



## Editorial

# Lei 12.720/2012 – mais do mesmo na produção de leis penais

A sanção da Lei Federal 12.720 reacendeu debates a respeito das milícias, fenômeno recente cujas origens remontam a antigas práticas de justicamento.

No vácuo criado pela omissão do Estado em determinados territórios, grupos compostos de civis e agentes públicos ali ingressaram a pretexto de prestar serviços de segurança. Com a ocupação dos territórios, diversificaram suas atividades, passando a prestar outros serviços como o transporte alternativo, distribuição de gás e água, e ligações clandestinas de tevê a cabo. A frouxidão dos marcos regulatórios e fiscalizatórios de tais serviços criou campo fértil para a exploração de um novo nicho do mercado apropriado por tais grupos que, valendo-se de insígnias das forças de segurança pública, vêm promovendo a sua empresa pela disseminação do medo e da extorsão.

Documentos referenciais para a compreensão do fenômeno são o relatório da CPI instalada na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2008,<sup>(1)</sup> e o estudo publicado pelo Laboratório de Análises sobre a Violência da UERJ<sup>(2)</sup> no último dia 10 de setembro. Do primeiro extrai-se o retrato de organizações que buscavam a expansão de seu projeto de poder por meio da candidatura e eleição de diversos milicianos e apoiadores para mandatos públicos e, do segundo, uma nova feição mais discreta de grupos que estariam reorganizando o seu *modus operandi* para manter os seus lucrativos negócios.

Aparentemente alheia à complexidade e evolução do tema, a edição da Lei 12.720 não tem sido poupada de fundadas críticas.

Ao tipificar o crime de formação de milícias privadas, o art. 288-A do CP estabeleceu que a conduta de “constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código” será apenada com reclusão de 4 a 8 anos. Adotou fórmula vaga na definição dos elementos do tipo, e, de forma inexplicável, circunscreveu a finalidade das organizações à prática de crimes codificados, excluindo a incidência da norma as condutas previstas em leis extravagantes. À luz do princípio da especialidade e do art. 8.º da Lei 8.072/1990, razoável a interpretação de que a formação de milícia privada constituída com o fim de praticar crimes hediondos previstos no CP deve ser punida de forma mais branda (reclusão de 3 a 6 anos) do que a milícia constituída para praticar crimes codificados não hediondos, o que causa perplexidade. Além de não observar a taxatividade e clareza exigíveis para o tipo penal, o novo art. 288-A fere o princípio da proporcionalidade e aprofunda as distorções advindas da produção hipertrofica de leis penais.

Ao instituir novas causas de aumento de pena para o homicídio e as lesões corporais, impôs a lei majoração

de um terço até metade “se o crime for praticado por milícia privada sob pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio”. A redação adotada parece desconsiderar o largo espectro das atividades desempenhadas pelos milicianos, excluindo da incidência da majorante a prática de crimes em razão da prestação de serviços distintos da segurança. Além de desequilibrar a delicada arquitetura das qualificadoras do homicídio e engessar ainda mais a tarefa do julgador na dosimetria da pena, pode se confundir com as circunstâncias identificadas como homicídio mercenário (art. 121, § 2.º, inc. I, do CP) vez que o fim do lucro é da essência das milícias.

Do texto legal, diversas outras impropriedades poderiam ser apontadas. Mais vale lamentar, porém, o trato estritamente penal de um fenômeno tão complexo. As estruturas que, tradicionalmente, não punem os desvios que mereceriam firme resposta adotam, contraditoriamente, regimentos disciplinares arcaicos e inadequados que inviabilizam a efetividade de qualquer ação de aperfeiçoamento permanente. As milícias constituem, assim, manifestação clara da incapacidade de as forças de segurança pública analisarem o comportamento desviante de seus funcionários. Nos dizeres de **Luiz Eduardo Soares**, a atuação das milícias se apresenta como uma “degradação metastática”<sup>(3)</sup> do processo de privatização das forças de segurança pública. O silêncio sorridente tirado da aceitação da presença dos policiais em empresas de segurança privada inibe a articulação dos profissionais pela revisão de seus planos de carreira, além de favorecer toda a sorte de desvios e disfunções.

O aprofundamento dos debates acerca do orçamento destinado à segurança pública e dos mecanismos de monitoramento da qualidade das respectivas despesas deve garantir que tais profissionais possam se dedicar com exclusividade ao seu cargo e que a sociedade possa fiscalizar o destino de tais recursos e a efetividade dos serviços prestados. Sem embargo, a agenda política dos governos deve incluir a necessária reforma das forças de segurança, com o fortalecimento institucional das Corregedorias e de outros controles sociais.

A mera tipificação desastrada de condutas, de que é exemplo a Lei 12.720/2012, consagra o esvaziamento da discussão sobre as políticas de segurança pública em prol de um Direito Penal demagógico, ou seja, representa um pouco mais do mesmo.

## Notas

- (1) Disponível em: <www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>. Acesso em: 15 out. 2012.
- (2) “No Sapatinho – Evolução das Milícias no Rio de Janeiro (2008-2011)” – LAV/UERJ, Coord. Ignácio Cano e Thais Duarte.
- (3) Apud relatório cit., p. 40.

## Editorial

Lei 12.720/2012 – Mais do mesmo na produção de leis penais \_\_\_\_\_ 1

Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012  
René Ariel Dotti \_\_\_\_\_ 2

Em defesa da reforma penal  
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves \_\_\_\_ 4

As armas do populismo penal  
Luiz Flávio Gomes \_\_\_\_\_ 6

Cartel e quadrilha: é possível a dupla imputação?  
Maíra Beauchamp Salomi e  
Pierpaolo Cruz Bottini \_\_\_\_\_ 7

Geni  
Renato Stanzola Vieira e  
Fernando Gardinali Caetano Dias\_\_ 9

Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural  
André Nicolitt \_\_\_\_\_ 10

Furto mediante fraude e estelionato no uso de cartões de crédito e/ou débito subtraídos ou clonados: tipificação penal, competência e atribuição de polícia judiciária  
Eduardo Luiz Santos Cabette\_\_\_\_\_ 11

O Direito Penal e o político: do limite do poder penal ao poder penal sem limite  
Vera Regina Pereira de Andrade \_\_\_\_ 13

Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?  
Rafael Fecury Nogueira \_\_\_\_\_ 15

O reflexo da percepção precedente no ato de reconhecimento  
Cristina Di Gesu \_\_\_\_\_ 16

Porte de drogas para uso pessoal: por uma nova hermenêutica constitucional  
Leandro de Castro Gomes\_\_\_\_\_ 18

## COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

Infância confinada: contornos teóricos da criança no cárcere  
Paula Helena Schmitt \_\_\_\_\_ 20

## DESCASOS

Sobre detalhes e condenações injustas  
Alexandra Lebelson Szafir \_\_\_\_\_ 21

## Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ \_\_\_\_ 1605

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_ 1609

Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_ 1610

Tribunal Regional Federal \_\_\_\_ 1611

Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1612

# Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012

René Ariel Dotti

## 1. O desvio do processo legislativo clássico

O Anteprojeto de Código Penal foi elaborado por uma Comissão de juristas instituída no âmbito do Senado Federal, em atenção ao Requerimento n. 756, de 2011, do Senador **Pedro Taques** e aditado pelo Requerimento n. 1.034, de 2011, do Senador **José Sarney**. Os trabalhos tiveram início em 18 de outubro de 2011 e, no dia 18 de junho de 2012, o relator da matéria, Procurador Regional da República, **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**, encaminhou o texto diretamente ao Senador **José Sarney** que o converteu, desde logo, no Projeto de Lei n. 236, com a sua assinatura.<sup>(1)</sup>

Tal procedimento, adotado desde a sua raiz pelo Presidente da mesma Casa Legislativa, sem que a comunidade dos operadores jurídicos e a sociedade em geral tomassem conhecimento dos termos acabados do *disegno di legge* para sobre ele se manifestar, violou profundamente a tradição do devido processo legislativo.

Com efeito, desde o Código Penal da Primeira República, a iniciativa de reforma penal sempre partiu do Poder Executivo. No Governo Provisório, chefiado pelo Marechal **Deodoro da Fonseca**, o Ministro da Justiça do Governo Provisório, **Campos Salles**, incumbiu o Conselheiro **Baptista Pereira** de organizar um novo Código Penal que veio a lume com o Decreto 847, de 11.10.1890.

Também a Consolidação das Leis Penais, obra magna do Desembargador **Vicente Piragibe** (1932) foi proposta do Poder Executivo (Dec. 22.213, de 14.12.1932). Seguiram-se, tendo origem na mesma sede: (a) Projeto **Alcântara Machado** (1938) que subsidiou o Código Penal de 1940; (b) Anteprojeto **Nelson Hungria** (1963); (c) Código Penal de 1969 (Dec.-lei 1.004/1969); (d) Lei 6.016/1973, que alterou o CP de 1969;<sup>(2)</sup> (e) Anteprojeto **Cernicchiaro** de Parte Especial (1983/1984); (f) Anteprojeto **Assis Toledo**, Parte Geral (1981/1984); (g) Esboço **Lins e Silva** (1992/1994); (h) Anteprojeto **Cernicchiaro** de Parte Especial (1997/1999); (i) Projeto **Abi-Ackel** (3.473/2000), de Parte Geral (sistema de penas).

A origem parlamentar do anteprojeto e o açodamento proposto para o calendário de discussão e votação do projeto têm um claro objetivo: obter a aprovação no Senado Federal durante o mandato de seu atual Presidente. O roteiro clássico frustraria esse interesse personalíssimo, considerando-se, ainda, o tempo necessário para o debate do método, das ideias e dos dispositivos junto às instituições acadêmicas e associações profissionais legitimamente interessadas.

Com esse expediente condenável, o Projeto 236/2012 afrontou, também, um dos princípios fundamentais da democracia moderna, concebido pelo gênio de **Montesquieu**: a divisão tripartite dos poderes do Estado.

## 2. O propósito de cooptar o “são sentimento do povo”

O Relatório Final da Comissão encarregada de redigir o Anteprojeto de Código Penal informa qual foi o método publicitário das discussões internas e ainda incipientes ou não definitivas. Segundo esse documento, as reuniões “*foram transmitidas pela TV Senado e causaram imensa repercussão nos meios de comunicação social, tendo merecido cobertura e editoriais em jornais como o Correio Braziliense, a Folha de S. Paulo, O Globo, O Estado de Minas e o Zero Hora, além de outros grandes veículos da imprensa*”.<sup>(3)</sup>

Aí está, sem qualquer dúvida, a admissão de que o critério adotado correspondeu ao interesse do *mass media*, ao contrário de todas as experiências anteriores desde o anteprojeto redigido por **Nelson Hungria** e publicado pelo Ministério da Justiça para receber sugestões (1963).

As comissões de redação e revisão elaboravam os dispositivos segundo o notório saber jurídico e a experiência profissional de seus membros em ambiente propício à reflexão individual e à ponderação coletiva do grupo, antes de levar ao conhecimento da sociedade as propostas já amadurecidas no plano interno. Iniciava-se, então, a segunda etapa, ou seja, a consulta popular acerca da ideologia da reforma, a incorporação de institutos e a apresentação de seus correspondentes dispositivos.

Em relação ao *Anteprojeto*, foi inegável o interesse político em obter o suposto aval comunitário acerca de temas de grande ressonância popular, em especial de alguns crimes contra a vida conforme as agendas dos grupos de pressão em afinidade com as pautas dos meios de comunicação social. É elementar, porém, que a discussão pública de *assuntos criminais* não pode ser confundida com o método racional de filtragem dos interesses penais públicos convertidos em normas válidas à legislação.

O relatório também alude ao espaço reservado pela página do Senado Federal na Internet, o “Alô Senado” para permitir que “*toda a cidadania brasileira enviasse sugestões para a reforma do Código Penal, que recebeu, ao todo, quase três mil posições*”.<sup>(4)</sup>

Mas, na verdade, o *meio plebiscitário* obteve, na quase totalidade de respostas, a inequívoca manifestação de recrudescimento dos castigos com a massiva opção em favor das penas de morte e de prisão perpétua e da antecipação da capacidade penal para criminalizar condutas infanto-juvenis. Relativamente à Parte Geral do Código Penal – o centro de gravidade do *sistema de freios e contrapesos* do sistema – a demagógica consulta nada obtinha de retorno salvo quanto aos aspectos suprarreferidos.

Os colegas da Comissão redatora do Anteprojeto – entre eles alguns fraternos amigos – não podem ser responsabilizados pelo *método de operação* que transformou um procedimento legislativo destinado à reforma penal em oficina de propaganda do Senado Federal.

A intempestiva e arbitrária consulta popular sob o disfarce de ouvir a *voz das ruas* constitui, em realidade, uma nova versão da ideologia que inspirou as reformas penais promovidas na Alemanha nazista. A punição era reclamada pelo “sentimento” ou pela “consciência do povo” (*Volksempfinden*), “*depreendidos e filtrados não pela interpretação pretoriana dos juízes, mas (e aqui é que o leão mostra a garra...) segundo a revelação (Kundmachung) do Führer*”.<sup>(5)</sup>

## 3. “Arrasando e salgando a terra”

Na condenação à morte de **Joaquim José da Silva Xavier** (o *Tiradentes*), os juízes da Relação do Rio de Janeiro, além da pena principal, declararam que “*a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique (...)*”.<sup>(6)</sup>

Em mais de uma oportunidade o ilustre Relator Geral da Comissão de Juristas, Procurador da República **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**, tem desfiado críticas ao envelhecimento do Código Penal e à superação das ideias e fundamentos que o teriam inspirado ao tempo de sua elaboração. Mas, se assim ocorre quanto à previsão de crimes e cominação das penas, o mesmo não existe quanto à Parte Geral, objeto da reforma determinada pelas Leis 7.209 e 7.210, de 1984, que, na opinião uniforme de operadores jurídicos e da crítica especializada foi não apenas recepcionada pela Carta Política de 1988 como antecipou-se a ela ao estabelecer princípios e regras de um sistema penal e penitenciário melhor afeiçoado ao bom direito e à condição humana.

Muito estranhamente, o Relatório dos trabalhos da Comissão e a Exposição de Motivos do **Projeto Sarney** em momento algum fazem referência aos anteprojeto e projetos anteriores<sup>(7)</sup> e textos doutrinários que serviram de base para as alterações, a exemplo da unificação das penas

privativas de liberdade, da eliminação dos *sursis*, da casa do albergado, da desconsideração (parcial) da reincidência, da execução da pena de multa etc. Surge daí, embora necessariamente radical, a referência à *terra salgada e arrasada* das sementeiras e dos frutos passados.

Quanto a esse específico aspecto merece referência a crítica formulada por **Adel El Tasse**, Procurador da República e Professor de Direito Penal, ao observar: “O Código Penal atual, a bem da verdade, *careceria sim de algumas alterações a torná-lo mais eficiente no que tange aos delitos em espécie, unificando a legislação extravagante existente em um único corpo normativo, mas jamais está a demandar modificações nas bases estruturais definidas pela reforma da Parte Geral de 1984 e o lamentável é que de solavanco, em poucos meses, sem a adequada reflexão, de maneira quase impositiva, a pretexto de modernizar a legislação penal brasileira na Parte Geral o que se fez foi atrasá-la, recolocando-a no modelo justificador do autoritarismo nazi-fascista e rompendo com a histórica cruzada brasileira de modelos penais comprometidos com a dignidade humana.* (...)”

O que se observa, portanto, é que a Parte Geral do Código Penal brasileiro forma um conjunto legislativo, quer pela sua origem, quer pelo momento histórico em que se desenvolveu, ou, ainda, pela ampla reflexão social em cenário de defesa da democracia, dos mais relevantes de toda estrutura jurídica pátria, sendo ainda absolutamente adaptado à sociedade atual, notadamente com a influência das regras constitucionais advindas da carta de 1988”.<sup>(8)</sup>

Afinal, a omissão de referências obrigatórias de diplomas anteriores e textos doutrinários, como é tradicional e indispensável nas aberturas dos códigos,<sup>(9)</sup> faz do **Projeto Sarney** um paradigma da omissão intelectual e evoca a imagem literária muito feliz segundo a qual o “Direito não sai da cabeça do legislador assim como Minerva saiu da cabeça de Júpiter: armada da cabeça aos pés”.<sup>(10)</sup>

#### 4. A prisão para todos os males sociais

“De manière que si j’ai trahi mon pays, on m’enferme; si j’ai tué mon père on m’enferme; tous les délits imaginables sont punis de la manière la plus uniforme. Il me semble voir un médecin qui, pour tous les maux, a le même remède”. (CH. CHABROUD, *Archives parlementaires*,

cit. por **Michel Foucault**, *Surveiller et punir*).

Todos os crimes previstos no **Projeto Sarney** (do art. 121 ao art. 541) são punidos com a prisão. Raramente a sanção pecuniária é cumulada ou alternada com a privação da liberdade. Não há cominação autônoma da multa e de qualquer pena restritiva de direitos, embora sejam muitos os fatos que, admitindo-se a sua criminalização, poderiam muito bem ser punidos com alternativas à perda da liberdade como necessária e suficiente para reprimir e prevenir novas infrações. Servem de exemplo os jogos de azar e jogo do bicho e algumas hipóteses de crimes: (a) eleitorais; (b) contra as finanças públicas; (c) contra a ordem econômico-financeira; (d) crimes falimentares; (e) crimes contra o meio ambiente; (f) crimes contra as relações de consumo; (g) crimes contra a inviolabilidade de correspondência e de segredos etc. O que dizer da criminalização do *cambismo*<sup>(11)</sup> e da pena de prisão para a *briga de galo*,<sup>(12)</sup> que vai muito além de várias infrações contra a pessoa (lesão corporal grave, homicídio culposo, calúnia, injúria e difamação),<sup>(13)</sup> quando o ilícito equivalente na Lei 9.605/1998 é de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa?

