



## Editorial

## A Reforma Penal

Durante os eventos do 18º Seminário Internacional do IBCCRIM, ocorreram audiências públicas com o fim de discussão acerca do anteprojeto de Código Penal, elaborado por Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal. Naquela oportunidade, foi divulgado o Manifesto sobre a Reforma do Código Penal, solicitando maiores reflexões e prazo para discussão do mesmo.

Em uma das audiências públicas, restou clara, por parte do Relator do anteprojeto, uma intenção descaracterizante da proposta. Ele também teria por meta uma rediscussão sobre vários temas, reduzindo a aplicação penal em tantas áreas. Ter-se-iam, enfim, objetivos favoráveis aos réus, não sendo exemplo de um mero endurecimento da resposta penal. Demonstração disso, aliás, seriam os direitos dados aos presos, até então de discutível aplicação. Outros debatedores, no entanto, foram veementes na exposição de erros do anteprojeto.

Faz-se necessário dizer, e verificar, que ninguém duvida das boas intenções da Comissão e do anteprojeto. Podem ter sido constatáveis as opções contra a carcerização e em busca de um Direito Penal mínimo. Quanto a isso não há questionamento. Ao contrário, essa posição é merecedora de todos os aplausos. Uma análise mais detida do anteprojeto, no entanto, acaba por evidenciar a presença de diversos equívocos na elaboração legislativa, como, aliás, foi tão bem salientada naquele evento.

A proposta de Reforma foi ampla e geral. Intentou-se uma modificação de conceitos e termos já solidificados no dia a dia do Direito Penal. A Parte Geral sofreu alterações nos seus mais diversos aspectos. Algumas dessas alterações acabaram por criar mais vícios do que as virtudes apresentadas pela intenção expressa da Comissão. Ignoraram-se complexos aspectos de dogmática penal, o que pode vir a tornar inaplicável a nova lei, caso o anteprojeto seja aprovado. A Parte Especial não teve maior sorte. O que salta aos olhos é a ideia de verdadeira consolidação das várias leis penais existentes hoje no País. Essa medida esquece, contudo, que algumas leis especiais se justificam pois não se mostram

**Uma análise mais detida do anteprojeto, no entanto, acaba por evidenciar a presença de diversos equívocos na elaboração legislativa, como, aliás, foi tão bem salientada naquele evento.**

**A postura do IBCCRIM é, assim, contrária à proposta apresentada. Os erros e equívocos nela presentes não permitem correções pontuais, mas, sim, a necessidade de repúdio à sua aprovação.**

unicamente como tipos penais incriminadores, mas, sim, apresentam políticas públicas de prevenção e repressão, quando não de tratamento de determinada situação. Essas leis vão muito além de incriminação, pura e simples. Elas se justificam pela própria modernidade dos dias de hoje, em que há uma superação nítida da simples noção de codificação.

Acima de tudo, no entanto, parece que o vício maior passou como se certeza fosse do correto à Comissão. Há uma evidente perda de referencial acerca do bem jurídico. Não existe uma racionalidade quanto à disposição topográfica dos muitos tipos em função do bem jurídico protegido. Imagina-se a importância dos crimes contra a humanidade, mas, a princípio, entendeu-se por bem seguir o idealizado pelo Código de 1940. Nenhuma lógica nessa opção. A disposição típica sempre deve obedecer a graduação de importância decrescente em relação aos bens jurídicos com dignidade penal dispostos pelo Código Penal. Assim, em regimes autoritários, sempre se iniciou o Código com os crimes contra o Estado, como em regimes democráticos, em outros tempos, iniciava-se a colocação pelos crimes contra a vida, eleito que era o mais importante dos bens jurídicos.

O IBCCRIM, avaliando tais pontos, e não obstante atestar as boas intenções da Comissão de Juristas, entende que o anteprojeto apresentado destaca equívocos que o viciam por inteiro. Não se trata de situação de correção de um ou outro tópico, mas de prejuízo ao conjunto global da obra. A postura do IBCCRIM é, assim, contrária à proposta apresentada. Os erros e equívocos nela presentes não permitem correções pontuais, mas, sim, a necessidade de repúdio à sua aprovação. Um Código deve sempre ser debatido, mas isso não implica um abandono de tecnicidade ou de bases dogmáticas. Não se justifica uma reforma claudicante sob o simples pretexto de atualização de um alegado Código defasado. Um erro não pode pretender corrigir um acerto atrasado no tempo. Confiando nisso, o IBCCRIM espera que o Congresso Nacional, em suas duas Casas, reflita e melhor discuta, com a Academia, com os Institutos e meio jurídicos, os novos rumos do Direito Penal nacional.

## Editorial

A Reforma Penal \_\_\_\_\_ 1

Considerações Processuais da Lei de Julgamento de crimes envolvendo organização criminosa  
Vicente Greco Filho \_\_\_\_\_ 2O Estado e o Crime Organizado: quebrando paradigmas  
Fábio Ramazzini Bechara \_\_\_\_\_ 4

A proibição de liberdade provisória na lei de drogas (inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal)

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Éricka Silva Gomide Castanheira \_\_\_\_ 6

Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro  
Jacson Zilio \_\_\_\_\_ 7Asilo diplomático para Julian Assange? A decisão do governo equatoriano não é juridicamente sustentável. No entanto, a sua embaixada é inviolável  
Kai Ambos \_\_\_\_\_ 9Medidas assecuratórias e a alteração na lei de lavagem de dinheiro  
Tiago Cintra Essado \_\_\_\_\_ 10Uso indevido da prisão provisória: a cultura punitiva em números  
Márcia Adriana Fernandes \_\_\_\_\_ 11A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*  
Giancarlo Silkunas Vay e Pedro José Rocha e Silva \_\_\_\_\_ 13Breves considerações sobre a definição dada a base para a segunda progressão de regime em execução penal  
Domingos Barroso da Costa \_\_\_\_ 14Crítica à função punitiva no minimalismo jusracionalista nauckeano  
Admaldo Cesário dos Santos \_\_\_\_\_ 16

## COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

*National defense authorization act (NDAA)* – um exemplo de direito penal do inimigo?  
Marcelo Pichioli da Silveira \_\_\_\_\_ 17

## DESCASOS

Iolanda  
Alexandra Lebelson Szafir \_\_\_\_\_ 18

## Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ \_\_\_\_ 1597

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_ 1600

Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_ 1601

Tribunal Regional Federal \_\_\_\_ 1602

Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1604

# Considerações processuais da lei de julgamento de crimes envolvendo organização criminosa

Vicente Greco Filho

A Lei 12.694, de 24.07.2012, estabeleceu normas especiais para o processo e julgamento de crimes praticados, segundo ela, por organizações criminosas.

Seguindo a lamentável habitualidade da elaboração legislativa dos últimos tempos, já na sua epígrafe e no artigo primeiro, nota-se a impropriedade redacional.

“Organização criminosa” não pratica crime e não pode ser sujeito ativo penal, com as discutidas exceções constitucionais. Os crimes são praticados por pessoas que pertencem à organização criminosa ou os crimes são praticados como finalidade da organização ou, ainda, a organização é o processo ou instrumento usado na prática dos crimes. Assim deve ser entendido o texto.

O conjunto da Lei tende a estabelecer medidas de proteção e reforço à autoridade judiciária e aos membros do Ministério Público, quando em atividade envolvendo organização criminosa ou risco à sua segurança. Daí as providências adiante comentadas e as alterações processuais no Código de Trânsito e no Estatuto do Desarmamento.

A Lei, em seu art. 1.º, prevê que, para qualquer ato processual, e são enumerados, exemplificativamente alguns do Processo de Conhecimento e outros da Execução, como o decreto de prisão, de medidas assecuratórias e a sentença do primeiro e a progressão ou regressão de regime e o livramento condicional, a possibilidade de o juiz decidir sobre a formação de colegiado para a sua prática.

Trata-se, a formação do colegiado, de incidente processual em que o juiz declina da sua competência singular e atribui competência a um órgão colegiado em primeiro grau. Apesar de o juízo togado colegiado em primeiro grau já ser adotado em outras legislações, é novidade no processo penal brasileiro e mais novidade ainda ser eventual e condicionado a certos requisitos a seguir enumerados. A natureza da competência que se define é a funcional pelo objeto do juízo, na classificação de **Carnelutti**.

A norma é de natureza processual, entrando em vigor 90 dias após a publicação (art. 10), podendo ser utilizada nos processos em andamento aos atos a serem praticados a partir da vigência, dia 22 de outubro de 2012.

O incidente não é disciplinado em pormenores, de modo que caberá à doutrina e à jurisprudência, fundadas nos princípios processuais, integrá-lo. Será importante a regulamentação a ser feita pelos Tribunais, conforme previsão do § 7.º do art. 1.º, mas essa regulamentação, levando em conta as peculiaridades de cada âmbito jurisdicional (estadual ou federal), somente poderá tratar do que se refere ao mecanismo de convocação, áreas em que poderão ser feitas as reuniões por via eletrônica e outras disposições de natureza administrativa, porque os Tribunais não têm competência para legislar sobre matéria de Direito Processual, de competência privativa da União (art. 22, I, da Constituição).

A convocação, e respectiva atuação, do colegiado deverá atender os seguintes requisitos e formalidades:

1 – Tratar-se de processo, inquérito ou mesmo peças antecedentes processuais penais, como, por exemplo a representação da autoridade policial para o decreto de prisão temporária ou preventiva, em que haja elementos probatórios suficientes para o convencimento de que o crime foi praticado no contexto de uma organização criminosa, conceituada como tal no art. 2.º.

2 – Decisão do juiz optando pela formação do colegiado. A decisão é indispensável. Os atos processuais não podem ser secretos para a defesa e devem ser documentados, especialmente quando se trata de providência tão importante como a definição de competência, em virtude dos princípios do juiz natural e do devido processo legal. A decisão poderá permanecer temporariamente em sigilo, mas depois deverá ser trazida aos autos para que possa, inclusive, ser impugnada ou questionada. A decisão é de natureza interlocutória simples. Decisão porque todo ato de deliberação do juiz é decisório, não sendo despacho de mero expediente já que precisa ser fundamentado e envolve questão processual relevante. Interlocutória porque tomada no curso do processo e não é de mérito. Simples porque não extingue o processo. Dessa decisão não cabe recurso, porque não há previsão no art. 581 do Código de Processo Penal, mas poderá ser impugnada pela defesa por meio de *habeas corpus* porque o acusado tem o direito, afeto à sua liberdade, de se ver julgado e processado pelo juiz natural e não aleatório ou discricionariamente escolhido. Poderá, também, ser impugnado pelo Ministério Público por mandado de segurança, se presentes os demais requisitos da medida.

3 – A decisão desencadeia a formação do colegiado que se procederá nos termos da regulamentação dos tribunais, em que deverá constar a forma de comunicação ao órgão com atribuição do sorteio dos juízes que o comporão bem como a forma de realização desse sorteio e a comunicação aos juízes convocados. Tudo isso deverá ser documentado para juntada, ainda que posterior aos autos, demonstrando a regularidade e imparcialidade na convocação e, aliás, a própria definição da competência mediante sorteio.

4 – A decisão deverá ser fundamentada com os motivos e circunstâncias que acarretam risco à integridade física do juiz, além de que estão presentes, concretamente, os requisitos para reconhecimento da organização criminosa. Deve-se entender, também, risco à sua família que é, no caso, uma extensão de sua personalidade para fins funcionais e também por meio de ameaça a ela pode haver tentativa de intimidação do juiz. Esse risco também deverá estar suficientemente demonstrado, para que a fundamentação não seja vazia ou potestativa.

5 – Comunicação pelo juiz, ao seu órgão correicional. A providência não é processual. Tem por finalidade evitar abusos nas instaurações de colegiados por determinado juiz e poderá, posteriormente, dar ensejo à instauração de procedimento correicional. Tendo por finalidade, também, dar conhecimento de que a situação pode ensejar a necessidade de outras providências como o reforço à segurança específico e temporário. O órgão correicional, como não é processual, não pode reformar, cassar ou anular a decisão do juiz.

6 – Instaurado o incidente e formado o colegiado em ato que também deverá constar do processo, as decisões do colegiado serão tomadas em reunião ou reuniões dos juízes, todos de primeiro grau, em exercício no primeiro grau de jurisdição. Não poderão participar aposentados ou licenciados nem os que não tenham, no momento do sorteio e da participação, jurisdição criminal. O exercício com jurisdição criminal é requisito de investidura e uma das garantias de que o procedimento de definição da competência se realize com respeito à garantia do juiz natural, como também o sorteio de seus nomes. A Lei não instituiu a polêmica figura do juiz secreto, de modo que seus nomes deverão constar do processo. A documentação de todo o procedimento também atende a essa garantia e permitirá que as partes possam impugná-lo se não obedecer o devido processo legal.

7 – As decisões do colegiado, que deverão ser fundamentadas como todas as decisões judiciais, sem referência a votos vencidos, serão publicadas para conhecimento das partes como as demais decisões judiciais (lembrando-se que a sentença tem normas especiais de publicação), obedecendo-se, quando for o caso, o sigilo da investigação ou de justiça nos termos e limitações comuns.

8 – A instauração do colegiado deve ser feita para a prática de cada ato específico, porque sua competência é excepcional e se limita à prática de determinado ato (§ 3.º do art. 1.º). Não pode haver convocação para todo o processo ou para uma fase dele. Haverá tantas instaurações quantos forem os atos em que estejam presentes as razões que as justificam.

O descumprimento desses requisitos ou formalidades gera nulidade absoluta, que poderá ser decretada nos termos e momentos das nulidades em geral.

Haveria, porém, nulidade da instauração e decisões do colegiado se se verificar posteriormente, por exemplo, que falta algum requisito para a caracterização da figura da organização criminosa e isso for reconhecido pelo juiz na sentença ou o Tribunal, em grau de recurso?

Não. A decisão de instauração é tomada *sic stantibus*, ou seja, pelo que consta dos autos ou peças no momento em que foi tomada, valendo ainda que posteriormente venha a se entender inexistirem os requisitos. Poderia haver nulidade se se verifica que a decisão foi tomada com manifesta violação da base fática necessária à sua ocorrência.

As providências para a instauração do colegiado e para que as decisões sejam tomadas podem levar dias, mas não suspendem o processo nem os prazos prisionais, que deverão ser respeitados sob pena de coação ilegal.

A Lei, em seu art. 2.º, estabeleceu os requisitos para o reconhecimento de organização criminosa. O conceito é para os fins da lei, isto é, para a instauração do colegiado, não se aplicando para fins de direito material, como, por exemplo, a redução de pena do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), para o qual o juiz continuará a usar o conceito doutrinário da figura. Os elementos previstos agora legalmente para a instauração das decisões colegiadas poderão servir como base ou parâmetro, porque reconhecidos unanimemente como necessários à figura, mas de outros poderá servir-se o juiz para a compreensão da existência de organização

## Trata-se, a formação do colegiado, de incidente processual em que o juiz declina da sua competência singular e atribui competência a um órgão colegiado em primeiro grau. Apesar de o juízo togado colegiado em primeiro grau já ser adotado em outras legislações, é novidade no processo penal brasileiro (...)

criminosa em outras referências legais. O conceito e elementos da organização criminosa, inclusive a diferenciação quanto à quadrilha ou bando, foram por nós expostos em nosso *Manual de processo penal* (9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113 e ss.).

