

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

UM SALUTAR CONTINUÍSMO

Mudanças de gestão costumam ser vistas como marcos importantes para a revisão de feitos e propostas de alterações nas dinâmicas institucionais. Quiçá de rupturas ou de mudanças de rumo.

No **IBCCRIM**, este olhar para o passado e a vista para o futuro têm sido diferentes. O que se constata, claro que com felicidade, é que o **IBCCRIM** segue seu caminho, fiel aos seus ideais, sem interrupções.

Olhar para os dezoito anos de história do **IBCCRIM** revela como o Instituto cresceu, se consolidou, ganhou força no cenário jurídico nacional e reconhecimento no exterior. Mirar para o futuro é perseverar neste caminho, já solidificado, e abrir outras novas frentes de atuação.

A gestão que chegou ao fim seguiu esta toada: além de continuar com projetos importantes em curso – Laboratório de Ciências Criminais, Pós-Graduação em Criminologia, Boletim, Revista, Monografias –, inovou em tantos outros. Abrigou o curso de promotoras legais populares, o “Maria, Maria”; firmou convênio com a Universidade de Coimbra, perpetuando a realização dos cursos de Direito Penal Econômico a cada dois anos; consolidou o portal do **IBCCRIM** como referência para as ciências criminais no País; criou a Revista *Liberdades*; possibilitou a transmissão virtual das Mesas de Estudos e Debates. Desbravou, assim, outras frentes.

A chegada, em 2011, de uma nova diretoria para o próximo biênio é marcada, claro, pela renovação, como deve ser. Mas também pelo continuísmo, no melhor sentido que esta ideia possa ter. Continuar fiel aos seus ideais para crescer coerentemente, para permanecer lutando pela defesa de reconhecimento das garantias individuais.

A nova diretoria assumirá importantes projetos já iniciados na gestão anterior. Em 2011, pretende entregar ao associado uma nova ferramenta, a consulta à jurisprudência, altamente específica e

qualificada. Grupo especialmente criado para isso vem trabalhando no projeto, coletando e selecionando material, e espera-se que, no segundo semestre deste ano, o produto possa ser utilizado, de forma *online*, pelos associados. Neste ano, o **IBCCRIM** realizará seu 17º Seminário Internacional, evento já consolidado no cenário jurídico brasileiro, que reúne, durante quatro dias, cerca de mil pessoas, entre estudantes, operadores do Direito, professores nacionais e estrangeiros, discutindo temas de direito penal, processo penal, política criminal e criminologia.

Em 2011, o **IBCCRIM** realizará também importante curso em São Paulo, em parceria com a Universidade de Coimbra: o Curso de Direitos Fundamentais, em sua terceira edição. Tudo isso voltado à produção acadêmica.

Em seu plano de atuação institucional, o **IBCCRIM** criou a Comissão de *amicus curiae*, a qual permite que o Instituto possa colaborar tecnicamente para a tomada de importantes decisões pelo Supremo Tribunal Federal na seara do direito penal e processual penal.

Em outro plano, com uma legislatura que ora também se inicia no Congresso Nacional, o **IBCCRIM** renova suas esperanças de que o discurso que prega ser a seara penal a única ou a melhor alternativa para a solução de conflitos seja

enfim abandonado e que possa, desta forma, colaborar, por meio de sua Comissão de Assuntos Legislativos, com a discussão apropriada e técnica sobre a produção legislativa, ressaltando sempre a importância do respeito aos direitos fundamentais na formulação de novas leis. Neste tema, aguarda-se, também, que a tão almejada Reforma do Código de Processo Penal incite debate que consagre as garantias individuais e os princípios constitucionais inerentes ao processo.

Compete, assim, à nova diretoria do **IBCCRIM** dar continuidade ao que, nestes dezoito anos de existência, já vem sendo primorosamente feito. O que não é pouco.

O continuísmo, no **IBCCRIM**, é sempre bem-vindo.

A chegada, em 2011, de uma nova diretoria para o próximo biênio é marcada, claro, pela renovação, como deve ser. Mas também pelo continuísmo, no melhor sentido que esta ideia possa ter. Continuar fiel aos seus ideais para crescer coerentemente, para permanecer lutando pela defesa de reconhecimento das garantias individuais.

EDITORIAL:

- **UM SALUTAR CONTINUÍSMO**.....1
- **RAZÕES HISTÓRICAS DE UM SISTEMA PENAL CRUEL**
Cláudio do Prado Amaral.....2
- **TRIBUNAL DO JÚRI: A EVOLUÇÃO QUE NÃO SE CONSOLIDOU NA REFORMA**
Maria Elizabeth Queijo.....4
- **SENHOR LEGISLADOR, POR FAVOR, DESCRIMINALIZE AS NOSSAS CONTRAÇÕES PENAI!**
Guilherme Gouvêa de Figueiredo.....5
- **TUTELA CONCRETA DAS INFORMAÇÕES VIRTUAIS**
Ivan Luis Marques.....7
- **ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES DE PERIGO CONCRETO**
Fabio Roberto D'Avila e Stephan Doering Darcie.....8
- **O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE HOJE: DOM DE ILUDIR?**
Luis Fernando Niño.....9
- **REFLEXÕES INICIAIS SOBRE CRIMINAL COMPLIANCE**
Giovani A. Saavedra.....11
- **O (FUTURO) NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UM CÓDIGO DOS RÉUS?**
André Machado Maya e Guilherme Rodrigues Abrão.....12
- **A SUPERESTIMATIVA DA PENA DE MULTA E DOS DANOS A SEREM RESSARCIDOS NAS MEDIDAS ASSECURATORIAS E A PROBLEMÁTICA DA INDISPONIBILIDADE INDISCRIMINADA DE BENS**
Rafael Junior Soares.....13
- **ESCORÇO SOBRE A COLHEITA COMPULSÓRIA DE DNA DO ACUSADO**
Thiago Ruiz.....14
- **O DIREITO DE FALAR POR ÚLTIMO**
Helios Nogués Moyano e Douglas Lima Goulart.....15
- **UM NOVO AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO NO PROCESSO PENAL? – REFLEXOS DA LEI Nº 12.322, DE 9 DE SETEMBRO DE 2010, NO PROCESSO PENAL**
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.....16
- **COM A PALAVRA, O ESTUDANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ROUBO**
Thiago Pedro Pagliuca dos Santos.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI DE INTERCEPTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. EXCESSO DE PRAZO. JUNTADA TARDIA NOS AUTOS DAS TRANSCRIÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE INSANÁVEL. FALTA DE DEFESA.**.....1425
- **DIREITO PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES.**.....1426

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1426
- Superior Tribunal de Justiça1427
- Tribunais Regionais Federais.....1428
- Tribunais de Justiça1430

PARTICIPE POR ACREDITAR

ACOMPANHE O IBCCRIM NO **twitter!**
WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM

RAZÕES HISTÓRICAS DE UM SISTEMA PENAL CRUEL

Cláudio do Prado Amaral

Se 2.200 presos ocupam prisão estruturalmente projetada para 700 é óbvio que faltará água, a rede de esgoto restará subdimensionada para tal superpopulação (o esgoto irá entupir e transbordar), o número de funcionários da unidade prisional será insuficiente, a assistência médica não dará conta da demanda, detentos dormirão em condições deploráveis, o lixo irá se acumular, formando um quadro muito parecido com uma masmorra medieval. E, lembremos, a Constituição Federal proíbe penas cruéis. O mesmo vale para o aprisionamento cautelar. Alguém dúvida que se possa dar outro nome – senão cruel – ao aprisionamento *de pessoas* em compartimentos usados para transporte de cargas ou, ainda, em que os presos recebem a alimentação em sacos plásticos e comem com as mãos?

Daí, a mim e a todos, surge o justo questionamento: por que nós somos assim? Por que admitimos, sem grandes confrontos, essas obviedades indignas?

Uma parte importante da resposta está na forma como “pensamos” o sistema penal, produto de longo e deformado processo educativo no campo jurídico, objeto desta limitada investigação.

Não é novidade que boa parte da formação jurídica conferida aos futuros bacharéis é de base eminentemente tecnicista. Chama-se atenção, contudo, para o fato de que, por trás dessa linha de ensino jurídico, existem fatores propositalmente plantados, ao longo de anos, para que continuemos a assistir à tragédia sistêmico-penal passivamente.

Por isso, poucos farão algo realmente eficaz contra o sistema penal que, por exemplo, permite o feijão vir misturado com o resto da refeição do preso. Aos que há algum tempo não visitam cadeias, lembro que o feijão azeda o resto da comida em pouco tempo, aliás, já enquanto é transportado até a prisão, no caso de “terceirização da cozinha”.

A baixa evolução crítica nos bancos acadêmicos impede que sejam consideradas as preocupações de ordem não jurídica. Tal faz parte de um contexto maior, qual seja, o papel que a Universidade vem desempenhando no Brasil e a penetração de interesses políticos e de mercado no campo do saber.

O ingresso de disciplinas não jurídicas nas faculdades de direito deu-se como matérias interdisciplinares. Há algumas poucas décadas, a importância de tais disciplinas foi descoberta, pondo em relevo suas capacidades para a obtenção de decisões práticas que estivessem em sintonia com o que se passa na sociedade. No campo do direito, isso teve como resultado a produção de uma série de discursos *free-riders*. Do ponto de vista epistemológico, esses discursos *free-riders* provocaram a desconfiança

de todos os tradicionais ramos do direito, que lhes recusaram o *status* científico.

O fracasso do ingresso dessas matérias não jurídicas no campo do direito se manifesta com a percepção de que não conseguiram redefinir o direito como objeto de análise das ciências sociais. Disso não escaparam o direito penal e o direito processual penal. Por exemplo, a sociologia *jurídica* tornou-se uma disciplina situada numa zona fronteira, ora rejeitada pela sociologia, ora rejeitada pelo direito, negativamente avaliada pela maioria dos docentes dentro das universidades brasileiras.⁽¹⁾

Há que se atentar, também, para a origem dos cursos jurídicos no Brasil. No período colonial, o saber jurídico no Brasil era totalmente subordinado a Portugal, tanto em termos de estrutura legal vigente quanto da formação dos quadros burocráticos e da produção e difusão das ideias jurídicas. A formação dos estudantes brasileiros era feita na Universidade de Coimbra. Isso representou severa dependência para a formação dos quadros intelectuais no Brasil, sendo, assim, um importante instrumento de subordinação diante da metrópole, conforme as próprias elites portuguesas.⁽²⁾

Após a independência, foi necessária a criação de cursos de direito no Brasil, para dar autonomia à formação das elites, afirmando-se a soberania nacional. Em torno da criação dos cursos de direito havia, portanto, uma estratégia política. Todavia, mesmo após a criação dos cursos de direito, permaneceu a influência da cultura jurídica portuguesa ao longo da primeira metade do século XIX. Já antes da criação dos cursos de direito no Brasil, o Imperador havia encomendado que uma das cadeiras fosse atribuída a um Português, numa evidente antecipação de que as proposições teóricas reinantes em Portugal seriam aplicadas ao ensino jurídico porvir no Brasil.⁽³⁾ A influência de Portugal nos estudos jurídicos brasileiros aconteceu no instante em que foram criados os cursos jurídicos, pois o modelo institucional adotado foi aquele colhido a partir de Coimbra.⁽⁴⁾

Assim, inicialmente, as faculdades de direito no Brasil não surgiram como um espaço de produção científica reservado à criação e obtenção de conhecimentos novos. Ao contrário, constituíram-se desde o início em locais de mera reprodução do saber já existente na Europa da primeira metade do século XIX.

É emblemático o que ocorreu na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. A Faculdade de Direito de São Paulo, nas primeiras décadas após a sua criação, até 1883, produziu intelectuais dominados por um ideário liberal e, por isso, condicionados a ver as relações sociais como relações contratuais entre partes juridicamente iguais, porém individualizadas, com autonomia

da vontade e vínculos de coordenação. *Produziu mais políticos que juristas*. Aliás, inicialmente, não havia preocupação em formar juristas, mas sim ideólogos que produzissem a configuração jurídico-política do Estado emergente. Esse condicionamento liberal foi o resultado da introdução do direito raciocinado conforme regras da natureza nos primórdios do ensino jurídico. Ou seja, a Faculdade de Direito de São Paulo formou bacharéis orientados a privatizar conflitos sociais e nessa condição colocar o indivíduo e sua liberdade como o centro da luta política, deixando para um plano inferior a autonomia da ação coletiva, esquivando-se da ideia de democracia. Restava ao bacharel perpetuar a divisão entre liberalismo e democracia. Os princípios liberais se sobrepuseram aos princípios democráticos na Velha Academia.⁽⁵⁾

A Academia de São Paulo pouco ensinou sobre o direito, e exatamente nisso consistiu o seu segredo.⁽⁶⁾ Ao mesmo tempo, monopolizou todas as esferas políticas de dispersão que se apresentavam às elites, evitando que a diversidade de sua composição social promovesse inconvenientes fissuras, acentuando divergências internas e inclinando os segmentos pensantes de encontro às reivindicações populares. E, dessa forma, a Faculdade formou mais políticos liberais que democratas, mas, de qualquer modo, pouquíssimos juristas.

Nessa linha, de forma geral, as faculdades de direito criadas no recém-nascido Estado Brasileiro deixaram muito a desejar enquanto centros de reflexão jurídica criativa, apesar de catalisarem grande parte da vida cultural e jurídica do País, um quadro que, até hoje, afeta a imagem das disciplinas jurídicas, que dificilmente são vistas como fontes de conhecimento inovadoras.⁽⁷⁾

Após seguidas crises no ensino jurídico na segunda metade do século passado, (inclusive de orientação, nos anos 80), o Brasil assistiu, a partir dos anos 90, a uma vertiginosa proliferação dos cursos de direito. Produto de uma clara política de inclusão social que via na obtenção do diploma universitário uma forma de ascensão, o Poder Público autorizou seguidamente a criação e instalação de novos cursos de direito no Brasil, multiplicando-se em progressão geométrica as vagas oferecidas. Entretanto, a multiplicação da oferta não foi acompanhada por uma correspondente melhoria de qualidade do ensino médio. A baixa qualidade do ensino médio associada à precariedade do critério para admissão nos cursos de direito fez nascer uma massa de bacharéis com formação deficiente e excessivamente tecnicista-formal, que, em grande parte, não consegue aprovação no exame de ordem, ficando impossibilitada de exercer a advocacia.

Quanto ao corpo docente, ainda com formação puramente jurídica, é historicamente conservador no que diz respeito à inclusão de

disciplinas não puramente jurídicas no curso de direito.⁽⁸⁾ A questão vai mais longe, pois o próprio corpo discente é em boa parte refratário às considerações não jurídicas profundas no exame da questão de direito. Devido à pluralidade de expectativas existentes numa mesma sala de aula, pode-se esperar que somente parcela dos alunos seja receptiva às incursões dos ramos não jurídicos do conhecimento.⁽⁹⁾

Os ingressantes nos cursos de Direito desejam aprender o que dizem as “leis secas” e a literalidade da Constituição Federal. E nada mais. Há escasso interesse no aprendizado de disciplinas não jurídicas, como economia, filosofia, sociologia etc., simplesmente pela incompreensão do modo pelo qual tais ramos do conhecimento podem somar à sua formação profissional e solucionar problemas.