Quando a Reforma Penal de 1984 instituiu a categoria das penas restritivas de direito, em especial a prestação de serviço comunitário, “fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área (...). Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto”.<sup>(14)</sup>

Os atuais proponentes de nova codificação penal poderiam muito bem prever a aplicação de penas restritivas de direitos e a multa de maneira alternada, cumulada ou autônoma em relação à prisão.

A eventual aprovação do **Projeto Sarney**, com a sacralização da pena carcerária, irá gerar ainda maior congestionamento do sistema penitenciário já gravemente comprometido com os dados estatísticos, divulgados recentemente pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen). Com feito, para 520.000 (quinhentos e vinte mil) presos há um *deficit* de 220.000 (duzentas e vinte mil) vagas. A capacidade das unidades federativas é, em média, de 300.000 (trezentas mil) vagas, mas os estabelecimentos estão absorvendo o número de 520.000 (quinhentas e vinte mil). Certamente, a eliminação do benefício instituído do livramento condicional, decretada pelo Projeto de Lei 236/2012, irá criar um monumental *apagão carcerário*.<sup>(15)</sup>



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 Tibyriçá
- 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

## 5. A desproporcionalidade entre crimes e penas

Em artigo elaborado para a edição especial da *Revista do IBCCRIM*, relativa ao XVIII Seminário Internacional, comentei a intolerável rejeição, pelo **Projeto Sarney**, da fecunda contribuição da Subcomissão Especial da Câmara dos Deputados, criada em 3 de agosto de 2011, especialmente para propor nova organização e uniformização da legislação brasileira quanto aos crimes e penas. É oportuno transcrever parte do que ali foi dito: “*Esse colegiado surgiu pela iniciativa do Deputado Alessandro Molon e foi dividido em cinco subgrupos, cada um responsável pela análise de um ou mais títulos da Parte Especial do Código Penal e das leis extravagantes. Eu estive presente quando, 4 em novembro de 2011, na sala de reuniões da Ala Senador Nilo Coelho do Senado Federal, encontraram-se os membros das duas grandes comissões e ouvi as exposições do Ministro Gilson Dipp, presidente da Comissão do Senado, e do Deputado Molon afirmando o interesse de um trabalho conjugado, como seria óbvio. Mas, lamentavelmente, isso não ocorreu. No dia 30 de agosto de 2012, o Deputado Molon apresentou o relatório do aludido Grupo de Trabalho e vários anteprojetos, devidamente formatados, sobre as relevantes alterações legislativas e que estão tramitando com prazos para intervenção dos demais parlamentares da Casa*”.

É deplorável o açodamento do **Projeto Sarney** em detrimento dos oito meses de produção científica da Comissão da Câmara dos Deputados, integrada por representantes de setores da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério da Justiça e entidades civis. O mencionado Grupo realizou seminários em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Curitiba e Brasília “*com a participação de personalidades expressivas que atuam no Direito Penal e franqueados à sociedade civil, especialmente aos acadêmicos de Direito*”.<sup>(16)</sup>

## 6. A hipercriminalização

A defesa do princípio da intervenção mínima, que identifica o chamado *Direito Penal mínimo*, “*constitui uma das expressões mais vigorosas do movimento crítico que se propõe a discutir e avaliar a crise do sistema punitivo, depurando-o da insegurança jurídica e da ineficácia a que conduz o fenômeno da hipercriminalização*”.<sup>(17)</sup>

Este item fica *em aberto* para a reflexão do leitor, que certamente irá considerá-lo junto com a *canibalização* das normas incriminadoras trasladadas da legislação extravagante para a Parte Especial do Código Penal.

### Notas

- (1) *Diário do Senado Federal* de 10.07.2012, p. 33.259. E no mesmo dia (10.07.2012) consta a suposta leitura do projeto, que tem 543 artigos.

- (2) O CP 1969/1973 foi revogado pela Lei 6.578/1978 sem ter entrado em vigor.
- (3) SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos (Relator). *Anteprojeto do Código Penal*. Brasília: Senado Federal, p. 3.
- (4) *Anteprojeto*, cit., p. 2-3.
- (5) HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. I, p. 18. (os destaques em itálico são do original).
- (6) *Autos de Devassa da Inconfidência Mineira*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação, Bibliotheca Nacional, 1938, vol. VII, p. 194 (os destaques são meus).
- (7) Indicados sumariamente no item n. 1.
- (8) Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22656/anteprojeto-de-codigo-penal-analise-critica-da-parte-geral>>. Acesso em: 16 out. 2012 (os destaques são meus).
- (9) A propósito: Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 e de 1984; do CP 1969; dos Anteprojetos da Parte Especial de 1984 e 1999 e a notável página redigida pelo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid que antecede o CPC (Lei n. 5.869/1973).
- (10) A alegoria é de SOUZA NETO, em *O motivo e o dolo*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949, p. 19.
- (11) “Art. 252. *Vender ingresso de evento esportivo ou cultural por preço superior ao estampado no bilhete: Pena – prisão, de seis meses a dois anos.*”
- (12) “Art. 395. *Promover, financiar, organizar ou participar de confronto entre animais de que possa resultar lesão, mutilação ou morte: Pena – prisão de dois a seis anos. § 1.º A pena é aumentada de metade se ocorre lesão grave permanente ou mutilação do animal. § 2.º A pena é aumentada do dobro se ocorre a morte do animal.*”
- (13) O ilícito equivalente previsto na Lei 9.605/1998 (crimes contra a fauna) é sancionado com detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (art. 32).
- (14) Trecho do item n. 29 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal.
- (15) Um impressionante aspecto da ideologia do cárcere se contém na previsão de 40 (quarenta) anos para o cumprimento máximo da pena de prisão, na hipótese do § 2.º do art. 91 que trata dos limites das penas.
- (16) Relatório do Deputado Alessandro Molon, Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, 30.08.2012, p. 2 (os destaques são meus).
- (17) DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopffholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 111.

**René Ariel Dotti**

Professor Titular de Direito Penal da  
Universidade Federal do Paraná.

Corredor dos projetos que se converteram  
nas Leis 7.209 e 7.210, de 1984

(reforma da Parte Geral do CP e Lei de Execução Penal).  
*Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados.*

# Em defesa da reforma penal

*Luiz Carlos dos Santos Gonçalves*

O Direito Penal lida com a liberdade individual e a dignidade humana, como nenhuma outra disciplina jurídica. Por estas razões, qualquer proposição de alteração da legislação penal – não só da brasileira – é, inerentemente, polêmica.

Convivemos com o Código Penal elaborado sob os auspícios do Estado Novo, a ditadura varguista. Isto não deslustra o brilho daqueles que o fizeram, mas não se poderia esperar um código democrático num regime que não o era. Em 1969, também num regime de exceção, houve tentativa de mudança, que não vingou. Em 1984 reformou-se a Parte Geral, mas continuávamos numa ditadura. Propostas ulteriores de

reforma penal - e as comissões criadas para este fim - não lograram êxito.

A novidade da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de novo Código Penal é que ela nasceu no Senado Federal. É uma sinalização de que a exagerada atividade legislativa do Poder Executivo pode ter lindes. A composição da Comissão espelhou este momento diferenciado: foram as lideranças partidárias que, secundando proposição do Senador Pedro Taques, MT, indicaram os nomes que iriam integrá-la. É, a propósito, exigência constitucional, art. 58, §1º.

Resultou que a Comissão teve caráter ideológico e profissional diversificado: ministros do STJ, desembargadores, advogados, defensores públicos, órgãos do Ministério Público Estadual e Federal, professores, consultores legislativos. Muito se ouve, como crítica, que ela era composta por “meros” aplicadores do Direito e que as academias brasileiras foram preteridas. Pode-se concordar ou não, mas a escolha de seus membros foi democrática. Somente em razão de seu caráter pluralista e pragmático pôde oferecer propostas que, ainda que não sejam ideais, ostentam condição de transitar nos mais diversos setores da nossa igualmente plural sociedade brasileira.

Os trabalhos foram públicos e transparentes: as reuniões, a portas abertas, na sala das Comissões do Senado Federal, foram acompanhadas por muitos. A TV Senado transmitiu os encontros. Houve audiências públicas em várias capitais. Claro que “grupos de pressão” participaram... Quem teria legitimidade para excluí-los? Mais de seis mil sugestões foram enviadas ao sítio do Senado e cuidadosamente analisadas pela Comissão. Dezenas de entidades da sociedade civil apresentaram pareceres.

O anteprojeto foi entregue ao Senado Federal em junho próximo-passado. Reforma as Partes Geral e Especial, trazendo para esta última todos os tipos penais relevantes que hoje se encontram na legislação especial. Dos mais de seiscentos e cinquenta tipos penais atualmente existentes, restaram cerca de quatrocentos e vinte (a despeito da inclusão dos crimes do Tratado de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional).

Entre as principais novidades estão: o título sobre crimes contra os direitos humanos, um capítulo sobre crimes cibernéticos; um capítulo sobre crimes eleitorais; a ação penal sujeita a representação nos crimes de furto e estelionato; a redução das penas do furto, roubo e tráfico de drogas; as circunstâncias judiciais desprovidas de elementos de apreciação subjetiva (no rumo de um direito penal do fato, e não do autor); a redução de penas desproporcionais, como a da falsificação de remédios; a ampliação das hipóteses de aborto legal; a descriminalização da ortotanásia; a redução de pena na eutanásia e a possibilidade de concessão de perdão judicial; a inclusão, no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, das figuras de abuso de autoridade, com a pena aumentada; a definição típica da organização criminosa e do terrorismo

(com o cuidado de não criminalizar movimentos sociais); a extinção do “sursis” e do “livramento condicional”, substituídos por um redesenhado e prestigiado regime aberto de cumprimento de pena; a total reconstrução dos crimes contra a ordem tributária, entre os quais o descaminho.

Normas protetivas de opções de gênero e identidade sexual e contrárias à homofobia foram incluídas. Itens muito polêmicos, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o enriquecimento ilícito, a descriminalização do uso de entorpecente, a delação premiada e a barganha processual foram também previstos.

O anteprojeto tem caráter liberal. O Jornal “A Gazeta do Povo”, do Paraná, na edição de 9 de agosto de 2012, após fazer um estudo de 225 outras proposições normativas em trâmite no Congresso Nacional, observou que, no anteprojeto: “*Há aumento de penas em alguns crimes e tipificação de outros, mas a proposta é mais liberal do que as proposições apresentadas pelos deputados federais, por exemplo*”.

Se aprovado, boa parte da população carcerária que hoje superlota nossos estabelecimentos penais – condenados por furto, roubo ou tráfico – será beneficiada. Mas é um anteprojeto que procurou dialogar – e não antagonizar – com preocupações da sociedade brasileira, daí sua recusa em descriminalizar sem critério tipos relacionados ao trânsito, armas, licitações, colarinho branco, consumidor, ordem econômica e tributária.

O Senado Federal transformou o anteprojeto em projeto de lei, de n. 236, designando uma Comissão de Senadores para estudá-lo e aperfeiçoá-lo. O Senador Eunício Oliveira - CE, é o Presidente. O Senador Jorge Viana-AC, o vice. E a relatoria é do Senador Pedro Taques - MT. É evidente que somente os representantes eleitos da sociedade possuem legitimidade constitucional para tornar efetiva a mudança do marco legislativo penal, objeto de compreensível entrelaçamento de interesses e mundividências.

O Senado há de pluralizar os debates sobre este esforço legislativo e poderá também corrigir falhas do anteprojeto, como a não indicação da pena no racismo, art. 472, a duplicidade do crime de loteamento clandestino, art. 441, a menção a doze anos, no art. 189, relativo a exploração sexual de vulnerável (o correto é dezoito anos); a pena exagerada para a caça dos cetáceos, art. 399, para a promoção de confronto entre animais, art. 395 e para a omissão de socorro a estes, art. 394.

## 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): Adriano Leitinho Campos

2.ª Estadual (Pernambuco): André Carneiro Leão

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

4.ª Estadual (Minas Gerais): Gustavo Henrique de 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 IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

## COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

## COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília

Trípodi, Rafael Lira e Renato Stanzola 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 Facenda Falavigno,

Daniel Del Cid, Débora Thaís de Melo, Diogo H. Duarte

de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso

Roos, Érica Santoro Lins Ferraz, Fabiano Yuji Takayanagi,

Felipe Bertoni, Fernanda Carolina de 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

Illg, 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.

## PROJETO GRÁFICO:

Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

## PRODUÇÃO GRÁFICA:

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

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

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

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

## CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

O modo como parte da comunidade jurídica recebeu o anteprojeto foi além da comum e esperada crítica política, jurídica e ideológica. Não faltou argumentação deselegante e emocional, “*ad hominem*” e, até, de autoridade. Pretendeu-se dizer que os membros da Comissão seriam partícipes de uma artimanha política personalista. A trajetória de cada um dos seus membros, porém, desmente claramente esta imputação. A verdade histórica é que a Comissão trabalhou livremente, não tendo sofrido interferências de quem quer que seja. Não reconhecer sua coragem em temas como o aborto, eutanásia e ortotanásia, drogas, contravenções penais, lei de segurança nacional, crimes contra a dignidade sexual, crimes contra a organização do trabalho, crimes eleitorais, crimes contra os direitos humanos, falsificação de remédios, proteção aos índios e pessoas com deficiência, entre outros assuntos, demonstra as vicissitudes das análises emocionais.

Sem embargo, toda a crítica é válida e legítima, pois é maravilhoso viver numa democracia.

Valho-me deste espaço generosamente cedido pelo IBCCRIM, a quem tanto respeito, para dizer que o apoio ao pleito de retirada do anteprojeto da pauta legislativa pode se revelar um erro trágico. O texto representou a melhor chance, em muito tempo, de viabilizar opções legislativas liberais. A correção de suas falhas ao longo da tramitação no Senado Federal é perfeitamente possível, sendo, ademais, o expediente mais promissor.

Não tememos nenhum debate, embora roguemos que se mantenha a urbanidade. Tampouco temos pressa: somos favoráveis a que o Senado da República ofereça a mais ampla oportunidade para todos os que queiram se manifestar.

Ninguém é titular exclusivo de uma “razão” penal. Durante os trabalhos da Comissão, convergências foram encontradas onde não se supunha e divergências vieram de onde não se esperava. Daí ser vã a procura de uma única ideologia informadora do anteprojeto, fruto de um colegiado. As questões foram decididas pelo voto, pois a Comissão tinha um *munus* a cumprir, que todos os seus membros aceitaram *ab initio*.

O convite que fazemos à comunidade jurídica brasileira é que examine o Projeto n. 236 sem pontos de partida apriorísticos. Este exame demonstrará que nem todas as críticas que lhe foram dirigidas são subsistentes, embora muito haja para corrigir e melhorar. A mudança penal é necessária.

**Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**

Mestre e Doutor em Direito do Estado.

Relator Geral da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para a reforma penal.

Procurador Regional da República.

## As armas do populismo penal

*Luiz Flávio Gomes*

6

“**Guerra contra o crime**” e “**guerra contra o terrorismo**”. O princípio deste novo século (XXI) nasceu marcado por duas guerras que não possuem data para acabar, por onde trafegam as armas do populismo penal comandado pelo poder capitalista global, pouco importando se o país está regido preponderantemente pelo neoliberalismo ou pelos tradicionais modelos econômicos conservadores escravagistas (como é o caso brasileiro).

Mas há uma diferença, como bem sublinha a politóloga argentina, radicada no México, **Pilar Calveiro**: enquanto a guerra antiterrorista mantém e expande a nova ordem global, a guerra contra o crime recorre à reorganização jurídica e penitenciária que conduz ao encarceramento massivo sob o pretexto de se manter a segurança interior.<sup>(1)</sup>

**Violência estatal.** Em ambas as situações, no entanto, a violência e a crueldade estatais constituem os meios escolhidos para alcançar os objetivos traçados, que são (a) a paz interior ou (b) a reorganização da hegemonia mundial (econômica, militar, ideológica, tecnológica etc.), ou seja, uma nova forma de reorganização global. Embora se notem alguns sentidos de ruptura, em vários aspectos o que se vê é o aprofundamento do mundo do século XX, agora consumado e controlado por poderes difusos nacionais e supranacionais, privados e públicos.

Se Auschwitz constitui a expressão máxima do sistema concentrado e cruel nazista, que pretendia o domínio mundial por meio da eliminação do “outro” diferente, se Guantánamo representa a desumana política criminal antiterrorista norte-americana, marcada por centros de detenção e de tortura clandestinos (onde são praticadas várias modalidades de tortura constantes de um manual, inclusive contra inocentes, tal como é o caso de Abu Ghraib), com o escopo de implantar um poder planetário, os milhares de presídios espalhados pelo mundo retratam a existência de um grupo social que também é visto como o “outro”, como “eles”, isto é, como o inimigo que deve ser exterminado (no mínimo, isolado).

Há uma linha de identidade entre Auschwitz, Guantánamo e os milhares de presídios pelo mundo (incluindo-se especialmente os brasileiros): sob o império do populismo penal, todos servem para humilhar, torturar, destruir ou massacrar (em diferentes níveis, conforme cada país) o inimigo, o diferente, o “outro” ou “eles”.

**É preciso ganhar a guerra.** Outra característica do poder punitivo populista atual é que ele já não é exercido sobre os habitantes das cidades e das zonas rurais, sim, contra os inimigos internos que transitam pelos cenários bélicos urbanos ou rurais. Enxergar as ruas e as cidades como cenários bélicos agrava sensivelmente o problema do crime e da segurança, que não só tomou conta da agenda dos meios de comunicação e dos políticos, senão que também sugere o desenvolvimento de tratamentos e estratégias “especiais” para ganhar a guerra.