São requisitos para o reconhecimento da organização criminosa na Lei:

1 – Associação (reunião com ânimo associativo, que é diferente de simples concurso de pessoas) de três ou mais pessoas.

2 – Estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas ainda que informalmente.

3 – O fim de obtenção de vantagem de qualquer natureza (portanto não apenas a econômica) mediante a prática de crimes (excluídas as contravenções).

4 – Crimes punidos, na pena máxima, com quatro anos ou mais ou que os crimes tenham caráter transnacional, independente da quantidade da pena.

Concluindo, trata-se de uma experiência. A prática dirá de sua pertinência no combate ao crime organizado como também trará outras questões processuais que terão de ser enfrentadas a seu tempo.

Vicente Greco Filho  
Professor Titular da USP.



### 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 Luís Marques da Silva  
Boletim: Fernanda Regina Vilarés  
Comunicação e Marketing: Cristiano Avila Maronna  
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  
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  
Publicações do Site: Bruno Salles Pereira Ribeiro  
Relações Internacionais: Marina Pinhão Coelho Araújo  
Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC:  
Renata Flores Tbyriçã  
Revista Brasileira de Ciências Criminais:  
Helena Regina Lobo da Costa  
Revista Liberdades: João Paulo Martinelli

#### PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS

Amicus Curiae: Heloisa Estellita  
Código Penal: Renato de Mello Jorge Silveira  
Convênios: André Augusto Mendes Machado  
Cooperação Jurídica Internacional: Antenor Madruga  
Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais:  
Ana Lúcia Menezes Vieira  
Direito Penal Econômico: Pierpaolo Cruz Bottini  
Doutrina Geral da Infração Criminal:  
Mariângela Gama de Magalhães Gomes  
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 Criminais:  
Diogo Malan  
18º Seminário Internacional:  
Carlos Alberto Pires Mendes

# O Estado e o Crime Organizado: quebrando paradigmas

*Fábio Ramazzini Bechara*

A recente aprovada Lei 12.694/2012, definiu o conceito de organização criminosa como toda associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional. Superou-se a discussão da ausência de definição legal de organização criminosa no Direito brasileiro, apesar da vigência da Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional desde 2004. Com efeito, ainda, o Projeto de Lei 6.578/2009 cria o tipo penal da organização criminosa e regulamenta os meios de obtenção de prova e outras questões processuais.

Mas isso é muito pouco, na medida em que a responsabilização criminal representa apenas um dos eixos de enfrentamento. Para que o sistema jurídico brasileiro mostre-se potencialmente capaz de ser efetivo na repressão ao crime organizado é necessário romper alguns paradigmas.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que o papel do Estado na repressão ao crime organizado não é simplesmente responsabilizar os criminosos, e mesmo que estivesse punindo em 100% dos casos, mesmo assim ele não seria eficaz, uma vez que as atividades ilícitas teriam continuidade com outras pessoas. Isso porque os grupos criminosos estabelecem-se e se organizam como empresas, fazem do crime o seu instrumento funcional e corrompem o Estado com o objetivo de assegurar a sua proteção e continuidade.

Com efeito, a expressão “crime organizado” não está a designar somente uma modalidade criminosa, a exigir uma tipologia penal adequada e uma resposta penal proporcional, mas é sim a referência a um fenômeno social, politicamente e economicamente influente, que acarreta consequências para além da segurança pública, comprometendo, inclusive, a estrutura do próprio regime político. Onde não houver Estado ou onde houver Estado fraco, tais grupos criminosos prosperam.

O que significa dizer que o Estado deve ter por objetivo a desarticulação e controle dos grupos criminosos organizados, o que ocorrerá não somente por meio da responsabilização criminal, mas fundamentalmente pela adoção de medidas de natureza patrimonial e com o aumento do poder regulatório e controlador do Estado, que permita alcançar todo o universo de situações com as quais a organização está direta ou indiretamente relacionada. Tal diretriz é extraída do texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

**O que significa dizer que o Estado deve ter por objetivo a desarticulação e controle dos grupos criminosos organizados, o que ocorrerá não somente por meio da responsabilização criminal, mas fundamentalmente pela adoção de medidas de natureza patrimonial e com o aumento do poder regulatório e controlador do Estado (...)**

Transnacional, cujos dispositivos deferem um tratamento interdisciplinar e não somente criam mandados de criminalização. O Brasil ainda não cumpriu adequadamente o referido compromisso.

A segunda barreira a ser superada e que está diretamente relacionada à qualidade do conhecimento que se tem em relação ao crime organizado no Brasil (quem é, como e onde atua, possibilitando que o Estado defina com mais precisão a sua estratégia de atuação), refere-se ao recurso à atividade de “inteligência”.

As distorções sobre o tema são as mais variadas possíveis, ora qualificando a atividade como clandestina, fruto do trabalho de “arapongas” ou espões, ou ainda de escutas ilegais, arbitrariedades e abusos, e sempre tendenciosa ou mesmo conspiratória. Tal ranço é fomentado pela história recente, sob o falso argumento de que a atividade de inteligência somente se prestasse a regimes totalitários. O ceticismo é fruto do desconhecimento, até porque se convive com esse tipo de atividade muito mais do que se imagina, como, por exemplo, os órgãos de controle de crédito, as receitas federal e estadual.

Trata-se de atividade proativa, que implica busca, coleta, análise de dados e geração de conhecimento sobre determinado assunto, sempre com o propósito de auxiliar quem tem competência para decidir. A atividade de inteligência sempre esteve associada no mais das vezes à produção do conhecimento para a defesa do Estado e da soberania nacional, ou ainda, para a manutenção da segurança pública, para melhorar a capacidade de regulação do sistema financeiro e de arrecadação, por exemplo.

O objeto da atividade de inteligência são os dados coletados e os dados buscados, tanto dados públicos, como dados protegidos pelo sigilo. Os dados públicos são aqueles acessíveis por qualquer pessoa, como aqueles disponíveis na internet, por exemplo. Por outro lado, o acesso aos dados protegidos pelo sigilo, seja para a proteção de dados relacionados à intimidade ou a questões de Estado, somente ocorre se houver previsão legal, e não ao arrepio da lei como muitas vezes se quer fazer acreditar. A lei é que define quem tem competência para realizar a atividade de inteligência, os métodos autorizados, inclusive no que se refere ao acesso ao dado sigiloso, e os fins a que se destina. Nesse sentido a Lei 9.883/1999 e o Decreto 4.376/2002.

Para ilustrar melhor a situação supradescrita, tome-se, como exemplo, a Lei Complementar 105/2001, que regulamentou o sigilo bancário no Brasil. Não se questiona aqui a necessidade de proteção do dado bancário como expressão da intimidade e vida privada. O que se coloca em discussão é a intensidade da proteção por meio do sigilo até o seu efetivo desaparecimento, e a interface entre a atividade de inteligência e a investigação criminal.

A lei prevê a possibilidade dos órgãos que detêm a função primária de assegurar o sigilo bancário, compartilhar o dado bancário protegido pelo sigilo com outros órgãos, para fins de conhecimento, mantendo-se, todavia, o sigilo sobre o conteúdo. O sigilo não desapareceu a partir do compartilhamento, pelo contrário, o compartilhamento do dado gerou igualmente o compartilhamento da responsabilidade pela manutenção do sigilo, na medida em que outros órgãos passaram a ter o conhecimento sobre o dado protegido e ao mesmo tempo a responsabilidade de manter a proteção. Houve uma ampliação do acesso ao dado bancário protegido, porém, sem legitimar a eventual utilização para outro fim que não o conhecimento.

Por outro lado, quando a lei complementar pretendia que o dado

bancário pudesse ser compartilhado para instruir investigação criminal, determinou o fim do sigilo e estabeleceu a exigência do controle jurisdicional para permitir o acesso ao dado protegido e a sua utilização como meio de prova.

Esse exemplo possibilita bem separar uma atividade de inteligência de uma atividade de investigação. Enquanto a exigência de controle jurisdicional qualifica-se como o meio legítimo para se afastar o sigilo, porque o objetivo é a utilização do dado bancário como meio de prova contra alguém, típica atividade de investigação, no compartilhamento do dado sigiloso entre órgãos públicos, mantendo-se o sigilo, mas ampliando-se o rol de responsáveis pela sua custódia, tem-se uma atividade típica de inteligência. Na atividade de investigação criminal o regime jurídico aplicável é o Direito Processual Penal, enquanto que na atividade de inteligência o regime jurídico é o Direito Administrativo Processual.

A separação entre as duas atividades pela compreensão no tocante ao regime jurídico aplicável possibilita evitar o risco de interpretação equivocada. Por exemplo, afirmar que a fonte de uma informação numa investigação é uma atividade de inteligência não significa dizer que a fonte seja secreta, pelo contrário, a fonte é protegida pelo sigilo, proteção autorizada por lei, e rastreável, o que é mais importante a aportar legitimidade ao ato praticado. Com efeito, ainda, fonte de conhecimento não se confunde com meio de prova, e a legalidade de uma fonte de conhecimento advém da legitimidade de quem tem competência para produzir a informação sigilosa e a observância do procedimento estabelecido em lei.

A terceira e última questão refere-se às medidas patrimoniais que devem ser adotadas contra os grupos criminosos com o objetivo de gerar o controle e o bloqueio do fluxo financeiro. Nesse sentido cumpre anotar a importância da denominada ação civil de perdimento de bens ou ação civil de extinção de domínio, que constitui objeto de anteprojeto de lei ainda não enviado ao Congresso Nacional, mas já aprovado no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Enquanto o pressuposto da ação civil *ex delicto* é a conduta criminosa que justifica a adoção das medidas patrimoniais de reparação no juízo cível contra o sujeito ativo do crime, a ação civil de perdimento de bens, ou ação civil de extinção de domínio, que tem como pressuposto o desvio ou abuso no exercício do direito de propriedade por quem se

Enquanto a exigência de controle jurisdicional qualifica-se como o meio legítimo para se afastar o sigilo, porque o objetivo é a utilização do dado bancário como meio de prova contra alguém, típica atividade de investigação, no compartilhamento do dado sigiloso entre órgãos públicos, mantendo-se o sigilo, mas ampliando-se o rol de responsáveis pela sua custódia, tem-se uma atividade típica de inteligência.

encontra na posse ou detenção do bem de origem ilícita. A origem ilícita contamina a legitimidade sobre o exercício do direito de propriedade, e a ação se volta contra quem tem a posse ou detenção, pouco importando a sua relação com a origem ilícita e respectiva conduta criminosa.

Enfim, se por um lado é indiscutível que o Brasil avança por meio da adoção das medidas de conformidade (*compliance*) em determinados setores da economia, como, por exemplo, o sistema financeiro, ou ainda, promovendo reformas substanciais como a alteração da lei de lavagem de dinheiro e a adesão a diversos documentos internacionais multilaterais, de outro lado é também verdade que o desafio ainda persiste no que se refere à postura do Estado perante os grupos criminosos organizados, cuja estabilidade é fomentada pela ausência de mentalidade e cultura estatal com vistas a uma atuação mais abrangente e hábil a permitir a sua desarticulação, e não simplesmente a penalização dos seus membros.

**Fábio Ramazzini Bechara**

Doutor em Direito 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 Leitão e Leão

2.ª Estadual (Pernambuco): André Carneiro Leão

3.ª Estadual (Bahia): Wellington César Lima e Silva

4.ª Estadual (Minas Gerais): Gustavo Henrique Souza e Silva

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 Luís 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 IBCCRM

- ISSN 1676-3661 -

#### COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

#### COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Rafael Lira e Renato Stanziola Vieira

#### COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Chiavelli Fazenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thaís de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Érica Santoro Lins Ferraz, Fabiano Yuji Takayanagi, Felipe Bertoni, Fernanda Carolina de Araujo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanno

Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Ilg, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Suzane Cristina da Silva, Thaís Tanaka, 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 IBCCRM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas".

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

Tiragem: 11.000 exemplares

#### CORRESPONDÊNCIA IBCCRM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)

# A proibição de liberdade provisória na lei de drogas (inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal)

*Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Éricka Silva Gomide Castanheira*

Questão controvertida, desde a vigência da Lei 11.343/2006, refere-se à possibilidade de se conceder liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas e outros delitos relacionados.

Dispõe o art. 44 da aludida norma: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

O STF, por seu órgão Pleno, em julgamento realizado em 11.05.2012, nos autos do HC 104.339, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do citado art. 44 da Lei 11.343/2006. Em consequência, a ordem foi parcialmente concedida “para que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente”.

Nota-se que a decisão do STF não garantiu a liberdade ao réu. Limitou-se a devolver os autos ao juiz de primeiro grau competente para, afastada a vedação legal, examinar a presença dos requisitos descritos no art. 312 do CPP. Significa, contudo, importante avanço no trato do tema, ao possibilitar que o magistrado reaprecie a questão sob a ótica dos elementos existentes nos autos.

Tal *decisum* da Corte Suprema prestigia o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto no art. 5.º, LVII, da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. Como consequência, toda prisão que não decorra de pena imposta em sentença condenatória definitiva tem natureza cautelar e é, portanto, excepcional.<sup>(1)</sup> Daí por que não se pode impor, de forma obrigatória e antecipada, a restrição à liberdade a todos os acusados de comercializar entorpecentes.<sup>(2)</sup>

Certo é que a prática, em tese, de crime descrito nos arts. 33, *caput* e § 1.º e/ou 34 a 37 da Lei 11.343/2006 não pode levar, só por sua gravidade abstrata, à consideração de que a prisão seja necessária para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do que dispõe o art. 312 do CPP. É imprescindível, para se aferir a necessidade da segregação provisória, que se proceda à avaliação da hipótese concreta.<sup>(3)</sup>

A Suprema Corte, em 2010, já havia removido o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, reconhecendo a possibilidade de substituição das penas impostas aos condenados por tráfico de drogas por medidas restritivas de direitos. Prestigiou, com isso, os princípios da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade. Remeteu, também naquela oportunidade, à necessidade de análise personalizada dos requisitos legais estabelecidos no art. 44 do CP, assim como já tinha feito no tocante à possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos,<sup>(4)</sup> revelando a coerência dos julgados. O resultado foi a edição da Resolução 5 do Senado Federal, publicada em 15.02.2012.<sup>(5)</sup>

Diante da proclamada inconstitucionalidade da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, é possível que, em face da pena final aplicada, a privação da liberdade seja substituída por medidas restritivas de direitos. Não parece razoável e proporcional, também por esse motivo, que se mantenha alguém preso cautelarmente sem que haja circunstâncias concretas que justifiquem a restrição.

Impõe-se ao magistrado que fundamente, caso a caso, a necessidade da segregação cautelar, apontando a imprescindibilidade da medida extrema

com amparo em fatos existentes nos autos. Nesse sentido, soa plausível a invocação das particularidades do delito, tais como o volume e a variedade da droga apreendida,<sup>(6)</sup> a quantidade de agentes envolvidos e a existência de eventual organização criminoso,<sup>(7)</sup> bem como a alusão às evidências de real possibilidade de fuga<sup>(8)</sup> ou à existência de ameaça a testemunhas.<sup>(9)</sup>

De outra parte, o termo “gravidade” do crime, genericamente utilizado, não serve como justificativa idônea. As afirmativas de que o delito de tráfico de drogas é grave, causa repulsa social, gera dano à saúde, destrói a vida de jovens, desestrutura famílias, dá causa ao cometimento de outros delitos,<sup>(10)</sup> entre outras, por mais que possam responder à realidade, não constituem motivação hábil a embasar a restrição precária da liberdade. Isso, por serem demasiadamente genéricas e abstratas, podendo ser invocadas, em geral, para qualquer conduta de traficância, que afeta a paz pública.