Existe, também, uma bem articulada pressão para que as escolas de Direito sejam organizadas por docentes tradicionalmente alinhados com o sistema dominante. Daí, o positivismo existente no ensino jurídico do Brasil é fruto da necessidade que os centros de poder têm de fundamentar seus mecanismos de dominação através do direito, substituindo, dessa forma, a legitimidade pela legalidade e assim iludir a todos sob o argumento de que o problema do ensino jurídico no Brasil é apenas de ordem pedagógica, quando, na verdade, é, principalmente, e também, matéria de interesse do sistema político.⁽¹⁰⁾

Difícil ignorar o papel institucional das faculdades de direito, pois é através da educação jurídica que a vida social consegue ordenar-se conforme uma hierarquia de valores. É por meio da educação jurídica que se imprimem, no comportamento social, os hábitos e os elementos coativos que designam as atividades de todos para as aspirações comuns. A partir das faculdades de direito forma-se a cultura jurídica nacional. A base de atuação dos egressos dos cursos de direito fornece a bitola cultural jurídica. Conforme a cultura jurídica adquirida, haverá penalistas com espírito e capacidade críticas ou, ao contrário, penalistas passivos e reprodutores dos esquemas de poder vigentes. Disso resulta que é preciso encerrar o ensino jurídico como uma prática dotada de um fundamental sentido político, que pode conduzir a uma atitude libertadora ou, inversamente, domesticada. Assim, a opção pelo método positivista ou pela abordagem humana e social é, enfim, nada mais que uma opção política.⁽¹¹⁾

O que se verifica em grande parte das faculdades de direito é a opção por uma postura acadêmica tradicionalmente fechada em si mesma, dedicada à erudição gratuita e menos interessada

pela realidade nacional. Onde está o maior compromisso com a nação e seus problemas? E assim, segue-se desfigurada a função social do ensino jurídico, primando por formar burocratas, manipuladores da tecnologia e doutrinadores de novas gerações de mesmo perfil das elites.⁽¹²⁾

Ante tal quadro, não me parece difícil entender porque ainda admitimos, quase passivamente, que um detento, no Brasil, passe a noite *dormindo* ao lado de uma latrina fétida e imunda, coberto por percevejos, subjugado por um líder de pavilhão que lhe cobra favores, dentro e fora da prisão; prisão essa, de onde, afinal, um dia o preso sairá. Mas não como um cidadão livre, e sim como mais um soldado do crime organizado, que foi sua referência e sua salvação dentro da cadeia.

NOTAS

- (1) **JUNQUEIRA, Eliane Botelho.** *A sociologia jurídica no Brasil – Introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993, p. 19.
- (2) **VENÂNCIO FILHO, Alberto.** *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino no Brasil*. São Paulo: Perspectivas, 1977, p. 7-8.
- (3) **MACHADO NETO, Antonio Luis.** *História das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Editorial GRIJALBO – Editora da USP, 1969, p. 23.
- (4) **SIMÕES NETO, Francisco Teotônio.** *Bacharéis na política e a política dos bacharéis*, Tese de doutoramento defendida em 1983 junto à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, p. 73.
- (5) **ADORNO, Sérgio.** *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 27 e 238-239.
- (6) **ADORNO, Sérgio.** Op. cit., p. 236-237 e 246.
- (7) **ALVAREZ, Marcos César.** *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*, monografia IBCCRIM n. 25, jun./03, p. 26.
- (8) Para conferir idêntica situação no Peru: **BULLARD, Alfredo; MACLEAN, Ana Cecilia.** *La enseñanza del derecho: cofradía o archicofradía?*, in *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 169-187.
- (9) **MORAIS, Régis de.** *Sociologia jurídica contemporânea*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 01-02.
- (10) **FARIA, José Eduardo.** *O ensino jurídico e a função social da dogmática*, in *Encontros da UNB*, Ensino Jurídico, 1979, Brasília, p. 116-117.
- (11) **FARIA, José Eduardo.** *A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação*, in *Formação jurídica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 13-20.
- (12) **FARIA, José Eduardo.** *Sociologia Jurídica (Crise do Direito e Práxis Política)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 172.

Cláudio do Prado Amaral

Professor doutor da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto. Integrante do Grupo *Educação e Direito* da Universidade Federal de São Carlos. Juiz de direito do Estado de São Paulo.

Ex-juiz corregedor dos presídios de São Paulo e dos presídios de segurança máxima do Estado de São Paulo.



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto Silva Franco

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES

DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilares

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Luciano Anderson de Souza

CURSOS: Fábio Tófic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo

Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tybiriça

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires Mendes

ASSESSOR DA PRESIDÊNCIA: Rafael S. Lira

PARTICIPE POR ACREDITAR

PROGRAME-SE

A 17ª edição do SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS já tem data marcada. De 23 a 26 de agosto de 2011.

TRIBUNAL DO JÚRI: A EVOLUÇÃO QUE NÃO SE CONSOLIDOU NA REFORMA

Maria Elizabeth Queijo

O procedimento do Tribunal do Júri sofreu significativas reformulações por meio da Lei nº 11.689, de 09.06.2008, que teve origem no Projeto de Lei nº 4.203, de 2001. As inovações foram muitas: a criação de procedimento específico para o Tribunal do Júri, desde a primeira fase; a previsão de audiência una de instrução, debates e julgamento; o interrogatório torna-se ato derradeiro do procedimento; o prazo máximo de 90 dias para conclusão da primeira etapa do procedimento, estabelecendo parâmetro temporal para a duração da prisão cautelar; a eliminação da prisão para recorrer da pronúncia, podendo ser decretada a prisão preventiva, caso haja necessidade; a ampliação dos fundamentos da absolvição sumária; a previsão de intimação por edital da decisão de pronúncia, para o acusado solto, caso não seja encontrado, com prosseguimento do procedimento; a supressão do libelo e da contrariedade; a maior democratização no alistamento de jurados; a redução da idade mínima para ser jurado; a extinção da figura do “jurado profissional”; a composição do Tribunal do Júri por 25 jurados e não mais por 21; a exclusão do jurado que tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, daquele que houver integrado o Conselho de Sentença de outro acusado, no caso de concurso de pessoas, e do jurado que tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver, demonstrando, assim, perda da imparcialidade; a possibilidade de se realizar o julgamento sem a presença do acusado; a leitura de peças que se refram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis; a vedação do uso de algemas durante o período em que o acusado permanecer no plenário, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes; a vedação, nos debates, da referência à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à decisão que determinou uso de algemas, como argumentos de autoridade, bem como ao silêncio do acusado ou ausência de seu interrogatório; a notável simplificação do questionário, mediante a previsão de três quesitos básicos, que devem ser formulados em proposições afirmativas (a respeito da materialidade do fato, autoria ou participação e se o acusado deve ser absolvido); a apuração dos votos até alcançar-se a maioria, embora o juiz presidente deva verificar todos os votos, sem declarar o número de votos afirmativos e negativos, para preservação do sigilo da votação; entre várias outras modificações.

A reforma ocorrida por meio da Lei nº 11.689/08 objetivou a resolução de antigos problemas do Tribunal do Júri: formalismos

injustificados que, não raro, conduziam a nulidades dos julgamentos; excessiva demora do procedimento; entraves ocasionados por imposições como a necessidade da presença do acusado para o julgamento. Tentou-se alcançar, assim, eficiência, maior celeridade, sem sacrifício de direitos e garantias fundamentais, sobretudo no tocante ao exercício da defesa, já que a Constituição exige, no Tribunal do Júri, a observância da plenitude de defesa.

Entretanto, mesmo com a reforma implementada, persistiu a incômoda e grave condenação por maioria simples. O famoso 4 X 3... É bem verdade que, no procedimento inaugurado pela Lei nº 11.689/08, vedou-se a declaração do número de votos afirmativos e negativos, proclamando-se tão somente o resultado do julgamento. No entanto, embora não divulgada, a condenação por maioria simples continuou a existir e não se pode sequer afirmar que seja ela rara. Ademais não se pode descurar que o Tribunal do Júri, dados os contornos de sua competência constitucional, julga os crimes mais graves do ordenamento, por definição, que são aqueles dolosos contra a vida. Via de consequência, em especial no que tange ao homicídio, as penas resultantes são bastante elevadas.

A condenação por maioria simples assume particular gravidade no tocante aos crimes de competência do Tribunal do Júri porque, de um lado, a decisão proferida pelos jurados não é motivada e, de outro, a apelação fica adstrita a certos fundamentos expressamente determinados pela lei (quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia; a sentença do juiz presidente contrariar a lei expressa ou a decisão dos jurados; houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; e quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos). Além disso, houve supressão do protesto por novo júri na reforma realizada pela Lei nº 11.689/08. Ou seja, remanesceu a possibilidade de condenação por maioria simples, com reduzidas perspectivas de novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Por todas essas razões, no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, de nº 156/09, oriundo do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas criada pelo Requerimento nº 227, de 2008, do Senado Federal,

optou-se por ampliar o número de jurados integrantes do Conselho de Sentença de sete para oito.

Na sistemática do Projeto em comento, o empate favorece a defesa, portanto, as condenações só podem se dar por maioria qualificada (5 votos a 3, pelo menos).⁽¹⁾ A mesma disciplina foi mantida no primeiro substitutivo apresentado a partir do Projeto de Lei nº 156/09 e da análise de 47 outras proposições.

Sem dúvida alguma, a principal inovação – e digna de aplausos – do novo Código de Processo Penal no procedimento do Tribunal do Júri era essa.

No entanto, no segundo substitutivo apresentado, que já foi aprovado em primeiro turno pelo plenário do Senado*, marcante retrocesso ocorreu com o retorno ao *status quo ante*. Eliminou-se a formação do Conselho de Sentença por oito jurados, voltando ele a ser integrado por sete jurados, tal qual se verifica na atual sistemática.

Argumentou-se que a defesa sairia francamente favorecida com a possibilidade de absolvição pelo empate e que as condenações dificilmente ocorreriam. No entanto, quer-nos parecer que questão de tão graves decorrências para o indivíduo que se vê condenado pelo Tribunal do Júri à elevada pena, sem decisão fundamentada para tanto, com reduzidíssimas possibilidades de novo julgamento, não pode ser discutida a partir desses parâmetros.

A ótica constitucional aponta para raciocínio totalmente diverso: o Estado brasileiro elegeu a dignidade humana como um de seus fundamentos e a adoção da maioria qualificada como requisito para condenação no Tribunal do Júri com ela condiz inteiramente. É o mínimo de garantia que se pode fornecer ao acusado no Tribunal do Júri que, em contrapartida, poderá ter contra si prolatada condenação sem fundamentação e com possibilidades limitadas de novo julgamento. Em outras palavras: o critério da maioria qualificada para condenações no Tribunal do Júri restabelece um equilíbrio até então inexistente entre os acusados de quaisquer outros delitos e os acusados julgados pelo Tribunal do Júri. Isto porque, no Tribunal do Júri, por seus contornos constitucionais, em especial, sua natureza e formação por juízes leigos e pela soberania de seus veredictos, operam-se relevantes restrições de direitos fundamentais que

A reforma ocorrida por meio da Lei nº 11.689/08 objetivou a resolução de antigos problemas do Tribunal do Júri: formalismos injustificados que, não raro, conduziam a nulidades dos julgamentos; excessiva demora do procedimento; entraves ocasionados por imposições como a necessidade da presença do acusado para o julgamento.

qualquer acusado tem: o direito ao provimento jurisdicional motivado, a teor do que prescreve o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e o direito ao duplo grau de jurisdição, em toda sua extensão, extraído da cláusula do devido processo legal, art. 5º, inciso LIV, do Texto Constitucional.

Por outro lado, para não perpetuar o atual quadro de desigualdade e iniquidade entre os acusados julgados pelo Tribunal do Júri e os demais, ainda que não se mantivesse, no novo Código de Processo Penal, a exigência de condenação por maioria qualificada, para suplantar o problema, poder-se-ia pensar na recriação do protesto por novo júri. Não nos moldes anteriormente vigentes, calcado exclusivamente no *quantum* de pena resultante da condenação no Tribunal do Júri, mas baseado exatamente no critério da condenação por maioria simples.

A esse respeito, escreveu, na doutrina, o eminente Professor **Gustavo Badaró**,⁽²⁾ recordando que, em legislações estaduais passadas, já adotou-se, como fundamento do protesto por novo júri, a condenação por maioria simples, citando nesse sentido, entre outros, os diplomas paulistas consubstanciados na Lei estadual nº 18, de 21.11.1891, na Lei estadual nº 80, de 25.08.1892, e no Decreto nº 1.575, de 19.02.1908.

Não é de se argumentar, em oposição a tal proposta, que o sigilo da votação seria desprotegido. É que a apuração por quatro votos a três não evidencia quem teria votado pela condenação ou pela absolvição. Ademais, pode-se manter também a inexistência de declaração do resultado, como bem pondera **Gustavo Badaró**,⁽³⁾ no mesmo escrito antes citado, limitando-se o juiz presidente, após a conferência das cédulas, a proclamar que, por maioria de um voto, o quesito atinente à absolvição foi respondido negativamente, admitindo-se, assim, o protesto por novo júri.

SENHOR LEGISLADOR, POR FAVOR, DESCRIMINALIZE AS NOSSAS CONTRAÇÕES PENAIAS!

Guilherme Gouvêa de Figueiredo

O tempo presente se singulariza pela ruptura e pelo casuísmo. Ruptura e casuísmo que sugerem, atentos nós a um específico nódulo de preocupações, um esfumaçar dos limites entre o direito penal e o administrativo.

Como refere **Silva Sánchez**, é uma característica do direito penal contemporâneo ter vindo a se afirmar na tutela de “contextos” cada vez mais amplos, como proteção antecipada de condições para o desfrute dos bens jurídicos mais clássicos (como a vida ou o patrimônio).⁽¹⁾ Assiste-se, desse modo, uma “dissolução” do conceito de bem jurídico quando, deixando de se circunscrever a interesses pessoais claramente referenciáveis, passa a abranger novas necessidades coletivas ou “unidades funcionais de valor”.⁽²⁾ O que, na

Seja adotando a exigência de maioria qualificada para condenar – o que nos parece mais adequada – seja recriando o protesto por novo júri, para as hipóteses de condenações por maioria simples, como alternativa, o problema precisa ser superado, prestigiando a dignidade humana e reduzindo as desigualdades entre os acusados submetidos ao Tribunal do Júri e os julgados por outros delitos que não são de sua competência. Só há sentido na reforma processual penal ampla, que origine novo Código, se as grandes questões – como a condenação por maioria simples no Júri – forem enfrentadas e superadas. Caso contrário, não há reforma, mas apego e repetição das velhas fórmulas. Em uma só frase: é preciso ousar!!

* Observação: o artigo foi remetido ao Conselho Editorial em 3 de dezembro. No dia 8, o Projeto de Lei foi aprovado, em segundo turno, no que pertence ao tema aqui debatido, nos mesmos termos aprovados em primeiro turno.