*Para que servem todos esses discursos bélicos? Para desencadear as múltiplas e variadas violências do Estado (como bem sublinha Pilar Calveiro), que se acham inseridas em um contexto de sobreposição entre o Estado de Direito e o Estado de Exceção, sendo que este último nada mais representa que uma suspensão fática do direito e dos direitos, que não conseguem irradiar a eficácia das suas normas para todo o território de sua soberania.*

### Nota

- (1) Texto disponível em: <<http://sur.infonews.com/notas/el-discursode-la-inseguridad-habilita-la-violencia-estatal>>.

**Luiz Flávio Gomes**

Jurista e professor.

Fundador da Rede de Ensino LFG.

Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil e coeditor do [atualidadesdodireito.com.br](http://atualidadesdodireito.com.br).

# Cartel e quadrilha: é possível a dupla imputação?

*Máira Beauchamp Salomi e Pierpaolo Cruz Bottini*

Não raras vezes as acusações formuladas pelos órgãos ministeriais por formação de cartel vêm acompanhadas da imputação de crime de quadrilha ou bando, seja em concurso material, seja em concurso formal.

Em sua maioria, as denúncias apresentam entendimento segundo o qual os agentes econômicos que eventualmente formam um ajuste, acordo, convênio ou aliança visando prejudicar ou eliminar a concorrência, acabam por formar uma quadrilha, isto é, associam-se com a finalidade de cometer delitos de formação de cartel.

Isto significa que o ajuste formado entre os supostos membros do cartel é interpretado como a própria associação exigida para o tipo penal da quadrilha ou bando, desde que esta seja formada por quatro integrantes ou mais, o que permitiria fazer incidir sobre uma mesma conduta duas normas incriminadoras.

Ocorre que tal situação apresenta inegável *bis in idem*. Vejamos.

Nas figuras delitivas da formação de cartel – sejam elas previstas pela Lei 8.137/1990, em seu antigo art. 4.º, I, a, II, a e b, III e V, na atual redação do art. 4.º, I e II ou pela Lei 8.666/1993 em seu art. 90 – a associação é dado elementar de sua realização típica. Note-se que todos esses tipos penais trazem como núcleo central as condutas de formar *ajuste, acordo, convênio, aliança* ou *combinação*, tornando necessária para a sua configuração a reunião de pessoas com propensão à estabilidade.

E não poderia ser diferente, pois a definição de formação de cartel elaborada pelo próprio órgão de defesa da concorrência (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) traz ínsita a conduta do acordo entre concorrentes:

**“1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.**<sup>(1)</sup>

De fato, a mais abalizada doutrina concorrencial preceitua que esses acordos celebrados entre empresas concorrentes e que visam a neutralização da concorrência são os denominados cartéis,<sup>(2)</sup> caracterizados pelo ajuste entre agentes, que conservam, apesar desse ajuste, suas independências administrativa e financeira, com a finalidade de eliminar ou diminuir a concorrência, conseguindo o monopólio em determinado setor da atividade econômica.<sup>(3)</sup>

Nas infrações penais que preveem a formação de cartel, portanto, o arranjo entre os agentes econômicos que buscam dar efetividade à combinação com relação a preço, quantidade, ou região, com vistas a dominar o mercado ou eliminar total ou parcialmente a concorrência é elementar para a sua configuração, de modo que há um concurso necessário entre os sujeitos ativos para a consumação do delito.

Igualmente no crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Diploma Penal, exige-se para a sua realização típica a associação estável com a finalidade de cometer crimes. Trata-se também de um delito de concurso necessário.<sup>(4)</sup>

E como é cediço, o concurso necessário se dá nos “*casos em que a pluralidade de agentes é elemento essencial da configuração do crime*” “já não se podendo falar em participação, propriamente, mas em co-execução”.<sup>(5)</sup> Isso sucede quando “a realização do verbo constante do tipo requer a conjugação das condutas”,<sup>(6)</sup> tornando-se necessária a pluralidade de agentes.

Destarte, pode-se concluir que incidem sobre a conduta do cartel duas normas incriminadoras, o tipo penal da formação de cartel propriamente

Destarte, pode-se concluir que incidem sobre a conduta do cartel duas normas incriminadoras, o tipo penal da formação de cartel propriamente dito e o art. 288 do Código Penal em mercado *bis in idem*.

Logo, está-se diante de um concurso aparente de normas a ser solucionado, no presente caso, pelo princípio da especialidade.

A especialidade consiste na “*relação que se estabelece entre dois ou mais preceitos, sempre que na lex specialis se contém já todos os elementos de uma lex generalis ao qual se pode chamar de tipo fundamental, e, ainda, certos elementos especializadores*”, o que “*determinará a exclusão da lei geral pela aplicação da lei especial, segundo o brocardo lex specialis derogat legi generali*”.<sup>(7)</sup>

Na hipótese vertente, ainda que ambos os crimes prevejam a conduta de associar-se com a finalidade de cometer delitos – tipo fundamental –, a formação de cartel – em qualquer de suas figuras típicas – traz circunstâncias especializantes para a sua configuração, tais como o objetivo de fixação artificial de preços, controle de mercado, eliminação total ou parcial da concorrência e, em casos específicos de contrato com o Poder Público, fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório.

Assim, ante uma conduta de formação de cartel, a norma incriminadora a incidir na espécie é a lei especial, seja ela a Lei 8.137/1990 ou a Lei 8.666/1993, com exclusão da aplicação do art. 288 do Código Penal.

Não é outro o entendimento esposado pelo ilustre penalista Celso Delmanto que, ao analisar o delito de formação de quadrilha ou bando, leciona:

*“Se a finalidade da associação for prática de crimes previstos em legislação especial, em que o número de agentes seja elementar do tipo, haverá tão somente a incidência da lei especial, sob pena de inadmissível bis in idem.”*<sup>(8)</sup>

E nem há que se argumentar, nesse contexto, que a disposição especial deva tutelar o mesmo bem jurídico que a geral, pois a questão apresentada trata de identidade de situação de fato sobre a qual incidem duas normas incriminadoras e não de homogeneidade de bem jurídico. Pode-se usar aqui – a título de ilustração – o raciocínio usado pela jurisprudência para o roubo e o porte ilegal de armas. Ainda que os tipos penais tutelem bens jurídicos distintos, uma conduta é meio para a outra, a primeira é instrumento necessário para a complementação típica da segunda, a impor a *consunção*. Não é outra a operação jurídica aplicada nos casos de falsificação e sonegação fiscal, em que também há absorção de um tipo penal pelo outro, ainda que diversos os bens jurídicos protegidos.

Todo esse raciocínio, porém, não significa que a quadrilha ou bando não possa configurar um crime autônomo com relação a todos os demais delitos que a associação criminosa pretenda ou venha a realizar. Veja-se, como exemplo, a quadrilha formada para a prática de roubos e furtos. Nessa hipótese, as condutas são evidentemente independentes entre si. A associação foi formada com a finalidade de cometer crimes naquele caso específico, crimes estes que não exigem, para a sua consumação, o ajuste entre os autores.

Especificamente no que tange aos processos que envolvam a celebração de acordo de leniência, a celeuma é um pouco diversa, mas não menos problemática.

Consoante dispunha o art. 35-C da antiga Lei de Defesa da Concorrência, a celebração de acordo de leniência com a Secretaria de Direito Econômico suspendia o curso do prazo prescricional e o seu cumprimento extinguiu a punibilidade dos crimes previstos na Lei 8.137/1990.

Da maneira como era previsto esse benefício penal, não havia vedação para que o Ministério Público instaurasse uma ação penal em face do leniente a fim de apurar o seu eventual envolvimento no delito de quadrilha – em tese, praticado em conjunto com o crime de formação de cartel –, ainda que tivesse sido declarada extinta a sua punibilidade com relação a este último em decorrência do acordo.

Muito embora o conceito do *bis in idem* impedisse esta prática também nesses casos, a atividade corriqueira dos órgãos ministeriais demonstrava exatamente o contrário, criando uma imensa insegurança jurídica para o colaborador que, mesmo após prestar todas as informações acerca da conduta delitativa sob investigação e cumprir com suas obrigações no acordo, acabava por ser punido na esfera penal.

Ora, era inaceitável que o proponente recebesse imunidade apenas pelos crimes previstos na Lei 8.137/1990, ao passo que as acusações que envolviam a prática de cartel poderiam trazer a imputação de diversos outros tipos penais, como o previsto no art. 288 do Código Penal, mesmo que de maneira equivocada.

Atento a essa falha do instituto e considerando que “os beneficiários dos acordos de leniência vêm sendo processados por crime de quadrilha ou bando, o que pode afastar pretendentes à leniência, temerosos de que a ‘imunidade’ prometida não se revele efetiva em relação a dito tipo penal”, e ainda “Com o escopo de manter o Programa de Leniência nessa trajetória ascendente de celebrada efetividade no âmbito nacional e internacional”,<sup>(9)</sup> o legislador propôs mudanças na novel Lei de Defesa da Concorrência quanto aos benefícios penais do acordo de leniência.

Com efeito, a Lei 12.529/2011 passou a prever em seu art. 87:

“Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo” (grifos nossos).

À primeira vista, pode-se entender que andou bem o legislador ao incluir no rol de crimes passíveis de imunidade penal o delito de quadrilha ou bando e outros diretamente relacionados à prática do cartel. Isso porque tal previsão certamente trará maior segurança ao participante do cartel para que forneça às autoridades antitruste todas as informações e detalhes concernentes ao ajuste, ainda que os elementos levados ao conhecimento da Secretaria de Direito Econômico revelem o seu envolvimento em novos crimes.

Todavia, no que concerne ao delito de quadrilha ou bando, não resolve a questão do *bis in idem*. Ao contrário, o legislador parece autorizar o oferecimento de denúncia com imputações concomitantes de formação de cartel e quadrilha contra aqueles que não celebraram acordo de leniência.

Infelizmente, o poder legiferante, no intuito de proteger um dos mais importantes instrumentos de combate a cartéis e tentar corrigir as falhas da legislação anterior, sedimentou interpretação equivocada que já vinha há tempos sendo explorada pelos representantes do Ministério Público.

O desafio de combater as conhecidas imputações excessivas já não era fácil, sobretudo em casos de formação de cartel, infração que, em razão dos efeitos prejudiciais que produz no mercado, aos consumidores e aos agentes econômicos, preocupa não só as autoridades concorrenciais

brasileiras, mas órgãos de defesa da concorrência de todo o mundo, o que faz alimentar ainda mais a gana acusatória.

Espera-se que com a alteração legislativa essa tarefa não se torne ainda mais árdua. Até mesmo porque a questão envolve princípios fundamentais de Direito Penal que impedem a prática do *bis in idem* em toda e qualquer acusação, independentemente da celebração de acordo de leniência. Trata-se da regra da especialidade que facilmente indica qual a norma incriminadora a ser aplicada à espécie. Imputação de cartel e quadrilha sobre uma mesma conduta é inaceitável.

## Notas

- (1) Anexo I da Resolução do CADE 20, de 09.06.1999.
- (2) Na Ciência Econômica, entende-se por cartel o “(...) grupo de empresas independentes que formalizam um acordo para sua atuação coordenada, com vistas a interesses comuns. O tipo mais freqüente de cartel é o de empresas que produzem artigos semelhantes de forma a constituir um monopólio de mercado” (SANDRONI, Paulo (org. e superv.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2003. p. 84).
- (3) BRANCO, Nelson de Andrade; BARRETO, Celso de Albuquerque. *Repressão ao abuso do poder econômico*. São Paulo: Atlas, 1964. p. 30.
- (4) Sobre o assunto, discorreu de maneira brilhante o Professor Miguel Reale Júnior: “No crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, há ações paralelas de cada participante com o fim de cometer crimes, sendo cada um autor e não co-autor. No crime de cartel igualmente o concurso é necessário, pois se realiza por meio de acordo ou ajuste entre pessoas que são os sujeitos ativos do crime. No concurso necessário a pluralidade de sujeitos ativos não é uma eventualidade, mas sim dado elementar do tipo penal, sendo um ‘dado técnico-legislativo que expressa relevo fundante e essencial à lesão real ou potencial ao bem jurídico tutelado’. Assim, a exigência de uma pluralidade de sujeitos ativos decorre do tipo que por sua vez colhe essa estrutura plural na própria realidade, pois só a pluralidade de atores principais como assinalados no tipo pode criar uma situação de ofensa ao bem jurídico.

No plano subjetivo o concurso necessário requer, evidentemente, que cada sujeito ativo possua conhecimento da ação do outro, com ciência de estarem realizando de um mesmo tipo penal, em condutas que se entrelaçam.” (Cartel e quadrilha: *bis in idem*. *Revista Ciências Penais*, São Paulo: RT, n. 5, p. 139, jul.-dez., 2006).

- (5) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, t. 2.º, p. 418.
- (6) DOTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 352.
- (7) *Idem*, p. 287.
- (8) DELMANTO, Celso et alli. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 824.
- (9) BRASIL. Senado. Parecer à Emenda n. 20 aprovada na Comissão de ciência, tecnologia, inovação, comunicação e informática. Note-se que a referida emenda apresentou sugestão em consonância com a orientação contida no Relatório da OCDE *Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares* de 2010, registrada nos seguintes termos:  
“[...] 7.2.1.9. Modificar o Programa de Leniência para eliminar a exposição dos beneficiários da leniência a outros processos penais, para além da Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. O Programa de Leniência do SBDC está provando ser bem sucedido, e tem gerado diversas candidaturas. O Programa estipula que os indivíduos que receberem leniência também receberão imunidade na ação criminal sob a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. Entretanto, eles não recebem atualmente imunidade no âmbito de outras leis criminais que possam ser aplicadas a casos de conduta. Isto pode inibir alguns interessados de se candidatarem no Programa de Leniência.” (OCDE. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares – 2010*) (grifos nossos).

**Máira Beauchamp Salomi**  
Mestre em Direito Penal pela USP.  
Advogada.

**Pierpaolo Cruz Bottini**  
Professor-doutor de Direito Penal da USP.  
Advogado.

## Geni

### Renato Stanzola Vieira e Fernando Gardinali Caetano Dias

Recentemente, ao julgar dois *habeas corpus*,<sup>(1)</sup> a 1.ª Turma do STF passou a entender que não se admite o uso do remédio constitucional em situações que podem desafiar recursos típicos.

O entendimento está errado. A mera previsão de recursos cabíveis (como, por exemplo, o vetusto recurso em sentido estrito do Código de Processo Penal) nunca foi óbice às impetrações de *habeas corpus*. Quando não porque o constrangimento ilegal (cujas hipóteses estão previstas no art. 648 do CPP) independe de haver ou não outro recurso apto a debelar o mal, porque há situações em que existe o recurso mas não tem ele efeito suspensivo (por exemplo, o decorrente de não reconhecimento de causa extintiva de punibilidade ou, ainda, o decorrente de decisão de pronúncia). Da mesma forma, é sabido nos precedentes que matérias de direito que desafiem recursos também são cognoscíveis em *habeas corpus*, a depender da densidade da argumentação jurídica e da clareza da ilegalidade.

Por essa perspectiva, o erro está na constatação empírica de que o manejo do *habeas corpus* não pode ser, de forma alguma, subsidiário, isto é, só admissível em situações nas quais não haja recurso.

A propósito, curiosamente nos idos de 1964, quando a famosa decisão no HC 41.296 foi proferida, o Min. Gonçalves de Oliveira disse frase célebre: “Onde estiver a maldade e a injustiça, há de existir o remédio jurídico. Where is wrong there is a remedy”.<sup>(2)</sup>

É irônico. Às vésperas do Ato Institucional 5, em julgamento havido pouco depois do golpe militar, dizia-se da necessidade do remédio para amparar a maldade e a injustiça. Hoje, com a Constituição em vias de completar um quarto de século, em plena democracia formal, atiram-se antigas pedras no mais importante remédio constitucional. O *habeas corpus* é, hoje, a *Geni*.

Outro prisma, ainda, chama a atenção. No desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo da segunda metade do século passado para cá, a doutrina ocidental – entre a qual, inclusive, a brasileira mais atenta – vangloria-se por compreender como cláusula inerente a todo e qualquer deles a da proibição do retrocesso. Nessa cláusula, em também muito singela lembrança, o que vale lembrar é que não se admite andar para trás, ou seja, uma interpretação que amesquinhe o direito fundamental, dando-lhe eficácia menor do que a conquistada.

Por isso, além de erradas as duas decisões do Supremo, perigosamente caminham por um retrocesso na interpretação do *habeas corpus*.

Retrocesso que advém de um raciocínio jurídico perigoso, porque limitador de acesso ao STF nas matérias que lá chegarem via *habeas corpus*. Veja-se: por esse entendimento, contra a denegação de ordem de *habeas corpus* por um Tribunal de segunda instância, o correto seria interpor recurso ordinário ao STJ (art. 105, II, a, da Constituição Federal). Se a tal recurso for negado provimento, contudo, não será possível

levar a matéria ao STF, pois não cabe recurso ordinário contra acórdão denegatório de outro recurso ordinário de *habeas corpus* (pelo art. 102, II, a, da Carta Magna, o recurso só é cabível para *habeas corpus* decidido em última instância pelo Tribunal Superior).

Cria-se, com isso, um claro e insuperável fator limitador de acesso ao STF, sem previsão legal. Pior: sem previsão constitucional, dada a competência estrita da Corte, advinda da Carta Maior, pois ali se prevê às claras o cabimento de *habeas corpus* se o “coator for Tribunal Superior” (art. 102, I, i).

Talvez, com essa interpretação que parece não ter amparo na Constituição, alcance-se o objetivo de diminuir o acervo de *habeas corpus* na Corte Suprema. Mas o resultado se dará, inevitável e lamentavelmente, à custa da redução da própria prestação jurisdicional em afronta à competência do Supremo prevista na Constituição da República (art. 102, I, i).