Em síntese, o provimento que converte o flagrante em prisão preventiva deve ser motivado com elementos individualizados, impondo-se tal mister em atenção aos preceitos contidos no art. 93, IX, da CF e no art. 283 do CPP.

A decisão do STF, além de pacificar a jurisprudência, reafirma as conquistas democráticas e fortalece os direitos e garantias postos na Constituição da República, em especial o de liberdade.

## Notas

- (1) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 542; SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 69-74; STF, 2.ª T., HC 110.844, rel. Min. Ayres Britto, DJe 19.06.2012.
- (2) FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 684; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 65.
- (3) STJ, 5.ª T., HC 221.734/SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 20.06.2012; 6.ª T., HC 235.745/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14.05.2012.
- (4) STF, Tribunal Pleno, HC 82.959, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.09.2006.
- (5) “Art. 1.º É suspensa a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ do 4.º do art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n. 97.256/RS.”
- (6) STJ, 5.ª T., HC 233.469/MS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19.06.2012; 6.ª T., HC 229.815/SC, rel. Min. Og Fernandes, DJe 18.06.2012.
- (7) STJ, 5.ª T., HC 226.772/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 12.06.2012; 6.ª T., HC 207.111/RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 13.06.2012.
- (8) STF, 1.ª T., HC 111.022, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 18.06.2012.
- (9) STJ, 5.ª T., HC 223.853/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 06.03.2012; 6.ª T., HC 101.315/PR, rel. Min. Og Fernandes, DJe 07.12.2009.
- (10) STJ, 5.ª T., RHC 29.346/RS, rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 01.08.2011.

**Maria Thereza Rocha de Assis Moura**

Ministra do Superior Tribunal de Justiça.  
Professora Doutora de Direito Processual Penal da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**Éricka Silva Gomide Castanheira**

Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

# Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro

Jacson Zilio

1. Em 2011 o Senado Federal brasileiro instituiu uma Comissão de Juristas, capitaneada pelo Ministro do STJ Gilson Dipp, com a pretensão de levar a cabo uma reforma completa do Código Penal. O Requerimento 756/2011, do Senador Pedro Taques, foi aprovado para elaborar um “projeto de Código Penal adequado aos ditames da Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco”. Em complemento, o Senador José Sarney apresentou o Requerimento 1.034/11 e o Senado Federal aprovou que a Comissão de Juristas, responsável pela elaboração do anteprojeto de Código Penal no prazo de 180 dias, seria composta por 15 membros. Então foram designados os seguintes juristas: Gilson Dipp (Ministro do STJ, indicado pelo Senador Pedro Taques), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Ministra do STJ), Antonio Nabor Bulhões (Advogado, indicado pelo PMDB), Emanuel Messias Oliveira Cacho (Advogado, indicado pelo PSC e pela OAB/SP), Gamil Föppel El Hireche (Advogado, indicado pelo PR), José Muiños Piñeiro Filho (Desembargador do TJRJ, indicado pelo Senador Francisco Dornelles), Juliana Garcia Belloque (Defensora Pública, indicada pelo PT), Luiza Nagib Eluf (Procuradora de Justiça, indicada pelo PT), Luiz Carlos Gonçalves (Procurador Regional da República, indicado pelo Senador Pedro Taques), Luiz Flávio Gomes (Magistrado aposentado, indicado pelo Senador Pedro Taques), Marcelo André de Azevedo (Promotor de Justiça de Goiás, indicado pelo DEM), Marcelo Leal Lima Oliveira (Advogado, sem indicação publicada), Marcelo Leonardo (Advogado, indicado pela OAB), René Ariel Dotti (Advogado, indicado pelo PSDB) e Tércio Lins e Silva (Advogado, indicado pelo PMDB). Já na primeira reunião, realizada em 18.10.2011, agregou-se o nome de Tiago Ivo Odon (Consultor Legislativo, indicado pela Presidência do Senado Federal, Senadora Marta Suplicy). Em 20.10.2011, a Presidência do Senado Federal acresceu uma vaga para a Comissão de Juristas e designou Marco Antônio Marques da Silva (Desembargador do TJ/SP, indicado pela AMB).

Para início dos trabalhos, essa Comissão repartiu-se em três subcomissões: subcomissão da parte geral (rel. Rene Ariel Dotti), subcomissão da parte especial (rel. Juliana Garcia Belloque) e subcomissão da legislação extravagante (rel. Tiago Ivo Odon). Entrementes, os membros Maria Thereza Rocha de Assis Moura (a partir de 28.12.2011) e Rene Ariel Dotti (a partir de 30.03.2012) solicitaram seus afastamentos dos trabalhos da Comissão.

2. De posse desses dados, urge analisar então criticamente o procedimento que foi adotado pela Comissão de Juristas. Como se percebe facilmente pela *forma de nomeação dos membros*, não se primou, em nenhum momento, pela qualidade acadêmica e produção intelectual isenta, mas sim pela mera indicação pessoal e por interesses de partidos políticos. Aliás, nem mesmo os partidos de esquerda, que historicamente são mais próximos às lutas por liberdade, organizaram-se para indicação de algum membro que não ostentasse um perfil conservador evidente. Desde o ponto de vista científico, que deveria ser o norte de condução dos trabalhos, o processo de formação da Comissão de Juristas é um completo fracasso. E esse déficit evidente de qualidade deve-se sobretudo à ausência de pelo menos três dos principais penalistas brasileiros: os professores Juarez Tavares (UERJ), Nilo Batista (UERJ) e Juarez Cirino dos Santos (UFPR). Sem menosprezo às qualidades intelectuais que certamente deva ter a maioria dos membros da Comissão, desconheço qualquer produção científica significativa que justificasse tal participação. Óbvio que eles possuem conhecimentos práticos do sistema de justiça criminal, mas isso não parece ser suficiente para possibilitar a discussão e a posterior redação

de leis que retratem o que há de mais moderno no campo doutrinário, sobretudo nos pontos centrais da moderna teoria do crime e da pena. E mais: sequer há um criminólogo que pudesse fixar alguns critérios de criminalização e descriminalização. Ora, pois, nem mesmo nos nefastos tempos de ditadura militar, em que o Direito Penal brasileiro quase se desmantelou, fez-se tamanho descaso à produção acadêmica brasileira. A impressão que se tem é que para integrar dita Comissão de Juristas basta alguns bons contatos políticos e um simples requerimento partidário, ainda que de Direito Penal mesmo se saiba nada.

Mas também há outro problema grave. O projeto de reforma tenta ser democrático, pelo simples fato de realizar enquetes pelo *site* da Internet do Senado Federal. Ledo engano. Tratando-se de direitos fundamentais e de garantias do cidadão diante do poder de punir, esse recurso mostra-se autoritário e perigoso. Isso se pode ver muito bem em alguns dos resultados das pesquisas empíricas realizadas pelo próprio Senado Federal nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012: (a) redução da maioria penal (PEC 26/2002), 44% concordam com a redução para menos de 16 anos, 30% concordam com a redução para 16 anos e apenas 26% não concordam com a redução, num total de 36.693 votos; (b) aborto de fetos anencéfalos (PLS 227/2004), 39% votaram a favor e 61% votaram contra, num total de 22.458 votos; (c) progressão de pena para crimes hediondos (PEC 5/2008), 93,7% votaram contra e apenas 6,3 votaram a favor, num total de 2.740 votos; (d) redução da maioria penal para 16 anos (PEC 83/2011), 87,3% votaram a favor e 12,7% votaram contra, num total de 4.109 votos; (e) inclusão de atos de corrupção na Lei dos Crimes Hediondos (PLS 204/2011), 99,4% votaram a favor e 0,6% votaram contra, num total de 426.618 votos; (f) criminalização do trote vexatório (PLS 404/2008 e PLS 176/2009), 88,8% votaram a favor e 11,2% votaram contra, num total de 2.876 votos; (g) criminalização de atos preparatórios de homicídio ou crime hediondo (PLS 555/2011), 77,6% votaram a favor e 22,4% votaram contra, num total de 1.426 votos; (h) pena de prisão para acessos a sistemas digitais não autorizados (PLS 427/2011), 61,8% votaram a favor e 38,2% votaram contra, num total de 1.323 votos. Atualmente, ainda está aberta a discussão sobre o projeto que pretende acabar com a liberdade condicional para condenados por crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo (PLS 542/2011).

Enfim, com isso quero ressaltar que esses resultados brutais, que imprimem um terrorismo penal sem precedentes na recente democracia, são sempre antevistos. **Marx** talvez chamaria isso de “*falsa consciência de classe*”, é dizer: o povo tem uma consciência distinta da ordenada por seus próprios interesses. Mas dos penalistas, juristas e legisladores espera-se que não aproveitem essa falsa consciência para reforçar o poder punitivo, porque seria utilizar de um populismo penal para implantar políticas públicas autoritárias sob uma frágil cortina democrática. A democracia substancial (que se define pela existência de um leque de garantias cidadãs) tem que se proteger da democracia de maiorias (populistas), o que não acontece quando se fomenta a participação popular em temas que nem os especialistas estão em consenso. Ninguém cogitaria em perguntar ao povo o que pensa sobre os cálculos de um engenheiro público que está a construir uma grande obra. Muito menos seria possível indagar ao povo o que pensa sobre os critérios objetivos para imputação ao tipo. Mas quando se trata de alguns temas político-criminais, por azar, parece que qualquer cidadão tem conhecimento suficiente para participar da discussão, já que as verdades parecem certas e confirmadas pela imprensa desinformada e policialesca. Em situações como essas, valeria recordar que existe um princípio de limitação funcional que não foi levado em consideração pelas propostas de

reforma da lei penal: o *princípio da resposta não contingente*, de que trata **Baratta**, explica que a lei penal é um ato solene de resposta aos problemas sociais gerais e duradouros da sociedade e por isso mesmo não pode ser uma resposta imediata de natureza administrativa.

3. Fora essa tentativa – equivocada – de fazer democrático algo que já nasceu autoritário, pelo menos os *trabalhos da subcomissão da parte geral* mostraram-se, pelo pouco que se conseguiu entrever, *obscuros e arbitrários*. Por exemplo, o antigo relator da subcomissão geral, advogado Rene Ariel Dotti, postou na Internet, numa página pessoal que mantinha num jornal paranaense, algumas considerações sobre a reforma. Depois veio à UFPR, por iniciativa de grupos de estudos, para explanar alguns pontos da reforma, muito embora naquela oportunidade, mesmo no seio acadêmico, restou suprimida qualquer possibilidade de debate. E recentemente informou no *Boletim do IBCCRIM* (nº 234) seu afastamento dos trabalhos da Comissão, ao tempo em que apresentou publicamente o relatório das atividades e propostas. Alegou, em síntese, que alguns setores da sociedade civil esperam um Código Penal de extremado rigor, o que contraria sua posição pessoal. Aduziu também que a eventual prorrogação do prazo de conclusão não pode suprir os equívocos, as dúvidas e as incertezas resultantes da celeridade como obstáculo para a elaboração de premissas essenciais de uma autêntica reordenação positiva. Isso tudo, de fato, é verdade. Mas também não é mentira que esse reconhecimento de falhas pelo próprio ex-relator, por certo, não as apaga, pois boa parte desses defeitos foram plantados por ele mesmo, que deveria, por responsabilidades cívica e moral, ter dado maior publicidade aos temas propostos, num diálogo com os penalistas de todo o Brasil. Não o fez em sua própria cidade e por certo não o faria fora daqueles muros. E basta saber que em Curitiba realizou-se reuniões (dias 16 e 17.03), sem que ninguém, salvo provavelmente os advogados do escritório de advocacia do ex-relator, tivesse conhecimento. E basta ver do próprio relatório por ele apresentado que a eliminação da frase inicial do art. 21 e a nova redação do inciso II do art. 18, ambos do vigente Código Penal, foram propostas por advogados de sua banca. E vou mais longe nessa mescla de interesses privados e públicos: inacreditavelmente e de forma inovadora, o então relator tentou dar nova redação ao inciso I do art. 18 do Código Penal, definindo na lei o que se entende por dolo eventual: haveria crime “*doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado*”. Mas, por coincidência, nada obstante existam na doutrina continental mais de dez conhecidas teses sobre dolo eventual e quase nenhum Código Penal ouse apresentar um conceito, porque isso é trabalho da doutrina, o então relator selecionou justamente aquela definição que ele próprio defende, como advogado, no polêmico e conhecido processo penal de homicídio de trânsito por dolo eventual a que responde um jovem e ex-parlamentar paranaense.

4. Por fim, chego ao ponto a que queria chegar: o *espírito, a ideologia ou o fim-político criminal* que se revela das propostas. Três possibilidades teríamos nessa altura do campeonato: um viés conservador e reacionário; um viés garantista, liberal e transformador; ou viés nenhum, por completa ausência de marcos teóricos. No geral, penso que o norte político-criminal da reforma é conservador e reacionário. Em outros tantos aspectos, é nenhum. E em quase nada, é garantista, liberal e transformador. E digo isso não apenas pela forma impositiva com que se desenvolveram as atividades, mas pelo próprio conteúdo das propostas. Na parte geral, mantêm-se de forma absurda a anacrônica, religiosa e anticientífica ideia de pena como retribuição da

culpabilidade (art. 75). Segue-se mantendo a legítima defesa como há dez mil anos atrás, sem limitações ético-sociais que poderiam resolver os casos problemáticos de violência privada (art. 30). Define-se dolo, o que é função da doutrina (art. 18). Pensa-se na criminalização da pessoa jurídica, sem resolver os graves problemas dogmáticos existentes (art. 41). Positiva-se o princípio da insignificância como se fora um problema de culpabilidade, quando o próprio princípio da lesividade, adotado expressamente no art. 14, por si só demonstra que se trata de um problema de exclusão da tipicidade material. Mantêm-se, como agravantes, na determinação da pena, dois óbvios resquícios de Direito Penal de autor, que são os antecedentes criminais e o autoritário instituto da reincidência (art. 77, I e II), ainda que agora de forma mitigada (parágrafo único do art. 77). Não se enfrentam os temas urgentes como a questão da criminalização do aborto (bastaria um sistema justo de indicações e prazos), o que leva milhares de mulheres pobres não à pena privativa de liberdade, mas à pena de morte (arts. 125 e 126). Coloca-se a eutanásia como homicídio privilegiado, quando deveriam ser respeitados a autonomia da pessoa humana e o direito da família de barrar o sofrimento desnecessário (art. 122). Nada se faz de substancial sobre a violência policial (embora, corretamente, tenha sido suprimido o delito de desacato, ainda restam os tipos de resistência e desobediência, que são portas abertas ao ocultamento de torturas, lesões, estupros e mortes). Insiste-se, contra toda doutrina mundial, na guerra perdida contra as drogas, ainda que timidamente se avance na descriminalização do uso, evitando, com isso, tornar o art. 14 mais um princípio de letra morta. Renovam-se intentos de administrativização, em temas de meio ambiente e produto, reservando ao Direito Penal uma função meramente simbólica. Criminaliza-se o terrorismo, em que pese todos os problemas que podem surgir pelo uso político. Por sorte, neste ponto, está excluída expressamente a criminalização dos movimentos sociais (§ 7.º do art. 239). Continua-se com a pena privativa de liberdade como regra, por meio de alongamento do tempo de prisão para 40 anos (art. 91), em que pese ser uma brutal violência institucional historicamente fracassada (só as funções reais, que consistem na reprodução do sistema social vigente, explicam a sobrevivência histórica da pena de prisão). E, ao mesmo tempo, não se suprime a degradante pena de prisão de curta duração, quando se poderia aqui utilizar não penas alternativas, mas alternativas à pena.