NOTAS

- (1) “Art. 369. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 08 (oito) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.” “Art. 385. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – se deve ser o acusado ser absolvido; II – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; III – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia. (...) § 2º Respondido positivamente o primeiro quesito por 04 (quatro) jurados, o juiz presidente encerrará a votação, proferindo sentença absolutória”.
- (2) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy**. *Tribunal do júri. Lei 11.689, de 09.06.2008*. In: *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, org. por **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**. São Paulo: RT, 2008, p. 241.
- (3) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy**. Ob.cit., p. 241.

Maria Elizabeth Queijo

Advogada.

Mestre e doutora em Processo Penal pela USP.



COORDENADORIAS REGIONAIS

1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Caroline Braun, Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do **Boletim do IBCCRIM** encontra-se em nosso site”.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

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

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório	4
Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br	
boletim@ibccrim.org.br	

orientado à proteção de “funções” cada vez mais amplas e de desenho cada vez menos apreensível, àquele conceito não se pode pedir muito. Percebe-se que, de um domínio que se concentrava em responder à lesão a bens individuais, transmuda-se (o direito penal) num outro que passa a intervir logo quando se exponha a perigo (abstrato) bens supraindividuais. Desse modo, para além do bem jurídico, que se tem por referência, ser pouco preciso – o que dificulta ou impossibilita seu potencial crítico e fundamentador do tipo –, o legislador opta por técnicas de incriminação em que o elo entre tipo de ilícito e bem jurídico existe apenas como *ratio legis* não sujeita a constatação no momento de aplicar o tipo. Em outras palavras, não é possível (ou necessário) comprovar um resultado desvalioso – mesmo que seja um resultado de perigo – para o bem jurídico que se tem por meta proteger.

Administrativização do direito penal significa, portanto, a assunção de uma nova postura político-criminal por parte do legislador. À custa do abandono do conteúdo liberal do conceito de bem jurídico, e com todas as implicações dogmáticas que daí advm, diz-se que o direito penal se administrativizou: “essa orientação à proteção de contextos cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) do desfrute dos bens jurídicos clássicos, leva o direito penal a entrar em relação com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, nos quais as aporções individuais, são, pelo contrário, de ‘baixa intensidade’”.

⁽⁶⁾ Como o que se protege são contextos genéricos e de questionável potencialidade crítica, o direito penal é levado a responder, com seus instrumentos próprios de atuação, tão logo se contravenha os *standards* estabelecidos pela Administração. Rompendo com a tradição de se orientar à salvaguarda de bens jurídicos concretos e determinados e reagir a formas de lesão ou periculosidade também concretas e determináveis, o direito penal vê-se vocacionado, tal como o direito administrativo sancionador, a perseguir funções de ordenação de setores da atividade administrativa.

Ora, se é no direito penal secundário em que se percebem, com clareza e atualidade, manifestações desta administrativização do direito penal – atentemos para a recente inflação legislativa, a proliferação de bens jurídicos nebulosos (*v.g.*, o meio ambiente, a ordem econômica etc.), o recurso indiscriminado à figura típica do perigo abstrato, a extrema dependência administrativa dos tipos –, não seria, em contrapartida, desarrazoado afirmar que o sistema jurídico-penal brasileiro guarda ainda um exemplo nada novo e particularmente expressivo de tudo isso: a Lei de Contravenções Penais.

De fato, no Brasil, ainda vigoram as Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de

03 de outubro de 1941) que exemplificam, de forma impressiva, a incongruência do nosso sistema punitivo e a falta de linearidade dos seus pressupostos de legitimação. A vigência da Lei de Contravenções Penais é, assim, um exemplo de um sistema penal casuísta, desapegado de preocupações científicas e, mais grave, desatento à exigência político-criminal de um direito penal *mínimo* e, ao mesmo tempo, eficaz. Na Lei de Contravenções Penais, estão definidas infrações que, na sua quase totalidade, não são ofensivas a bens jurídico-penais. Estão, por outro lado, previstas outras condutas que, mesmo ofensivas a bens jurídicos, poderiam muito bem ser objeto de punição, de forma menos agressiva e mais eficaz, de outro ramo do direito: o direito administrativo sancionador.

Ora, o que devemos esperar do direito penal de hoje? A pergunta, que pode ser extremamente intrínseca, perderá em complexidade se a resposta se buscar pelo avesso. Não se pode esperar do direito penal que ele assuma compromissos que não lhe cabem, que fogem do seu eixo de preocupações. E este eixo, por mais figurativo ou provisório que possa parecer, não o é: cumpre ao direito penal a tarefa de proteger, de forma *subsidiária*, bens jurídicos fundamentais. Desta breve proposição de política criminal deriva todo um programa dotado de uma intencionalidade apta a orientar de forma acertada as escolhas do legislador. Uma intencionalidade que, pensamos, se condensa em duas grandes linhas de força: o *merecimento* e a *necessidade* de pena.

Se é assim, e se a opção político-legislativa pelas contravenções penais é, por variados prismas, abominável, devemos empreender uma interpretação das vigentes contravenções penais à luz destes dois princípios legitimadores. Com uma tal interpretação demonstra-se a necessidade de descriminalização das vigentes contravenções penais e, quando oportuna, a sua conversão em ilícitos administrativos.

Fruto do movimento de descriminalização, que ganhou força na Europa do pós-guerra, foi a discussão em torno das contravenções e sua conversão em contraordenações. Em outras palavras, um dos sintomas do movimento de descriminalização foi a afirmação definitiva de uma nova categoria (não penal) de ilícito – o ilícito de mera ordenação social ou ilícito *administra-*

tivo sancionador –, para o qual deveriam ser remetidas todas as condutas de questionável relevo ético, com exceção das que deveriam ser extirpadas, pura e simplesmente, da ordem jurídica. Era, por outro lado e progressivamente, o fim daquela categoria (penal) à qual pertencia a maioria dessas condutas – as contravenções.

Fruto do movimento de descriminalização, que ganhou força na Europa do pós-guerra, foi a discussão em torno das contravenções e sua conversão em contraordenações. Em outras palavras, um dos sintomas do movimento de descriminalização foi a afirmação definitiva de uma nova categoria (não penal)...

Portanto, a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo está longe de ser algo carente de efeito prático-jurídico, nomeadamente na realidade jurídica brasileira. Em tempos nos quais o Direito Penal se expande de forma aleatória, cabe ao direito administrativo sancionador um lugar fundamental, como instrumento legislativo atento ao paradigma da intervenção mínima, nomeadamente na sua vertente descriminalizadora. É, pois, tempo de repensar a função sancionatória do direito administrativo. Visto e revisto, o direito administrativo sancionador aponta, de forma absoluta, para a incoerência político-criminal das vetustas contravenções penais e oferece um instrumento de apoio para o Direito Penal secundário.

Assunto extremamente atual e carente de contribuições doutrinárias, tão mais urgentes quanto mais se nota, na realidade legislativa brasileira, a edição de crimes desmesuradamente na parte *extra codicem*, sem importar-se o legislador com a efetiva ofensividade dos tipos legais (inflação legislativa) ou com sua eficácia preventiva.

NOTAS

- (1) Cf. SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 122.
- (2) A expressão é de Rudolphi, apud HASSEMER. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina Penal*, año 12, nº 45 a 48, Buenos Aires, 1989, p. 279.
- (3) Cf. BARATTA. *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, Doctrina Penal*, nº 29, 1985, p. 11.
- (4) Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Expansión*, p. 122.
- (5) Cf. HASSEMER. *Teoría personal del bien jurídico*, p. 278.
- (6) Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Expansión*, p. 122.

Guilherme Gouvêa de Figueiredo

Professor de Direito Penal e Criminologia (UNESP).
Professor de Processo penal da FAFRAM
Professor pesquisador (UNESP-CNPQ).
Mestre e especialista em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Advogado criminal.

TUTELA CONCRETA DAS INFORMAÇÕES VIRTUAIS

Ivan Luís Marques

O substitutivo do relator **Regis de Oliveira**, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara, apresentado em 05.10.2010, alterou o PL 84/99 e agora aguarda aprovação parlamentar final, sanção e publicação para integrar nosso ordenamento jurídico.

Anseio de muitos, desde especialistas da área até vítimas de violação de dados armazenados em meios eletrônicos ou sistemas de informação, a segurança das informações presentes nos meios digitais carece de tutela específica.

A questão relevante oriunda desse cenário relaciona-se a qual tipo de tutela será necessária para, efetivamente, conseguirmos minimizar os riscos pessoais e patrimoniais presentes no plano cibernético.

Nossa contribuição ficará restrita aos critérios deontológicos de *seleção* de condutas que atingem nossos bens da vida mais preciosos, à *eficácia* da tutela e, por fim, à *necessidade* da utilização do Direito Penal para buscar resultados concretos. A análise ficará restrita ao plano geral e às primeiras impressões, respeitando os limites sumariíssimos do presente trabalho.

1. Seleção de condutas típicas

Para selecionar condutas consideradas delituosas, importante buscar o máximo de informações concretas no âmbito social. Estatísticas policiais, procedimentos administrativos, problemas pessoais, estudos acadêmicos, informações da imprensa, audiências públicas, trabalhos publicados etc. formam a gama de informações que precisam ser consideradas no momento da elaboração do anteprojeto de lei penal. Dessa pesquisa, elabora-se um esboço normativo a respeito dos pontos mais importantes relacionados ao tema.

O ponto fulcral é identificar *o que* precisa ser tutelado pela lei, ou seja, o bem jurídico-penal. No caso dos delitos informáticos, identificamos como bem jurídico a segurança das informações pessoais e corporativas presentes em sistema informatizado ou rede de computadores.⁽¹⁾

Tendo como objetivo proteger nossos dados pessoais (senhas, números de cartão de crédito, endereços, dados relacionados à identificação pessoal etc.), optou-se por criminalizar as seguintes condutas:

- a) Acesso não autorizado a rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado;
- b) Obtenção, transferência ou fornecimento não autorizado de dado ou informação;
- c) Divulgação ou utilização indevida de informações e dados pessoais;
- d) Inserção ou difusão de código malicioso;⁽²⁾

e) Além de outras adaptações em delitos presentes no Código Penal, como o dano, o estelionato e a falsificação de documentos, públicos e particulares, no âmbito digital.

2. Eficácia da tutela dos dados informáticos

No plano da eficácia – que entendemos ser a obtenção de resultados preventivos satisfatórios na tutela penal –, precisamos partir de uma análise do plano abstrato para chegarmos robustecidos normativamente ao plano concreto.

Abstratamente, a lei deve ser material e formalmente constitucional. Se carregar em seu texto vícios de inconstitucionalidade, está fadada ao desaparecimento. Todo o trabalho envolvendo sua elaboração e aprovação é desperdiçado. Um desrespeito não apenas ao nosso texto maior, mas também aos cofres públicos, pois o custo relacionado à aprovação de um projeto de lei que tramita há mais de dez anos no Parlamento, não pode ser desprezado por ignorância, teimosia, corporativismo, *lobby* etc.

Além da compatibilidade vertical, a análise horizontal não é menos importante. As novas regras devem estar atentas à vigência e validade do material legislativo já positivado, para evitar antinomias, revogações tácitas e discussões exegéticas judiciais, criando instabilidade nas relações cotidianas e insegurança jurídica para os destinatários da lei.

Saindo do confronto com outras regras jurídicas, volta-se a análise para o próprio projeto de lei. Como estamos lidando com algo novo, nem mesmo previsto na Constituição Federal de 1988, urge sejam apresentados conceitos. Felizmente, o projeto traz alguns conceitos no art. 16 do PL 84/99.⁽³⁾ Busca-se, com essas normas penais explicativas, respeitar o princípio da legalidade, em especial, a taxatividade.

Mesmo preenchidos todos os requisitos constitucionais e legais, resta o principal problema do tratamento penal dos delitos cibernéticos: a sua aplicabilidade prática.

Para responsabilizarmos uma pessoa pela prática de um delito clássico, importante identificar o *autor* da conduta, o *local* dos fatos, o momento da *consumação* do delito e a *materialidade*.

Desloque essas questões para o plano virtual e inúmeros questionamentos surgem. O local de cometimento dos delitos é um *Internet*

Protocol – IP, um sistema, um hardware, um software, enfim, endereços diferentes do que a estrutura clássica investigativa do Estado conhece; quanto à autoria e à materialidade, a distância e o anonimato de quem está por trás do microcomputador, locais públicos de acesso à internet, programas que confundem o rastreamento de informações mostram-se

como obstáculos aparentemente intransponíveis; entre outros pontos que precisam ser verificados.

Estaria o Direito Penal, engessado por sua gama de direitos e garantias, apto a resolver essas questões?

3. Direito penal como *ultima ratio*

Dano eletrônico, estelionato eletrônico, falsificação de dado informático público ou particular são condutas que acompanham delitos clássicos por todos conhecidos. A tutela penal, nesses casos, parece-nos necessária.

Mas os problemas estruturais de identificação de autoria e materialidade passam, necessariamente, por perícias especializadas e aparato investigativo técnico.

Pensando nessas questões e em suas soluções, o PL 84/99 traz duas regras importantes: a) desloca a solução para a estrutura que precisará ser desenvolvida, em seu art. 17: “*Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado*”; b) transfere para o responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores mundial, comercial ou do setor público, uma série de deveres, obrigando o provedor, agente público ou particular, a fiscalizar o conteúdo que hospeda.⁽⁴⁾ Não iremos ingressar, por ora, na discussão sobre a inconstitucionalidade do art. 20 do PL 84/99.

4. Considerações conclusivas

- Entendemos que a tutela penal específica das informações virtuais é necessária;
- O bem jurídico-penal tutelado é a segurança das informações pessoais e corporativas presentes em sistema informatizado ou rede de computadores;
- Os grandes responsáveis pela eficácia da nova lei serão os departamentos especializados de investigação e perícia policiais e a cooperação forçada dos provedores de internet para identificar conteúdo criminoso nos meios virtuais e denunciá-lo

às autoridades com o fim de auxiliar na responsabilização dos agentes ativos dos novos delitos.

Há muitas outras questões relevantes relacionadas ao tema, como a pena a ser aplicada, a interceptação de dados para investigar os delitos informáticos, a ação controlada na investigação, a cooperação particular de *hackers*, a regulamentação prévia de utilização de *lan houses* para fins de investigação, o tratamento internacional do tema, com a necessária cooperação entre os Estados etc.

A busca pela paz no ambiente virtual é positiva. Só não pode se deixar seduzir pelo simbolismo negativo e pelo discurso vazio e pouco efetivo da chamada *lei e ordem*. Se a responsabilidade criminal no âmbito virtual é complexa, mais inteligente será se utilizarmos mecanismos preventivos, no âmbito administrativo, com fiscalização séria e resultados concretos.

NOTAS

- (1) Há ampla discussão doutrinária a respeito do bem jurídico dos delitos informáticos. Sobre a identificação de qual bem é tutelado nos delitos envolvendo dados informáticos, cf. **LOPES DA SILVA, Rita de Cássia**. *A informação como bem jurídico-penal e o sistema informático*. Revista Ciências Penais n. 7,

p. 242; **VIANNA, Túlio Lima**. *Do delito de dano e de sua aplicação ao direito penal informático*. Revista dos Tribunais n. 807, p. 486.