Havia, entre os Ministros do Supremo, quem repetisse, para a alegria dos cultores dos direitos fundamentais e do manejo do *habeas corpus*, que se tratava de remédio que “não pode sofrer qualquer peia”. Hoje, o bastião da liberdade do *habeas corpus*, obedecida sua história de dignidade constitucional e defesa da liberdade, passou de mão. O Min. Dias Toffoli foi quem, no HC 109.956, empunhou essa bandeira, mas acabou por ceder à maioria dos pares (isso porque, se, no HC 109.956, tal Ministro foi vencido quanto à inadequação do writ, pouco depois, no HC 111.909, curvou-se aos demais nesse ponto, que, assim, tornou-se, infelizmente, unânime na 1.ª Turma do STF).

O *habeas corpus* é a *Geni*. Talvez seja, por enquanto, aquela *Geni* que é boa de apanhar, boa de cuspir. O problema é que, como remédio constitucional historicamente mais importante do Brasil, o mais fundamental instrumento de garantias no processo penal, depois alguém pode sair correndo atrás do prejuízo, pedindo para ele (ou para ela, a *Geni*): você pode nos salvar, você vai nos redimir. Pobre liberdade, órfã do instrumento maior para garanti-la.

#### Notas

- (1) HC 109.956, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2012, DJE 10.09.2012; e HC 111.909, rel. Min. Rosa Weber, j. 04.09.2012, acórdão pendente de publicação.
- (2) HC 41.296, j. 23.11.1964, Pleno, rel. Min. Gonçalves de Oliveira.

Renato Stanzola Vieira  
Advogado.

Fernando Gardinali Caetano Dias  
Advogado.

#### ENTIDADES QUE ASSINAM O BOLETIM

##### AMAZONAS

Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

##### DISTRITO FEDERAL

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

Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

##### MATO GROSSO DO SUL

Associação dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

##### PARANÁ

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

##### RIO DE JANEIRO

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro/ CEJUR

##### RIO GRANDE DO SUL

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

##### SÃO PAULO

Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

# Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural

André Nicolitt

Em julho de 2012, com *vacatio* de 90 dias, adveio a Lei 12.694/2012, instituindo a possibilidade da formação de colegiado, composto por três juízes de primeiro grau, para a prática de qualquer ato processual nos feitos que envolvam os crimes praticados por organizações criminosas, destacadamente para a decretação de prisão e medidas assecuratórias, concessão de liberdade, sentença, progressão e regressão de regime, liberdade condicional, transferência de preso para estabelecimento de segurança máxima e inclusão em regime disciplinar diferenciado (art. 1.º, I a VII).

Note-se que o rol de atos contido na lei é meramente exemplificativo, vez que o *caput* dispõe que a formação será para a prática de “qualquer ato processual, especialmente”.

A regra processual nasce no bojo de uma lei que traz em si medidas que visam à segurança dos juízes e membros do Ministério Público, dispondo sobre porte de arma, agentes de segurança institucional etc. O ambiente normativo é de enfrentamento à sensação de insegurança e a regra surge sem preocupação de atender aos reclamos processuais seja de garantia, seja de eficiência.

A lei tem origem no Projeto da Câmara dos Deputados 03/2010, e o tema do julgamento colegiado foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça presidida pelo então Senador Demóstenes Torres, mediante parecer que entendeu que tal medida não agride o princípio do Juiz Natural, uma vez que os juízes do colegiado não estarão em anonimato, mas são magistrados de carreira e com competência criminal no primeiro grau de jurisdição.

Para nós, todavia, o julgamento colegiado tal qual delineado pela Lei 12.694/2012 não passa pelo crivo do princípio do juiz natural como demonstraremos adiante.

O princípio do juiz natural decorre da exigência de independência e imparcialidade do juiz e consiste em dupla garantia do cidadão: a vedação de tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII) e a proibição de escolha de juízes (art. 5.º, LIII). Em outras palavras, a Constituição e as leis definem o órgão jurisdicional que irá apreciar os fatos e isto se dá de forma genérica e abstrata. Nenhum órgão do Estado, nem mesmo do próprio Judiciário, tampouco as partes, podem realizar manobras ou manipulações a fim de escolher o julgador de determinada causa. A segunda dimensão do princípio é a vedação de tribunais *ex post facto*. A pena abalizada de **Binder**<sup>(1)</sup> esclarece:

*“Para comprender esta cláusula constitucional hay que tener en cuenta que todo proceso penal estructurado conforme a los principios republicanos tiene una suerte de ‘obsesión’: evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que ese juicio sea verdaderamente imparcial. La legitimidad social que procura el juicio penal se basa esencialmente en la imparcialidad. Un juicio que está bajo la sospecha de parcialidad, pierde toda legitimidad y vuelve inútil todo el ‘trabajo’ que se toma el Estado para evitar el uso directo de la fuerza y la aparición de la venganza particular”.*

Não há dúvida de que a maior exigência que recai sobre o exercício da jurisdição é a imparcialidade. Daí a razão do princípio do juiz natural vedar que juízes ou tribunais recebam atribuição para julgar determinado fato delituoso, o que configura atribuição de competência *post facto*, ou seja, um tribunal de exceção.

*“A imparcialidade do julgador não decorre de uma virtude moral,*

*mas de uma estrutura de atuação.”*<sup>(2)</sup> Na hipótese da Lei 12.694/2012, verifica-se que o juiz, ao decidir pela formação do colegiado, denuncia a sua falta de virtude moral<sup>(3)</sup> para o julgamento, pois está sob pressão por circunstâncias que colocam em risco a sua integridade física (art. 1.º, § 1.º), logo não poderia integrar o colegiado (art. 1.º, § 2.º).

Por outro lado, a reunião dos três juízes se dá em razão de um ambiente de “perigo” ou “sensação de insegurança” destacadamente para julgar determinado delito anterior à formação do órgão e seguramente o imaginário de seus componentes está impregnado com este cenário, o que traz para o colegiado um ânimo de prevenção íntima relativamente aos fatos, comprometendo a análise imparcial dos mesmos.

A previsão do sorteio eletrônico (art. 1.º, § 2.º) soluciona a violação do princípio do juiz natural relativamente à dimensão que proíbe a escolha de juízes, mas não impede a violação do princípio em sua dimensão que veda a formação de tribunais *ex post facto*.

Portanto, consideramos que o julgamento colegiado tal qual desenhado pela Lei 12.694/2012 é inconstitucional por afrontar o princípio do juiz natural. Não obstante, outros problemas se colocam diante da Lei.

Primeiramente, qual seria a natureza da decisão do juiz ao convocar o colegiado? Não poderíamos falar nem em declínio de competência, pois o órgão originário e o juiz (fisicamente) continuam no julgamento, apenas se transfere ao colegiado determinado ato. Tampouco é possível falar em modificação de competência, pelos mesmos motivos.

Note-se que o instituto não possui similar na ordem processual brasileira, não guardando qualquer semelhança com a remessa ao juiz tabelar por suspeição ou o desaforamento, pois em ambos os casos o que se busca, em última análise, é a garantia do juiz natural, ou seja, um juiz imparcial, e a modificação do órgão para julgar o fato se dá exatamente por exigência desta imparcialidade, hipótese diversa da previsão do art. 1.º da Lei 12.694/2012.

O julgamento colegiado, tal qual proposto, além de violar o anseio processual por garantia, decepciona também no que tange a busca pela eficiência. Perceba que a lei prevê a possibilidade da formação do colegiado para julgar fatos que tenham por objeto crimes praticados por organização criminosa, não contemplando a própria formação da organização criminosa se necessário seu julgamento isolado de eventuais crimes por ela praticados.

Em outra quadra, a lei não explica como será resolvido o problema sobre divergência na formação do colegiado, ou seja: quem poderia provocar e quem poderia rever a decisão do juiz ao optar por tal formação? Ao que nos parece, os juízes sorteados para a composição do colegiado podem suscitar conflito negativo de competência e, como se trata de um órgão de primeiro grau, o conflito deve ser julgado pelo Tribunal ao qual está vinculado, ou seja, o respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Ainda sobre a eficiência, as medidas de urgência (art. 1.º, I) dificilmente poderiam aguardar, sem prejuízo à sua efetividade, os trâmites para a formação do colegiado.

O § 3.º do art. 1.º da Lei em exame estabelece que a competência do colegiado está limitada ao ato para o qual foi convocado. Aqui é preciso mais uma nota acerca do princípio do juiz natural.

Sustenta-se também um aspecto substancial do princípio do juiz

natural, normalmente olvidado na doutrina brasileira.<sup>(4)</sup> A ideia remonta ao início da consagração do *due process of law*, quando na Inglaterra de 1225 valorizou-se o julgamento pelos *homens honestos da vizinhança*<sup>(5)</sup> (*law of the land*). Sobre o tema, **Binder**<sup>(6)</sup> ensina:

*“Y a estas dos importantísimas garantías podríamos sumarle una tercera, relacionada con las raíces históricas de este principio: el juez natural debe ser, también, un mecanismo que permita lo que podríamos llamar un ‘juzgamiento integral’ del caso. Es decir, debe asegurar que el juez esté en condiciones de comprender el significado histórico, cultural y social del hecho que debe juzgar.*

*Por tal razón no resulta del todo correcto el hecho de desligar el principio del juez natural de la persona física y concreta del juzgador”.*

Desta forma, associa-se o princípio do juiz natural à própria identidade física do juiz, o que finalmente foi contemplado pela legislação infraconstitucional brasileira na medida em que o art. 399, § 2.º, do CPP passou a dispor que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Neste sentido, aos que entenderem constitucional a formação do colegiado não o poderão fazer tão somente para a prolação da sentença, como faz crer o inc. III do art. 1.º da Lei 12.694/2012, sob pena de violação ao princípio da identidade física do juiz (juiz natural substancial). De tal maneira, a convocação do colegiado para prolação de sentença exige sua convocação para a instrução processual (art. 399, § 2.º, do CPP).

Estas são algumas das questões que advirão da referida lei. Não estamos, com a presente crítica, olvidando da necessidade de se pensar a questão da segurança dos magistrados e membros do Ministério Público, preocupação esta presente no próprio parecer da Comissão de

Constituição e Justiça sobre o então projeto que deu origem à lei. Ocorre que, não será com o sacrifício de garantias fundamentais que iremos alcançar a almejada segurança. Ao contrário, acreditar em medidas superficiais como o instituto em exame é permanecer em situação de insegurança e agregar a esta violações de princípios que são fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

## Notas

- (1) BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 141.
- (2) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- (3) Aqui empregada como falta de condições pessoais em razão de sentimentos humanos que dificultam ou impedem um julgamento imparcial.
- (4) NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012. p. 34-35.
- (5) “Art. 20. *Nenhuma multa será lançada, senão pelo julgamento de homens honestos da vizinhança.*”
- (6) BINDER, Alberto M. *Introducción ... cit.*, p. 147.

**André Nicolitt**

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa/Lisboa.  
Professor do Ibmec-RJ.  
Juiz de Direito – TJRJ.

# Furto mediante fraude e estelionato no uso de cartões de crédito e/ou débito subtraídos ou clonados: tipificação penal, competência e atribuição de polícia judiciária

*Eduardo Luiz Santos Cabette*

## 1. Introdução

Têm sido cada vez mais comuns as fraudes perpetradas com o uso de cartões de crédito e/ou débito clonados ou subtraídos de seus legítimos titulares.

A reiteração dessas condutas e a imperiosa apuração criminal desses fatos leva à correlata necessidade de correta tipificação, bem como ao estabelecimento da competência jurisdicional e atribuição de Polícia Judiciária.

É bastante corriqueiro que aconteçam divergências quanto à capitulação jurídico penal dessas condutas criminais, bem como quanto à atribuição de Polícia Judiciária e de competência jurisdicional para o processo de julgamento dos respectivos feitos.

Assim sendo, pretende-se neste trabalho estabelecer qual o tipo penal adequado a essa espécie de conduta criminosa, além de indicar a competência e atribuição de Polícia Judiciária, o que se fará pelo estudo dos elementos que compõem a conduta em destaque em cotejo com as figuras típicas assimiláveis ao caso. Ademais, no que tange à competência e atribuição de Polícia Judiciária, mister se faz uma análise apurada do momento consumativo da infração penal, o que determinará, em regra, o juízo competente e a circunscrição policial com atribuição para investigação de acordo com as regras do Código de Processo Penal.

## 2. Tipificação penal adequada

Em relação à infração penal a ser tipificada nesses casos de fraudes com cartões de crédito e/ou débito subtraídos ou clonados a tipificação que tem sido considerada mais correta pela doutrina e jurisprudência é a de furto mediante fraude (art. 155, § 2.º, II, do CP) e não de estelionato (art. 171 do CP). Isso porque o que distingue essas infrações é a participação da vítima na concessão do patrimônio ao fraudador, o que não ocorre nesses casos, já que o autor do ilícito atua à revelia da vítima que, geralmente, vem a saber da lesão patrimonial sofrida somente depois de algum tempo. Portanto, na verdade, o que ocorre é uma fraude para possibilitar uma *subtração por parte do agente e não uma fraude para fazer com que a vítima entregue seu patrimônio*, fato que configura o furto mediante fraude e descarta a tipificação de estelionato.

Nesse sentido se manifesta **Mirabete**, expondo as orientações jurisprudenciais sobre a temática:

*“Distingue-se o furto mediante fraude, em que o engodo possibilita a subtração, do estelionato, em que o agente obtém a posse da coisa que lhe é transferida pela vítima por ter sido induzida a erro. Na jurisprudência, apontam-se as seguintes diferenças: no primeiro há tirada contra a vontade da vítima; no segundo, a entrega é procedida livremente; no primeiro, há discordância da vítima; no segundo, o consentimento; no*

furto, há amortecimento da vigilância; no estelionato, engodo; naquele, o engano é concomitante com a subtração; neste, é antecedente à entrega; a conduta do furto é de tirar, no estelionato é enganar para que a vítima entregue a coisa”.<sup>(1)</sup>

Este tem sido o entendimento esposado pelo STJ e pelo STF (v.g. STJ, 5.<sup>a</sup> T., HC 61.512/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 05.02.2007, p. 284; STJ, 5.<sup>a</sup> T., HC 60.026/SC, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 09.10.2006, p. 331; STJ, 5.<sup>a</sup> T., HC 54.544/SC, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01.08.2006, p. 490; STF, 2.<sup>a</sup> T., HC 88.905/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13.10.2006, p. 67).

Observe-se que se o cartão é clonado, a vítima de nada sabe e em nada contribui. Depois o agente, por sua própria conta, perpetra a compra, empréstimo ou retirada de dinheiro, de modo que o lesado em nada contribui. O mesmo ocorre quando o cartão é subtraído e usado posteriormente.

### 3. Competência jurisdicional e atribuição de Polícia Judiciária para investigação

É necessário em primeiro lugar observar que são as instituições financeiras e não as empresas de cartão de crédito as responsáveis pela emissão, administração, saques, compras, empréstimos e quaisquer outras operações realizadas com cartões, isso mediante um ato de licenciamento celebrado entre a empresa de cartões e a instituição financeira respectiva. Assim sendo, quando há o uso indevido por causa de subtração ou clonagem, o prejuízo se perfaz quando o valor é pago pela instituição financeira e não no local da fraude. Ocorre o pagamento no banco, exatamente na agência em que o titular do cartão o adquiriu e firmou contrato. O pagamento não se perfaz no local da fraude. Exemplificando:

Se um cartão do Banco Santander de Mogi Mirim-SP é subtraído ou clonado e o autor do ilícito faz um saque em São Bernardo do Campo-SP ou faz uma compra usando esse cartão nessa mesma localidade (acaso tenha a função crédito), o prejuízo ocorre em Mogi Mirim-SP, local onde é efetuado o débito em conta corrente ou a cobrança da compra e não em São Bernardo do Campo-SP, onde a fraude se efetivou.

Assim sendo, a lesão patrimonial ocorre na praça do cartão e ali a infração penal se consuma. E onde a infração se consuma se deve fixar a competência para o processo e julgamento e consequentemente a atribuição para apuração de Polícia Judiciária nos termos do art. 4.<sup>o</sup> c/c o art. 70 do CPP. Ademais, considerando essa questão da consumação delitativa na praça do cartão, onde o débito ou o pagamento de compras ocorre, pode-se utilizar por analogia o disposto na Súmula 521 do STF. Essa Súmula se refere especificamente ao estelionato com uso de cheque sem fundos, indicando a praça do cheque (onde ocorre a recusa do pagamento pelo sacado) como momento consumativo. Isso porque é ali que o crime patrimonial se consuma com o efetivo prejuízo ao lesado. O mesmo raciocínio pode ser aqui empregado. Onde se perfaz o saque ou o pagamento, com lesão do titular do cartão, é que se consuma o crime patrimonial e esse local é exatamente o da praça do cartão, da agência bancária a qual é ele vinculado.