5. Essas são, pois, algumas singelas considerações críticas sobre a metodologia e orientação dos trabalhos da Comissão de Juristas, a fim de contribuir para produção de um Direito Penal brasileiro verdadeiramente democrático e liberal. Mas se as coisas seguirem na direção que imprime o anteprojeto de reforma da legislação penal brasileira, não se vai encontrar – e talvez nem se queira – qualquer alternativa para construção de um Direito Penal melhor, nem algo melhor que o Direito Penal, como queria **Radbruch**. Quem viver e conseguir desfrutar de alguns poucos espaços de liberdade – e certamente essas liberdades serão exercidas em círculos privados –, logo verá que se perpetua a morte – já outrora anunciada – do Direito Penal humanitário, democrático e liberal, jamais consolidado, embora conquistado pelo derramamento de muito sangue.

**Jacson Zilio**

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade  
Pablo de Olavide de Sevilla/Espanha.  
Promotor de Justiça.

#### 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 do Mato Grosso do Sul

Associação dos Delegados de Polícia do Mato Grosso do Sul - ADEPOL/MS

##### PARANÁ

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

##### RIO GRANDE DO SUL

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

##### 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

# Asilo diplomático para Julian Assange?

## A decisão do governo equatoriano não é juridicamente sustentável. No entanto, a sua embaixada é inviolável

Kai Ambros<sup>(1)</sup>

A autopromoção midiática conseguida por Julian Assange na luta pela liberdade de expressão no âmbito mundial cumulada com a disputa diplomática entre o Reino Unido como representante do “império” e o Equador como representante do “Sul oprimido” e “defensor de perseguidos políticos” têm desviado há tempos o olhar sobre a verdadeira causa para a privação da liberdade de Assange em Londres: A execução de um mandado de detenção europeu emitido pela Suécia em 18 de novembro de 2010 contra Assange por ser acusado de ter cometido estupro e “assédio sexual” contra duas mulheres suecas neste país. Em teoria, tal mandado deve – conforme o princípio de reconhecimento mútuo que impera no direito de assistência judiciária da União Europeia (UE) e que é o alicerce da decisão-quadro “relativa ao mandado de detenção europeu e aos procedimentos de entrega entre Estados-Membros” de 13 de junho de 2002 – ser executado imediatamente pelo Estado solicitado, na terminologia da UE denominado “Estado-Membro de execução” (neste caso a Grã Bretanha). Contudo, a realidade é distinta, porque a aplicação interna do mandado de detenção varia muito nos Estados-Membros e, em particular, às vezes estão previstos amplos recursos. Dessa maneira, Assange pôde aproveitar completamente a tramitação das três instâncias inglesas até a denegação definitiva de seu recurso pela Suprema Corte – depois de mais de um ano e meio – em 30 de maio deste ano.

Para os conhecedores do Direito Europeu isso não foi algo surpreendente, de modo que o refúgio de Assange na embaixada do Equador em 19 de junho pode ser interpretado apenas como uma continuação de sua luta com meios políticos. Assim, não surpreende que a motivação detalhada na declaração emitida pelo Ministério das Relações Exteriores do Equador para a concessão do “asilo diplomático” em 16 de agosto não diga nada sobre os fatos que fundamentam o mandado de detenção em questão, exceto quando menciona de forma imprecisa um “processo legal em curso” e uma “atitude contraditória” por parte da Procuradoria sueca (cf. Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Integración n. 042. Disponível em: <<http://www.mmree.gob.ec/2012/com042.asp>>). Por sua vez, o presidente Correa manifestou-se rapidamente em seu programa de televisão estatal em 18 de agosto, afirmando que “do que se acusa o Sr. Assange na Suécia não é crime na América Latina” [sic] (cf. Enlace Ciudadano n. 285. Disponível em: <[http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34903:enlace-ciudadano-nro-285-desde-el-parque-recreacional-jipiro-loja-loja&catid=43:enlaces-ciudadanos-todos&Itemid=67](http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=34903:enlace-ciudadano-nro-285-desde-el-parque-recreacional-jipiro-loja-loja&catid=43:enlaces-ciudadanos-todos&Itemid=67)>), algo que, se fosse verdade (e felizmente não é, veja simplesmente o art. 505 e ss. do Código Penal do próprio país de Correa), “catapultaria” o continente de volta ao machismo desenfreado. No entanto, o Equador – assim se pode ler – havia dirigido-se às autoridades diplomáticas do mais alto escalão dos Estados afetados (Austrália, EUA, Reino Unido e Suécia) solicitando especialmente a garantia de não reextradição aos EUA por parte da Suécia; ademais solicitaram às autoridades suecas que tomassem as declarações de Assange na embaixada. Mas, como estes esforços não lograram êxito e não se podia excluir a possibilidade de uma extradição ulterior para os EUA, onde – segundo indicam – Assange corre o risco de uma perseguição política e de um tratamento cruel, havia, então, que se promover o pedido de asilo (cf. Comunicado cit.).

Esta argumentação não resiste a uma análise jurídica sóbria, visto que ignora as estruturas básicas do direito de extradição (europeu) e faz uso da figura do asilo diplomático que é um instituto jurídico não reconhecido pelo

Direito Internacional. Quanto ao direito de extradição, deve advertir-se que uma reextradição automática a um terceiro Estado não é possível nem no direito de extradição geral, nem no sistema do mandado de detenção europeu. Em primeiro lugar, um terceiro Estado interessado deve apresentar uma solicitação de extradição por si mesmo, sobre a qual o Estado solicitado teria que decidir conforme as correspondentes relações jurídicas vigentes. As perspectivas de êxito de uma solicitação dos EUA para a Suécia dependem do Tratado de Extradição entre os EUA e a UE de 2003, o qual modifica eventuais acordos bilaterais (como, por exemplo, o acordo bilateral entre a Suécia e os EUA de 1961, modificado em 1983). Assim, aplica-se, acima de tudo, a exigência de dupla incriminação que exige que as acusações feitas contra Assange pelos EUA também tenham que ser puníveis na Suécia. Além disso, também poderiam existir impedimentos à extradição. Os membros da UE (que são 27), bem como todos os Estados parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos (que são 47, incluindo todos os Estados-Membros da UE) podem recusar a extradição, com base na Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, por existir a ameaça de pena de morte e de tratamento cruel e degradante (por exemplo, por meio de sua detenção no chamado corredor da morte). Assim se deve entender a garantia dada há alguns dias pela Suécia de não extraditar Assange caso haja a ameaça de uma pena de morte, assunto praticamente natural para um Estado que está vinculado pela Convenção. Se, além disso, quiserem os EUA processar criminalmente Assange por delitos políticos puros, como alta traição e espionagem, há também o impedimento de extradição por delito político. Sem prejuízo destas condições gerais de admissibilidade, o reconhecido princípio da especialidade também poderia ser oposto à extradição. Então, o Estado (originariamente) solicitante (Suécia) poderá processar o extraditado somente pelos fatos constantes em seu pedido e a sua posterior extradição pressupõe o consentimento do Estado (originariamente) solicitado (Grã-Bretanha). Isso também é válido no direito do mandado de detenção europeu na relação dada entre o “Estado-Membro emissor” e o “Estado-Membro de execução”, neste caso entre Suécia e Grã-Bretanha (cf. art. 28(4) da aludida Decisão-Quadro). Naturalmente, o consentimento do Estado solicitado para a posterior extradição nunca pode ser excluído com total segurança, mas também aquele está sujeito ao direito de extradição aplicável; no caso concreto, então, apenas se dará a extradição se a mesma não for inadmissível pelas razões mencionadas.

Com relação à concessão de asilo diplomático, o governo equatoriano ignora que este não está reconhecido no Direito Internacional, embora casos de refúgios em embaixadas estrangeiras se apresentem repetidamente. Já em 1950, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) declarou em seu primeiro “caso de asilo”, por ocasião do refúgio do político peruano Raúl Haya de la Torre na embaixada da Colômbia em Lima, que tal direito só pode ser reconhecido por um fundamento jurídico explícito. Isso se deduz do fato que constitui uma ingerência nos assuntos internos do Estado territorial quando o Estado acreditante concede asilo diplomático impedindo que o refugiado seja submetido à administração da Justiça nacional. Com efeito, essa ingerência distingue fundamentalmente o asilo diplomático da concessão de asilo clássica que o Estado territorial outorga às pessoas que se encontram em seu território nacional. A Convenção (latino-americana) sobre Asilo Diplomático de 1954 não altera em nada a antijuridicidade deste tipo de asilo, porque esta se limitou ao âmbito do Direito Internacional Regional. Ou seja, ele

só pode ser invocado em um caso ocorrido em território latino-americano, mas não pode pretender ter efeitos mais além. Além disso, esta convenção prevê o asilo apenas para perseguição política e não para “delitos comuns”. Logo, de modo resumido, o Direito Internacional reconhece no máximo, em casos extremos – como, por exemplo, em uma guerra civil e em perigo de morte para o afetado – a possibilidade de um refúgio temporal em uma embaixada. No caso de Assange, é evidente que esta exceção não se aplica. Por tal razão, também, a exigência do Equador de salvo conduto é infundada, mas há a possibilidade das autoridades britânicas prenderem Assange assim que ele abandone a sede diplomática.

De todo modo, também é certo que a ilegalidade internacional do asilo diplomático deixa intacto o princípio da inviolabilidade das sedes diplomáticas, tal como está reconhecido sem restrições na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, que goza de vigência universal. Isso se aplica inclusive se as instalações da missão sejam utilizadas inapropriadamente, como, por exemplo, para o planejamento de um delito ou justamente para a concessão de um asilo diplomático. Embora seja verdade que a correspondente lei britânica de 1987 (cf. Diplomatic and Consular Premises Act 1987. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/46>>) autorize o Secretário de Estado a pôr termo à inviolabilidade das instalações diplomáticas, esta medida não só é pouco popular na prática britânica – não menos, devido ao seu perigoso precedente – como, acima de tudo, uma medida assim teria de ser permitida pelo Direito Internacional. As contramedidas admissíveis contra o asilo diplomático se depreendem, no entanto, apenas da Convenção de Viena, que representa um sistema fechado em si mesmo (*self-contained regime*) com clara primazia do princípio da inviolabilidade. Dessa forma, embora o Estado receptor possa declarar como *persona non grata* os membros da embaixada e até mesmo romper completamente as relações diplomáticas com o Estado acreditante (o que implicaria no fechamento da embaixada), o mesmo não pode tomar nenhum tipo de medidas para anular a inviolabilidade. Tais medidas entram em consideração se houver no máximo uma infração grave ao Direito Internacional do Estado acreditante, o que daria um direito de legítima defesa ou de estado de necessidade ao Estado receptor. Geralmente, no caso de asilo diplomático não se pode partir disso, especialmente porque a CIJ – em sua terceira decisão no caso de Haya de la Torre – declarou que o Estado acreditante que concede o asilo diplomático – apesar de sua

contrariedade ao Direito Internacional – não tem que entregar o refugiado às autoridades do Estado territorial.

Nesta situação jurídica, o mais razoável para a Grã-Bretanha seria não fazer nada e esperar até o momento em que Assange abandone a embaixada para capturá-lo. A Assange, de fato, unicamente lhe cabe a utilização de um veículo da embaixada, posto que este pode ser parado (até rebocado) mas não revistado. Ademais, a Grã-Bretanha deveria levar em consideração a possibilidade de submeter o caso à CIJ. Se o Equador tentar impedir a sua remissão, entraria em contradição com a sua postura amigável perante o Direito Internacional. A CIJ confirmaria a ilegalidade do asilo diplomático e talvez a Assange e seus seguidores lhes seja lembrado algo que já foi dito em 1950: A concessão do asilo não pode ir contra ao exercício da administração da justiça.

É claro que, e para voltar ao que foi dito ao início deste comentário, o caso Assange tem um sabor político que dificulta que ambos os lados se deixem influir por argumentos jurídicos objetivos. De todo modo, para alguns intelectuais e jornalistas latino-americanos pode parecer uma piada de mal gosto o fato de que um presidente que tenha sido fortemente criticado por organizações nacionais e internacionais de direitos humanos pela perseguição de seus opositores em seu próprio país – a exemplo dos presidentes que mais lhe apóiam (em particular, Hugo Chávez e Daniel Ortega) – agora se apresente como um intransigente defensor da liberdade de expressão e imprensa no âmbito mundial. Como bem disse meu prestigioso colega **Enrique Gimbernat** em um artigo publicado no *El Mundo* de Madri, em 21 de agosto: “*Correa só deveria se ocupar em defender a liberdade de expressão de distantes cidadãos australianos quando tiver deixado de tentar... amordazar os jornalistas de seu próprio país*”.

#### Nota

- (1) Tradução do espanhol de Orlindo Francisco Borges e revisão de Eneas Romero.

**Kai Ambos**

Professor Titular de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha). Juiz do Tribunal Estadual (*Landgericht*).

## Medidas assecuratórias e a alteração na lei de lavagem de dinheiro

*Tiago Cintra Essado*

A recente alteração na Lei de Lavagem de Dinheiro, promovida em razão do advento da Lei 12.683/2012, impõe ao intérprete e aplicador do direito a necessidade de bem atentar-se para o que mudou e em que medida. Nesse sentido, o presente estudo cuidará de analisar os aspectos que dizem respeito às medidas assecuratórias.

A anterior redação do art. 4.º da Lei 9.613/1998 possibilitava ao juiz, de ofício, ou a partir de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, o decreto da apreensão ou do sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, frutos dos crimes previstos na referida lei. Com a alteração, o legislador optou pelo uso constante da terminologia medidas assecuratórias, em substituição àquelas. Medidas assecuratórias são tratadas no Código de Processo Penal como gênero (Cap. VI, Tít. VI, Livro I), do qual são espécies o sequestro (CPP, art. 125), a hipoteca legal (CPP, art. 134) e o arresto (CPP, art. 136).

Quanto a isso, cumpre ressaltar que o sequestro volta-se aos bens adquiridos com os proventos da infração, visando à declaração de perda, enquanto que a hipoteca legal e arresto incidem sobre o patrimônio lícito, com o fim de garantir a reparação do dano, multa e despesas processuais.

Antes da reforma, era estabelecido o prazo de 120 (cento e vinte dias) para o ajuizamento da ação penal, a contar da data de conclusão da diligência de efetivação das medidas assecuratórias, sob pena de levantamento (antiga redação do § 1.º do art. 4.º). É certo que tal prazo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não era peremptório e a depender das circunstâncias do caso, sobretudo levando em conta a complexidade, a renovação poderia ocorrer, com fundamento na proporcionalidade.

A nova lei suprimiu o prazo. Contudo, determinou a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, naquilo que não guardar incompatibilidade com as novas disposições (art. 17-A). Assim, cabe

a seguinte indagação: aplica-se ou não subsidiariamente o prazo de 60 (sessenta) dias, previsto para o ajuizamento da ação penal na hipótese de aplicação da medida cautelar de sequestro (CPP, art. 131, I)?