- (2) Sobre os tais códigos maliciosos (vírus), antivírus e a legítima defesa, cf. importante trabalho do Prof. **Spencer Toth Sydow**, *A pertinência do instituto da legítima defesa frente ao recurso informático do antivírus*, Revista dos Tribunais n. 896, p. 463.
- (3) "Art. 16. Para os efeitos penais considera-se, dentre outros: I – dispositivo de comunicação: qualquer meio capaz de processar, armazenar, capturar ou transmitir dados utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia; II – sistema informatizado: qualquer sistema capaz de processar, capturar, armazenar ou transmitir dados eletrônica ou digitalmente ou de forma equivalente; III – rede de computadores: o conjunto de computadores, dispositivos de comunicação e sistemas informatizados, que obedecem a um conjunto de regras, parâmetros, códigos, formatos e outras informações agrupadas em protocolos, em nível topológico local, regional, nacional ou mundial através dos quais é possível trocar dados e informações; IV – código malicioso: o conjunto de instruções e tabelas de informações ou qualquer outro sistema desenvolvido para executar ações danosas ou obter dados ou informações de forma indevida; V – dados informáticos: qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob forma suscetível de processamento numa rede de computadores ou dispositivo de comunicação ou sistema informatizado; VI – dados de tráfego: todos os dados informáticos relacionados com sua comunicação efetuada por meio de uma rede de computadores, sistema informatizado

ou dispositivo de comunicação, gerados por eles como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente."

- (4) "Art. 20. O responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores mundial, comercial ou do setor público é obrigado a: I – manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de três anos, com o objetivo de provimento de investigação pública formalizada, os dados de endereçamento eletrônico da origem, destino, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e fornecê-los exclusivamente à autoridade policial e ao Ministério Público, mediante requisição; II – preservar imediatamente, após requisição, outras informações requisitadas em curso de investigação, respondendo civil e penalmente pela sua absoluta confidencialidade e inviolabilidade; III – levar ao conhecimento, de maneira sigilosa, da autoridade policial ou judicial, informação em seu poder ou que tenha ciência e que contenha indícios da prática de crime sujeito a acionamento penal, cuja prática haja ocorrido no âmbito da rede de computadores sob sua responsabilidade, ressalvada a responsabilização administrativa, civil."

Ivan Luís Marques

Mestre em Direito Penal pela USP

Professor de Ciências Criminais e Direito

Constitucional.

Advogado e parecerista.

Coordenador Editorial da Thomson Reuters.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES DE PERIGO CONCRETO

Fabio Roberto D'Avila e Stephan Doering Darcie

No direito penal brasileiro, os crimes de perigo concreto têm sido tradicionalmente definidos como uma categoria típica que se particulariza por exigir a comprovação de que o bem jurídico tutelado tenha estado efetivamente em perigo. Opõem-se, assim, aos denominados crimes de perigo abstrato, nos quais o perigo, na posição de mero elemento de motivação da lei, é presumido pelo legislador. Para essa compreensão, tais traços distintivos decorrem do fato de que, enquanto nos crimes de perigo concreto o perigo constitui elemento típico, nos crimes de perigo abstrato ele traduz apenas um atributo genérico da conduta, motivo pelo qual a sua efetiva verificação no caso concreto se afigura prescindível aos fins a que se presta a norma, manifestamente o de coibir a prática da própria conduta (normalmente perigosa).

Referida distinção, por óbvio, acaba por admitir um contexto jurídico no qual o princípio da ofensividade resulta mitigado em importância e aplicabilidade. Têm lugar, a partir disso, as já conhecidas decisões em que se reconhece a tipicidade de condutas como a de portar arma de fogo sem munição ao alcance ou a de mera desobediência a determinações administrativas em âmbito econômico e ambiental, nas quais não há, nem de perto e nem de longe, qualquer

possibilidade de dano aos respectivos bens jurídicos tutelados.

Todavia, como já se sabe e como há muito se vem defendendo,⁽¹⁾ o erigir do princípio da ofensividade como barreira infranqueável à intervenção penal não permite tal leitura. Para se adequar à exigência de ofensividade, a compreensão dos crimes de perigo abstrato deve desvincular-se da noção de perigo presumido, estabelecendo o perigo como noção normativa condicionada à constatação de, ao menos, uma possibilidade não insignificante de dano a um bem jurídico-penal e, como tal, revestida de um autônomo desvalor de resultado. Apenas assim é que podemos falar em perigo e, pois, em ofensividade, uma vez que, como há muito observou **Binding**, presunção de perigo não é perigo e tampouco poderá ambicionar sê-lo.⁽²⁾ Para tal incompatibilidade, contudo, a doutrina jurídico-penal parece já haver atentado, e, conquanto não se possa ainda falar em consenso quanto à sua resolução, fato é que ao menos o problema parece já

percebido.

Nesse cenário, entretanto, um outro problema de igual importância passa despercebido: a insuficiente conceituação dos crimes de perigo concreto.

Torna-se necessário buscar no próprio conteúdo material dos crimes de perigo concreto o seu traço definidor. O que, por sua vez, nos reconduz diretamente à Binding, para quem o perigo é sempre um "abalo da certeza de ser"...

Como já observado, segundo a sua corriqueira definição, os crimes de perigo concreto particularizam-se por exigir a comprovação *in concreto* de que o bem jurídico tutelado tenha estado em perigo, o que decorre da específica menção ao termo "perigo" no *Tatbestand*. Sabe-se, no entanto, que a necessidade de verificação do perigo traduz uma exigência ínsita a todos os crimes de perigo, razão pela qual se faz presente também nos crimes de perigo abstrato. Daí a absoluta insuficiência de um critério meramente formal para a delimitação entre crimes

de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Uma adequada leitura dos crimes de perigo concreto não deve, pois, limitar-se a constatar a referência típica ao perigo, mas sim atentar para o significado material da expressa referência ao perigo no âmbito da descrição típica.

Torna-se necessário buscar no próprio conteúdo material dos crimes de perigo concreto o seu traço definidor. O que, por sua vez, nos reconduz diretamente à **Binding**, para quem o perigo é sempre um “*abalo da certeza de ser*” (*Gefährdung ist immer Erschütterung der Daseinsgewissheit*),⁽³⁾ isto é, o pôr em perigo, revestido de significação jurídico-penal, coincidirá com a constatação de um intenso abalo à tranquilidade existencial de um concreto e definido bem jurídico, impondo uma efetiva “*crise*” na sua continuidade existencial (*Krise des Rechtsgutes*).⁽⁴⁾

Esse nível de exposição do bem jurídico pressupõe, por razões de natureza lógica, a concreta presença do objeto de tutela no raio de ação do perigo.⁽⁵⁾ Ou seja, nos crimes de perigo concreto – e aqui podemos já visualizar um critério material de delimitação –, a atuação do bem jurídico frente à situação de perigo é pautada por um caráter de imediação, o qual pode ser desdobrado em dois aspectos: a *presença de um concreto bem jurídico no raio de ação do perigo* e a *intensa perturbação de sua continuidade existencial*.

Tais critérios refratam-se na própria relação de probabilidade que dá origem à ideia de perigo, determinando a sua intensificação. É dizer, se a própria noção penal de perigo se erige a partir de uma relação de probabilidade entre a conduta e um acontecer danoso, encontrando no critério da *possibilidade* o seu limite, no caso dos crimes de perigo concreto se trabalhará necessariamente com a exigência de uma *elevada probabilidade* a aproximar a conduta do dano ao bem jurídico.

Portanto, a verificação da ofensa demandará: em *um primeiro momento*, a emissão de um juízo *ex ante* de base total, no qual uma *elevada probabilidade de dano* deverá ser constatada a partir de uma prognose póstuma (i.e., mediante uma transposição do indivíduo judicante ao momento da conduta); e, em *um segundo momento*, a emissão de

um juízo *ex post* de base total (i.e., por meio do efetivo conhecimento do desdobramento causal da conduta *ex ante* tida como perigosa), no qual deverá ser constatada a permanência da elevada probabilidade de dano e a *entrada ou manutenção do bem jurídico no raio de ação do perigo*. Entendendo-se por base total o conjunto de todos os elementos relevantes ao desdobramento causal, sejam eles conhecidos ou não no momento da realização da conduta.

Valemo-nos, aqui, para fins de ilustração, do exemplo do condutor que, sem qualquer visibilidade, realiza ultrapassagem próximo de uma curva. Imaginemos três possíveis desdobramentos: i) o condutor que realiza a ultrapassagem encontra um automóvel vindo em sentido contrário, e com ele colide, provocando a morte do outro condutor; ii) o condutor que realiza a ultrapassagem encontra um automóvel vindo em sentido oposto, não colidindo apenas pela arriscada manobra realizada pelo outro condutor, que o faz sair da estrada; e iii) o condutor não encontra qualquer automóvel na pista contrária, concluindo exitosamente a ultrapassagem. Conquanto as três situações sejam rigorosamente idênticas em uma perspectiva *ex ante*, o substrato material do crime de perigo concreto se faz presente apenas na segunda hipótese, uma vez que um bem jurídico esteve efetivamente no raio de ação do perigo – sem redundar em um resultado danoso –, conclusão a que se pôde chegar somente a partir do total domínio cognitivo do desdobramento causal da conduta realizada (juízo *ex post*).

É essa, em linhas gerais, a estrutura própria dos crimes de perigo concreto, cuja visualização, ainda que *en passant*, permite já compreender o porquê da sua pouca valia prático-objetiva em âmbitos emergentes do direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*), como, *v.g.*, o direito penal ambiental, no qual permeia um hiato demasiadamente

amplo entre a conduta e o potencial resultado dela decorrente. Daí porque a prevalência do recurso à técnica dos crimes de perigo abstrato, cuja estrutura, diferentemente dos crimes de perigo concreto, dispensa a realização de um juízo *ex post*.

Fica claro, assim, que ainda que o princípio da ofensividade exija uma releitura dos crimes de perigo a partir da exigência de efetivo perigo ao bem jurídico, isso não significa que as diferentes técnicas de tutela não possuam particularidades que devam ser consideradas à luz das vicissitudes do objeto a ser tutelado. Não se admite, por óbvio, crimes de perigo desprovidos de perigo. Mas há, certamente, diferentes formas de apreciar e verificar a existência do perigo penalmente relevante. E isso deve ser considerado a partir da específica técnica de tutela empregada.

NOTAS

- (1) Ver, nesse sentido, **D'AVILA, Fabio Roberto**. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 159 e ss.
- (2) **BINDING, Karl**. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes*, vol. 1, *Normen und Strafgesetze*. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916, p. 386.
- (3) **BINDING, Karl**. Op. cit., p. 372.
- (4) **DEMUTH, Henrich**. *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*. Bochum: Brockmeyer, 1980, p. 201 e ss.
- (5) Ver **DEMUTH, Henrich**. Op. cit., p. 33 e ss.

Fabio Roberto D'Avila

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.
Doutor em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra.
Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidade de Frankfurt am Main.
Advogado criminal.

Stephan Doering Darcie

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Advogado criminal.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE HOJE: DOM DE ILUDIR?

Luis Fernando Niño

Hei de tentar unir, aqui, meu absoluto respeito pelas instituições de um País irmão, tão querido por mim, com a total sinceridade que o leitor merece. Entendo que a situação no Brasil não tem progredido suficientemente – longe disso – nos vinte anos de vigência do Estatuto. E, também, que são múltiplos os elementos que conspiram contra a concretização dos avanços neste setor da administração de justiça, ao extremo de plasmar, embora de modo oblíquo ou indireto, um verdadeiro sistema de responsabilidade penal para mui-tíssimas crianças acima de 12 anos.

Para começar, pouco ou nada muda quando chamamos “*ato infracional*” ao injusto penal, ou quando houve de falar-se de “*abrigo em entidade*” (ECA, art. 101, texto original), ou, até hoje, de “*acolhimento institucional*”, (ECA (art. 101, modificado pela Lei 12010/09), ou de “*internação em estabelecimento*” (idem, art. 112), em lugar de “*privação de liberdade*”. Em primeiro lugar, se levamos a sério o art. 11, inciso b, das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (Resolução 45/113 da Assembleia da ONU), a situação

não se difere em alto grau da prisão padecida por um sujeito adulto. E essa privação de liberdade é adotada a partir da pretendida capacidade do “*adolescente*” de 12 a 18 anos, muito além da proclamação legal de sua inimputabilidade, tal como acontece com o art. 104 do Estatuto brasileiro.

Em segundo termo, conforme os testemunhos ouvidos em Porto Alegre no ano passado, por ocasião do Oitavo Congresso dos Defensores Públicos do Brasil, os juízes exercentes dos cargos em varas de infância e da juventude não somente carecem, em regra,

de formação especializada, como também agem como se o ECA não existisse, mantendo o velho paradigma do menor sujeito à proteção e ao controle.

Em terceiro lugar, não se deu uma correta implementação de recursos humanos, técnicos e materiais necessários para possibilitar um tratamento verdadeiramente diferenciado a esse peculiar universo.

O que é que sucede na realidade quando se aceita o jogo de ideias “infração/punição”, isto é, que valem aqui as categorias segundo as quais ato infracional mais capacidade equivale à privação de bens jurídicos, inclusive – e muito especialmente – a liberdade ambulatoria, e tal equação fica em mãos de magistrados que conservam a velha ideologia paternalista?

A privação de liberdade é, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma medida breve e excepcional, que só deve ser aplicada no caso de grave ameaça ou violência, além de reincidências contínuas. Porém, os indicadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) mostram que somente 20% das infrações cometidas por adolescentes referem-se a homicídios ou latrocínios (roubos seguidos de morte), levando em conta as 27 unidades da Federação.

O ECA prevê, no caso de infrações mais leves, que deverão ser aplicadas outras medidas, como advertência, obrigação de reparar o dano e prestação de serviços à comunidade. Mas operadores do sistema, como a defensora pública **Daniela Cavalcante Martins**, responsável pelo acompanhamento da execução das medidas socioeducativas na Vara da Infância e da Juventude do DF, desvendam a verdade, revelando que existe muito menino internado por fatos muito mais leves, como furtos e ameaças, e destacam a causa: “*Não há investimento para acompanhar o meio aberto*”.

Ariel de Castro, membro da Comissão da Criança e do Adolescente da Ordem dos Advogados do Brasil e presidente da Fundação Criança de São Bernardo do Campo (SP), dá outro exemplo, a partir da própria Fundação: “*Apesar da internação ser uma medida de brevidade e excepcionalidade, ainda existe falta de vagas na semiliberdade. Um grande percentual de internos poderia estar nesse sistema ou em liberdade assistida*”, analisa, mas, devido ao fato de que a maioria dos programas de aplicação das medidas alternativas à privação total de liberdade não recebe acompanhamento, não são tais programas considerados confiáveis pelos juízes e promotores.

Já em 2006, um estudo feito pelo Ministério da Justiça mostrou que, em todo o País, havia 2.876 técnicos para acompanhar o cumprimento das medidas, número que corresponde a 0,19% dos adolescentes

atendidos. Desse jeito, sem a retaguarda profissional exigível e sem nenhuma mudança em suas condições de vida, o adolescente vai continuar a infringir a lei, o que vai determinar a sua contínua privação de liberdade em razão das também sucessivas reincidências. Assim, o limite dos três anos de internação, previsto no art. 121, § 3º, do Estatuto, para a internação desses adolescentes transforma-se numa ficção.