Não importa que a ação criminosa tenha se operado em certo local e o resultado (consumação) se perfaça em outro. Com bem destaca **Karam**:

“Como invidiosamente expressa o disposto no art. 70 do Código de Processo Penal, o lugar da alegada infração penal, que, em regra,

determina o estabelecimento da competência territorial é, portanto, o lugar onde teria se dado sua consumação, ou seja, o lugar onde alegadamente se deu o resultado que integra a descrição típica, tanto quando este resultado é determinado e precisamente expresso, como quando se traduz na simples manifestação imediata da conduta no mundo exterior, pouco importando que, no primeiro caso, tenha este resultado ocorrido em lugar diferente daquele onde se desenvolveu a ação”.<sup>(2)</sup>

Esta tem sido a ótica dos tribunais superiores:

“Em se tratando de crime de furto mediante fraude, a competência, como regra geral, será do local onde ocorrer a consumação do delito (art. 70 do CPP)” (STJ, AgRg, no CC 110767/SP, S3, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 17.02.2011).<sup>(3)</sup>

### 4. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a prática comum de fraude com uso de cartões de crédito e/ou débito subtraídos ou clonados tem subsunção legal perfeita no crime de furto mediante fraude nos estritos termos do art. 155, § 4.<sup>o</sup>, II, do CP, sendo a competência para o processo e julgamento, bem como a atribuição de Polícia Judiciária para investigação, do lugar em que a infração penal se consuma de acordo com as regras do art. 4.<sup>o</sup> c/c o art. 70 do CPP. Ora, sendo o crime enfocado patrimonial e material, sua consumação se opera com o efetivo dano patrimonial, o qual se perfaz na praça do cartão, onde se localiza a instituição financeira responsável pela sua administração e, consequentemente, onde se operam os saques e pagamentos com efetiva lesão, inobstante a fraude possa ter se dado em outra localidade.

### Referências Bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

### Notas

- (1) MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2, p. 198. Similarmente: GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 447-448; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 544.
- (2) KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 42.
- (3) GRECO, Rogério. Op. cit., p. 440.

**Eduardo Luiz Santos Cabette**

Mestre em Direito Social.

Professor na Graduação e Pós-graduação da Unisal.

Delegado de Polícia.

## Edital de Convocação Assembleia Geral Extraordinária

Nos termos do Parágrafo Primeiro do artigo 14, do Estatuto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, ficam convocados os associados a reunirem-se em **Assembleia Geral Extraordinária, com a finalidade específica de deliberarem sobre a reforma estatutária**. A referida Assembleia terá lugar no dia **22 de novembro de 2012**, às 10:00 horas, em primeira convocação,

se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados presentes na sede social do Instituto, estabelecida na Rua Onze de Agosto, 52 – 2.<sup>o</sup> andar – Centro – São Paulo.

**Marta Saad**  
Presidente

# O Direito Penal e o político: do limite do poder penal ao poder penal sem limite

Vera Regina Pereira de Andrade

O conceito paradigmático de Direito Penal na modernidade é o de um Direito identificado com a lei (normatividade) e a Ciência Penal dogmática ou dogmática penal, racionalizador do poder punitivo estatal, e assim sacralizado como Direito garantista.

Abrigado na ideologia normativista e liberal, o Direito Penal é invariavelmente definido e tratado, até hoje, na manualística dogmática, como um conjunto de normas que definem crimes e impõem penas que, vertidas em objeto da construção dogmática, objetivam racionalizar o poder punitivo estatal. No mesmo movimento em que o Direito Penal aparece como limite normativo e técnico-científico do poder punitivo, o poder punitivo se converte em *jus puniendi*, direito estatal de punir.

Produz-se, assim, uma extraordinária despolitização e neutralização, tanto do poder que é visceralmente político (o poder penal do Estado), quanto do Direito (Penal), que o instrumentaliza e legitima pela legalidade. Consegue-se a proeza de apresentar a questão da pena como não política.

Amalgamado com o conceito normativista e liberal do poder e do político, radica, a sua vez, na manualística dogmática do Direito Penal, um conceito consensual de sociedade, concebida como uma realidade atomizada, ficticiamente conformada por sujeitos de direito livres e iguais, para logo a seguir ser maniqueístamente dividida entre o bem (os cidadãos, os homens “médios” e as mulheres “honestas” do Direito Penal) versus o mal (bandidos e prostitutas), e cujo único dissenso, no contrato social assim firmado transita do conflito interindividual à criminalidade. Nessa sociedade não se visualizam conflitos de classe, étnicos, raciais ou quaisquer outros, dominações de gênero, preconceitos raciais, assimetrias, subordinações ou discriminações; não se visualizam, em uma palavra, violências que não a violência individual do crime de rua (contra o patrimônio individual e contra os corpos).

Essas concepções servem tanto ao normativismo dogmático quanto ao positivismo criminológico, tanto ao Direito Penal, quanto à Criminologia etiológica. Em rigor, não são outros os pressupostos subjacentes à clássica concepção de criminalidade de **Rafael Garofalo**<sup>(1)</sup> ao distinguir, no século XIX e com força secular, entre crimes naturais e crimes artificiais: uma distinção que irá entrar para a história do Ocidente capitalista, consolidando a “naturalização” da criminalidade, exceto a criminalidade política. Com efeito, aos denominados *crimes políticos* se reconhecia o estatuto de *artificiais* ou artificialmente construídos porque crimes contra o Estado ou a ordem política, dimensão à qual se reduz, precisamente, o conceito (liberal) de poder e de político.

No marco do Direito Penal esta identificação continua eternizada. É apenas no marco das Criminologias críticas, desenvolvidas com base no paradigma da reação ou controle social, que o conceito do político será submetido a um revisionismo, diga-se de passagem, bastante tardio. De fato, nascerá daí uma concepção micropolítica e macrossocial que reconhecerá finalmente aquilo que desde disciplinas como a História, a Historiografia, a Teoria Política, a Sociologia, a Economia política e a Economia política da pena, já havia sido reconhecido há quase um século antes: a politicidade do mecanismo punitivo.

Assim **Max Weber**,<sup>(2)</sup> ao caracterizar o Estado moderno, afirmava que a pretensão do monopólio da violência física legítima (legitimada pela legalidade) é o que caracteriza o aspecto especificamente *político* da dominação numa sociedade territorialmente demarcada. A pena é o núcleo do exercício do poder, do controle e do domínio numa sociedade e o sistema penal, institucionalização estatalmente centralizada daquela violência, se refugiará no “reino da lei”.

Demonstrar a politicidade do Direito Penal, para o jurista, talvez tenha sido o legado mais constrangedor da deslegitimação da pena de prisão e do controle penal moderno, operada pelas Criminologias de base crítica, tanto na academia quanto na empiria (...)

Assim, ao mesmo tempo em que o Estado moderno encontrou na pena um núcleo de poder político, de controle e domínio, necessitou formalmente, desde seu nascimento, de discursividades (normas, saberes, ideologias) tão aptas para o exercício efetivo deste poder quanto para a sua justificação e legitimação.<sup>(3)</sup>

O Direito e a Dogmática penal, com seus discursos do crime e da pena, constituem uma discursividade central para este exercício de poder, controle e domínio. É plena de sentido, nesta perspectiva, a conclusão de **Cirino dos Santos**,<sup>(4)</sup> de que “a teoria da pena coloca o profissional da justiça penal em contato com as estruturas e os mecanismos do poder político do Estado, mais do que qualquer teoria jurídica. Descrever a teoria da pena é definir o discurso e a prática do poder punitivo, na dupla dimensão da ideologia penal”.

Restitui-se ao Direito Penal e à pena o seu caráter visceralmente político, a partir, e isso é fundamental, de uma visão unitária do mecanismo punitivo, na qual criação, aplicação e execução da norma penal são redefinidos, cada qual com sua especificidade e diferença, no *continuum* e na unidade funcional do processo de criminalização, como criminalização primária (criação da lei penal), criminalização secundária (aplicação da lei penal) e estigmatização e construção de “carreiras desviadas” (execução penal) etc.

Criminologicamente, o Direito Penal (norma e técnica ou tecnologia) não será mais concebido como uma dimensão externa de racionalização da pena e do poder punitivo (discursividade de limite), mas sim como uma dimensão interna (discursividade e ideologia de programação, operacionalização e autolegitimação) do exercício do poder punitivo. Logo, não paira no camarim da história, mas é constitutivo da construção social da criminalidade, da criminalização seletiva e estigmatizante, da distribuição desigual e às vezes genocida, que o poder faz do *status* social de criminosos (e vítimas), e que a sociedade e o Estado brasileiro têm historicamente materializado.

Inferência complementar dá conta, pois, que há uma histórica violação de direitos humanos da qual o Direito Penal declaradamente “garantista” coparticipa, abrigado na neutralização política liberal e normativista, segundo a qual o problema só se torna político quando se está diante de crimes contra o Estado, que recebem o nome, propriamente, de crimes políticos.

Ao falar do Direito Penal e do político na contemporaneidade, em tempos de globalização do capitalismo sob a ideologia neoliberal, somos remetidos, ainda, a outra e derradeira questão: a morte de uma forma tradicional de fazer política no espaço público democrático e pluralista, aquela que passava centralmente pelo Estado e seus mecanismos de representação e decisão política. Estamos diante da fragilização e crise

desses mecanismos e da capacidade estatal de resolver problemas pela via democrática, e a conseqüente transformação da política em política-espetáculo, com a produção de um repertório de respostas ilusórias aos problemas, em que o Direito Penal e a criminalização ascendem à principal resposta. Estamos diante da colonização da política pelo espetáculo e da colonização da política como espetáculo pela política criminal como espetáculo; diante da criminalização ilimitada de condutas, problemas e conflitos sociais, com um grave comprometimento democrático. A relação entre o Direito Penal e o político aparece, nesta perspectiva, não apenas mais visceral do que nunca, mas politicamente perversa, politicamente autoritária.

Ocorre que o Direito Penal não é mais o limite punitivo do político (visceralmente jurídico) nem se basta com a programação, operacionalização e legitimação punitiva do político (visceralmente político), mas sim passa a ocupar, ora simbólica, ora instrumentalmente, o próprio centro do político, a ponto de converter o Estado, densamente, em Estado penal, num tempo em que a pena, notadamente de prisão, não apenas perdeu a funcionalidade declarada e o sentido, dando vazão ao cenário das “penas perdidas” (Louk Hulsman),<sup>(5)</sup> mas em grande medida a perdeu porque órfã está de todo o limite. Se o Direito Penal aí subsiste, e só faz se agigantar, com a criação, a cada dia, de mais leis penais e programações criminalizadoras, e se as penas se desnudam como penas ilimitadas (penas arbitrárias e cruéis) no limite genocidas (penas de morte indiretas), dentro e fora das masmorras prisionais, como penas sem funções úteis e sem sentido, é porque empírica e criminologicamente demonstrado parece estar que o Direito Penal, na melhor das hipóteses, limite da pena concreta não é mais.

A conclusão fundamental de Zaffaroni nesse sentido é a de que na América Latina a “ética deslegitimante” do Direito Penal é a própria morte humana, ou “a magnitude e notoriedade do fato morte que caracteriza seu exercício de poder”, de forma que implica “um genocídio em marcha, em ato”,<sup>(6)</sup> pois, como dramaticamente mapeia Zaffaroni<sup>(7)</sup> na geografia do poder punitivo: “Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação dos competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares etc.). Há ‘mortes anunciadas’ de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que ‘não agüentaram’ e de outros que os torturadores ‘passaram do ponto’. Há mortes ‘exemplares’ nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. Há mortes (...)”.

Na América Latina, o sistema penal não viola unicamente os direitos humanos dos criminalizados, mas de seus próprios operadores, deteriorando regressivamente os que o manejam ou assim o creem e a deslegitimação é não apenas teórica, mas empírica: resulta da evidência dos próprios fatos. Compreensível, pois, a função de “salvamento de vidas humanas” que Zaffaroni atribui à Criminologia na região: “(...) a criminologia não é ‘uma ciência, mas o saber – proveniente de múltiplos

ramos – necessário para instrumentalizar a decisão política de salvar vidas humanas e diminuir a violência política em nossa região marginal com vistas a se alcançar, um dia, a supressão dos sistemas penais e sua substituição por formas efetivas de solução de conflitos (se estes necessitarem ser resolvidos...)”.<sup>(8)</sup>

Demonstrar a politicidade do Direito Penal, para o jurista, talvez tenha sido o legado mais constrangedor da deslegitimação da pena de prisão e do controle penal moderno, operada pelas Criminologias de base crítica, tanto na academia quanto na empiria (nos fatos), justo porque confronta, a um só tempo, o mito da neutralidade ideológica do Direito Penal (dos crimes e das penas) e a sacralizada autoimagem penalística garantista.

Em tempos de poder punitivo nu – de penas perdidas produzindo, mais do que estigmatização seletiva, crueldade, torturas e mortes diretas e indiretas, de controlados e controladores – o Direito Penal está convocado a sair do camarim manualístico da história, para visitar o garantismo abstrato que segue declarando, em murado sono dogmático, enquanto a violência punitiva vai fazendo suas vítimas.

Se a luta contra o arbítrio punitivo parece ser hoje mais imperativa do que nunca, esta luta passa fundamentalmente pelo revisionismo e pela reconstrução do garantismo dogmático abstrato, cujo imperativo, a sua vez, é a aceitação da deslegitimação do sistema penal e da pena de prisão, a recepção e a interação com o saber criminológico crítico acumulado há mais de meio século; interação que vem sendo protagonizada há tempo, inclusive no Brasil, pelo próprio penalismo crítico, entreabrindo o caminho mais profícuo do diálogo criminodogmático e de uma nova relação entre Direito e Dogmática penal e Criminologia, que a democratização do controle penal brasileiro está a reivindicar.

## Notas

- (1) Segundo a distinção entre delitos “naturais” e “artificiais”, devida a Garofalo (*Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução de Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983), considera-se que apenas os delitos “artificiais” representam, excepcionalmente, violações de determinados ordenamentos políticos e econômicos e resultam sancionados em função da consolidação destas estruturas.
- (2) WEBER, Max. *O político e o cientista*. Tradução de Carlos Grigo Babo. Lisboa: Presença, 1979. p. 17.
- (3) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos (Coord.). *El pensamiento criminológico II*. Estado y control. Barcelona: Península, 1983. p. 11-35, especialmente p. 31; CARRASQUILLA, Juan Fernández. Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autoregulador del poder punitivo. *Nuevo Foro Penal*, n. 39, p. 58-88, especialmente p. 78, Colombia, jul.-set. 1988.
- (4) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena*. Fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005. v. 1, p. 5.
- (5) HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- (6) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: CUESTA, Jose Luis de la et al. (Comp.). *Criminologia y derecho penal ao servicio de la persona*. Libro-Homenaje al profesor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. p. 434; ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 38, 67.
- (7) ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Em busca...* cit., p. 125.
- (8) Idem, p. 143-144 e 171-172.

Vera Regina Pereira de Andrade

Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia.

Mestre e Doutora em Direito.

Professora nos Cursos de Graduação e Pós-graduação em

Direito da UFSC.

# Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?

Rafael Fecury Nogueira

No dia 24 de julho foi publicada uma lei que proporcionará intensos debates na doutrina e na jurisprudência nacionais, sobretudo, por trazer uma inovação na forma de processar e julgar infrações penais rotuladas como *crimes praticados por organizações criminosas* em primeira instância, instituindo a figura conhecida como “juiz sem rosto”.

Sem pretender exaurir todas as inovações instituídas pela Lei 12.694/2012, este texto se restringirá aos aspectos procedimentais relativos ao processo e julgamento dos feitos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, objetivando vislumbrar se há vantagens na adoção das novas práticas legais impostas.

Inicialmente, embora o art. 1.º, *caput*, preveja um rol de decisões como objeto da formação do colegiado, trata-se de mera exemplificação em face de o próprio dispositivo assegurar essa possibilidade para a deliberação de *qualquer ato processual*. Assim, os incisos I a VII não passam de exemplos de decisões que poderão ser tomadas, não havendo maior utilidade nessa exemplificação.

O pressuposto fático para a convocação do colegiado é o risco à integridade física do juiz (art. 1.º, § 1.º). Com efeito, havendo circunstância que acarrete risco para o julgador em determinado feito envolvendo *organização criminosa*, surge para ele a possibilidade de convocação do colegiado de juízes para deliberar sobre qualquer ato decisório.

Não se pode olvidar que a decisão que convoca o colegiado deve ser devidamente motivada com a exposição das razões pelas quais se vislumbrou o risco à integridade física do juiz a partir da explicitação das circunstâncias verificadas que, em regra, giram ao redor de ameaças ao magistrado.

O primeiro problema prático da Lei 12.694/2012 surge já na própria formação do colegiado, pois, o art. 1.º, § 2.º, prevê que o mesmo será formado pelo juiz do processo e *por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição*.

Esse dispositivo poderia ter melhor redação, justamente por prever que os magistrados que comporão o colegiado serão escolhidos dentre juízes com competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição sem estipular um limite territorial para tanto, o que é secundado pelo art. 1.º, § 5.º, que possibilita a reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas, podendo ser feita pela via eletrônica.

Por isso, a ausência de fixação de critérios de delimitação territorial para a convocação dos juízes componentes do colegiado poderá acarretar problemas para a própria atividade ordinária dos juízes convocados, pois, tomando-se como exemplo o Estado de São Paulo, um juiz de direito da capital tem competência criminal de primeira instância tanto quanto a de um juiz da comarca de Sertãozinho ou de Bauru, o que a diferencia é a delimitação territorial dessa competência a partir do local da prática do crime.

Pensando nisso, indaga-se: haverá critério de delimitação territorial para convocar um juiz para o colegiado? Caso sim, deverá o respectivo Tribunal definir a abrangência territorial para essa convocação (art. 1.º, § 7.º). Caso não, resta a possibilidade de convocar um juiz de uma cidade distante por inexistir delimitação da competência territorial, podendo comprometer a devida prestação jurisdicional, mormente em comarcas de vara única, em face da possibilidade de ausência temporária do juiz.

Eis, portanto, uma questão a ser resolvida administrativamente pelos próprios Tribunais.

A previsão de sigilo das reuniões do colegiado em caso de risco de prejuízo à eficácia da decisão judicial possui amparo constitucional na possibilidade de restrição da publicidade dos atos processuais (art. 93, IX), lembrando-se que não existe sigilo para o acusado, que deverá ter acesso às reuniões do colegiado por meio de seu defensor.

Enfim, a questão mais delicada trazida pela Lei 12.694/2012 é, sem dúvida, a previsão de publicação das decisões do colegiado *sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro* (art. 1.º, § 6.º), significando que não se conhecerá o voto de cada juiz individualmente caso haja divergência.