Não se afigura razoável imaginar que o legislador, ao proceder à eliminação do prazo para ajuizamento da ação penal, pretendeu deixar a acusação com o tempo que bem entender para a oferta de denúncia, mediante o convívio com bens, direitos e valores assegurados. Se o prazo de 120 dias era reduzido, as circunstâncias do caso concreto podiam bem evidenciar a necessidade de prorrogá-lo, o que já vinha sendo temperado pela jurisprudência, conforme observado.

Assim, a interpretação mais razoável, em conformidade com princípios e garantias constitucionais, é a que deduz ser, nesse caso, aplicável subsidiariamente o Código de Processo Penal, chegando-se, pois, ao prazo de 60 dias para o oferecimento de denúncia, nas hipóteses de efetivação das medidas assecuratórias, sob pena de levantamento (CPP, art. 131, I). Também não se vislumbra razão para que o anterior posicionamento jurisprudencial seja alterado, na medida em que houve redução de metade do prazo, a partir da interpretação indicada.

Inovação interessante consistiu na introdução do instituto da alienação antecipada (art. 4.º, § 1.º), à semelhança do previsto na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, art. 62, § 4.º). Assim, com o fim de preservar o valor e utilidade econômica dos bens sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou mesmo em razão da dificuldade de manutenção, pode-se proceder à alienação antecipada. Nesse aspecto, cabe ressaltar o caráter amplo para o alcance da expressão dificuldade de manutenção, o que pode dar ensejo a abusos, com o fim de rapidamente promover a alienação antecipada. Com efeito, para aplicação exclusiva desse pressuposto, haverá de existir fundamentação razoável, calcada em demonstração fática e precisa da aludida dificuldade.

A nova lei introduziu o art. 4.º-A, instituindo o procedimento para a aplicação da alienação antecipada, que, em síntese, prevê a avaliação dos bens, definição do valor, com alienação via leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% do avaliado (art. 4.º-A, §§ 2.º e 3.º). Procedente o leilão a quantia apurada será depositada judicialmente, no aguardo do desfecho da ação penal.

Na hipótese de condenação, no tocante ao destino do valor depositado, decorrente da alienação antecipada, o legislador rompeu com a tradição de declarar a perda do bem em favor da União (CP, art. 91, II, *b*) para, desta vez, definir o destino a partir da competência do processo. Se da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, o valor é incorporado ao patrimônio da União; do contrário, se da competência da Justiça Estadual, o valor segue para o respectivo Estado (art. 4.º-A, § 5.º, I).

A redação do § 2.º do art. 4.º também foi alterada. Manteve-se o dever de o juiz liberar, total ou parcialmente, os bens, direitos e valores comprovadamente lícitos no tocante à origem, contudo ressaltou a possibilidade de manutenção da medida assecuratória no montante

suficiente e necessário para a garantia da reparação do dano e pagamento de prestações pecuniárias, multas e despesas processuais. Nesse ponto foi feliz o legislador, pois em conformidade com o sistema das medidas assecuratórias previsto no Código de Processo Penal, desvinculou da origem ilícita o patrimônio do acusado destinado a suportar a reparação do dano, pagamento de multa e prestação pecuniária e custas processuais. Vale lembrar que o sequestro vincula-se ao bem litigioso, derivado da infração penal, enquanto que a hipoteca e arresto incidem sobre o patrimônio lícito do acusado.

Dentro do tema, o legislador deu nova redação ao § 4.º do art. 4.º, possibilitando o decreto de medidas assecuratórias sobre bens, direitos e valores para reparação do dano, seja decorrente da infração penal antecedente ou da prevista na Lei de Lavagem de Dinheiro, bem como para o pagamento de prestação pecuniária, multa e custas. Nessa hipótese, a medida assecuratória deve recair sobre o patrimônio lícito do acusado.

Diferentemente, a medida assecuratória prevista no art. 4.º, *caput*, vincula os bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, ao fato criminoso. Assim, a previsão normativa referida deve recair sobre o instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro ou das infrações penais antecedentes.

Se o caso recomendar a nomeação de pessoa para administração dos bens sujeitos a medidas assecuratórias, caberá ao Ministério Público requerer o que entender cabível para que a administração seja a mais adequada possível (art. 6.º, parágrafo único). Assim, a gestão do bem assegurado afigura-se verdadeiro dever jurídico da acusação, que deve velar, no plano processual, pela preservação econômica dos bens, valores e direitos assegurados. Quem tem a faculdade de requerer a medida assecuratória, tem o correlato dever de garantir que ela cumpra sua específica finalidade, qual seja, a de preservação do valor do bem assegurado, visando à utilidade e efetividade do processo penal.

Em síntese, eis aí um panorama das alterações ocorridas, quanto às medidas assecuratórias, em função da Lei 12.683/2012. Percebe-se a tendência legislativa em dar maior atenção aos efeitos patrimoniais decorrentes do processo penal, o que vai ao encontro de normas internacionais e da legislação estrangeira. O importante será acompanhar de perto como isso irá repercutir no plano prático, de modo a evitar omissões indevidas e ações abusivas.

*Tiago Cintra Essado*

Doutorando em Direito Processual Penal pela  
Faculdade de Direito de São Paulo.

Membro do ASF – Instituto de Estudos Avançados  
em Direito Processual Penal.

Promotor de Justiça.

# Uso indevido da prisão provisória: a cultura punitiva em números

*Márcia Adriana Fernandes*

As considerações que seguem integram os resultados da pesquisa<sup>(1)</sup> “Avaliação do impacto da assistência jurídica na vida dos presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro”, realizada no período de junho de 2010 a junho de 2011.

Um dos principais objetivos da pesquisa era verificar o impacto

da assistência jurídica na vida dos presos provisórios no que se refere à garantia de acesso aos direitos constitucionais da ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Para tanto, durante um ano, presos provisórios<sup>(2)</sup> encarcerados em 10 distritos policiais na cidade do Rio de Janeiro receberam assistência jurídica gratuita dos

advogados/pesquisadores vinculados ao projeto.

A partir da intervenção dos advogados/pesquisadores foi possível observar o comportamento do Poder Judiciário no enfrentamento dos pedidos de Liberdade Provisória e/ou Relaxamento de Prisão. O acompanhamento jurídico desde a carceragem permitiu analisar e compreender o processo, na perspectiva dos acusados.

O uso indevido da prisão provisória tem sido objeto de preocupação das autoridades judiciárias do Brasil. O Conselho Nacional de Justiça realiza periodicamente mutirões no sistema carcerário. Em pouco mais de um ano de atividades mais de 20 mil presos foram colocados em liberdade.<sup>(3)</sup> Assim como nos mutirões, ao longo da pesquisa, nos deparamos com vários casos de prisões provisórias ilegais.

Os resultados da pesquisa evidenciam que juízes e promotores de justiça não trabalham com a ideia de que a prisão preventiva é uma medida excepcional e provisória. Nesse aspecto, a virtude da pesquisa reside no fato de demonstrar que *de cada três presos provisórios*, cujos casos foram acompanhados até a sentença (339 de 575 processos), *dois presos permaneceram privados da liberdade durante o processo para ao final serem colocados em liberdade*.

Constatou-se que 30,1% dos réus foram condenados a pena privativa de liberdade, 27,7% obteve a suspensão condicional do processo, 16,5% teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, em 8,8% dos casos o processo foi arquivado, 5,3% foram absolvidos, 3,2% tiveram a conduta desclassificada e, em 8,3% dos casos ocorreram outras situações.

Considerando que em 70% dos casos os réus não receberam uma pena privativa de liberdade, ainda que condenados, resta evidente a falta de análise da homogeneidade da prisão provisória e o resultado do processo. Esta situação evidencia o uso indevido da custódia cautelar, na medida em que as pessoas foram privadas da liberdade durante o processo para, ao final, serem colocadas em liberdade.

Outro aspecto que chama a atenção é o perfil de crimes acompanhados pela pesquisa: presos acusados de praticar crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa. Para esses casos, considerados pelo Poder Judiciário como de médio potencial ofensivo, a prisão preventiva funciona como verdadeira antecipação de pena.

Os resultados da pesquisa apontam que vários fatores contribuem para o uso indevido e ilegal da prisão provisória: da burocracia à cultura punitiva dos juízes que mantêm as pessoas privadas da liberdade durante o processo. Quanto à primeira, a decisão sobre a liberdade pode ultrapassar o período de 48h, e quando é proferida dentro do prazo é mera formalidade.

Some-se a isso a completa desconformidade constitucional das decisões que mantêm as pessoas privadas da liberdade durante o processo. Mantêm-se a privação da liberdade dos acusados por meio de manifestações desprovidas de fundamentação idônea.

Argumentos que padecem de suporte fático minimamente razoável são aduzidos como (des)razão de decidir: *“há indícios suficientes de autoria e materialidade, razão pela qual mantenho a custódia cautelar”*, *“as testemunhas ainda não foram ouvidas em juízo, motivo pelo qual a liberdade é prematura”* etc. Também é comum encontrar decisões “etiquetas”, cujo conteúdo é usado para um processo de furto, tráfico etc.

Desse modo, constatou-se que o princípio da presunção de inocência é violado cotidianamente. Como alerta Coutinho<sup>(4)</sup> a noção de princípio deve ser compreendida como *“motivo conceitual sobre o(s) qual(ais) funda-se a teoria geral do processo penal, podendo estar positivado ou não”*. Desse modo, juízes, promotores de justiça e defensores (públicos ou privados) deveriam assegurar aos réus o *status* de sujeito de direitos, em especial, da liberdade.

Nessa perspectiva, em termos teóricos, tem-se que o princípio da presunção de inocência, garantia de todos os acusados, impõe o

necessário tratamento do indiciado/réu como inocente, estabelecendo, entre outras restrições, a limitação ao uso das prisões cautelares,<sup>(5)</sup> eis que medidas excepcionais. Logo, tem-se que a regra no processo penal acusatório e constitucional é a liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória. É por isso que o uso da prisão no curso da investigação e do processo é restrito. Toda privação da liberdade “prematura”, desprovida de fundamentação, não encontra amparo legal.

Por fim, outro aspecto que contribui para o uso indevido da prisão provisória é a lei processual. No plano formal, em 24h a Defensoria Pública é comunicada da prisão em flagrante. Assim, se o acusado não constituiu advogado particular, em tese, já estaria contando com a assistência da defensoria pública. Importante mencionar que 69,4% dos casos acompanhados pelo projeto foram assistidos pela Defensoria Pública. Entretanto, a efetividade do atendimento só se dá após a citação (que ocorre, no mínimo, 20 dias após a distribuição do Auto de Prisão em Flagrante).

Uma forma de minimizar o impacto da demora da assistência jurídica na prisão provisória é instituir a audiência de custódia (PL 156/2009), contemplada em instrumentos internacionais de proteção de direitos como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, art. 9.º, 3 (ratificada no Brasil em 09.07.1992) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 7.º, 5 (ratificada em 25.09.1992). Dessa forma, após o encerramento da lavratura do flagrante o acusado seria apresentado ao defensor, promotor de justiça e juiz a fim de decidir sobre a liberdade.

Como se vê, o uso indevido e abusivo da prisão preventiva se deve a vários fatores. Ressalte-se, entretanto, que juízes e promotores de justiça desempenham um papel preponderante na manutenção da custódia cautelar. A pesquisa foi desenvolvida antes do advento da Lei 12.403/2011. Nesse contexto, a cultura punitiva poderia ser justificada pela ausência de outras medidas cautelares diversas da prisão e pela seletividade do sistema de justiça criminal.

A alteração da legislação processual criou um espaço para a construção e solidificação do entendimento de que a liberdade no curso do processo é a regra. Contudo, para modificar o *status quo* é preciso dissociar a função de julgar e acusar da atividade de agentes de segurança pública. Zelar pela legalidade do processo implica, necessariamente, respeito aos direitos e garantias assegurados aos acusados, entre eles, o direito de responder ao processo em liberdade... até o trânsito em julgado.

## Notas

- (1) Pesquisa coordenada pela socióloga **Julita Lemgruber**, cujo relatório está disponível para consulta em: <[www.ucamcseec.com.br](http://www.ucamcseec.com.br)>.
- (2) A seleção dos presos para a assistência jurídica teve como critério a natureza do delito praticado. Assim, trabalhou-se com acusados de praticar crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça à pessoa e tráfico. Contudo, por motivos alheios à vontade dos pesquisadores, não foi possível prestar assistência jurídica a todos os presos provisórios. Para uma melhor compreensão, consultar o relatório disponibilizado no endereço supracitado.
- (3) Notícia veiculada no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 26.06.2011.
- (4) COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Nota Dez/ITEC, 2001.
- (5) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2, p. 47.

**Márcia Adriana Fernandes**

Professora do Núcleo de Prática Jurídica IBMEC/RJ.  
Coordenadora jurídica da pesquisa desenvolvida pela  
Associação da Reforma Prisional.  
Advogada.

# A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*

Giancarlo Silkunas Vay e Pedro José Rocha e Silva

A Lei 12.654/2012, de 28.05.2012, apresenta como uma de suas inovações na ordem jurídica a introdução do parágrafo único ao art. 5.º da Lei 12.037/2009, o qual pretende inaugurar modalidade de identificação criminal concernente em coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, quando for essencial às investigações policiais.<sup>(1)</sup> Em face dessa inovação, parece oportuno enfrentar a seguinte indagação: diante do princípio do *nemo tenetur se detegere*, no caso de o investigado se negar a fornecer seu material genético, poderá dele ser extraído de forma coercitiva?