Opiniões, como a de **Marlúcia Novaes**, presidente da Associação “Amar” (“Mães e Amigos da Criança e do Adolescente em Risco”), no DF, parecem refletir sem distorção uma dura realidade: “*O ECA é apenas um pedaço de papel para os meninos e meninas privados de liberdade*”. “*A realidade é muito doída. Eles são maltratados, têm péssima alimentação e chegam a ser espancados pelos agentes. Sem falar nas drogas, que circulam facilmente nessas locais*”, denuncia **Marlúcia**.

Falar em termos de responsabilidade, ou capacidade juvenil, ou eufemismos similares, declarando, ao mesmo tempo, a inimizabilidade de crianças e adolescentes, é impróprio, se o passo seguinte será o de dispensar a essas crianças um tratamento institucional tão – ou ainda mais – disfuncional que aquele reservado aos infratores adultos.

Paralelamente, a meu ver, não cabe falar de fracasso do Estatuto brasileiro, senão de entender que ele faz parte de uma situação estrutural e, no fundo, de uma estratégia de dominação.

É a estrutura socioeconômica e tecnoburocrática que produz o fracasso das funções assistenciais do Estado, o fracasso do sistema escolar, o fracasso do sistema de inserção no sistema produtivo e, por fim, condena ao fracasso toda intenção de readaptação de quem nunca teve sequer oportunidade de se adaptar.

Essa estrutura cumpre seu papel de manutenção de um modelo de sociedade. Todos esses fracassos são, no fundo, notas características de um modelo social vigente.

O incorreto, de nossa parte, é isolar os comportamentos infracionais, que são consequência desse estado das coisas, e punir, gravemente, seus autores, desinformados não somente da iniquidade do sistema social geral, senão também da problemática própria dessa fase existencial, agigantada pelas carências e pela marginalização familiar e

social; sabendo-se, de acréscimo, que os belos postulados da proteção integral não serão cumpridos, pela falta de orçamento em razão da falta de intenção política de mudar de modelo.

Uma criança
carece hoje, mais
ainda do que em
épocas passadas,
de maturidade
psíquica e emocional
suficiente para
transferir a sua
situação às
categorias de
capacidade psíquica
de culpabilidade, de
autodomínio,
conforme a essa
capacidade, e,
em definitivo, de
responsabilidade
penal, por maiores
que sejam as
garantias que
queiram adicionar.

Uma criança carece hoje, mais ainda do que em épocas passadas, de maturidade psíquica e emocional suficiente para transferir a sua situação às categorias de capacidade psíquica de culpabilidade, de autodomínio, conforme a essa capacidade, e, em definitivo, de responsabilidade penal, por maiores que sejam as garantias que queiram adicionar.

As crianças menores de dezoito anos requerem, pela sua diferente situação psíquica e emocional, algo diverso de sua mera equiparação aos adultos em matéria de garantias processuais. Requerem uma abordagem interdisciplinar que interprete cientificamente os traços de seu comportamento, de suas clássicas técnicas de ensaio e erro, de suas bizarras identificações, de suas reações paradoxais, de suas buscas de limites, de suas necessidades de afirmação da crescente personalidade.

Numa ordem de ideias mais geral, se, em verdade, se procura brindar a cada criança o trato que ela merece como sujeito de direitos, é urgente adotar as medidas que lhe permitam uma passagem mais serena e positiva da etapa pré-puberal à da adolescência, e desta à plenitude da juventude. As medidas às quais me refiro são as políticas gerais de inclusão que possibilitam o acesso de toda criança à saúde, à educação, à recreação, à moradia digna e aos demais direitos formalmente reconhecidos, mas eternamente carentes do devido cumprimento pelos governos.

Luis Fernando Niño

Advogado com diploma de honra pela Universidade de Buenos Aires.

Licenciado em Criminologia pela Universidade de Buenos Aires. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, “*Cum Laude*”, por unanimidade. Titular da Cátedra de Elementos de Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Buenos Aires.

Codiretor do Mestrado em Criminologia da Universidade Nacional de Lomas de Zamora (Província de Buenos Aires). Juiz de Câmara na Vara Criminal em Buenos Aires.

REFLEXÕES INICIAIS SOBRE CRIMINAL COMPLIANCE⁽¹⁾

Giovani A. Saavedra

O conceito de *compliance* surgiu na década de noventa, mas, apenas nos últimos anos, ele passou a ser objeto de estudos jurídicos. O instituto passou a ter relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da Lei 9.613, de 03.03.1998, e da Resolução n. 2.554, de 24.09.1998, do Conselho Monetário Nacional. Desde então, as instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de, respectivamente, colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro (os chamados “deveres de compliance”) e de criar sistemas de controles internos que previnam as práticas de corrupção, de lavagem de dinheiro e de outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro.

Em que pese o conceito tenha surgido na década de noventa, o tema ainda não recebeu o merecido destaque no Brasil, sendo praticamente desconhecido na academia e na doutrina jurídico-penal (especialmente no âmbito da Criminologia). Mais: no âmbito empresarial, os potenciais atingidos também parecem não ter se dado conta das fortes consequências jurídico-penais desse novo instituto para o desenvolvimento de suas atividades.

No Brasil, *compliance* tem sido compreendido, de um lado, apenas como parte da implementação das “boas práticas” da *corporate governance*. Nesse caso, *compliance* é entendido como um “mandamento ético”, o qual deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o mercado.⁽²⁾ Por outro lado, no âmbito das Ciências Criminais, o significado desse conceito para o Direito Penal e para a Criminologia e os reflexos do seu desenvolvimento para a política criminal ainda não foram devidamente explorados. A exceção digna de nota fica por conta dos debates acerca dos chamados “deveres de compliance”, discutidos como um dos aspectos dos crimes de lavagem de dinheiro.⁽³⁾ Ademais, o debate internacional sobre *criminal compliance* parece ser totalmente desconhecido no Brasil. Com o presente artigo, pretende-se apresentar, muito brevemente, alguns aspectos desse novo ramo de pesquisa das Ciências Criminais.⁽⁴⁾

O objeto de estudo do *criminal compliance* confunde-se, em grande medida, com aquele do Direito Penal Econômico, e, portanto, vários autores procuram diferenciar o espectro de problemas de cada um desses ramos de pesquisa.⁽⁵⁾ De fato, *criminal compliance* não significaria nada de novo se, em seu conceito, fossem subsumidos apenas os elementos que já são encontrados no debate nacional e internacional sobre Direito Penal Econômico. Por outro lado, o surgimento desse novo fenômeno parece diretamente vinculado com

o surgimento de crimes econômicos e da persecução penal de empresários e instituições financeiras, pois, apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente, surgiu também a necessidade de prevenção criminal no âmbito de suas atividades.⁽⁶⁾

Portanto, a primeira característica atribuída ao termo *criminal compliance* é prevenção. Diferentemente do Direito Penal tradicional, que está habituado a trabalhar na análise *ex post* de crimes, ou seja, na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem jurídico digno de tutela penal, o *criminal compliance* trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira. Exatamente por isso o objetivo do *criminal compliance* tem sido descrito como a “diminuição ou prevenção de riscos compliance”.⁽⁷⁾ Segundo posição dominante, as empresas de capital aberto e as instituições financeiras deveriam criar os chamados *compliance officers*, que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos *compliance* e de criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal.

Por outro lado, os *compliance officers* têm sido criados também com o objetivo de investigar “potenciais criminosos” no âmbito de atuação da empresa. No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos *compliance officers* e de sua responsabilização penal. Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o BGH (*Bundesgerichtshof*) condenou um *compliance officer* por entender que, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, o profissional assume também uma posição de garante e, por isso, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância.⁽⁸⁾

Parece, assim, que o desenvolvimento do *compliance* implica um paradoxo.⁽⁹⁾ O objetivo do *compliance* é claro: a partir de uma série de controles internos, pretende-se prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, se forme uma cadeia de responsabilização penal. Isso porque as atribuições que têm sido conferidas aos *compliance officers* acabam por colocá-los na posição de garantidores (respondem, portanto, como se tivessem agido

positivamente nas situações em que venham a se omitir). Mais: podem ser considerados garantes também os integrantes do conselho de administração, pois, segundo doutrina majoritária, eles têm o dever de supervisão dos *compliance officers*. Evidencia-se, assim, que toda a administração da empresa é exposta ao risco de uma persecução criminal.

Isso acontece, principalmente, porque o desenvolvimento do *compliance* tem se dado à margem do Direito Penal e da Criminologia. Exatamente por isso há um consenso no âmbito da discussão internacional acerca de *compliance*: a pesquisa e a implementação de *compliance* supõem conhecimentos jurídico-penais para o seu desenvolvimento adequado. Esse novo âmbito de pesquisa tem sido designado pela doutrina jurídico-penal internacional como *criminal compliance*, ou seja, o estudo dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes. Trata-se de um novo campo de pesquisa no âmbito das Ciências Criminais, que tem chamado a atenção de penalistas e criminólogos de todo o mundo e que, espera-se, também o faça no âmbito da pesquisa nacional.

NOTAS

- (1) O presente artigo consiste em versão resumida da palestra proferida pelo autor no 1. *Compliance Tagung. Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, realizada na Universidade de Augsburg, em 03.12.2010, intitulada *Criminal Compliance aus brasilianischer Sicht*. Para a elaboração do artigo, foram levadas em consideração as críticas e as sugestões feitas, na oportunidade, pelos Professores **Bernd Schünemann** (München), **Thomas Rotsch** (Augsburg), **Erik E. Lehmann** (Augsburg), **Enrique Bacigalupo** (Madrid), **Dennis Bock** (Würzburg) e **Mark Deiters** (Münster).
- (2) Ver, a esse respeito: **ABBI** – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; **FEBRABAN** – Federação Brasileira de Bancos, *Cartilha Função de Compliance*, agosto 2003, com atualização em julho de 2009 (Verfügbar in: www.febraban.com.br); **COIMBRA**, **Marcelo de Aguiar**; **MANZI**, **Vanessa Alessi**. *Manual de compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12 e ss.; **MANZI**, **Vanessa Alessi**. *Compliance no Brasil. Consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008, p. 64 e ss.; **ANDRADE**, **Adriana**; **ROSSETTI**, **José Paschoal**. *Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183 e ss.
- (3) Ver, a esse respeito: **BARBOSA**, **Daniel Marchionatti**. *Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*, in **HIROSE**, **Tadaaki**; **BALTARZAR JÚNIOR**, **José Paulo** (orgs.). *Curso modular de direito penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, vol. 02, p. 489-510.
- (4) Para um panorama sobre a discussão sobre *compliance* na Alemanha, ver: **ROTSCH**, **Thomas**. *Criminal Compliance*, in: *Zeitschrift für Internationale*

- Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, S. 614; **HAUSCHKA, Christoph E.** *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010; **GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta.** *Compliance. Aufbau – Management – Risikobereiche*. München: C.H. Beck, 2010; e **ROTSCH, Thomas.** *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2010.
- (5) **ROTSCH, Thomas.** *Criminal Compliance*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, p. 614 e ss.
- (6) Idem, p. 616.
- (7) Ver, a esse respeito: **COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi.** *Manual de compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35 e ss.
- (8) A decisão referida é a *BGH Entscheidung* von 17.7.2009-5 StR 394/08. Para um panorama sobre a discussão sobre essa decisão na Alemanha, ver a bibliografia citada na nota 4.
- (9) O conceito de paradoxo é empregado aqui no sentido dado por: **HARTMANN, Martin; HONNETH, Axel.** *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersu-*

chungsprogram, in: *Berliner Debatte Initial* 15 (2004) 1, S. 9.

Giovani A. Saavedra

Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e coordenador do Núcleo de Pesquisa em Ciências Criminais e da Comissão Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

O (FUTURO) NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UM CÓDIGO DOS RÉUS?

André Machado Maya e Guilherme Rodrigues Abrão

O Senado Federal aprovou, em primeira votação, no último dia 09.11.2010*, o projeto do novo Código de Processo Penal, equivocadamente batizado por alguns, antes mesmo da sua entrada em vigor, de “Código dos réus”. Na mídia, em especial no Estado do Rio Grande do Sul, vários programas propuseram o debate sobre o referido projeto de lei, inclusive com a realização de pesquisas interativas indagando aos ouvintes, leitores e telespectadores se o novo Código é bom ou ruim para a sociedade, viés que, pensamos, deve ser refutado, pois da sociedade também os réus fazem parte. Bom para os réus, bom para a sociedade; ruim para os réus, ruim para a sociedade. Não há um Código *pro reu* ou um Código *pro societate*. O projeto do novo Código está inserido numa lógica que segue os ditames constitucionais e, ao menos em parte, em consonância com o respeito aos direitos e garantias fundamentais que são assegurados a todos os cidadãos.

A tônica dos debates verificados vem se revelando, a nosso ver, por demais reducionista e simplista. Não há motivos para pânico: o novo (quem sabe?) CPP não foi feito para beneficiar os réus, e tal afirmação apenas pode ser resultado do desconhecimento do projeto aprovado no Senado, cujo teor revela, entre outros pontos, a ampliação do prazo das intercepções telefônicas para 360 dias (o prazo atual é de 30 dias), a possibilidade de prisão preventiva com base na gravidade do crime (o que hoje é vedado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) e a possibilidade de aplicação antecipada de pena (punição sem processo) nos casos de crimes cuja pena máxima não supere 08 anos, o que representa quase a totalidade dos delitos tipificados no Código Penal, apenas para citar três exemplos que colocam por terra esse rótulo reducionista imposto por partidários dos discursos punitivistas e do Direito Penal do inimigo.

Por outro lado, verdade é que o projeto do novo CPP introduz no ordenamento jurídico brasileiro alterações significativas, como o juiz de garantias e a vedação da iniciativa probatória do juiz, todas elas seguindo uma tendência mundial de democratização do processo penal. E faz isso com um objetivo

muito claro: legitimar a atuação do Estado na persecução penal e a decisão final do processo, seja ela condenatória, seja ela absolutória. É preciso ter claro que os crimes e as penas são previstas no Código Penal e que o Código de Processo Penal delimita os procedimentos e as regras que devem ser observadas para que, ao final, seja imposta ou não a sanção penal. E, nos ensina **Ferrajoli**, em se tratando de processo penal, as regras são a própria garantia.

Assim, atendendo aos parâmetros de uma sociedade democrática, e ciente de que democracia pressupõe liberdade, direitos e garantias individuais, é que o projeto do novo Código, em uma nítida tendência de alinhamento para com a Constituição Federal de 1988, cria, por exemplo, o juiz de garantias e proíbe o juiz de produzir provas, com o que pretende reforçar a garantia – que a todos nós alcança – de ser julgado por um juiz imparcial. A produção de provas é responsabilidade de quem acusa, do Ministério Público, instituição muito bem estruturada e composta por profissionais muito bem remunerados e preparados para exercer a função acusatória. É muito cômoda, ao Ministério Público, a defesa da iniciativa probatória dos juízes, com o que se desincumbem os promotores de qualquer responsabilidade no processo. Olvida-se o Ministério Público de que o juiz deve ser um terceiro imparcial, fiscal do devido processo penal e, por consequência, tutor do respeito aos direitos individuais do acusado. Não é tarefa do juiz acusar ou, tampouco, defender o réu.

