advogados Associados (RS) • Tofic e Fingermann Advogados (SP)



EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Informações sobre patrocínio: (11) 3111-1040 ramal 123.

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ SÃO PAULO

- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

LANÇAMENTOS



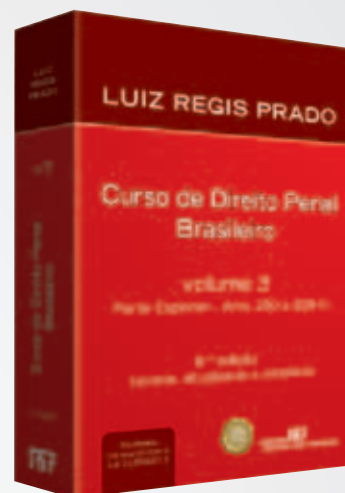
Imagens Ilustrativas



CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO
11ª edição
Guilherme de Souza Nucci



PRISÃO E LIBERDADE
2ª edição
Guilherme de Souza Nucci



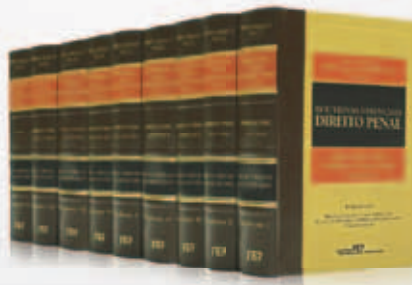
CURSO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO, vol. 3
8.ª edição
Luiz Regis Prado

CONHEÇA TAMBÉM:

NOVOS CLÁSSICOS RT



DOCTRINAS ESSENCIAIS – DIREITO PENAL ECONÔMICO E DA EMPRESA
Organizadores: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti



DOCTRINAS ESSENCIAIS – DIREITO PENAL
Organizadores: Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci



TRATADO JURISPRUDENCIAL E DOCTRINÁRIO – DIREITO PENAL
Guilherme de Souza Nucci

livraria
RT
www.livrariart.com.br

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

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



EDITORIA
REVISTA DOS TRIBUNAIS