Essa lei é publicada 1 (um) ano após o triste episódio que culminou com a morte de uma magistrada carioca. Por isso, desde logo, vê-se a motivação que levou à edição da lei, que nasce, sobretudo, para proteger o magistrado a partir da formação do colegiado para julgamento dos crimes envolvendo organizações criminosas.

No entanto, o novo diploma adotou uma prática meramente retórica e sem efetividade alguma, servindo-se de um expediente que apenas distribui as responsabilidades por um provimento jurisdicional contrário ao(s) réu(s), que, agora, passa a ser proferido por três juízes, e não apenas por um, como antes.

Isso porque, nos termos da nova lei, os três juízes serão conhecidos, não se tratando propriamente dos “juízes sem rosto” semelhantes aos modelos previstos em legislações como a da Itália, Colômbia e Peru,<sup>(1)</sup> inexistindo previsão de omissão da identidade dos magistrados, o que leva ao conhecimento público dos mesmos.

Não se pode confundir a possibilidade de decretação de sigilo da reunião do colegiado com a omissão da identidade dos juízes que o compõem, haja vista que a própria CF/1988 expressamente assevera a possibilidade de restrição da publicidade de ato processual, assegurando, contudo, a presença das próprias partes e de seus advogados (art. 93, IX).

Com efeito, embora a nova lei leve à tentação de decretação de sigilo absoluto da reunião do colegiado e da omissão de identidade dos juízes componentes, essa hipótese não resistiria ao texto constitucional que assim não permite, mesmo porque, em processos sigilosos o que se omite é a identidade das partes, e não a do(s) magistrado(s).

Além disso, segundo a redação da nova norma, as decisões do colegiado serão *devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes* (art. 1.º, § 6.º, primeira parte), afastando-se o sigilo da identidade dos juízes.

Quanto à omissão de eventual voto divergente no colegiado, o problema remanesce, pois, tratando-se de um julgamento colegiado em sessão pública (regra), qual a razão prática em se omitir eventual voto divergente se ele é conhecido durante a sessão? Ou a lei é flagrantemente inconstitucional nesse ponto ou foi pessimamente redigida, simplesmente por não haver como assegurar a omissão (sigilo) de um voto divergente.

Além disso, havendo deliberação por um colegiado, não decorrerá uma sentença ou um despacho, mas um acórdão, como sói ocorrer nos julgamentos colegiados, devendo-se reproduzir o inteiro teor da reunião colegiada com a obrigatória exposição dos votos proferidos, incluindo o voto divergente.

O exemplo vem de cima. No Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal há expressa previsão do conteúdo de um acórdão, o qual deverá conter o voto de todos os Ministros.<sup>(2)</sup> Nem mesmo o acórdão de julgamento em sessão secreta omitirá a fundamentação do voto divergente.<sup>(3)</sup>

Caso se pense que a reunião sigilosa permita a omissão da identidade do voto divergente, vê-se que essa possibilidade sucumbe em face do texto constitucional e da praxe forense da corte máxima do país, que jamais omite os votos de seus Ministros.

Independentemente disso, tal medida não conferirá mais ou menos segurança aos juízes, se realmente for esse o escopo da lei. Eventual ameaça que o juiz sofra ou o fundado temor para julgar um caso já possuem mecanismos preventivos, como a arguição de suspeição *ex officio*, a investigação criminal específica para a apuração e punição da ameaça, além da proteção policial, se for o caso.

Na realidade, busca-se solucionar um problema de segurança pública se servindo do processo penal, instrumento axiológica e teleologicamente inservível para tanto.

Contudo, respondendo à indagação do título, a lei não é totalmente inconstitucional e pode haver vantagens nela, como o próprio julgamento colegiado que, em tese, proporciona uma melhor discussão do *thema decidendum* a partir de um debate judicial plural, razão de ser dos julgamentos colegiados.

Entretanto, pensando-se em colegiado apenas como instrumento de segurança, a lei é claramente natimorta por ser desprovida de eficácia e efetividade no intento de proteger os juízes de ações deletérias de quem atente contra esses agentes políticos do Judiciário.

Sendo a publicidade processual e a motivação das decisões a regra constitucional, o Judiciário deve conviver com elas e o Estado pensar

políticas sérias de segurança pública para evitar atentados espúrios aos juízes, como o do Rio de Janeiro.

Desprovida dessas políticas, a promulgação da Lei 12.694/2012 segue como mais um capítulo da novela jurídica nacional que se arrasta por décadas no Brasil: a edição de uma lei a partir de um notório caso concreto, com notórias demonstrações de insucesso.

## Notas

- (1) PIZA, Lia Verônica de Toledo; VILARES, Fernanda Regina. Crime organizado no Peru. *Crime organizado: aspectos processuais*. Coordenação SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 258.
- (2) Art. 96, do RISTF: “*Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada*”. Art. 97: “*Também se juntará aos autos, como parte integrante do acórdão, um extrato da ata que conterá: I – a decisão proclamada pelo Presidente; II – os nomes do Presidente, do Relator, ou, quando vencido, do que for designado, dos demais Ministros que tiverem participado do julgamento...*” (destacamos).
- (3) Art. 98, do RISTF: “*O acórdão de julgamento em sessão secreta será lavrado pelo autor do primeiro voto vencedor, que não se mencionará, e conterá, de forma sucinta, a exposição da controvérsia, a fundamentação adotada e o dispositivo, bem como o enunciado da conclusão de voto divergente se houver*”.

**Rafael Fecury Nogueira**

Mestre em Direito Processual Penal pela  
Faculdade de Direito da USP.  
Professor de Direito Processual Penal.  
Advogado.

# O reflexo da percepção precedente no ato de reconhecimento

16

*Cristina Di Gesu*

No ato de reconhecimento uma pessoa é levada a perceber alguma coisa e, recordando o que havia percebido em determinado contexto, compara as duas experiências. O responsável pela diligência pergunta se o sujeito está diante do mesmo objeto (pessoa ou coisa).<sup>(1)</sup> Com efeito, quanto mais repetida a percepção, mais complexa e mais precisa ela será. A exatidão da percepção e a capacidade de distinguir detalhes depende, geralmente, do conhecimento prévio acerca do objeto ou da pessoa a ser identificada. Trata-se da *percepção precedente*. Um caso típico – não incomum nos processos criminais – sobre a *percepção precedente* ocorre quando a vítima/testemunha recorda da fotografia que observou em um álbum da polícia e não do suspeito em si,<sup>(2)</sup> gerando um enorme e gravíssimo equívoco.

Embora seja um importante meio probatório do processo criminal, o reconhecimento não deve ser usado como a única prova para obter a condenação, pois fomentador de inúmeros erros. Explica **Giacomolli**,<sup>(3)</sup> a memória do reconhecimento é uma das formas mais estáveis de lembrança, permanecendo inalterada por duas semanas. Excetuando-se algumas interferências, diferencia-se da memória evocativa, isto é, aquela verbalizada pela descrição do fato delituoso e de seu autor. Nessa senda, a memória é muito mais exigida no que diz respeito à descrição do que em relação ao reconhecimento, pois neste ato o reconhecedor realiza uma espécie de juízo comparativo ou *juízo relativo*, no qual há confronto e seleção, entre as pessoas exibidas,

daquela que mais se parece com a recordação que tem do imputado. Isso explica as alarmantes estatísticas de erros quando a prova é baseada tão somente na identificação pessoal: “*num marco de dez anos, nos EUA, de quarenta casos em que houve condenação pelo reconhecimento do réu, em trinta e seis deles a autoria foi afastada depois de submissão ao exame de DNA. A única prova era o reconhecimento*”.<sup>(4)</sup>

A importância da *percepção precedente* para o processo penal está justamente no reconhecimento de objetos e de pessoas.

Elementar que a vítima de um delito e eventual testemunha presencial tenham mais facilidade de reconhecer o imputado posteriormente. O mesmo ocorre com a identificação de objetos, pois esta é facilitada se efetivamente pertenciam à pessoa ofendida, devido ao contato prévio. Parte-se da premissa de que “*é reconhecível tudo o que podemos perceber, ou seja, só é passível de ser reconhecido, o que pode ser conhecido pelos sentidos*”.<sup>(5)</sup>

Entretanto, a *percepção precedente* pode ser fomentadora de erros. E neste ponto é que reside o perigo. Isso porque “*a experiência passada, que deixou suas impressões na nossa memória, completa continuamente a nossa experiência presente*”.<sup>(6)</sup> Tal situação pode acontecer quando se está diante de formas antecedentes ao reconhecimento direto, isto é, em situações não previstas na legislação brasileira.

Nessa perspectiva, o *reconhecimento fotográfico* constitui-se

em uma diligência policial de uso frequente, diante da carência de suficientes dados identificadores, pelo qual se procura orientar o início da investigação mediante a apresentação de arquivos ou álbuns de pessoas “fichadas”, como um verdadeiro ato preparatório ao reconhecimento pessoal. O ideal seria que o reconhecedor descrevesse a pessoa a ser reconhecida, nos termos do art. 226, I, do CPP. O STJ vem sustentando a necessidade da colocação da foto do suspeito ao lado de outras com características semelhantes, para que o ato cumpra as formalidades previstas no art. 226 do CPP, com o intuito de dar maior legitimidade e credibilidade à identificação preliminar.<sup>(7)</sup>

Se por algum motivo o ofendido ou a testemunha não conseguiu, no momento do crime, captar a imagem do suspeito – devido ao efeito *foco na arma* (redução da capacidade de identificação, pois a tendência do ofendido é se fixar na arma e não nas feições do agressor); porque ele estava com o rosto encoberto por touca ou capacete; ou porque não obteve contato direto com o envolvido, entre outras diversas moduladoras que concorrem para piorar a qualidade da identificação, tais como o tempo da exposição da vítima ao crime e ao contato com o agressor, a gravidade do fato, o intervalo de tempo entre o delito e a realização do reconhecimento, as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos), as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo), a natureza do delito, entre outros<sup>(8)</sup> – poderá fixar na memória a fotografia anteriormente vista, sendo induzido a posterior reconhecimento pessoal.

Denuncia **Cordero**<sup>(9)</sup> que o reconhecedor trabalha sobre uma matéria alógena, em curto-circuito com as sensações: a sensação de já tê-lo visto (*déjà vu*) está entre as menos exploráveis; assim, reconhece uma face em relação a qual não recorda nada e sofre fortes variáveis emocionais. Também as impressões visuais duram menos que a memória historicamente elaborada, pois recorda os reconhecimentos ainda que os rostos já tenham desaparecido. Os mecanismos de recordação e as curvas do esquecimento diferem claramente nos dois casos. Por último, aquele chamado a reconhecer sente os fatores ambientais mais do que se os narrasse.

Além disso, muitas identificações são positivadas justamente devido à crença das pessoas de que a polícia somente realiza um reconhecimento quando já tem um bom suspeito. Ainda, há que se considerar o chamado “efeito compromisso”. Este ocorre quando há uma identificação incorreta, isto é, a pessoa analisa muitas fotografias e elege o sujeito incorreto, persistindo no erro ao efetivar o reconhecimento pessoal, devido à tendência de manter o compromisso anterior, mesmo que com dúvidas.<sup>(10)</sup>

A indução pode também ocorrer quando, no ato de reconhecimento direto, não são cumpridas as disposições previstas no art. 226 do CPP, principalmente no que concerne aos incisos I (descrição, pelo reconhecedor, da pessoa a ser identificada) e II (roda de reconhecimento).

Em que pese a legislação processual brasileira fazer menção à “possibilidade” de a pessoa a ser reconhecida ser colocada ao lado de outras que tenham as mesmas características físicas, defendemos a obrigatoriedade do procedimento, tendo em vista se tratar de ato formal. Neste caso, a interpretação da lei deve ser restrita, pois somente desta forma estar-se-á garantindo a observância das regras do jogo – a forma do ato é garantia<sup>(11)</sup> para o processo – e, principalmente, evitando à formação de falsas memórias.

Neste ínterim, não se pode mais tolerar que réus algemados<sup>(12)</sup> sejam levados à audiência de instrução e o magistrado convide a vítima a reconhecê-los, pois certamente o farão, tendo em vista ser o imputado o único naquela situação, havendo grave violação das regras processuais.

Alerta **Giacomoli**<sup>(13)</sup> que a confiabilidade do reconhecimento deve estar atrelada à liberdade do reconhecedor quanto a eventuais prejuízos e falsas expectativas: “*para que isso ocorra, há de ser instruído corretamente. O primeiro passo é advertir o reconhecedor que entre os sujeitos que lhes são mostrados, o autor do fato poderá não estar presente. Desta forma, pode ser afastado um juízo relativo, por um lado e, de outra banda, se legitima um eventual não reconhecimento*”.

A observância das regras processuais penais confere maior

credibilidade ao instrumento probatório, inclusive no que diz respeito à negativa de participação do ato, em decorrência do princípio do *nemo tenetur se detegere* (não autoincriminação). Consequentemente, haverá melhoria na qualidade da tutela jurisdicional, mesmo diante da absolvição de culpados, pois se trata do risco inerente à atividade processual, incerta e insegura, tal como preconiza a *teoria do processo como situação jurídica* de **Goldschmidt**.<sup>(14)</sup>

Portanto, considerando que a função do reconhecimento é justamente dissipar qualquer dúvida acerca da participação do imputado no fato delituoso, deve revestir-se das formalidades legais. Ademais, o ideal recomendado pelos pesquisadores é que o condutor do ato de reconhecimento desconheça quem seja o suspeito, bem como que a vítima diga, no momento do ato, o grau de certeza sobre a identificação e não quando da documentação da ata ou certidão, pois o reconhecimento é invalidado quando se diz que o sujeito “é parecido” ou “bem parecido” com o réu (desde que não haja outras provas a incriminar o acusado, tais como a apreensão dos bens subtraídos em seu poder, exame datiloscópico ou de DNA confirmando a autoria) ou então quando a descrição do envolvido não condiz com as características físicas do imputado.<sup>(15)</sup>

Importante que nosso CPP, a exemplo de outros, tal como o italiano e o espanhol, tivesse previsão acerca de outras formas de reconhecimento, como o olfativo, o tátil e o acústico, a fim de complementar e aprimorar o ato de identificação pessoal e também podendo servir como ponto de partida à investigação.

Conforme a LECrim espanhola,<sup>(16)</sup> o reconhecimento pessoal deve observar, obrigatoriamente, a chamada *roda de reconhecimento*. No Brasil, embora o art. 226 do CPP faça menção à possibilidade de o suspeito ser colocado ao lado de outros, com semelhantes características físicas, não estabelece a obrigatoriedade do procedimento, sanção para o caso de descumprimento, nem ao menos o número de participantes. Destaca **Paz Rubio**<sup>(17)</sup> ser a diligência da roda de reconhecimento imprescindível ao próprio direito de defesa dos imputados ou processados, pois além de observar as garantias legais, na prática, muitos dos reconhecimentos não se confirmam perante a autoridade judicial. A observância do procedimento reflete-se na qualidade da jurisdição.

Temos sérias dúvidas sobre o fato de a *credibilidade/confiabilidade* do reconhecimento não ser afetada pela exibição prévia de fotografia daquele a quem se quer reconhecer, no caso de substituição da descrição do suspeito prevista no art. 226, I, do CPP, mesmo que haja concordância da defesa (sob pena de grave violação do direito de não se autoincriminar) devido aos graves equívocos causados pela *percepção precedente*, pela possibilidade de falsificação da lembrança ou qualquer outro fator contaminante. Além disso, é sempre preciso ter em mente que as fotografias “*não representam a imagem atual e nem a completude da pessoa*”,<sup>(18)</sup> na medida em que se constituem “*em uma representação estática, a qual restitui apenas uma parte dos estímulos presentes numa visão dinâmica*”.<sup>(19)</sup>

Nessa senda, a *roda de reconhecimento* supõe a submissão de várias pessoas, com certa semelhança, à percepção visual de quem pretende identificar o possível culpado. Interessante notar que o ato é realizado de forma individual e separadamente, quando forem vários os que tiverem de reconhecer uma pessoa, não podendo comunicar-se entre si até que seja feito o último reconhecimento. Realizar-se-á uma ata de seus resultados e circunstâncias, assim como os nomes dos integrantes da roda.<sup>(20)</sup>

Ocorre que a repetição da roda de reconhecimento, em juízo, é extremamente problemática, devido à dificuldade de reiteração do ato com as mesmas pessoas presentes na fase preliminar. Logo, a única presença repetida em ambos os casos seria o réu e isso constitui um inequívoco induzimento ao reconhecimento.<sup>(21)</sup>

O fato é que a roda de reconhecimento, com todas as suas formalidades – número de pessoas, troca de posições dos participantes, semelhanças físicas entre eles e necessidade de reiteração do ato em juízo – confere a este tipo de prova maior confiabilidade, minimizando o risco de eventuais induções e, conseqüentemente, da falsificação da lembrança.

A exemplo da ritualística processual de outros países, deve-se abandonar a utilização do reconhecimento por fotografia em substituição ao livre relato das características do imputado e, pior do que isso, os juízes e os Tribunais devem deixar fundamentar suas condenações com base tão somente no reconhecimento fotográfico e/ou pessoal sem a presença de outros figurantes e sem que haja a produção de outros meios probatórios.

## Notas

- (1) CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis, 2000. t. II, p. 106.
- (2) STEIN, Lillian M., BRUST, Priscila G., e NEUFELD, Carmem B. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lillian Milnitsky (Org.). *Falsas memórias: fundamentos científicos, aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 22.
- (3) GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 155, explicita a questão da dificuldade da memória no que concerne à descrição e sua maior “facilidade” de recordação quanto ao reconhecimento a partir de pesquisas realizadas por Silvia Prióiri e Armando Saponaro.
- (4) GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 156.
- (5) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 631.
- (6) ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Tradução de Fernando de Miranda. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1945. v. 1, p. 24.
- (7) Nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente: HC 168.667/SP, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.04.2011, DJe 04.05.2011.
- (8) LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 638.
- (9) CORDERO, Franco. Op. cit., p. 111.