No que diz respeito às provas que dispensam a cooperação do investigado, parece não existir maiores controvérsias sobre a ausência de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não se exige dele uma atuação contra si mesmo, podendo ser objeto de prova os vestígios deixados na cena do crime ou colhidos em outros locais. Por outro lado, maior atenção parece merecer a colheita de provas que dependam da sua cooperação, uma vez que, em tese, ele poderia se recusar a tanto por não ter o dever de produzir prova contra si mesmo, especialmente, no que diz respeito à coleta de material biológico, nas hipóteses em que impliquem intervenção corporal.<sup>(2)</sup>

Em nome daqueles que entendem pela ausência de violação ao *nemo tenetur se detegere* nesses casos, **Claus Roxin**, comentando a previsão do Código de Processo Penal alemão, que permite a realização de exames genéticos nos suspeitos a fim de averiguações criminais, assevera que o indivíduo não tem o dever de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento ativo, contudo deve suportar intervenções corporais que possam contribuir definitivamente ao reconhecimento de sua culpabilidade como, por exemplo, deixar que se extraia sangue para aclarar eventual responsabilidade. Dessa forma, prossegue o autor, na medida em que se impõe ao sujeito uma obrigação de tolerar, se antepõe o interesse em averiguar a “verdade” sobre o interesse do sujeito em manter em “segredo” sua “informação corporal” e a excluí-la como meio de prova.<sup>(3)</sup> Em consonância com o entendimento do jurista alemão, já se manifestou o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens, ao estabelecer que “o direito de não se auto-incriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente da sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade) por poderes de autoridade, tais como (...) recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de DNA”.<sup>(4)</sup> Esse posicionamento encontra eco, em doutrina brasileira, nas lições de **Eugênio Pacelli de Oliveira**, segundo o qual a vedação à autoincriminação deve se manter circunscrita aos limites do direito de não depor contra si, de não se declarar culpado, bem como de não se submeter às intervenções corporais ilegítimas.<sup>(5)</sup>

Em sentido diametralmente oposto ao retromencionado, a distinção entre texto normativo e norma jurídica é posta em evidência pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do conteúdo do referido princípio, para a qual a vedação à autoincriminação não se restringe ao direito de “permanecer calado”.<sup>(6)</sup> Nessa toada, a doutrina de **Alexis Couto de Brito** e **Humberto Fabretti** relembra que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, em verdade, provém de expressão latina maior: “*nemo tenetur prodere e ipsam, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*”, máxima que abrange não só o direito ao silêncio, mas o de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo ou praticar atos lesivos à sua defesa ou, ainda, a autoincriminar-se.<sup>(7)</sup> Em emblemático julgado, manifestou-se o STF no sentido de que não se poderia obrigar sujeito, em ação de investigação de

paternidade, a ser conduzido a laboratório “debaixo de vara” para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA.<sup>(8)</sup> No aludido julgado, o relator Min. Marco Aurélio salientou ser “irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame” e, acompanhando-o, o até então Min. Sydney Sanches destacou “repugnar à natureza das coisas e à própria natureza humana compelir alguém, contra sua vontade, a servir como objeto de prova, com violação à intimidade até do corpo”. Nessa linha de raciocínio, a doutrina de **Aury Lopes Jr.** é no sentido de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* constitui direito de defesa pessoal negativa do acusado em geral, tratando-se o direito de silêncio apenas de uma manifestação de um direito muito maior (nada a temer por se deter),<sup>(9)</sup> “segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer o seu direito de silêncio quando do interrogatório”.<sup>(10)</sup> Assim, “o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc.”<sup>(11)</sup> Para o doutrinador, inclusive, poder-se-ia estabelecer uma comparação entre submeter alguém a uma intervenção corporal sem o seu consentimento ser, em suma, o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão de acusado que se recusa a falar.<sup>(12)</sup>

Entendemos por correta a segunda posição – da violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* quando da intervenção corporal no investigado contra a sua vontade, senão pela força do argumento exposto por **Aury Lopes Jr.**, pela própria lógica estrutural do processo penal brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988.

As normas de Direito Processual Penal em nosso ordenamento jurídico devem ser interpretadas à luz da Constituição, uma vez que nela encontram seu fundamento de existência e de validade. Assim, diante do modelo de processo penal por ela traçado – de cunho eminentemente acusatório –, em razão da garantia da inércia da jurisdição, do direito à ampla defesa e ao contraditório a ser exercido por advogado ou defensor público (funções essenciais à Justiça), bem como do estabelecimento de um órgão Estatal próprio para exercer a função acusatória (Ministério Público); temos por bem delineados os papéis das partes na relação processual: juiz inerte e afastado da produção das provas (imparcial), órgão acusador interessado na produção de provas que comprovem a responsabilidade penal daquele que está a acusar; defesa interessada em resistir à pretensão acusatória. Nesse modelo, amparado ainda pelo princípio do estado de inocência, o ônus em comprovar os fatos alegados é única e exclusivamente da acusação, competindo à defesa, no mais, apresentar prova em sentido contrário à pretensão acusatória tão somente para rechaçá-la por completo, sendo verdade que, se tal medida não for feita, ainda assim a absolvição se imporia caso o conjunto probatório apresentado pelo órgão acusador não fosse suficiente para comprovar a culpabilidade do acusado.

Diante desse cenário, o princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser compreendido como a impossibilidade de se exigir do acusado comportamento em descompasso com a posição que ocupa no processo: de resistência. Não deve o Estado-juiz, por ser inerte e imparcial, obrigar que o acusado colabore para que o órgão acusador se desincumba de um ônus que é seu, facilitando, inclusive, a prolação de uma sentença a seu juízo desfavorável. Entender o contrário seria exigir um inexplicável *venire contra factum proprium*, o que absolutamente não pode ser admitido em um Estado que tem por princípio a dignidade da pessoa humana.

E nem se diga que em razão de uma suposta supremacia do interesse público se justificaria excepcionar o princípio do *nemo tenetur se detegere* no

caso em concreto, como por alguns já foi defendido,<sup>(13)</sup> uma vez que quando se está a falar em direitos individuais (fundamentais), em muito se distancia a conceituação dicotômica de “interesse público” e “interesse privado” tão própria do Direito Administrativo – um maniqueísmo grosseiro.<sup>(14)</sup> Quando se está a falar em relativizar garantias fundamentais do acusado, por certo se está a falar em relativizar garantias fundamentais de toda a sociedade que, um dia, poderá se ver na pessoa daquele acusado. Acontece que a liberdade, diferentemente do poder de punir, encontra fundamento intrínseco no ser humano, algo já reconhecido por inúmeros tratados internacionais em âmbito universal e regional, devendo sua incidência ser interpretada no sentido de sua máxima efetividade. O poder de punir, por outro lado, é que necessita buscar uma legitimação para justificar sua existência. Assim, se diante um caso concreto surgir dúvida sobre a possibilidade de se relativizar garantia fundamental do acusado em face de uma suposta posição favorável à pretensão acusatória, percebe-se uma exata hipótese em que, pelo contrário, é a pretensão acusatória que deva ser relativizada em nome da preservação de um direito de maior grandeza.<sup>(15)</sup> Caso assim não se proceda, cairemos naquela situação que o professor **Alexis Couto de Brito** tanto chama atenção em sua docência: de nada adianta uma Constituição que preveja direitos e garantias fundamentais se, exatamente quando eles se fazem mais necessários, entenda-se possível relativizá-los de acordo com os sabores da ocasião. Nesse sentido, vale a transcrição das palavras do ex-Ministro do STF Eros Grau que assim se posicionou ao afastar tese de aplicação do princípio (?) da proporcionalidade para relativizar a incidência de uma garantia fundamental: “*esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.*”<sup>(16)</sup>

Neste ponto, concluímos que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, muito além de se limitar ao direito ao silêncio (como, inclusive, positivado na CADH), trata-se do direito que possui o acusado de que o Estado não possa obrigá-lo a colaborar para a sua própria condenação, direito esse diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, toda e qualquer espécie normativa que se apresente ao nosso ordenamento jurídico contrariando tal direito individual (portanto cláusula pétrea), assim como se pretende mediante a possibilidade da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético por meios de intervenção corporal contra a vontade do acusado (mormente nas espécies invasivas), há de ser considerada inconstitucional por com ele não se compatibilizar.

## Notas

- (1) Na hipótese do inciso IV do art. 3.º da Lei 12.037/2009.
- (2) QUELJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo:*

o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 244-261.

- (3) ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 139.
- (4) Stedh, caso Jalloh c. Alemanha, j. 11.06.2006, § XVIII e ss.
- (5) “*A exigência legal de submissão a determinadas ingerências corporais nada tem de inconstitucional, a priori. Poderão sê-lo, todavia, quando: (a) desnecessárias; (b) gravosas; e, (c) interferirem na capacidade de autodeterminação da pessoa*” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Breves notas sobre a não autoincriminação. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, p. 4-5, maio 2011).
- (6) Já se decidiu no STF que o princípio *nemo tenetur se detegere* abrange: a impossibilidade de ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais (HC 77.135); a possibilidade de faltar com a verdade quanto à identidade do réu (HC 75.257); a não obrigatoriedade em participar da reconstituição do fato (HC 69.026); a não obrigatoriedade em fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial (HC 83.096); a não obrigatoriedade de submissão a exame de dosagem etílica (HC 93.916).
- (7) BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo et al. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 192.
- (8) HC 71.373
- (9) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v.1, p. 615.
- (10) Idem, p. 200.
- (11) Idem, p. 201.
- (12) Idem, p. 616.
- (13) BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. *DNA e sua utilização como prova no processo penal*. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos\\_2008/Marco\\_Antonio\\_de\\_Barros\\_2.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pdf)>. Acesso em: 2. jun. 2012.
- (14) LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 11.
- (15) Conforme Robert Alexy, “*nenhuma justificação é suficiente para uma eliminação ou limitação de direitos individuais quando se está diante de casos duvidosos ou de fundamentos igualmente bons em favor do direito individual ou do bem coletivo*” (*Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 197).
- (16) HC 95.009.

## Giancarlo Silkunas Vay

Membro do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD).  
Professor Tutor de Direito Penal e Processo Penal no Complexo Educacional Damásio de Jesus.  
Advogado.

## Pedro José Rocha e Silva

Bacharel pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP).  
Membro do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD).  
Advogado.

# Breves considerações sobre a definição da data-base para a segunda progressão de regime em execução penal

## Domingos Barroso da Costa

É seguro afirmar que a execução penal é uma das temáticas menos exploradas pela doutrina nacional, sendo esse um dos motivos pelos quais o cumprimento de pena no Brasil converte-se em verdadeira *terra de ninguém*, bem refletindo o pouco interesse que se tem quando se está

em jogo o interesse daqueles que suportam os efeitos de uma condenação criminal. Aliás, não é demais lembrar aqui que os submetidos ao sistema prisional brasileiro compõem uma massa de indivíduos já previamente selecionados nos nichos de miséria resultantes das mais variadas omissões

do Estado em conferir, a todos e igualmente, o acesso a padrões mínimos de existência digna.

Serve, a execução penal, aos mais inconfessáveis desígnios, alguns mais, outros menos explícitos. Porém, breves visitas a estabelecimentos prisionais ou simples consultas à vida pregressa dos criminalmente condenados neste país são suficientes à detecção daquela que pode ser considerada a principal – embora não declarada – função da execução penal: a de neutralizar uma parcela de sujeitos desde sempre privados das mais básicas condições de cidadania. Noutros termos, trata-se a execução penal – e, principalmente, a pena privativa de liberdade – de uma forma barata e eficaz encontrada pelo Estado para manter sob controle os rejeitos do capitalismo de consumo neoliberal, que é fundamento de suas políticas econômicas.

Daí converterem-se os cárceres em verdadeiros *depósitos de gente* – com o perdão pelo clichê, na falta de expressão que melhor defina os estabelecimentos prisionais no Brasil. Daí também o por que de não despertarem maior interesse ou terem mais visibilidade os debates que se propõem a uma aprofundada análise do tema, sob os aspectos social, jurídico e político. Afinal, não se trata de questão que renda votos. Ao contrário, pela *boca* da mídia exploradora do discurso da vingança pública mediante o *espetáculo do aprisionamento*, o descaso com a execução penal se instituiu como postura mais simpática à sociedade.

Nesse contexto de culto ao *punitivismo* e confirmação jurídica da exclusão social, quanto mais intransponíveis forem os óbices opostos ao avanço progressivo do apenado rumo à liberdade – tal como previsto na Lei de Execução Penal –, mais aprovação se angariará junto à opinião pública, que, em terras nossas, se confunde com a opinião publicada.

Tem-se, pois, terreno fértil para as mais clamorosas irracionalidades no que concerne à aplicação de nossa LEP, a qual se converte em letra morta pelas penas de grande parte de nossos magistrados, que se recusam a interpretá-la à luz dos princípios constitucionais, com o que terminam por avaliar as mais absurdas omissões estatais.

Uma das questões que se inserem neste *kafkiano* quadro diz respeito à definição da data-base para obtenção da segunda progressão de regime.

Não bastasse a chancela do STF quanto à exigência de exame criminológico para a progressão de regime (HC 103.224/SP e HC 103.209/SP) – em mui questionável ampliação à restrição contida na lei, que, a título de requisito subjetivo, exige “*bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*” (LEP, art. 112) –, é entendimento ainda corrente que se considere como data-base para obtenção da segunda progressão aquela em que proferida a decisão autorizadora do primeiro *avanço* de regime prisional.<sup>(1)</sup> A justificar esse posicionamento, chega-se a afirmar que:

“(…) a antecipação da data de progressão ao dia em que implementado o requisito objetivo é medida que favorece tão-somente aqueles que tardam a implementar o requisito subjetivo,<sup>(2)</sup> isto é, aqueles que mais demoram a demonstrar aptidão para usufruir de regime mais brando” (TJ/RS, Ag 70047887914, 8.<sup>a</sup> Câ. Crim., rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, J. 04.04.2012).<sup>(3)</sup>

Nada mais absurdo.

Afinal, constituindo a *liberdade* direito fundamental (CF, art. 5.<sup>º</sup>, *caput*), qualquer restrição imposta a seu gozo só se faz legítima se autorizada por lei. Assim, se é dever do Estado zelar pelo efetivo cumprimento das leis que soberanamente impõe aos seus cidadãos – e, logo, pelo efetivo cumprimento da LEP –, só resta a conclusão lógica de que ao Poder Público e seus agentes caberia apurar, de pronto, se ao tempo do preenchimento do requisito objetivo-temporal também atendia seu custodiado às *exigências* subjetivas previstas em lei como condições de acesso ao regime mais brando.

Em termos simples: ao tempo do preenchimento do requisito temporal – que é marco objetivo –, o Estado já deve ter apurado o atendimento ou não das condições subjetivas imprescindíveis à fruição do direito à progressão. A superação do marco objetivo sem a apuração quanto ao atendimento das condições subjetivas caracteriza excesso de

restrição e, portanto, só pode ser vista como constrangimento ilegal.

Portanto, ainda que se tomem como *aceitáveis* as limitações do Estado em cumprir com seus deveres em sede de execução penal e se admita a exigência de exame criminológico para a progressão de regime, a sua realização somente após a constatação de preenchimento do requisito objetivo não pode se converter em ônus a ser suportado pelo apenado. Observado o atendimento às *exigências* subjetivas, deve-se considerá-lo retroativamente à data em que preenchido o lapso temporal (requisito objetivo) para obtenção da progressão, devendo aí ser fixada a data-base para obtenção de novo avanço no cumprimento da pena. Somente assim não se impõe restrição maior que a determinada em lei à liberdade – já bastante limitada – do custodiado.

Com razão, portanto, o Desembargador Ivan Leomar Bruxel, do TJ/RS, ao afirmar que:

“(…) uma vez atendido o requisito objetivo, até aquela data já deveriam estar providenciados os elementos a respeito do requisito objetivo [subjetivo].

*Melhor seria, aliás, admitir o processamento do pedido, com certa antecedência, para que, uma vez completado o tempo mínimo necessário, já estivessem concluídas as avaliações, sabidamente demoradas.*

*Pretender que o marco, para nova progressão, seja aquela do efetivo ingresso no novo regime, em caso de progressão, significa que o regime mais rigoroso estendeu-se no tempo”* (Ag 70046377586, j. 01.03.2012).<sup>(4)</sup>

Apesar da resistência de muitos, é de se admitir, pois, a natureza declaratória da decisão concessiva da progressão de regime, como bem fez o Des. Eduardo Brum, do TJ/MG, na decisão cuja ementa se transcreve:

“*Ementa: Habeas corpus – Progressão de regime – Marco temporal – Data em que o paciente fez jus à progressão anterior – Ordem concedida. I – A decisão concessiva da progressão de regime tem caráter declaratório, e não constitutivo, pois apenas anuncia a existência dos requisitos para a progressão. Logo, é possível fixar o marco inicial para obtenção de nova progressão em data anterior à do efetivo reconhecimento na origem, produzindo efeitos a partir de quando o réu preencheu todos os requisitos. II – Ordem concedida”* (HC 1.0000.10.016492-0/000, Publ. 26.05.2010);

Dessa forma, atendidas as exigências objetiva e subjetiva para o gozo da progressão de regime, converte-se ela em direito subjetivo do apenado. Por isso mesmo deve a data de preenchimento do requisito objetivo-temporal ser tomada como marco para obtenção de nova progressão, ainda que posterior tenha sido a constatação quanto ao atendimento das condições subjetivas, uma vez que caberia ao Estado tê-las apuradas ao tempo da superação do lapso temporal pelo apenado. Somente dessa forma se remedia as notórias omissões do Estado no que tange à realização dos exames necessários à verificação quanto ao preenchimento das condições subjetivas para progressão – já que não mais basta o exigido no art. 112 da LEP –, que de modo algum podem converter-se em ônus para aqueles que, em razão delas, já se viram ilegalmente forçados a permanecer por mais tempo que o autorizado em regime mais gravoso.