Esse novo Código está longe de ser e servir como o “Código dos réus”. É preciso compreender que numa proposta de reforma muitas são as pressões de instituições e órgãos para que sejam adotados certos posicionamentos, quase sempre motivadas por interesses meramente institucionais. Isso, contudo, não pode se sobrepor a um interesse muito maior e justo: o devido respeito aos preceitos constitucionais arduamente conquistados ao longo da formação do Estado Democrático. Um processo penal justo, igualitário e democrático somente pode ser alcançado trilhando caminhos em conjunto com uma Constituição que respeita as liberdades fundamentais.

O devido processo legal, garantia suprema insculpida na Constituição, não visa beneficiar tão somente os réus ou a sociedade dita “de bem”. É, sim, o devido processo para toda uma sociedade, independente de quem esteja no banco dos réus – importante lembrar que, no plano da teoria, não existe essa distinção entre mocinho e bandido, afinal, todos somos iguais perante a lei –, um processo que ainda deve estar em harmonia com o princípio basilar de um Estado Democrático e Constitucional de Direito: a dignidade da pessoa humana. Assim, imperioso que o Código de Processo Penal, novo ou não, reconheça ao acusado sua condição de sujeito de direitos, e não de mero objeto sobre o qual deve recair a sanção penal.

Em síntese, a atualização do Código de Processo Penal não é uma necessidade de hoje; está atrasada há pelo menos 22 anos. Não é mais possível compatibilizar uma Constituição Federal democrática, que se diz cidadã, com um Código de Processo Penal oriundo do Estado Novo de **Getúlio Vargas**, impregnado de conceitos fascistas, na sua maioria influenciados pelo Código Rocco da Itália de **Mussolini**. É preciso entender que a lógica mudou, que o acusado não é o inimigo, nem mesmo mero objeto na relação processual, e que, no processo penal, é fundamental estabelecer que os fins não justificam os meios, mas sim o inverso. Basta assistir ao filme “*Tropa de Elite II*” para entender a importância de um sistema de garantias que, a um só tempo, limite a atuação punitiva do Estado e legitime a condenação daqueles que cometeram crimes.

* Observação: o artigo foi remetido ao Conselho Editorial em 12 de novembro. No dia 8, o Projeto de Lei foi aprovado em segundo turno.

André Machado Maya

Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP.

Guilherme Rodrigues Abrão

Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Coordenador adjunto do Departamento Científico do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP.

A SUPERESTIMATIVA DA PENA DE MULTA E DOS DANOS A SEREM RESSARCIDOS NAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS E A PROBLEMÁTICA DA INDISPONIBILIDADE INDISCRIMINADA DE BENS

Rafael Junior Soares

Uma das práticas que se tornou recorrente há pouco tempo no âmbito da Justiça Federal foi a utilização pelo Ministério Público, em especial nos crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de ativos, das medidas assecuratórias previstas na legislação processual penal (sequestro, arresto prévio, arresto definitivo e hipoteca legal) usualmente não empregadas pelos operadores do direito, apesar da antiga previsão legal, para indisponibilizar o patrimônio lícito e ilícito do acusado.

A verdade para tal desuso é que o Código de Processo Penal trata as cautelares reais de forma superficial e sem maior tecnicidade, o que retardou o desenvolvimento da aplicação de tais instrumentos, aliado ao fato de que a clientela da Justiça Estadual – principal área de atuação do Direito Penal – não possui recursos para arcar com as quantias exigidas por meio das medidas assecuratórias, desmotivando qualquer investida de se reparar o dano ou obter o pagamento da pena de multa. Ocorre que, com a “popularização”⁽¹⁾ do Direito Penal Econômico, por meio da criação das varas especializadas no âmbito da Justiça Federal, foi possível a difusão das medidas assecuratórias ante a sua notória relevância, com o objetivo de restituição dos altos valores que envolvem referidos delitos.

Desse modo, dentre os vários problemas que surgiram da prática diária das medidas assecuratórias, chama atenção o cálculo superestimado dos danos a serem ressarcidos e, principalmente, da pena de multa provisória realizado pelo *parquet*, sem o exame – ainda que breve e superficial – das circunstâncias pessoais dos acusados e das características do delito que nortearão a futura mensuração no caso de sentença condenatória, resultando, na maioria das vezes, na indiscriminada indisponibilidade de bens dos acusados (ganha importância tal cálculo em razão da enorme dificuldade que se tem para exercer os meios de defesa que são desregrados e confusos).⁽²⁾

Como forma de explicitar a questão da pena de multa colocada acima, é comum o Ministério Público imputar a prática de determinado delito previsto na Lei nº 7.492/86 e, no momento de realizar o cálculo da futura pena de multa para a imediata constrição dos bens do acusado, utilizar-se dos seguintes critérios: a) emprega o *quantum* máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa contido no art. 49 do Código Penal; b) o valor do dia-multa é fixado no patamar máximo de 5 (cinco) salários-mínimos, disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal; e, c) com base

no art. 33 da Lei nº 7.492/86, multiplica-se o valor até aqui alcançado pelo décuplo. Não é difícil notar que, com base na astuciosa matemática descrita, possibilitar-se-ão constrições exageradas e desproporcionais, restringindo o patrimônio do acusado indiscriminada e indefinidamente, até mesmo porque tais processos, em razão da complexidade, geralmente tramitam por vários anos.

Com base no que foi dito, o que se propõe é a realização da mensuração provisória da pena de multa, de acordo com as condições pessoais do acusado e as características do delito,⁽³⁾ de modo a evitar indisponibilidades patrimoniais excessivas e abusivas.

Diante disso, observa-se que o juízo provisório, em especial da pena de multa, empregado pelo Ministério Público, desrespeita as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, do direito à propriedade e, especialmente, da individualização da pena, pois não observa as características do delito e as qualidades do seu agente,⁽⁴⁾ eis que redundam em desproporção entre o valor provisório e o valor real a ser definido em caso de sentença condenatória, com a consequência imediata da constrição indiscriminada de bens (há ainda os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que podem e devem ser invocados).

Cabe destacar que os Tribunais pátrios ainda não se posicionaram sobre o tema, existindo apenas decisões que afastam a possibilidade da indisponibilidade indiscriminada de bens, sem analisarem profundamente a matéria por meio do oferecimento de soluções, mas apenas de forma tangencial.⁽⁵⁾

Não bastassem os exageros acima mencionados, cumpre destacar que as medidas cautelares reais não fogem da regra quanto à necessidade de se perquirir a adequação e a proporcionalidade (gravidade, alcance e intensidade)⁽⁶⁾ das finalidades perseguidas com a restrição aos direitos fundamentais dos acusados, o que também não é feito na prática forense. De qualquer sorte, sem se adentrar profundamente ao tema, no tocante aos requisitos das cautelares reais, far-se-ia necessária a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora*, requisitos imprescindíveis

em qualquer espécie de medida cautelar, porém, o que se nota é outro equívoco dos Tribunais pátrios, salvo raras exceções,⁽⁷⁾ ao entenderem que a presunção do *periculum in mora*, consistente na possibilidade de dilapidação do patrimônio do acusado é absoluta.⁽⁸⁾

Conclui-se que a sistemática contida no Código de Processo Penal não está em consonância com os princípios trazidos pela Constituição Federal, eis que as medidas assecuratórias são utilizadas sem a observância dos requisitos mínimos que lhe são inerentes e das demais diretrizes que deverão guiar o cálculo do dano a ser ressarcido e da futura pena de multa, figurando, portanto, como verdadeira antecipação de pena ao acusado, ao tornar o patrimônio indisponível de forma indiscriminada e indefinidamente.

Cabe destacar que os Tribunais pátrios ainda não se posicionaram sobre o tema, existindo apenas decisões que afastam a possibilidade da indisponibilidade indiscriminada de bens, sem analisarem profundamente a matéria por meio do oferecimento de soluções, mas apenas de forma tangencial.

NOTAS

- (1) TORON, Alberto Zacharias. *Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 7, nº 28, out-dez/99, p. 73-84.
- (2) LEITE, Larissa. *O exercício do contraditório nas medidas patrimoniais de urgência no processo penal brasileiro: análise sistemática e constitucional. Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 203-254.
- (3) Segundo Cezar Bitencourt, para se definir o *quantum* da pena de multa, primeiramente impõe-se definir “o número de dias-multa dentro do limite estabelecido de 10 a 360. Na eleição desse número deve-se levar em conta a gravidade do delito, visto que não há mais a cominação individual para cada crime, como ocorria anteriormente; deve-se, por outro lado, considerar ainda a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como todas as circunstâncias legais, inclusive as majorantes e minorantes” (Tratado de direito penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 563-564).
- (4) Carlo Frederico Grosso, in GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 164.
- (5) “Apelação criminal. Medida de sequestro e indisponibilidade de bens e valores. Ação penal em curso. Constrição indiscriminada. Desproporcionalidade da medida. Violação de preceitos constitucionais. Recurso provido. 1. Constrição judicial de bens e indisponibilidade de valores. Medida cautelar condicionada à demonstração de fundados motivos de sua decretação. 2. Apreensão indiscriminada de bens do investigado, que não se coaduna com o princípio da proporcionalidade. (...) Medida

- constitutiva que viola o princípio constitucional da presunção de inocência. 4. Recurso provido" (TRF 1ª Reg., AC 2004.34.00.043178-1/DF, rel. **Ítalo Fioravanti Sabo Mendes**, DJU 25.05.2006). No mesmo sentido: TRF 1ª Reg., AC 2007.36.00.010949-3/MT, 3ª T., rel. Juiz Federal **César Cintra Fonseca** (conv.), e-DJ 14.03.2008, F1, p. 126; TRF 1ª Reg., ACR 2004.34.00.043178-1/DF, 4ª T., rel. Desembargador Federal **Carlos Olavo**, rel. acor. Desembargador Federal **Carlos Olavo**, DJ 25.05.2006, p. 24.
- (6) **CÂMARA, Luiz Antônio**. Considerações sobre as medidas cautelares reais patrimoniais nos crimes contra a ordem econômica. Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 255-288.

- (7) "Penal. Processual penal. Sonegação fiscal e falsidade ideológica. Recebimento do recurso em sentido estrito como apelação criminal. Seqüestro e hipoteca dos bens dos acusados. Requisitos. Seqüestro não pode ser usado como punição. Indeferimento. (...), contudo, para a caracterização do periculum in mora, por outro lado, faz-se necessária a comprovação da ameaça de dilapidação do patrimônio dos acusados, o que não restou configurado no presente caso concreto, tornando o pedido de seqüestro insusceptível de atendimento. 4. O seqüestro dos bens dos acusados no processo penal não deve ser utilizado como forma de punição, pois o ordenamento jurídico veda o confisco de bens nesses casos, assegurando o direito individual de propriedade e a livre disposição

- de bens. 5. Recurso crime em sentido estrito conhecido como apelação criminal e improvido" (TRF 5ª Reg., SER 824, rel. Des. **Napoleão Maia Filho**, DJU 02.08.2006, p. 644).
- (8) TRF 4ª Reg., Ap nº 2007.70.00.008887-8/PR, 7ª T., rel. **Néfi Cordeiro**, DJ 25.06.2009.

Rafael Junior Soares

Advogado criminal.

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UFPR. Pós-Graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra e pelo IBCCRIM.

ESCORÇO SOBRE A COLHEITA COMPULSÓRIA DE DNA DO ACUSADO

Thiago Ruiz

A prova realizada com base em mostras genéticas é sem dúvida revestida de importância no processo penal hodierno. O avanço tecnológico acarretou a relevância da prova genética, que cada vez mais exige aprofundada análise sob suas circunstâncias e implicações na *persecutio criminis*. Trata-se de prova pericial que, às vezes, constitui o único elemento probatório que pode seguramente relacionar o autor do delito ao fato imputado.

Um dos vieses de maior discussão a respeito da prova genética cinge-se na (im)possibilidade de determinação judicial para o acusado realizar o exame. Veja que não se trata de exame de material genético colhido no local do crime ou descartado, como os encontrados em bitucas de cigarros e guardanapos, mas de obtenção de material genético por meio de intervenção corporal.

Os posicionamentos são divididos quanto à necessidade ou não do consentimento do acusado. Por um lado, **Alejandro D. Carrió** ensina que o acusado poderá ser obrigado a conceder mostra genética extraída de seu corpo, uma vez que o imputado é objeto de prova, de modo que a sua negativa não pode obstar o direito do Estado investigar delitos realizados quando houver fundadas suspeitas, e a inspeção corporal puder ajudar a esclarecer o delito, o que justifica o vencimento de "cualquier negativa de éste a prestarse a la medida en cuestión."⁽¹⁾

Ainda, há quem defenda que é possível a extração compulsória de mostras biológicas do imputado desde que o exame não traga perigo a sua vida ou saúde. Nesta esteira, ensina **Carlos A. Carbone** que: "La extracción de sangre, de cabellos y/o vello pubiano, muestras epiteliales, es legítima en contra de la voluntad del sindicado si cumple los requisitos indispensables de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, utilidad y pertinencia y no viola su derecho a la intimidad, la integridad física ni tampoco su dignidad humana, ya que solo afecta en forma leve la integridad corporal y no si viola la prohibición de tratos inhumanos y degradantes cuando son realizados por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la vida o la salud.

Tampoco es necesario su previo consentimiento para llevar a cabo la diligencia de extracción de muestra sanguínea."⁽²⁾

De outra banda, **Martín Huertas**⁽³⁾ admite que as intervenções corporais não podem ser impostas coercitivamente, nem por força física, nem utilizando outros meios de coação indireta, mas deve submeter-se tal circunstância ao crivo do ônus probatório, isto é, a negativa em colaborar com o exame deve ser considerada em desfavor do imputado. Sem embargo, tal magistério endossa a presunção. Ocorre que o campo da suposição é extremamente perigoso em sede de um processo penal que pretende ser democrático.

Por sua vez, **Karl Heinz Gössel**⁽⁴⁾ afirma que a determinação compulsória pode ocorrer no processo penal desde que respeitado o princípio da proporcionalidade e a esfera de intimidade da pessoa. Ademais, aduz que é necessário observar se se trata de mostras genéticas ou de análise do genoma, de modo que a análise do genoma, por possibilitar o acesso ao código genético da pessoa, não pode ser permitido, enquanto a análise de mostras genéticas é admissível, uma vez que a prova apenas será relativa à identidade da pessoa.