- (10) LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 639.
- (11) BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*. Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Tradução de Ângela Nogueira Pessoa, com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 42-43.
- (12) O uso das algemas foi regrado, nos termos da Súmula Vinculante n. 11 do STF.
- (13) GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 157-158.
- (14) Ver GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.
- (15) GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 159-160.
- (16) MONTON REDONDO, Alberto. El procedimiento preliminar (la instruccion), p. 191.
- (17) PAZ RUBIO, José María. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Del Jurado*, 9.ª ed. Madrid: Editorial COLEX, 1997, p. 256.
- (18) GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*, p. 164.
- (19) PRIORI, Silvia *apud* GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*, p. 164.
- (20) MONTON REDONDO, Alberto. Op. cit., p. 192.
- (21) LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 632.

**Cristina Di Gesu**

Especialista e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.  
Assessora de Desembargador atuando junto à  
3.ª Câmara Criminal do TJRS.  
(digesu@tj.rs.gov.br)

# Porte de drogas para uso pessoal: por uma nova hermenêutica constitucional

18

*Leandro de Castro Gomes*

Tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 635.659, patrocinado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, cuja questão jurídica essencial é a (in)constitucionalidade da *incriminação* do porte de substâncias entorpecentes para uso pessoal, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006. Em dezembro de 2011, a Corte Suprema reconheceu a repercussão geral da matéria e a expectativa é que haja manifestação do Plenário ainda em 2012.

É importante esclarecer que o objeto do recurso não é *liberar* o consumo de entorpecentes, mas apenas retirar o signo *criminal* da conduta de portar drogas para próprio consumo. Trata-se de questão que possui delimitação própria e pode ser sintetizada da seguinte maneira: é constitucional a *incriminação* por portar drogas para consumo pessoal? O usuário merece sanção penal?

O tema é relevante e costuma despertar paixões e opiniões conflitantes. A pretensão destes escritos é justamente afastar esses *sentimentos agudos* que costumam colorir a discussão, trazendo-a para o âmbito estritamente racional e jurídico.

Para tanto, é preciso adotar uma nova postura hermenêutica, que enfrente a questão sob seu aspecto constitucional e respeite a densidade teórica e empírica própria do foro de discussão. Os métodos interpretativos clássicos (gramatical, histórico, sistemático) por certo contribuem para a condução da interpretação, mas parecem limitados para fornecer a necessária postura hermenêutica de vanguarda. Assim, as construções teóricas de **Konrad Hesse** (*método hermenêutico-concretizador*) e **Friedrich Müller** (*método normativo-estruturante*), por trazerem à atividade hermenêutica um indispensável *olhar* sobre a

situação fática a ser regulada, parecem contribuir para uma interpretação mais densa, demandada pelo tema.

A semelhança entre esses dois métodos está na constatação de insuficiência de uma interpretação que se prenda simplesmente ao texto da Constituição e das leis. É preciso agregar novos elementos à atividade, mormente ligados à situação a ser regulada, haja vista que os fatos sociais também demandam o olhar hermenêutico e são relevantes para a compreensão global da norma. O magistério doutrinário indica que “os adeptos do método hermenêutico-concretizador procuram ancorar a interpretação **no próprio texto constitucional** – como limite da concretização –, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido”.<sup>(1)</sup> Em sentido semelhante, de acordo com o método normativo-estruturante, o teor literal da norma é só um dos aspectos a serem levados em consideração pelo aplicador na interpretação da Constituição, sendo que o aspecto mais importante é aquele constituído pelas relações jurídicas diárias, pelos casos concretos sobre os quais a norma pretende incidir, pelo que **Friedrich Müller** denomina “âmbito normativo”. Como bem pontua **Inocêncio Coelho**, referindo-se a esse método hermenêutico, “na tarefa de **concretizar a Constituição** (...), o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude de sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do **programa** normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu **âmbito** normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo ‘escolheu’ ou,

em parte, criou para si, como espaço de regulação”.<sup>(2)</sup> Conclui-se no sentido de que a norma exsurge do confronto entre texto e contexto, ou seja, da dialética entre programa e âmbito normativo.

Assentado o vetor hermenêutico eleito, conclui-se que a análise do tema deve abranger duas searas. A primeira, diz com a própria violação a princípios jurídicos expressamente previstos na Constituição Federal (programa normativo). A segunda, refere-se à análise de dados empíricos relativos ao (in)sucesso da política de drogas adotada no Brasil (âmbito normativo), efetivando-se um círculo hermenêutico com um olhar tanto para o Texto Constitucional, quanto para a “situação normada”, nas palavras de Miguel Reale.<sup>(3)</sup>

Os fundamentos estritamente jurídicos, assim, residem na secularização do Direito Penal (i. é, estrita separação entre moral e direito), donde se extrai o princípio da lesividade (art. 5.º, XXXV) e o respeito à autonomia individual, intimidade e vida privada (art. 5.º, X).

O princípio da lesividade preconiza, no âmbito do Direito Penal, que para a ocorrência de um crime, é preciso que ocorra uma lesão relevante a um bem jurídico alheio, de outrem. A partir desse princípio jurídico, proíbe-se a incriminação de condutas internas (pensamentos, autolesão) ou meramente pecaminosas. Sem lesão ao bem jurídico protegido pela norma, não há que se falar em crime. Ora, considerando que a saúde pública é o objeto jurídico do delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, é de concluir que ela não é violada, eis que quem consome drogas causa danos à sua própria saúde, não à dos outros, de forma que a conduta e seus efeitos permanecem apenas no âmbito do próprio usuário. São essas as lições de Maria Lúcia Karam, para quem “é evidente que na conduta de uma pessoa que, destinando-se a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar-se ofensa à saúde pública, dada a ausência de expansibilidade do perigo”.<sup>(4)</sup> Em síntese, “a destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios”.<sup>(5)</sup>

Ademais, a incriminação parece interferir decisivamente na autonomia individual, além de ter cunho eminentemente moral, violando, agora, a intimidade e a vida privada (art. 5.º, X, da CF). Deveras, entende-se que deve ser garantido ao indivíduo maior e capaz a autonomia de decidir quais substâncias quer consumir, revelando-se contraditório, por exemplo, permitir que ele escolha seus representantes políticos, mas retirar a capacidade de decidir o que quer ingerir em seu organismo. O problema se agrava, e revela o cunho moral da proibição, quando se constata que existem diversas substâncias que produzem severos danos à saúde do usuário e que estão ao largo de qualquer proibição. Alcool e tabaco, de acordo com estudos científicos,<sup>(6)</sup> possuem maior potencial lesivo à saúde do consumidor do que algumas substâncias consideradas ilícitas pela legislação brasileira. Ora, fosse a opção pela proibição efetivamente técnica e racional, essas substâncias também deveriam ser proibidas, proporcionando, no mínimo, um tratamento isonômico para a situação. Para ilustrar o argumento, Salo de Carvalho, citando Thomas Szasz, apresenta o seguinte raciocínio: “não responsabilizamos a obesidade dos gordos a quem lhes vende comida, mas atribuímos os hábitos dos dependentes a quem lhe vende droga”. Constituindo-se, na atualidade, a obesidade epidemia, seria crível pensar na criminalização da venda ou do consumo de certos alimentos?<sup>(7)</sup>

Assim, a violação ao princípio da lesividade (indevida incriminação de conduta interna, que não causa danos a terceiros) e à intimidade (indevida incriminação de cunho moral, afastado de parâmetro racional e isonômico e que retira a capacidade de decisão dos cidadãos) constitui o núcleo essencialmente jurídico da tese apresentada ao Supremo Tribunal Federal.

Sucedo que, como afirmado, é preciso movimentar os olhos para a situação normada, agregar dados empíricos à análise. Deveras, se a incriminação da conduta de portar drogas para uso pessoal estivesse produzindo resultados ótimos no âmbito da política pública de drogas (como a queda do consumo de entorpecentes e a tutela da saúde dos usuários), a discussão pareceria, para alguns, bizantina. Sucedo que a

proibição criminal do porte de drogas para consumo próprio é o cume simbólico de uma política pública de drogas de absoluto fracasso.

Por influência global, vigora no Brasil política criminal de guerra contra as drogas, sustentada, de acordo com o magistério de Salo de Carvalho, na Ideologia da Defesa Social, Ideologia da Segurança Nacional e no Movimento de Lei e Ordem.<sup>(8)</sup> Há dura repressão a qualquer atividade ligada às drogas, como se constata da proibição criminal de consumir entorpecentes, da restrição de direitos aos processados e condenados por tráfico (vedação à liberdade provisória, proibição à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito,<sup>(9)</sup> fixação de regime inicial fechado, além da fixação de prazos mais rigorosos para a progressão de regime)<sup>(10)</sup> e mesmo de dispositivo, de duvidosa constitucionalidade, de autotutela estatal.<sup>(11)</sup> É preciso, contudo, suspender a onda punitivista e, em exercício racional, questioná-la. Qual seu objetivo? Quais os resultados produzidos? Qualquer política pública deve passar por esse filtro crítico, mormente aquelas que interfiram incisivamente em direitos fundamentais dos cidadãos e produzam violência em escala nacional.

O objetivo declarado da política pública de drogas é a erradicação (ou substancial diminuição) da produção e do consumo de substâncias entorpecentes. Busca-se dizimar as drogas e, para tanto, eleger-se como método a dura repressão ao tráfico e a proibição criminal do consumo de entorpecentes.

O objetivo foi alcançado? Houve redução nos níveis de produção e consumo de drogas? Não foi o que concluiu a Organização das Nações Unidas.<sup>(12)</sup> Desde a adoção desta política pública punitivista, em escala global e nacional, a produção e o consumo de drogas ilícitas, bem como as mazelas daí decorrentes, não sofreram redução. Ao revés, há indicativo nada animador, no sentido de aumento do consumo e, conseqüentemente, do tráfico. Ao mesmo tempo, países que adotaram política alternativa não sofreram forte aumento na demanda por substâncias entorpecentes. Ao contrário do que o senso comum propaga (everyday theory), a descriminalização do consumo de drogas não importa no aumento do consumo.

Além de parecer ter falhado em seu objetivo declarado (redução da produção e do consumo), os efeitos colaterais produzidos pela política de repressão máxima são excessivamente danosos aos cidadãos e à sociedade.<sup>(13)</sup> Há danos de ordem pessoal (o dependente é levado a consumir substâncias de péssima qualidade, em ambientes hostis, o que provoca maior dano à sua saúde e aumento nas taxas de contaminação por doenças transmissíveis), prejuízos econômicos (representados tanto pelo gigantesco dispêndio financeiro na manutenção do aparato estatal repressor, quanto pela renúncia fiscal representada pela ausência de regulação estatal da atividade), efeitos no sistema de justiça (com a produção de criminalidade secundária, como corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de armas), além do patente encarceramento em massa,<sup>(14)</sup> que criminaliza, em sua maioria, jovens pobres, primários, presos em atividade de tráfico de drogas de pequena abrangência e potencialidade lesiva.<sup>(15)</sup>

Assim, a política criminal de drogas vigente no Brasil, cujo símbolo maior é a criminalização do usuário, parece absolutamente ineficaz e irracional, já que, além de não conseguir erradicar o consumo de drogas, provoca custos pessoais e sociais relevantes. O âmbito normativo, pois, demonstra a falência do Direito Penal como mecanismo de solução da questão das drogas.

É inegável que o consumo de entorpecentes é prejudicial à saúde, razão pela qual merece cuidado estatal. Ocorre que uma política pública que pretenda enfrentar o problema deve se afastar de preconceitos morais e reconhecer que o Direito Penal deve ser a ultima ratio, valorizando um olhar racional e que respeite direitos fundamentais. Apresenta-se para o Supremo Tribunal Federal, com o Recurso Extraordinário 635.659, a concreta possibilidade de inverter os sinais, substituindo a repressão dura e emocional, por uma política pública que efetivamente se preocupe com a saúde das pessoas, tenha efeitos colaterais diminutos e defenda um Direito Penal racional e constitucionalizado.

## Notas

- (1) MENDES, Gilmar Ferreira et alii. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.
- (2) Idem, p. 109.
- (3) REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 594.
- (4) KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 126.
- (5) Idem, ibidem.
- (6) Estudo realizado pela Organização Não Governamental Beckley Foundation, especificamente na p. 54, acessível em <[http://www.beckleyfoundation.org/pdf/BF\\_Cannabis\\_Commission\\_Report.pdf](http://www.beckleyfoundation.org/pdf/BF_Cannabis_Commission_Report.pdf)>.
- (7) CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170.
- (8) Idem, ibidem.
- (9) Arts. 33, § 4.º e 44 da Lei 11.343/2006. Conferir HC 104.339 e HC 97.256/ RS, ambos do STF.
- (10) Art. 2.º, § 1.º e § 2.º, da Lei 8.072/1990. Conferir HC 111.840 do STF.
- (11) O art. 4.º do Decreto 5.144/2004 estabelece o seguinte: “A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3.º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição” – destaquei.
- (12) Estudo publicado pela ONU, disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>.
- (13) Para uma análise mais detida do tema, conferir CARVALHO, Salo. Op. cit., p. 144-154.
- (14) De acordo com dados divulgados pelo Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça, a quantidade de presos por tráfico de drogas no Brasil saltou de 47.472 em 2006, para 106.491 em 2010.
- (15) Levantamento realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>.

*Leandro de Castro Gomes*  
Defensor Público do Estado de São Paulo.

Com a Palavra, o Estudante

# Infância confinada: contornos teóricos da criança no cárcere

*Paula Helena Schmitt*

Em muitos casos, as penitenciárias femininas no Brasil abrigam não apenas mulheres condenadas ou presas provisórias aguardando julgamento: também há a necessidade de acolherem os filhos que vem a nascer dentro da prisão ou que, tendo nascido em liberdade, ainda necessitam de aleitamento materno. A situação é delicada e deve ser analisada sob diversas óticas, uma vez que entre o interesse da mãe e da criança estão envolvidos diversos aspectos psicológicos, sociais e criminológicos. O estudo da complexa relação entre mães, bebês e cárcere merece, pois, ser pautado por um aprofundamento teórico que transcenda as barreiras dogmáticas da lei e se comprometa a acompanhar a realidade prática e amalgamada da vida no cárcere.

Nessa linha, imprescindível recorrer à definição de **Goffman**,<sup>(1)</sup> que em seu estudo sobre as instituições totais classifica a prisão no grupo daquelas destinadas à proteção contra os indivíduos perigosos em potencial, sendo que o bem-estar desses indivíduos não é um problema imediato. Segundo o autor, é desde o ingresso na prisão que o indivíduo experimenta a sensação de rebaixamento e humilhação, já que de pronto é despido das concepções de si mesmo, perdendo suas bases anteriores de autoidentificação. É dizer, os papéis desempenhados pelo sujeito fora da instituição carcerária (pai, marido, funcionário etc.) não mais lhe pertencem. Tal fato não passa despercebido aos nossos olhos, embora as mãos continuem descansadas nos bolsos da calça: com efeito, isolado pelas grades imundas e pelo cheiro fétido da prisão, o indivíduo é considerado, então, alheio à sociedade – nenhum papel social lhe cabe mais, nem mesmo o de ser humano.

Essa instrumentalização do indivíduo – prática recorrente do cidadão-de-bem em face da animalidade grotesca do encarcerado – é denominada por **Honneth** de reificação: forma mais elementar de rebaixamento pessoal, “em que são tiradas violentamente de um ser humano todas as possibilidades da livre disposição sobre seu corpo”,<sup>(2)</sup> submetendo-se-o à sensação de “estar sujeito à vontade de outro”.<sup>(3)</sup>

Não obstante, embora por motivos óbvios não se possa fazer de uma penitenciária o ambiente adequado ao desenvolvimento da criança (violência, estigma e profanações diárias da alma e do corpo são a própria essência da instituição), por outro lado também é consabido que uma relação equilibrada e estável com a mãe é essencial para o delineamento saudável da personalidade do infante. Segundo **Winnicott**,<sup>(4)</sup> é desde o primeiro ano de vida que o bebê experimenta as primeiras linhas do desenvolvimento emocional. Nesse período, a mãe deve se adaptar intensamente às necessidades de seu bebê, suprimindo suas necessidades imediatas e estabelecendo com ele um vínculo quase fusional, associando assim sua imagem à sensação de bem-estar da criança. Não por outro motivo, explica **Baldwin**,<sup>(5)</sup> é frequente presenciar o cessar o choro de um bebê apenas com a chegada da mãe, sem que ela nada tenha feito ainda para reduzir seu mal-estar.