## Notas

- (1) Tomam-se por referência execuções sem *incidentes* que, pela lei, determinam a alteração da data-base, como é o caso das faltas graves.
- (2) Como se a *tardança* não fosse do Estado, em apurar o atendimento aos requisitos subjetivos.
- (3) No mesmo sentido: TJ/RS, Ag 70047431358, 1.<sup>a</sup> Câ. Crim., rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 25.04.2012.
- (4) Nesse mesmo sentido: TJ/MG, Processo 1.0000.09.489661-0/001(1), rel. Antônio Armando dos Anjos, publ. 17.06.2009.

**Domingos Barroso da Costa**  
Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.  
Especialista em Criminologia e Direito Público.  
Defensor Público/RS.

# Crítica à função punitiva no minimalismo jusracionalista nauckeano

Admaldo Cesário dos Santos

O Direito Penal da globalização tem sido alvo de severas críticas. Entre elas, a nítida presença da necessidade de uma crescente demanda de segurança, diante de novos riscos<sup>(1)</sup> concebidos, o que redundaria em uma franca expansão de sua esfera punitiva, embora deturpando determinada gama de princípios garantistas, conquistados ao longo de sua história.

Como forma de confrontar essa franca expansão tão criticada, eis que surgiu na Alemanha, propugnado por **Naucke**, o *minimalismo jusracionalista*, como uma forma de mitigar esse efeito expansivo.

Para defender sua postura minimalista, **Wolfgang Naucke** recorre a uma concepção punitiva a partir do resgate de uma interpretação punitiva de *bases kantianas*.<sup>(2)</sup> Para o penalista tedesco, já que se vive em meio a um Direito Penal expansivo, um caminho viável a ser percorrido para se evitar essa instrumentalização do Direito Penal em todas as searas, reside na adoção de um *minimalismo jusracionalista*. Para isso, dentro dessa esfera jusracional mínima, passa a considerar como crime apenas a *lesão dolosa da liberdade ou da dignidade da pessoa*,<sup>(3)</sup> ficando de fora da esfera punitiva os delitos culposos e omissivos, a par dos bens jurídicos coletivos – que só devem ser reconhecidos na seara dos delitos de proteção ao Estado<sup>(4)</sup> –, bem como determinadas agressões à propriedade, exceto as gravemente consideradas, havidas por fraude ou coação. Em sede de crimes de *perigo abstrato* e dos demais bens jurídicos coletivos que não firmam a proteção do Estado, advoga **Naucke** a aplicação do *direito de intervenção*.<sup>(5)</sup>

Não obstante se preocupar com o fenômeno expansivo, oferecendo um direito penal mínimo como resposta contundente – com base na volta de um *direito punitivo clássico* e dotado de um conteúdo ainda mais restrito –, **Naucke** o propõe dentro de bases estritamente neutras, concebendo a figura da pena dentro de um quadro eminentemente retributivo, distanciado de qualquer ordem político-criminal.

Nesta senda, o importante para ele consiste em descobrir os aspectos fundamentais de qualquer direito penal que se afigure racional e que, por si só, somente pode ser concretizado se *independe* do arbítrio do legislador, ou de qualquer consideração de ordem política. Dito de outro modo, trata-se da cultura de um Direito Penal cristalizada por uma *cultura penal isenta de política*,<sup>(6)</sup> na qual a *legalidade penal* deve ser concebida e consubstanciada nos termos estritos e rígidos de um *imperativo categórico*,<sup>(7)</sup> devendo ser determinada unicamente pela *razão*, jamais pela política. Pontua que, se a política representa um pensamento utilitarista, cuja tendência tem se revelado pela notória restrição da liberdade cidadã, então, a *pena* não deve ser entendida senão em *sentido absoluto e retributivo*,<sup>(8)</sup> sem correlação alguma com qualquer finalidade. Na mesma linha de Von Liszt, e contrariamente à tese roxiniana,<sup>(9)</sup> o Direito Penal deve constituir a barreira infranqueável da política criminal. A legalidade é apenas a lei, mas lei direcionada pela *razão*, tão-somente, sem jamais poder ser penetrada pela política criminal.

Embora a postura de **Naucke** mereça elogios quanto à preocupação com a tendência atual da política em restringir o direito dos cidadãos, pelo uso do Direito Penal, principalmente nos atuais dias da globalização, e defenda o penalista alemão que a tipificação de alguns crimes se dê somente na esfera da lesão à liberdade e dignidade humanas, algumas considerações sobre o seu pensamento não podem passar despercebidas.

Cotejando a posição de **Naucke** em relação aos princípios e garantias encontrados no Estado Democrático de Direito, encontramos uma patente contradição de sua parte, principalmente em sede de dignidade humana, que ele próprio procura defender, quando considera crime apenas a lesão

dolosa contra a liberdade e a dignidade da pessoa, mencionadas outrora. De nossa parte, a concepção retributiva de pena, centrada na ideia de retribuição compensadora, como defendia **Kant**, não merece prosperar por várias razões. A primeira delas se assenta no fato de que não se pode compreender como um mal cometido (mal do crime) pode ser compensado por outro (mal da pena). Por outro lado, a pena, entendida meramente como retribuição, torna-se incompatível com os pressupostos do Estado Democrático, que condena todo e qualquer tipo de vingança, justamente por não considerar determinados limites e garantias que devem ser observados.<sup>(10)</sup> Aliás, se a pena estatal deve ser uma retribuição pelo mau uso da liberdade – como defendia **Kant** por ocasião do seu *absolutismo retributivo* –, torna-se extremamente incompatível com a dignidade da pessoa humana, por constituir-se um mero espelho de vingança, sem uma finalidade útil e racional.

Vista por outro prisma, a concepção retributiva de pena, centrada em alicerces puramente morais de um imperativo categórico, também não merece albergue. Isso porque, não leva em consideração o aspecto social para o qual a pena estatal deve se voltar. Ademais, a concepção de Estado quando se apresenta como Democrático de Direito, laico e pluralista não pode se consolidar em um imperativo de justiça que tenha por finalidade apenas sancionar atos morais que sejam reputados como pecado ou vício.<sup>(11)</sup> Pensar diversamente, significa incorrer no grande perigo em confundir lei positiva com lei moral ou religiosa, em total afronta ao Princípio da Lesividade. A propósito, um Estado que se presume de Direito Democrático, no qual a vontade deve promanar do povo e não de Deus (ou deuses), esse mesmo Estado, ao cominar uma pena, deve fazê-lo com legitimidade em nome desse mesmo povo, e não em poderes transcendentais ou “*verdades*”<sup>(12)</sup> eminentemente morais, sob pena de se confundir Estado de Direito com transcendentalismo. Eis aqui algumas contradições que devem ser postas em evidência.

## Referências bibliográficas

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – Perspectivas más allá del derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Org.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- \_\_\_\_\_. SENTIDO Y LÍMITES DE LA PENA ESTATAL. PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL. TRAD. ESP. MADRID: REUS, 1976. SANTOS, Admaldo Cesário dos. *Ideologia punitiva e intervenção estatal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

## Notas

- (1) Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 26 e ss. Veja-se, também: HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – Perspectivas más allá del derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Org.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*.

El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 249 e ss.

- (2) Cf. NAUCKE, Wolfgang. Die Sozialphilosophie des Sozialwissenschaftlich Orientierten Strafrecht. In: *Fortschritte im Strafrecht Durch Sozialwissenschaften?* 1983, p. 1 e ss., (especialmente p. 17 e 33), apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18.
- (3) GRECO, Luís. Op. cit., p. 19-20.
- (4) Idem, p. 20.
- (5) NAUCKE, Wolfgang. *Wechselwirkung*, p. 38, apud GRECO, Luís. Op. cit., p. 20.
- (6) GRECO, Luís. Op. cit., p. 18.
- (7) Idem, ibidem.
- (8) Idem.
- (9) Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción

Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 31.

- (10) Criticamente sobre o tema, vide: SANTOS, Admaldo Cesário dos. *Ideologia punitiva e intervenção estatal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 51-53.
- (11) Nesse sentido, cf.: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 46.
- (12) ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Esp. Madrid: Reus, 1976. p. 14.

**Admaldo Cesário dos Santos**

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela  
Universidade de Lisboa (Portugal).

Professor Universitário (Graduação e Pós-Graduação).  
Advogado.

Com a Palavra, o Estudante

## National defense authorization act (NDAA) – um exemplo de direito penal do inimigo?

Marcelo Pichioli da Silveira

Em 3 de março de 2012, entrou em vigor o *National Defense Authorization Act* (NDAA), lei federal estadunidense. Trata-se de uma *executive order* (espécie de “medida provisória” norte-americana), que Obama assinou (curiosamente) em 31 de dezembro de 2011.<sup>(1)</sup>

Este diploma legal é, literalmente, uma carta branca ao exército, porque o autoriza, pela primeira vez em 200 anos, a deter em solo americano (ou fora dele) qualquer “suspeito de terrorismo” (incluindo cidadãos americanos), independentemente da participação do Judiciário. Neste cenário, só resta a conclusão de que qualquer suspeito de participar da *Al-Qaeda*, ou de outras redes terroristas, pode ficar detido por toda a vida sem nunca ser julgado, sem um *devido processo legal*.<sup>(2)</sup>

Geralmente, quando se discutem as teses de **Jakobs** que abarcam o Direito Penal do Inimigo, há uma notável dificuldade em se definir: “*que é inimigo?*”.<sup>(3)</sup> Além disso, existem alguns casos concretos que parecem ser exemplos deste fenômeno observado pelo penalista de Bonn, não sendo diferente com esta *executive order*.

Há tempos **Prittwitz** alertava que “*o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo*”.<sup>(4)</sup> No entanto, se se reconhecer que o que ocorre nos EUA é uma manifestação *stricto sensu* deste Direito Penal do Inimigo, coloca-se abaixo uma opinião do próprio **Prittwitz**, que acusa **Jakobs** de ser o grande responsável por esta face da expansão penalista. Na verdade, **Jakobs** observou um fenômeno (não o criou), e tratou de estudá-lo, tecendo considerações que lhe são próprias, e oportunas para o hodierno momento. Culpá-lo de “*destruir desnecessariamente os limites (...) entre Direito Penal e Guerra*”, como fez **Prittwitz**,<sup>(5)</sup> é algo que beira o exagero e que deve ser rebatido com o reconhecimento de que **Jakobs** não é uma literatura conhecida no âmbito norte-americano.

A *Indefinite Detention Bill* (“lei de detenção por tempo indeterminado”) foi aprovada no Legislativo bicameral dos EUA, vencendo no Senado por 93 votos a 7. A Câmara, por sua vez, inseriu certas emendas que não mudaram o conteúdo mais importante do texto legal.

É claro que algumas repercussões se iniciaram no próprio país. Alguns norte-americanos tratam a lei como uma revolução. Os constitucionalistas denunciam que essa lei lançam os EUA na mesma posição que “*seus fundadores*” estavam quando foram forçados a pegar em armas na defesa da liberdade, em 1.775. A *American Civil Liberties Union* (ACLU)

afirmou: “*for the first time in American history, we have a law authorizing the worldwide and indefinite military detention of people captured far from any battlefield. The NDAA has no temporal or geographic limitations. It is completely at odds with our values, violates the Constitution, and corrodes our Nation’s commitment to the rule of law*”. Um movimento denominado *Stop NDAA* aponta que a linguagem da lei é “*perigosamente vaga*”, e que isso representa um “*golpe catastrófico para as liberdades civis*”.<sup>(6)</sup> **Ron Paul**, candidato às eleições de 2012, afirmou: “*our civilian court system, with the guarantee of real due process, judicial review, and a fair trial, is our strength, not a weakness. It is not an impediment to be sidestepped in the push for convictions or assassinations, but rather a process that guarantees that fundamental right to be considered innocent until proven guilty in a court of law*”.<sup>(7)</sup>

Por óbvio que este exemplo legal remete qualquer leitor atualizado em ciências penais ao *Feindstrafrecht* de **Jakobs**. No entanto, tal visão deve se resguardar em uma cautela fundamental: entender o que é o Direito Penal do Inimigo e se a lei estadunidense tem *total conexão* com os escritos de **Jakobs**.

É preciso salientar que este exemplo dos EUA é uma aberração jurídica sem precedentes, além de nele não se enxergar nem mesmo a divisão entre cidadão (*Bürger*) e inimigo (*Feind*), que estão nas primeiras páginas de qualquer escrito de **Jakobs** sobre o tema. Ainda, ela permite mesmo a punição dos próprios *cidadãos* norte-americanos. Uma coisa é a pregação de suprimir vastas garantias processuais em dados tipos penais (**Jakobs**); outra é anunciar um literal fim do devido processo (caso dos EUA).

Pode-se cogitar, no entanto, que esta manifestação é um Direito Penal do Inimigo *sui generis*. É que a “*exceção*” de Direito, a que tanto se refere **Jakobs**, é oriunda de uma regra geral. Neste caso norte-americano, a exceção parece, em si, uma regra geral.

O próprio **Jakobs** avisa que o *Feindstrafrecht* não deve ser confundido com um processo sumário, nem mesmo com “*crueldade*”,<sup>(8)</sup> rotulando como “*lamentável*” a total privação dos direitos humanos,<sup>(9)</sup> além de não aprovar qualquer lançamento de sua teoria ao fascismo ou ao stalinismo.<sup>(10)</sup>

Ademais, a “*política criminal*” não se confunde com “*política estatal*”, dado este que o próprio **Jakobs** fez questão mencionar.<sup>(11)</sup> Esquecer-se disso é olvidar os dizeres do próprio penalista: “*há de se assegurar ao Direito*

*Penal do Inimigo ao menos uma parte das garantias de Estado de Direito do Direito material e do Direito Processual, não só para torná-lo sustentável para o Estado de Direito, como também para disfarçar a diferença em relação ao Direito Penal do Cidadão, que neste sentido, é totalmente comparável com as medidas de reabilitação e segurança repulsoras do perigo – nesse caso, especialmente a custódia de segurança – as quais, por seu lado, são institutos jurídicos de Direito Penal do Inimigo”.*<sup>(12)</sup>

No entanto, não se pode negar que a lei estadunidense possui laços inevitavelmente atrelados ao Direito Penal do Inimigo. Em suma, tudo o que possa suprimir garantias processuais, visando *segurança*, remete, necessariamente, discussões sobre o tema.