Em seu turno, **Maria Elizabeth Queijo**⁽⁵⁾ classifica o exame de DNA e as provas que implicam em intervenção corporal em invasivas ou não invasivas e afirma que as provas não invasivas são produzidas com respeito aos direitos fundamentais, contudo, conclui ser vedada a condução coercitiva do acusado para produzir prova contra si mesmo, de forma que a não exigência ao dever de colaborar, por se tratar de direito fundamental, apenas pode ser flexibilizada diante da ocorrência de delitos graves e para atender interesse público, sempre em consonância ao princípio da proporcionalidade, caso a própria Constituição limite o direito fundamental que assegura a não autoinculpação ou haja previsão legislativa para tanto, isto desde que diante de valores limitadores suficientemente importantes e através do crivo judicial previamente fundamentado em delitos graves, segundo a análise

de cada caso em concreto.

Por outro lado, **Aury Lopes Junior**⁽⁶⁾ assevera que, no processo penal contemporâneo, democrático, o imputado pode rechaçar o exame que corresponda à intervenção corporal, direito absoluto, que não deve ceder sequer em face ao princípio da proporcionalidade. Ainda lembra que a carga probatória incumbe a quem acusa, e o acusado não pode ser compelido a auxiliar a acusação a se livrar de um ônus que é seu.

A respeito da prova genética, a Argentina, há pouco (através da Lei 26.549, de 27 de novembro de 2009, que incluiu o art. 218 *bis* no Código Procesal Penal), disciplinou a obtenção de DNA do acusado na persecução criminal. Segundo a normativa, o juiz poderá ordenar a obtenção de DNA do imputado ou de outra pessoa quando for necessário para a sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de importância para a investigação, devendo a medida ser devidamente fundamentada, observada a sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de nulidade. Para tanto, é permitida a mínima extração de mostras biológicas sem que provoque prejuízo à integridade física da pessoa que será submetida à medida, bem como sem que se afete seu pudor. Ainda, prevê a legislação que a autoridade judicial poderá ordenar a extração de DNA por outros meios que não a colheita de amostras corpóreas, como a busca de objetos que contenham células desprendidas do corpo.

Nesta toada, encontram-se dispositivos similares nos ordenamentos processuais estrangeiros, como o disposto no *Codice di Procedura Penale* italiano, em seus arts. 244 e seguintes. Na Alemanha, que disciplina a matéria no § 81 da StPO. No art. 171 do Código Processual Penal português. Contudo, nem todos são tão exaustivos como a norma processual argentina ao disciplinar a determinação do exame genético.

Por sua vez, a legislação brasileira é órfã de qualquer previsão legal a respeito da colheita de mostras corporais para exame de DNA no

processo penal, apenas registrando disposição geral acerca das provas periciais e o exame de corpo de delito.

Ainda, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal,⁽⁷⁾ ao analisar o caso **Glória Trevi** – a cantora mexicana que foi submetida a processo de extradição, que, enquanto recolhida ao cárcere, engravidou e acusou policiais federais de estupro do qual seria vítima –, a Suprema Corte autorizou a realização de exame de DNA na placenta da cantora, colhida após o parto. Assim, entendeu a Excelsa Corte que, diante da honra e da imagem dos policiais e do interesse público, poderia ser franqueada a intimidade do nascituro e a preservada a identidade do pai. Entretanto, observa-se, no presente caso, que o exame de DNA foi realizado de modo não invasivo. Desta forma, resta indeterminado o posicionamento do STF a respeito da colheita compulsória de DNA

através de intervenção corporal no acusado.

Deveras, falta ao presente tema maior debate sobre os limites e a admissibilidade da prova genética no processo penal, quer pela importância das questões que suscita, quer pelos seus reflexos sociais. Sem olvidar que o acusado deve ser considerado como sujeito de direitos e não como objeto de provas. Nesta esteira, certo é que a determinação da colheita compulsória de material genético no corpo do acusado implica em ofensa a direitos fundamentais e a princípios constitucionais, o que implica na imposição de limites determinados à obtenção de informação genética, isto para que não sejam atropeladas garantias constitucionais nem seja reverenciado o arbítrio.

NOTAS

- (1) **CARRIÓ, Alejandro D.** *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 5. ed. Buenos Aires: Hammu-

rabi, 2008, p. 527.

- (2) **CARBONE, Carlos A.** *La prueba penal ante la coerción del imputado*. Rosario: Nova Tesis, 2007, p. 107-108.
 (3) **HERTAS, Martín.** *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 410-413.
 (4) **GÖSSEL, Karl Heinz.** *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2007, p. 321.
 (5) **QUEIRO, Maria Elizabeth.** *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 317.
 (6) **LOPES JR., Aury.** *Direito processual penal*. v. 1. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 615-617.
 (7) Reclamação 2.040-1/DF, Rel. Min. **Néri da Silveira**, julgado em 21.02.2002, DJU 24.06.2003.

Thiago Ruiz

Advogado criminalista.

Professor de Processo Penal na Universidade

Norte do Paraná. Mestrando pela

Universidad del Museo Social Argentino.

O DIREITO DE FALAR POR ÚLTIMO

Helios Nogués Moyano e Douglas Lima Goulart

O princípio denominado *due process of law* (inc. LIV, art. 5º, CF/88) compreende espécie de garantia constitucional inominada,⁽¹⁾ a qual serve de fundamento para o aperfeiçoamento do processo penal por intermédio de construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Trata-se de garantia pétrea,⁽²⁾ a qual apresenta duplo matiz. O primeiro, de ordem principiológica, compreende os vetores de otimização do processo conforme os seus fins. O segundo, mais básico, informa o respeito estrito às normas de direito positivo. É o mínimo processual exigível, retirado da ideia primária de processo como sucessão concatenada de atos previamente estabelecidos em lei.

Nessa concepção, poder-se-ia alocar, como ideia nuclear (devido processo penal positivo), o direito de última manifestação, inerente à defesa, decorrente do art. 403, § 3º, do Código de Processo Penal, uma vez que resta clara a ordem determinada pelo dispositivo:

“Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

[...]

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.” (grifos nossos).

Contudo, temos notado a adoção, por parte de nossos juízos criminais, de procedimento absolutamente ilegítimo, no qual, convertidos os debates em memoriais, é concedida nova oportunidade de manifestação à acusação, quando a defesa alega matéria prejudicial

ao mérito. Segundo tal entendimento, nesta situação, a acusação fala por último.

Fundamenta-se tal diretiva na inexistência de regramento próprio à situação no ordenamento processual penal, haja vista que a ordem das falas, estabelecida pelo artigo suprarreferido, compreenderia norma procedimental, alheia à hipótese de arguição de matéria nova, característica de defesa processual. Desse modo, em homenagem ao princípio do contraditório, tem-se compreendido que a lacuna deve ser preenchida mediante aplicação supletiva e analógica do Código de Processo Civil, onde se prevê o retorno dos autos à parte contrária.

Data vênua, o argumento é insustentável, residindo grande parte do equívoco na pretensão de se estabelecer indevida (con)fusão entre a processualística civil e a penal.

Não se nega aqui, por óbvio, a existência de alto grau de comunicabilidade entre os Estatutos, mas daí a se pretender interdependência há um salto inadmissível, por ser tal ideia absolutamente contrária ao reconhecimento hodierno da maioridade do processo penal. Este, é inegável, possui diretrizes próprias, distintas do processo civil.

Tal entendimento ganha força através da leitura constitucional do processo penal, o qual tem por norte a concretização da ampla defesa na especial circunstância de uma persecução criminal.

Por defesa, deve-se compreender antes um ato de resistência do que um confronto. Este é típico da esfera cível, sendo inviável na seara processual penal, face à desproporcionalidade de forças entre o indivíduo e o Estado. Ao acusado basta resistir, mesmo porque recebe a tutela do princípio do *favor rei*.

A participação das partes no processo penal é iniciada, portanto, com uma acusação, um

ato de afronta, devendo se encerrar, necessariamente, em um ato de resistência. Tal compreensão tem raízes profundas na história, podendo ser antevista em **Hobbes**, quando se referia à incolumidade do foro íntimo do cidadão frente ao Estado leviático:

“[...] se o soberano não pode intrometer-se no foro interno, quando o fizer não resta outra alternativa senão reconhecer que nasce aí um direito de resistência do súdito.”⁽³⁾

Frente a essas premissas, observa-se que as alegações finais (ou memoriais escritos) compreendem o ápice da resistência, estando a sua razão de ser diretamente atrelada à ordem processual comum, a saber: primeiro a acusação, após, e sempre, a defesa.

Contudo, em uma das poucas vezes em que foi chamado a decidir sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal avalizou a inversão ora suscitada, sugerindo que, “quando a defesa argui questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa.”⁽⁴⁾

A respeito do julgado, vale a transcrição do art. 327 do CPC:

“Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental [...]” (grifo nosso).

Em divergência ao posicionamento firmado no Acórdão, temos o voto prolatado pelo Ministro **Marco Aurélio**, o qual sustenta a impropriedade da concessão de oportunidade

final de manifestação à acusação:

“Senhor Presidente, encerra-se a instrução com as alegações finais, ficando o processo pronto para ser sentenciado. O Código de Processo Penal revela que se observa, sempre, por último, a fala da defesa. Esta regra é categórica, peremptória, muito cara, considerado o devido processo legal e o direito de defesa. Preliminares porventura suscitadas, relativas à causa, não sugerem, como as demais matérias também, reabertura de vista ao Ministério Público para aditar as alegações primeiras. A derradeira oportunidade que o Ministério Público tem para falar nos autos, como titular da ação penal, é nas alegações finais, que se situam em período anterior ao pronunciamento da defesa. Houve a quebra da ordem natural das coisas, importantíssima para que se tenha como observado o devido processo legal, tanto que está no Código de Processo Penal. Por isso ou por aquilo, não quero saber, tivemos o afastamento da regra segundo a qual, em primeiro lugar, apresenta alegações finais o Ministério Público e, em segundo lugar, a defesa.

Peço vênia ao Ministro-Relator para concluir que procede o vício. Quando o Juízo abriu uma nova oportunidade ao Ministério Público para falar acabou criando, no tocante às alegações finais da defesa, transgredindo a ordem ditada pelo Código de Processo Penal, um contraditório indevido, à margem, portanto, do que está normatizado. Concedo a ordem, declarando a nulidade do processo a partir dessa indevida inversão.”⁽⁵⁾

Conforme visto, o Ministro **Marco Aurélio** adota como razões de decidir a infringência aos princípios da ampla defesa e do *due process of law*, deixando claro que o procedimento ora avaliado compreenderia verdadeira “quebra da ordem natural das coisas”.

Em respaldo à linha principiológica adotada por **Marco Aurélio**, cabe ressaltar que, ao validar tal procedimento, o Judiciário não está elaborando interpretação ampliativa de

regra processual, mas, muito pelo contrário, estabelece indevida *exegese restritiva de garantia pétrea*, prevista no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal de 1988. Em palavras simples, rema contra a maré do processo penal.

Mas não é só. Ainda que ignorado o valor da norma constitucional, resta evidente ser absolutamente impraticável a exegese proposta na ementa do julgado.

Isso porque o art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil tem aplicação condicionada às matérias previstas no art. 301 do referido Estatuto Processual, não havendo, aí, menção a grande parte das situações passíveis de serem alegadas em preliminar no processo penal, *v.g.*, o pagamento do tributo nos crimes fiscais, dentre outras formas de extinção da punibilidade.

Logo, não havendo coincidência temática entre as matérias elencadas na norma condicionante e no processo penal (caso concreto), resta evidente a impropriedade técnica da operação.

Não mais, constata-se que o raciocínio possui defeito tautológico, uma vez que é construído sob terreno infértil, caracterizado pela indevida confusão estabelecida entre silêncio normativo e lacuna. Ora, lacuna denota falha, defeito, incompletude. Em sentido oposto, silêncio transmite a ideia de *ausência de exceção*. Neste caso, o Código silencia, não erra, determinando que a defesa há de falar por último, ainda quando alegue preliminares. Assim não fosse, qual seria a razão do não preenchimento do tema quando das recentes reformas processuais, em que foram alterados artigos diretamente ligados ao assunto? Convém frisar que também o Código de Processo Penal Militar nada prevê a respeito do retorno da fala à acusação,⁽⁶⁾ no que é seguido pelo atual projeto de Código de Processo Penal.⁽⁷⁾

Resta evidente, portanto, a disparidade entre a processualística civil e a penal, sem o

que bastaria a edição de um único estatuto. É visível, ainda, a inexistência de relação hierárquica entre os Códigos, havendo apenas especialização. Assim, ao processo civil, os interesses civis; ao processo penal, as garantias individuais, indisponíveis por natureza.

Por fim, sem desmerecimento de todas as construções hermenêuticas supra alinhavadas, nunca é demais lembrar o simples, ora manifestado na lição basilar de que toda interpretação desfavorável ao réu merece aplicação restritiva, também por força do princípio do *favor rei*.

Nessa esteira, de duas uma: ou se prolata sentença imediatamente após as manifestações da defesa; ou se dá vista à acusação, retornando-se, ainda outra vez, à defesa, para só então seguirem os autos conclusos para sentença.

Esta última hipótese, acreditamos, compreende um meio termo interessante, capaz de dar abrigo à máxima efetividade do contraditório, sem descurar das exigências intrínsecas à ampla defesa.

NOTAS

- (1) **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.
- (2) Art. 60, § 4º, inc. IV, CF/88.
- (3) Apud **ZAFFARONI, Eugenio Raul.** *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 136.
- (4) HC nº 76.420-1/SP, grifo nosso.
- (5) Idem, grifo nosso.
- (6) Art. 428, CPPM.
- (7) “Art. 267. Encerrada a instrução, as partes serão intimadas para apresentarem alegações finais no prazo sucessivo de 10 (dez) dias. § 1º O assistente e a parte civil apresentarão suas alegações finais após o Ministério Público e antes do acusado, no prazo de 5 (cinco) dias.”

Helios Nogueis Moyano

Advogado criminal em São Paulo

Douglas Lima Goulart

Advogado criminal em São Paulo

UM NOVO AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO NO PROCESSO PENAL? – REFLEXOS DA LEI Nº 12.322, DE 9 DE SETEMBRO DE 2010, NO PROCESSO PENAL

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

No dia 8 de dezembro de 2010, entrou em vigor a Lei nº 12.322, de 09 de setembro de 2010,⁽¹⁾ que “transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos”, alterando dispositivos do Código de Processo Civil.

Antes da novel lei, as decisões do Presidente dos TJ's e dos TRF's eram impugnadas, no âmbito penal, no prazo de 5 dias, por meio de agravo, processado por instrumento, conhecido como “agravo contra decisão que não admite de recurso especial e extraordinário”. A

nova lei prevê prazo de 10 dias para a interposição do agravo, que passou a ser processado nos próprios autos, sem a necessidade de formação de instrumento.

O presente artigo analisará se tais mudanças ficarão restritas ao âmbito do processo civil, visto que a Lei nº 12.322/2010 alterou tão somente o Código de Processo Civil, ou se o novo regime legal aplicar-se-á também ao processual penal.

No que toca ao recurso extraordinário, a questão foi expressamente resolvida no plano normativo. A Resolução nº 450, de

3 de dezembro de 2010, publicada no dia 7 de dezembro de 2010, instiu uma nova categoria de recurso, denominada “Recurso Extraordinário com Agravo” (ARE).⁽²⁾ Completando tal previsão, também foi editada a Resolução nº 451, do STF, também de 3 de dezembro de 2010, e igualmente publicada no dia 7 de dezembro,⁽³⁾ cujo art. 1º prevê: “A alteração promovida pela Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010, também se aplica aos recursos extraordinários e agravos que versem sobre matéria penal e processual penal”. Ou seja, a nova disciplina aplica-se não só

ao processo civil, mas também no campo processual penal.