Não basta, porém, a presença física da mãe. É preciso que ela esteja em plena capacidade de se auto-orientar, pois só assim poderá contribuir com o processo de socialização primária da primeira infância.<sup>(6)</sup> Às mães encarceradas lhes toca a árdua tarefa de travar uma batalha interna a fim de alcançar a estabilidade psicológica necessária para o exercício da maternagem institucionalizada. Porque é no rosto da mãe – seu olhar, seu sorriso, sua voz – que o bebê encontra seu primeiro espelho, experimentando pela primeira vez a sensação de ser reconhecido e, portanto, de existir.<sup>(7)</sup>

Mas a instituição total carcerária possui uma incapacidade crônica de oferecer a seus internos uma saudável condição de estabilidade psicológica: diversos aspectos transversais se impõem entre a relação da diáde mãe-bebê. Primeiro, a falta de estímulos novos. As mesmas paredes, as mesmas pessoas, os mesmos objetos e uma rotina que se repete incessantemente podem acarretar fala tardia, vocabulário reduzido e pouca experiência social. Segundo, a possibilidade de a criança vir a ser estigmatizada pela vivência do cárcere, sofrendo, no futuro, sensações

como vergonha, vexação ou desprezo (tipicamente vivenciadas pelos egressos do sistema penal). Para Winnicott, quando o “*sujeito é capaz de reconhecer que o reconhecimento social lhe é denegado de modo injustificado*”,<sup>(8)</sup> isso pode motivá-lo a sair da posição de inércia para assumir uma posição ativa, geralmente marcada pelo conflito prático. Para o autor, portanto, a lógica dos conflitos sociais não raro está estreitamente ligada às experiências de desprezo que implicam para o indivíduo o *esquecimento do reconhecimento* (reificação).<sup>(9)</sup>

Por último, há o delicado e inevitável momento da separação entre a mãe e o bebê. Conforme Winnicott, em idades precoces a ruptura da relação de confiança com a mãe causa na criança uma desorganização inimaginável, já que ela não possui “*condições de tolerar a espera e manter viva a lembrança da mãe*”.<sup>(10)</sup> Mas qual seria o ponto em que o contato com a mãe no cárcere traria menos benefícios do que os prejuízos advindos da sua permanência na instituição? A legislação brasileira não contribui muito na fixação de um patamar ético para a retirada do bebê da prisão, que na prática deve ser aferida individualmente.

É assegurado pela Constituição Federal (art. 5.º, L) o *direito da mãe*<sup>(11)</sup> de permanecer com seu bebê na prisão durante o período de amamentação. Esse recorte temporal é pouco preciso, mas geralmente convencionado em seis meses de idade. A Lei de Execuções Penais (art. 89) complementa, estabelecendo que as penitenciárias femininas deverão contar com creche para abrigar crianças de até sete anos de idade que não possuam outros responsáveis além da mãe em situação de aprisionamento. No mais, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), por meio da Resolução 3/2009, ressalta no art. 2.º que:

“*Deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto às suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua(seu) filha(o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro*” (destaque meu).

Mais: não só é necessário garantir o bem-estar da criança dentro da prisão, mas também assegurar que ela encontre acolhida quando de lá for

retirada. Para tanto, é preciso que a ruptura do contato com a mãe ocorra de maneira gradual, e que haja alguém do lado de fora apto a manter com a criança uma relação estável e duradoura. O acompanhamento profissional da criança egressa é imprescindível por um longo período de tempo.

Mesmo longe de se ter esgotado sequer os tópicos mais pontuais que acompanham a estadia da criança na prisão, é possível por ora atribuir ao sistema penal um descrédito decorrente da sua impossibilidade absoluta de atender às necessidades mais básicas de saúde física e mental e do ser humano, mormente da *criança* – porque seu mundo tem como limite uma cela.

## Notas

- (1) GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- (2) HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 215.
- (3) Idem, *ibidem*.
- (4) WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- (5) BALDWIN, Alfred L. *Teorias de desenvolvimento da criança*. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1973. p. 411.
- (6) BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- (7) WINNICOTT, Donald W. *O brincar e a realidade*. Rio de Janeiro: Imago, 1975.
- (8) Idem, p. 220.
- (9) HONNETH, Axel. Op. cit., p. 255.
- (10) CELERI, Eloisa Helena Rubello Valler. A mãe devotada e seu bebê. *Revista Viver Mente & Cérebro*, v. 5, p. 16-21, Coleção Memória da Psicanálise, São Paulo.
- (11) No âmbito jurídico, é possível debater sobre relevância do interesse da criança (bem jurídico especialmente tutelado pelo Estado) em face do direito da mãe.

**Paula Helena Schmitt**

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-RS.  
Bolsista de iniciação científica BPA/PRAIAS desde 2011.  
Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em  
Criminologia da PUC-RS.

## Descasos

# Sobre detalhes e condenações injustas

*Alexandra Lebelson Szafir*

Detalhes são importantes. Quando o que está em jogo é a liberdade de uma pessoa, então, nem se fala. Um exemplo: certa vez, eu defendia um réu num processo em que era importantíssimo saber o momento em que uma etiqueta de bagagem teria se rompido. A testemunha falou que, no período em que transportara manualmente a mala em questão, a etiqueta não se rompeu.

A juíza que presidia a audiência, ao ditar a resposta para que a escrevente a transcrevesse,<sup>(1)</sup> assim o fez (quero crer que não por malícia): “Enquanto transportava a mala, não viu a etiqueta se romper (...)”.

Educadamente, interrompi, salientando que a testemunha dissera que a etiqueta não se rompeu, e NÃO que não tinha visto o rompimento.

A magistrada – não tão educadamente quanto eu, o amor à verdade

me obriga a dizer – revirou os olhos para cima, como que pedindo aos céus paciência para lidar com aquela advogada “chata”, mas, como a testemunha se mantivesse firme, dizendo que eu tinha razão, não restou à juíza alternativa, senão corrigir o erro.

Ao final, o processo foi sentenciado por outro juiz, que não presenciara a audiência, e esse detalhe, aparentemente insignificante, foi crucial para a absolvição do réu.

Henrique não teve a mesma sorte. Neste momento, está cumprindo uma pena de 20 anos por um crime de latrocínio que não cometeu, em grande parte por causa de um detalhe muito parecido com o do caso que acabo de contar. Mas comecemos do início.

Conheci Henrique na antiga Penitenciária do Estado (SP). Na

ocasião, ele já estava condenado também em grau de recurso e, olhando nos meus olhos, me jurou inocência. Resolvi ler os autos e me convenci. Henrique foi condenado apenas porque tinha antecedentes. Eis a história:

Houve um assalto em uma empresa de Ribeirão Preto, interior de São Paulo. Um funcionário foi brutalmente assassinado. Dois dos autores do crime – eram três os assaltantes – foram presos pouco tempo depois. Com eles, foram encontrados objetos que os ligavam inequivocamente ao fato: dinheiro, armas e um uniforme de funcionário da empresa roubada.

Na delegacia, os policiais, com seu notório poder de convencimento, obtiveram a confissão. Não era suficiente, porém. Era preciso achar o terceiro criminoso. Bastou checar os antecedentes dos dois presos para constatar que um deles já tinha sido processado junto com Henrique e pronto; a polícia conseguiu encontrar seu terceiro autor do crime. No bojo da confissão “espontânea”, o indiciado “delatou” Henrique, o qual foi localizado e preso em Americana – cidade que dista 197 quilômetros do local do crime –, sem a posse de um único objeto ou valor que o ligasse ao roubo.

Várias pessoas podiam confirmar que, no dia e hora do crime, Henrique estava na cidade de Americana. Infelizmente, naquela época não havia ainda a Defensoria Pública e o defensor nomeado pelo Juízo – pois Henrique não tinha dinheiro para contratar um advogado particular – não arrolou testemunhas de defesa em seu favor.

Em Juízo, o interrogatório do corréu não ajudou nada a Henrique, pois ele retratou-se não só da “delação”, mas de toda a confissão, embora fosse, de fato, culpado. Assim, perdeu a credibilidade que teria se admitisse a autoria do crime e negasse a delação. afirmou que o interrogatório policial foi obtido sob coação (e para mim, está claro que foi mesmo, não só por causa da delação, desmentida por testemunha idônea, como se verá adiante, mas também pela absoluta ausência de motivos que ele teria para confessar perante a autoridade policial)<sup>(2)</sup>.

Os funcionários da empresa que fora assaltada em nada puderam ajudar, pois os criminosos obrigaram-nos a deitarem-se no chão, sem tirar os olhos do solo. Mas... em frente ao local dos fatos, havia uma banca de jornais! O jornalista viu quando os três assaltantes deixaram o local numa motocicleta. A visibilidade e a memória fisionômica dessa testemunha eram obviamente boas, pois ela reconheceu com absoluta segurança os dois criminosos presos pouco depois dos fatos. *Mas não Henrique.*

*É justamente aí que entra a importância dos detalhes, a que aludí no início deste texto.* Na transcrição do depoimento, ditada pela juíza, não constou: “a testemunha afirmou não ser Henrique o terceiro assaltante”. Constou apenas que a testemunha reconhecia os dois primeiros e não reconhecia Henrique.

Seja como for que a testemunha tenha se expressado, a mim parece óbvio que o fato de o jornalista, o qual viu claramente os três assaltantes – e isso está expresso no seu depoimento – reconhecer dois deles, mas não Henrique, só autoriza uma *única* conclusão: a de que o terceiro homem *não era Henrique.*

No entanto, a forma como foi transcrito o depoimento da única testemunha – repita-se – que tinha condições de reconhecer os três criminosos, trouxe graves consequências para Henrique: permitiu que tanto a juíza que o condenou a 20 anos de reclusão, quanto os desembargadores que negaram provimento ao seu recurso *ignorassem-no* solenemente. Nem a sentença, nem o acórdão sequer mencionam tal depoimento na parte que inocenta Henrique.

Pesou mais uma delação *obviamente* falsa; pesou o fato de Henrique ostentar um antecedente, tendo sido processado junto com um dos verdadeiros culpados. Não se pensou, nem por um minuto que esse antecedente, paradoxalmente, era mais um indício da *imprestabilidade* da delação: afinal, os policiais que extraíram a delação tiveram, por meio da ficha de antecedentes do corréu, pleno acesso ao nome de Henrique.

Situação diferente ocorreria se tal antecedente não existisse e o nome de Henrique surgisse “do nada” nos lábios do autor do crime. Seria mais crível a delação, ainda que produzida sem as garantias do contraditório.

Mas não: a forma pela qual o depoimento foi transcrito permitiu que, contrariando a melhor doutrina e jurisprudência, se condenasse um inocente priorizando-se a “prova” policial em detrimento da judicial. Afinal, tinha antecedentes, era só um bandido!

Como dito no início deste texto, quando conheci Henrique, a sua apelação já tinha sido (mal) julgada. Não restava outro caminho a não ser ajuizar uma revisão criminal, o que foi feito imediatamente. Nela, afirmou-se que a condenação fora manifestamente contrária à prova dos autos por causa do depoimento do jornalista. Na sessão de julgamento, as palavras iniciais do Relator após a sustentação oral ficaram para sempre gravadas na minha memória. Ele disse que indeferia o pedido por um único motivo: por não se tratar de apelação, mas de revisão, hipótese em que o ônus da prova se inverteria, cabendo ao autor da ação provar a sua inocência. O depoimento, da forma como estava transcrito, não era suficiente. Os demais julgadores o acompanharam.

Desde então, tenho me perguntado como alguém pode dormir à noite depois de manter um homem condenado apenas por uma questão formal, admitindo expressamente que o absolveria numa apelação.

Impetrei *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça e depois no Supremo Tribunal Federal, arguindo a ilegalidade de uma condenação com base exclusiva em prova policial não confirmada em Juízo. Nos dois julgamentos, fui a Brasília sustentar oralmente. Nas duas vezes, a ordem foi denegada.

Tentei, finalmente, uma nova revisão criminal, ouvindo previamente duas testemunhas que, juramentadas, confirmaram que, no momento do crime, Henrique estava em Americana.<sup>(3)</sup> Mais uma vez, o pedido foi indeferido, salientando-se na sessão de julgamento que o jornalista não dissera expressamente que o terceiro criminoso *não* era ele (embora no acórdão não tenha constado uma só palavra a respeito de tal depoimento).

Após tantas derrotas, tentei fazer um exercício de autocrítica. Se tantos e tão respeitados julgadores não tinham visto a injustiça e a ilegalidade que a mim pareceram tão claras, não seria eu a errada? Não consigo me convencer disso. Sei que estou certa.

Já declarei várias vezes a minha fé no Poder Judiciário. Mas devo confessar que este caso, no qual a injustiça é tão flagrante, abalou essa fé. Sei que o Poder Judiciário é constituído por seres humanos e, portanto, pode falhar. *Mas existem dispositivos legais que deveriam, em tese, evitar, ou ao menos minimizar essas falhas.* A garantia de não haver condenações sem provas produzidas sob o crivo do contraditório, o *in dubio pro reo...* onde estavam essas garantias e por que não foram aplicadas no caso de Henrique?

Os ditames constitucionais foram ignorados e, por causa disso, há um (quantos mais?) inocente pagando por um crime que não cometeu. E isso me incomoda profundamente.

## Notas

- (1) Não havia estenotipia.
- (2) É certo que, durante o interrogatório, houve a presença de curador de um dos indiciados; mas a coação, como se sabe, não se dá, necessariamente, no momento do interrogatório.
- (3) As testemunhas se lembravam bem da data porque era aniversário do filho de uma delas e Henrique tinha comparecido à festinha. Isso constou dos depoimentos.

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

## A greve pacífica nos serviços essenciais e o Código Penal – notas sobre a Mesa de Estudos e Debates

*Claudia Barrilari*

O IBCCRIM, no dia 25.09.2012, recebeu os expositores: Roberto Delmanto Jr., advogado, Mestre e Doutor em Processo Penal pela USP e o também advogado Carlos Frederico Zimmerman Neto, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP, para a mesa de estudos e debates: A Greve Pacífica nos Serviços Essenciais e o Código Penal.

Nosso Código Penal, em seu art. 201, incrimina a conduta de quem participa de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse público. Há várias questões em torno dessa figura típica do Código Penal que podem ser debatidas. Entre elas, destaca-se saber se a disposição continua em vigor diante da nova ordem constitucional que assegura o direito de greve ao trabalhador, público ou privado, bem como em face da legislação ordinária, mais especificamente, da Lei federal 7.783/1989 que dispõe sobre o exercício do direito de greve e ainda define as atividades essenciais.

Com base no permissivo constitucional e na lei supramencionada, Roberto Delmanto Jr. defende que a greve pacífica em serviços ou atividades essenciais, sendo expressamente admitida, não poderia configurar ilícito penal, sustentando a revogação tácita do art. 201 do Código Penal.

Carlos Zimmerman, por sua vez, com acuidade, lembra que a Lei 7.783/1989, em seu art. 13, exige que, na greve em serviços ou

atividades essenciais, as entidades sindicais ou os trabalhadores façam a prévia comunicação aos empregadores e aos usuários, no prazo mínimo de 72 horas anteriores à efetiva paralisação, além da manutenção de serviços, mínimos sob pena de ser a greve declarada abusiva caso desrespeitada quaisquer condições.

A questão é: se não cumprir a lei de greve, ou seja, não comunicar com 72 horas de antecedência e não manter atendimento mínimo, nesses casos há o crime do art. 201? Para Delmanto Jr., ainda assim não há o crime do art. 201, lembrando que outros podem ser praticados como a desobediência ou, ainda, para o servidor público, a prevaricação. Zimmerman, apesar de vislumbrar que o artigo é de difícil aplicação prática, defende a aplicação do art. 201 do Código Penal para casos extremos, em que além da abusividade em si, a greve possa configurar situação em que haja danos irreparáveis à coletividade.

*Claudia Barrilari*

Mestra em Direito Penal pela PUC/SP.

Coordenadora-adjunta do Departamento de Mesas de

Estudos e Debates do IBCCRIM.

Advogada.

Boletim

BOLETIM

Acesse de qualquer lugar

RÁPIDO, PRÁTICO E MODERNO

Habitue-se com a leitura digital

Boletim  
Digital

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™

# Lançamentos

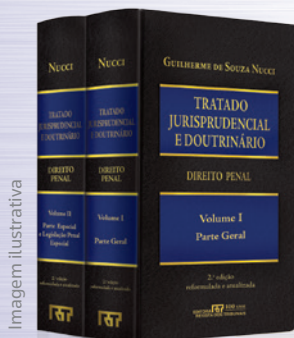


Imagem ilustrativa

## COLEÇÃO TRATADO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO DIREITO PENAL – 2.ª edição

DIRETOR GUILHERME DE SOUZA NUCCI

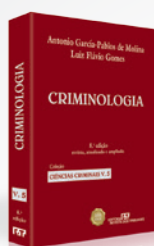
- ✓ 2 VOLUMES
- ✓ MAIS DE 2.900 PÁGINAS
- ✓ ENCADERNAÇÃO LUXUOSA



Imagens ilustrativas

### Código Penal Militar Comentado

Enio Luiz Rossetto



### COLEÇÃO CIÊNCIAS CRIMINAIS – V. 5 Criminologia

8.ª edição

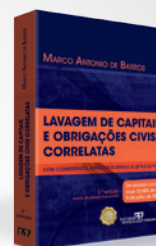
Antonio García-Pablos de Molina e  
Luiz Flávio Gomes



### Direito Penal do Ambiente

4.ª edição

Luiz Regis Prado



### Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas

Com comentários, artigo por artigo,  
à Lei 9.613/1998

3.ª edição

Marco Antonio de Barros



Imagens ilustrativas

### Lavagem de Dinheiro

Aspectos penais e processuais penais.  
Comentários à Lei 9.613/1998, com as  
alterações da Lei 12.683/2012

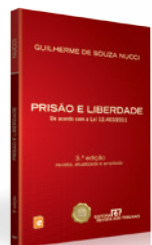
Gustavo Henrique Badaró e  
Pierpaolo Cruz Bottini



### Manual de Processo Penal

4.ª edição

José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino e  
José Renato Nalini



### Prisão e Liberdade

De acordo com a Lei 12.403/2011

3.ª edição

Guilherme de Souza Nucci



### Violação Doméstica

Lei Maria da Penha Comentada  
Artigo por Artigo

4.ª edição

Rogério Sanches Cunha e  
Ronaldo Batista Pinto

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 • Paranavá • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió

Endereços completos em: [www.rt.com.br/lojas](http://www.rt.com.br/lojas) ou [www.livrariart.com.br/lojas](http://www.livrariart.com.br/lojas)



THOMSON REUTERS™