Em planos globalizados, **Hobsbawm** parece ter feito o anúncio deste caminho trágico trilhado pelos EUA: nem mesmo os órgãos internacionais “*tem algum poder efetivo além daquele que lhes é conferido voluntariamente pelos Estados, ou por acordos entre eles, ou graças ao apoio de países poderosos (...). Como apenas os Estados têm o poder real, o risco é que as instituições internacionais se mostrem ineficazes ou carentes de legitimidade ao tentarem lidar com questões como crime de guerra*”.<sup>(13)</sup>

Esta criação legal dos EUA significou um passo que talvez nem o próprio **Jakobs** seja capaz de explicar. Deve-se indagar, destarte, até em que patamar esta política se atrela às lições do Direito Penal do Inimigo propriamente dito, o que significará mais precisão científica para um penalista que vem sendo muito mal interpretado pela doutrina brasileira, que ignora até mesmo os pontos filosóficos abordados no Direito Penal do Inimigo.<sup>(14)</sup>

## Referências bibliográficas

- GRACIA MARTÍN, L. Um beco sem saída: em que momento o inimigo é definido como não-pessoa? In: *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.
- HOBSBAWM, E. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- INFOWARS. *Ron Paul blasts Obama for killing Americans*. Disponível em: <<http://www.infowars.com/ron-paul-blasts-obama-for-killing-americans>>. Acesso em: 4 abr. 2012.
- JAKOBS, G. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gérlia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_; MELIÁ, M. C. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomollo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PRISON PLANET. *Court hears arguments in lawsuit against Obama indefinite detention law*. Disponível em: <<http://www.prisonplanet.com/court-hears-arguments-in-lawsuit-against-obama-indefinite-detention-law.html>>. Acesso em: 4 abr. 2012.
- PRITTWITZ, C. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, p. 43, 2004.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. Rousseau e Direito Penal do Inimigo: necessária revisão. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 20, n. 235, p. 17-18, jun. 2012.

STOP NDAA. *About the NDAA*. Disponível em: <<https://www.stopndaa.org/aboutNDAA.php>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

## Notas

- (1) Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s1867pcs/pdf/BILLS-112s1867pcs.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2012.
- (2) PRISON PLANET. *Court hears arguments in lawsuit against Obama indefinite detention law*. Disponível em: <<http://www.prisonplanet.com/court-hears-arguments-in-lawsuit-against-obama-indefinite-detention-law.html>>. Acesso em: 4 abr. 2012.
- (3) Cf. GRACIA MARTÍN, L. Um beco sem saída: em que momento o inimigo é definido como não-pessoa? In: \_\_\_\_\_. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.
- (4) PRITTWITZ, C. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, p. 43, 2004.
- (5) Idem, *ibidem*.
- (6) STOP NDAA. *About the NDAA*. Disponível em: <<https://www.stopndaa.org/aboutNDAA.php>>; Acesso em: 4 abr. 2012. Trad. do autor.
- (7) INFOWARS. *Ron Paul blasts Obama for killing Americans*. Disponível em: <<http://www.infowars.com/ron-paul-blasts-obama-for-killing-americans>>. Acesso em: 4 abr. 2012.
- (8) JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomollo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63. Jakobs ainda avisa: “o Estado não tem porque colocar em jogo, de forma negligente a sua configuração. Quando se fala em Direito Penal do inimigo, isto não significa ‘Lei do menor esforço’, ‘penas por meros indícios ou suspeitas’ ou, inclusive, ‘esquartejamento público para intimidação’, ou coisas similares”.
- (9) JAKOBS, G. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gérlia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28.
- (10) Idem, *ibidem*.
- (11) Idem, p. 46.
- (12) Idem, p. 47.
- (13) HOBSBAWM, E. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 29.
- (14) Por exemplo, cf. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. Rousseau e Direito Penal do Inimigo: necessária revisão. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 20, n. 235, p. 17-18, jun. 2012.

**Marcelo Pichioli da Silveira**

Estudante de Direito.

Pesquisador discente.

Estagiário do Tribunal de Justiça do Paraná.

## Descasos

# Iolanda

## Alexandra Lebelson Szafir

As pessoas, geralmente, têm uma tendência natural de julgar os outros pensando no que elas próprias fariam se vissem repentinamente transportadas para a situação alheia. Técnica errada, na minha opinião, porque as pessoas, via de regra, não são *transportadas* para determinadas situações. Muitas e muitas vezes, há todo um passado de exclusão e miséria que podemos imaginar, mas não conhecemos, por trás de um ato para nós incompreensível. O caso de IOLANDA é um exemplo disso.

IOLANDA foi a pessoa mais sozinha que eu já conheci. Isso me chamou a atenção desde o primeiro momento. Ex-menina de rua (fugiu de casa para escapar dos maus-tratos do padrasto), não tinha família nem

amigos próximos; ninguém com quem pudesse contar quando precisou de ajuda. Ninguém sequer com quem pudesse desabafar quando enfrentou sérios problemas.

Tinha três filhos, dois deles (uma menina de nove anos e um garoto de seis) com o ex-marido. O mais novo, ainda bebê, com um homem casado com quem tivera um breve caso, o qual fora seu colega de trabalho, e que não lhe dava qualquer apoio financeiro ou emocional. Os mais velhos moravam com o pai, porque a casa dele ficava mais próxima à melhor escola pública. Mas passavam os fins de semana com ela. Há cerca de um ano, tinha perdido o emprego na firma em que trabalhara por dez anos.

O vínculo dela com os filhos era inegavelmente intenso. Uma vizinha disse que lhe causava forte impressão o fato de IOLANDA nunca levantar a voz com as crianças, que estavam sempre limpas, alegres e arrumadas. Segundo o ex-marido, com quem viveu por dez anos, ela era “*boa mãe e boa dona de casa*”. O ex-patrão contou que ela costumava dizer que não queria que os filhos tivessem que passar pelo que ela passou na vida.

Acontece que ela estava prestes a ser despejada do humilde cômodo em que vivia, por não mais ter condições de pagar o aluguel. Aos vizinhos e ao ex-marido, envergonhada, ela disse que ia mudar-se para Vinhedo, cidade do interior paulista, onde teria conseguido um emprego. Mas a verdade é que não havia emprego algum, e o único destino que lhe aguardava era viver nas ruas com um bebê de um ano nos braços, na mais absoluta miséria. E foi então que ocorreu uma tragédia.

Num dia de feriado comemorativo do aniversário da cidade de São Paulo, a polícia militar foi chamada à casa dela. Chegando lá, os dois policiais que atenderam ao chamado depararam-se com os corpos dos dois meninos, mortos sobre as camas. No banheiro, encontram IOLANDA, caída no chão. Seu tórax tinha ferimentos de ponta de faca e ela espumava pela boca. À primeira vista, acharam que ela também estava morta, mas, vendo que ela ainda respirava, levaram-na a um pronto-socorro, onde se constatou o envenenamento por uma substância usada para matar ratos, popularmente conhecida como “*chumbinho*” – cuja ingestão, por sinal, foi a provável causa da morte das duas crianças.

Os policiais militares disseram acreditar que ela tinha matado os filhos e depois tentado o suicídio e, por conta desses depoimentos, lavrou-se um auto de prisão em flagrante antes mesmo de IOLANDA, que estava internada e entubada, poder dar a sua versão dos fatos.<sup>(1)</sup> Foi presa tão logo teve alta. O seu ex-patrão, que foi visitá-la na carceragem da Delegacia, encontrou-a encolhida num canto, assustada porque apanhava dos carcereiros com frequência.

Em Juízo, contou que deixara os meninos em casa enquanto, com um dinheiro que a vizinha lhe dera, ia à farmácia comprar um remédio para o menor, que estava doente. Demorou um pouco mais que de costume, pois, como era feriado, a maioria das farmácias estavam fechadas. Ao voltar, encontrou as crianças já mortas. Teriam ingerido o veneno, sem ter noção do perigo, na ausência da mãe. Em desespero, tentou dar de mamar ao menor e acordar o maior, sem qualquer resultado. Finalmente, quis morrer

também, e ingeriu o veneno. Quando foi levada do hospital à delegacia, ficou sabendo que os filhos já tinham sido enterrados.<sup>(2)</sup> A estenotipista registrou que ela chorou durante todo o interrogatório.

No interrogatório, ela também prestou um esclarecimento importante a favor de sua inocência: a filha mais velha, naquele dia, tinha voltado à casa do pai. O segundo, no entanto, preferiu ficar mais tempo com a mãe.<sup>(3)</sup> Se ela quisesse, de fato, matar os filhos, por que deixaria a mais velha ir embora?

Conseguir a liberdade provisória apresentava um problema de difícil solução: ela não tinha para onde ir. Finalmente, conseguiu-se uma vaga num abrigo para mulheres vítimas de violência doméstica e ela foi solta.

As testemunhas ouvidas em Juízo (inclusive a filha dela) contaram a mesma história comovente: mãe extremosa que amava os filhos acima de tudo, funcionária de confiança, passava por necessidades desde que perdesse o emprego. Às vezes, faltava comida.

No Tribunal do Júri, com a concordância do Ministério Público, decidiu-se que se tratava de crime culposo e foi concedido o perdão judicial.

IOLANDA ligava sempre, nunca para pedir nada, mas para dar notícias. Arrumou emprego numa confecção (sem carteira assinada). A última vez em que a vi foi na minha casa no Natal, alguns anos atrás.

Nunca saberemos ao certo o que aconteceu. Certeza, só podemos ter de uma coisa: foi mais uma tragédia causada pela miséria.

## Notas

- (1) Alias, nesse ponto, o auto de prisão em flagrante chega a ser risível: informa que, ciente da imputação que lhe era feita e informada do seu direito de permanecer em silêncio, IOLANDA não foi interrogada por ainda estar internada e entubada. É inevitável a pergunta: se ela estava em outro lugar e ainda inconsciente, como estaria ela “ciente” da imputação e de seus direitos?
- (2) Segundo testemunhas, o pai do filho menor, que sequer registrou a criança, não compareceu ao enterro. Em vez disso, preferiu ir jogar bola.
- (3) Fato confirmado pela filha dela em Juízo.

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

## Um seminário para ser lembrado

Realizou-se entre os dias 28 e 31 de agosto deste ano, em São Paulo, o 18.º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM.

O evento reuniu mais de 1.000 participantes, entre professores, pesquisadores, estudantes, profissionais, palestrantes e painelistas, vindos das mais diversas localidades do Brasil e do mundo, ao lado de componentes de mesas, autoridades e personalidades especialmente convidadas.

Renomados professores nacionais e estrangeiros aqui estiveram discutindo temas do maior relevo e atualidade. Entre os estrangeiros, Antonio Cavaliere, Bruce Zagaris, Emilio Ginés Santidrián, Eugenio Raúl Zaffaroni, Jeff Ferrel, Jesús-María Silva Sánchez, Jorge de Figueiredo Dias, Jorge Carlos Fonseca e Stefano Manacorda.

Foi realizada audiência pública para tratar dos 20 anos do massacre do Carandiru – um dos maiores atentados institucionais contra os direitos humanos no País – e a violência estatal no período democrático.

Mostrou-se singularmente relevante o grande debate promovido a respeito do Projeto de Reforma do Código Penal brasileiro, concluindo-se, diante dos inúmeros vícios e imprecisões que permeiam o referido projeto e da consequente inquietação que trouxe à comunidade jurídica, pela necessidade de seu imediato sobrestamento para a mais ampla consulta à nação, à comunidade científica e aos operadores jurídicos. A marcante participação do IBCCRIM no âmbito da reforma penal brasileira reafirma sua condição de protagonista

e locus privilegiado de algumas das mais cruciais discussões de interesse geral da sociedade brasileira, como a formulação de política legislativa em matéria criminal. A íntegra das audiências públicas e o manifesto conjunto de sobrestamento do Projeto 236/2012 estão disponíveis no portal do IBCCRIM na internet.

A presença e participação do público foram notáveis, tanto nas conferências e painéis que se estendiam do início da manhã até o fim da tarde de cada dia, quanto nas audiências públicas que avançaram as noites da terça 28, da quarta 29 e da quinta-feira 30/08.

O IBCCRIM também celebrou, durante o Seminário, convênio de cooperação técnico científico cultural com a Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de Los Derechos Humanos-España, por meio do qual as partes comprometem-se a desenvolver esforços e a mobilizar recursos para assegurar a expansão quantitativa e qualitativa de suas atividades de ensino, pesquisa e extensão, notadamente em pesquisa de violência de gênero.

São resultados dessa natureza que motivam o IBCCRIM a manter esse espaço anual de estudo e crítica multidisciplinar de temas relacionados às Ciências Criminais, dedicado aos operadores e cientistas do Direito e, em igual medida, aos estudantes que, em futuro breve, arcarão com as responsabilidades que impõem o desafio de transformação da realidade por meio da correta realização da Justiça.

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

# LANÇAMENTOS



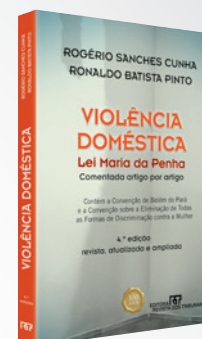
**DIREITO PENAL DO  
AMBIENTE**  
4.ª edição  
Luiz Regis Prado



**PRÁTICA FORENSE PENAL**  
6.ª edição  
Guilherme de Souza Nucci

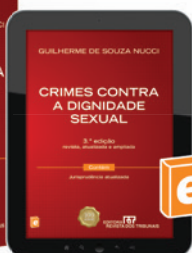
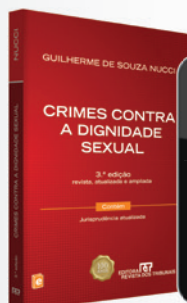


**PROVAS ILÍCITAS**  
5.ª edição  
Luiz Francisco Torquato  
Avolio

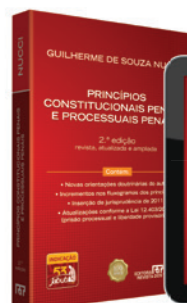


**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**  
4.ª edição  
Rogério Sanches Cunha  
Ronaldo Batista Pinto

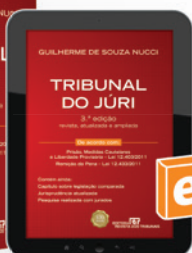
## Conheça também: COMBOS – Livro + eBook THOMSON REUTERS PROVIEW™



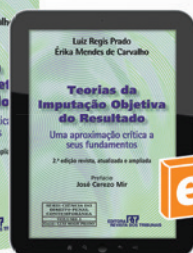
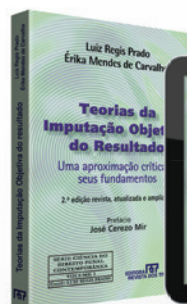
**CRIMES CONTRA  
A DIGNIDADE  
SEXUAL**  
3.ª edição  
Guilherme de Souza  
Nucci



**PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS  
PENAI E  
PROCESSUAIS  
PENAI**  
2.ª edição  
Guilherme de Souza  
Nucci



**TRIBUNAL DO JÚRI**  
3.ª edição  
Guilherme de Souza  
Nucci



**TEORIAS DA  
IMPUTAÇÃO OBJETIVA  
DO RESULTADO**  
2.ª edição  
Luiz Regis Prado  
Érika Mendes de Carvalho

Televendas 0800-702-2433

**livraria  
RT**  
www.livrariart.com.br

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavaí • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapeco • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió  
Endereços completos em: [www.rt.com.br/lojas](http://www.rt.com.br/lojas) ou [www.livrariart.com.br/lojas](http://www.livrariart.com.br/lojas)



THOMSON REUTERS™