Portanto, **no âmbito do STF, já está em vigor um novo recurso processual penal, o agravo contra decisão que não admite recurso extraordinário**, que deverá ser interposto no prazo de 10 dias, e processar-se-á nos próprios autos, sendo desnecessária a indicação ou juntada de peças para a formação do instrumento. Com isso deixarão de existir as discussões sobre quais os documentos obrigatórios para a formação do instrumento. Além disso, o agravante não mais será prejudicado em caso de falhas ou omissões na formação do instrumento, com base no entendimento de que pesaria sobre seus ombros o ônus de sua correta formação. Em suma, não haverá mais espaço para decisões excessivamente formalistas, que tinham como único escopo reduzir o número de recursos nos tribunais superiores.

Cabe lembrar que, recentemente, o STF já havia fixado entendimento no sentido de aplicar ao processo penal as alterações do Código de Processo Civil, sobre a interposição e o processamento do recurso extraordinário, no que toca ao requisito da repercussão geral. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567-2, o STF decidiu que “*o requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2001), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais*”.⁽⁴⁾

Todavia, no que toca ao agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário, mesmo após o julgamento da referida questão de ordem, continuava firme o entendimento anteriormente sufragado no enunciado nº 699, da Súmula de jurisprudência do STF, no sentido de que “*O prazo para a interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito das alterações da Lei 8.950/94 ao Código de Processo Civil*”.⁽⁵⁾

Agora, porém, tal posicionamento se alterou e o agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário, em processo penal, passou a ser regido pelo art. 544 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 12.322/2010, nos termos da Resolução nº 451/10, do STF. Consequentemente, deverá ser cancelado o enunciado nº 699 da súmula de jurisprudência do STF.

Além disso, a Resolução nº 451/2010, do STF, leva à conclusão de que a Lei nº 12.322/2010 revogou tacitamente o *caput* e os §§ 1.º a 4.º do art. 28 da Lei nº 8.038/90, que dispunham sobre a interposição e o processamento do agravo contra a decisão denegatória de recurso extraordinário – e também do especial –, bem como o § 5.º do mesmo dispositivo, que disciplinava o agravo contra a decisão denegatória de tal recurso.

As questões de direito intertemporal

deverão ser resolvidas pela regra doutrinária segundo a qual “*a lei que irá reger o recurso é a lei do momento em que foi proferida a decisão recorrida*”.⁽⁶⁾ Assim sendo, no processo penal, para as decisões denegatórias de recurso extraordinário, proferidas a partir de 8 de dezembro de 2010,⁽⁷⁾ será cabível o recém criado agravo, disciplinado pelo novo art. 544 do Código de Processo Civil, e não o agravo de instrumento anteriormente regido pelo art. 28 da Lei nº 8.038/90.

Por outro lado, a Lei nº 12.322/2010 também gerou repercussões no âmbito do recurso especial.

O STJ também já regulamentou a questão por meio da Resolução nº 7/10, de 9 de dezembro de 2010, publicada no dia 10 de dezembro de 2010.⁽⁸⁾ O art. 1.º da resolução estabelece: “*Fica criada a classe processual de agravo em recurso especial (AResp)*”.⁽⁹⁾ Todavia, a Resolução nº 7/2010, do STJ, não define, expressamente, se as mudanças do agravo em recurso especial serão ou não aplicáveis ao processo penal. Não há qualquer dispositivo que determine sua aplicação nos agravos tendo por objeto matéria penal, como também inexistente regra que explicitamente negue tal aplicação.

A questão, longe de ser meramente acadêmica, terá importantes efeitos práticos. Qual será o prazo para a interposição do Agravo contra decisão denegatória de recurso especial em matéria penal? Terá incidência o art. 28, *caput*, da Lei nº 8.038/90, que prevê o prazo de 5 dias, ou a norma de regência, mesmo no campo criminal, será o art. 544, *caput*, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 12.322/2010, que dispõe: “*Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias*”?

A diferença de prazos de interposição anteriormente existente – 5 dias no processo penal e 10 dias no processo civil – decorria da forma de processamento dos recursos. No regime anterior do CPC, o prazo era de 10 dias, e a parte interpunha o agravo em petição que continha as razões recursais, bem como devia instruí-lo com as peças que formavam o instrumento. O § 1.º do art. 544 do CPC, na redação anterior, dispunha: “*o agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes ...*” Já no campo processual penal, o prazo era menor, de apenas 5 dias, mas a parte se limitava a interpor o recurso acompanhado das razões, sem ter a necessidade de juntar as peças que formariam o instrumento, bastando que na mesma petição o agravante as indicasse. O art. 28, § 1.º, da Lei nº 8.038/90, prevê que o “*agravo de instrumento será instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante e pelo agravado ...*”.

Tal diversidade de tratamento decorria mais do esquecimento do legislado do que de uma opção consciente. Num primeiro momento, o agravo de instrumento tinham uma disciplina uniforme na Lei nº 8.038/90. Depois, a Lei nº

8.950/94 transportou a disciplina do recurso especial e extraordinário, bem como do agravo contra a decisão que negava seguimento a tais recursos, para o Código de Processo Civil, além de promover algumas alterações em relação ao regime anterior. Houve, portanto, apenas uma revogação apenas *parcial* da Lei nº 8.038/90, que deixou de ser aplicável ao processo civil, mas continuou em vigor para o processo penal.

De qualquer forma, não há razão específica de técnica processual para que o agravo contra decisão que não admite recurso especial e extraordinário tenha regimes legais distintos no processo penal e civil. Tais agravos são “desdobramentos” de recursos constitucionais, que devem ter disciplina uniforme. Inexiste justificativa à luz dos princípios processuais ou mesmo das garantias constitucionais integrantes do devido processo legal, para que o prazo e a forma de interposição do agravo sejam diversos dois campos. Muito menos há motivo para que o processamento dos recursos não seja o mesmo no processo civil e no processo penal.

Não havendo motivo para tratamento dispare, é de se concluir que, assim como ocorre em relação ao recurso extraordinário, **a nova disciplina do agravo dada pela Lei nº 12.322/2010 também deverá ser aplicada ao agravo contra decisão denegatória de recurso especial de natureza processual penal.**

De qualquer forma, para que haja maior segurança jurídica, urge que o Superior Tribunal de Justiça, de forma expressa, se manifeste sobre a aplicação ou não da Lei nº 12.322/2010 ao agravo contra decisão denegatória de recurso especial sobre matéria penal e processual penal.

NOTAS

- (1) A Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010 foi publicada no D.O.U. de 10 de setembro de 2010, p. 2. Com o art. 2.º da referida lei estabelece que “Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação oficial”, sua vigência se inicia no dia 8 de dezembro de 2010.
- (2) A Resolução nº 450, de 3 de dezembro de 2010, foi publicada no D.J.E. do STF, nº 238. Edição Extra, p. 2, de 7 de dezembro de 2010.
- (3) A Resolução nº 451, de 3 de dezembro de 2010, foi publicada no D.J.E. do STF, nº 238. Edição Extra, p. 2, de 7 de dezembro de 2010.
- (4) STF, QO em AI n. 664.567-2/RS, Pleno, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, j. 18.06.2007, v.u..
- (5) Exemplificativamente, aplicando o enunciado nº 699, cf.: STF, AI nº 773.205 ED, 2.ª Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, j. 05.10.2010, v.u.; STF, HC nº 99.215/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, j. 21.09.2010, v.u..
- (6) Nesse sentido: STF, EI na ADIn nº 1.591/RS, Pleno, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, j. 27.11.2002, m.v.; STF, REExt. nº 85.815/BA, 1.ª Turma, rel. Min. **Bilac Pinto**, j. 22.03.1977, v.u., *RTJ* 81/26; STF, REExt. nº 78.057/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. **Luiz Gallotti**, j. 05.03.1974, v.u., *RTJ* 68/879. Na doutrina, cf.: **Rogério Lauria Tucci**, *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky,

- 1973, p. 38; **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes**, *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 55; **Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**, *Direito Intertemporal*, in **MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis** (Coord.). *As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: RT, 2008, p. 35.
- (7) A Resolução nº 451/2010 do STF entrou em vigor, nos termos do seu art. 3.º, na data de sua publicação, ou seja, 7 de dezembro de 2010, e a Lei nº 12.322,

de 9 de setembro de 2010, que foi publicada no dia 10 de setembro de 2010, entrou em vigor no dia 8 de dezembro de 2010, após a *vacatio legis* de 90 dias, prevista em seu art. 2.º.

- (8) A Resolução nº 7, de 9 de dezembro de 2010, foi publicada no D.J.E. do STJ, nº 710, de 10 de dezembro de 2010, estando disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34714>>. Acesso em: 10 dez. 2010.
- (9) Por outro lado, o art. 2.º da Resolução nº 7/2010, do STJ, dispõe que: “Quando houver nos autos recurso

especial admitido e agravo referente a recurso especial inadmitido, atuar-se-á o feito com registro único na classe ‘recurso especial’ (REsp), com indicativo de existência do agravo”.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Professor Doutor de Direito Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado Criminalista.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ROUBO

Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

O crime complexo pode ser entendido sob dois prismas. Em sentido amplo, é o crime composto de um fato, por si só, constitutivo de crime mais outro fato, por si só, atípico. O exemplo mais claro é o estupro, composto de constrangimento ilegal (fato, por si só, criminoso) e a conjunção carnal ou outro ato libidinoso (fatos, por si só, lícitos). Em sentido estrito, crime complexo é o composto de dois ou mais fatos que configurem, autonomamente, fatos típicos. O exemplo mais citado é o roubo, composto do furto e da ameaça ou lesão corporal.

Ao tema ora em análise interessa apenas o crime complexo em sentido estrito, mais precisamente o roubo.

O roubo, sendo um crime complexo em sentido estrito, exige, para sua configuração, lesão a dois ou mais bens jurídicos distintos, quais sejam: patrimônio e liberdade individual e/ou integridade física.

A *contrario sensu*, se não há lesão ao patrimônio, pode-se falar em qualquer coisa, menos em roubo. Da mesma forma, se não há ofensa à liberdade individual ou à integridade física da vítima, embora haja ao patrimônio, pode-se falar, tão somente, em furto, nunca em roubo.

Dito isso, passemos a falar muito brevemente sobre o princípio da insignificância. Tal princípio – amplamente aceito pela doutrina penalista e também, embora com algumas restrições, pelos tribunais pátrios – tem íntima relação com o princípio da intervenção mínima (e com o da ofensividade, corolário deste). Reza ele que uma conduta só pode ser considerada penalmente típica se efetivamente resultar em ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado. Se a ofensa for de pouca monta, crime não há. O direito não se ocupa de bagatela. *De minimis non curat praetor!*

Sendo o crime de roubo um autêntico crime complexo – que exige lesão ao patrimônio e (conectivo aditivo, não alternativo) à integridade física ou à liberdade individual da vítima –, é evidente que, não havendo efetiva lesão ao patrimônio desta, pela aplicação

do princípio da insignificância, não se pode falar em roubo.

É completamente descabida, *data venia*, a corrente – praticamente unânime, infelizmente – que sustenta a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância ao crime de roubo, pelo simples fato de este proteger, além do patrimônio, a integridade física e a liberdade individual da vítima. Esta justificativa, com o devido respeito, não se afigura idônea.

Apenas para argumentar, caso tal justificativa pudesse ser considerada idônea para proibir a aplicação do princípio da insignificância (causa de exclusão de tipicidade) ao roubo, ter-se-ia que utilizá-la também para proibir a aplicação de outras causas de exclusão de tipicidade a este mesmo crime, tais como a desistência voluntária e o arrependimento eficaz.

Pense-se no seguinte exemplo: um indivíduo ameaça uma pessoa e subtrai-lhe a carteira. Antes de consumir o crime de roubo (ou seja, antes de obter a posse mansa e pacífica da *res*), arrepende-se e devolve a carteira ao seu legítimo dono. Neste caso, é patente que a liberdade individual da vítima foi agredida com tal conduta. Todavia, tal não é suficiente para configurar-se o roubo. Visto que o patrimônio da vítima não foi efetivamente subtraído (ou seja, não houve a consumação do roubo, porque o agente voluntariamente desistiu), deve o agente responder tão só pelo crime de ameaça, *embora seja o roubo um crime complexo e tenha um dos bens jurídicos sido efetivamente atingido com sua conduta*.

A mesma solução deve ser adotada no caso de o agente subtrair, mediante violência ou grave ameaça, patrimônio de ínfima relevância para a vítima.

A solução apontada pela doutrina majoritária não pode prevalecer, pois consiste na singela – e muitas vezes não refletida – inadmissibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância – basilar para um Estado que se queira democrático e se pautar pelo princípio da ofensividade –, fazendo com que o autor do fato responda por um crime que não cometeu

(pois não afetou patrimônio nenhum!).

Dado que o delito complexo protege o patrimônio e a liberdade individual ou a integridade física, se uma conduta afetar apenas estes dois últimos bens jurídicos, o delito complexo *roubo* não se preenche por inteiro. Logo, deve o agente responder penalmente pela sua conduta, mas *em proporção ao bem jurídico efetivamente violado*. Exemplificando: se o agente, mediante grave ameaça, subtrair R\$2,70 da vítima para, por exemplo, comprar um bilhete de ônibus, deve-se aplicar o princípio da insignificância para se reconhecer que *não houve lesão ao bem jurídico patrimônio*. Não havendo lesão jurídica ao patrimônio, falta tipicidade material em relação ao art. 157 do CP. Logo, o fato em questão, materialmente considerado, não é roubo!

Mas devemos ignorar a *grave ameaça* sofrida pela vítima? É evidente que não. A grave ameaça perpetrada pelo agente pode, muito provavelmente, ter afetado a liberdade individual da vítima (outro bem jurídico tutelado pelo roubo). Destarte, deve-se punir o agente, neste caso, pelo crime de ameaça, que é o crime que protege a liberdade individual, único bem jurídico lesionado no contexto apresentado.

Seria mesmo uma severa injustiça punir com uma pena mínima de 04 (quatro) anos de reclusão o agente que praticou o crime na forma acima narrada.

Em suma: deve responder por roubo o agente que, mediante violência ou grave ameaça, subtrai bens da vítima, ofendendo seu patrimônio e sua liberdade individual (ou integridade física). Todavia, se a ofensa for apenas contra a liberdade individual e/ou a integridade física da vítima (restando o patrimônio desta intacto, por ter sido a lesão a ele de ínfima gravidade), deve o agente responder tão somente por ameaça ou lesão corporal, conforme o caso.

Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

Aluno do 4º ano de Direito da PUC/SP.
Aluno do Laboratório do IBCCRIM/2009.

Liberdades.

A REVISTA ELETRÔNICA DO IBCCRIM

ESTÁ NO AR A 6ª EDIÇÃO DA REVISTA LIBERDADES!

Você que já conhece o padrão de qualidade das publicações do INSTITUTO, não pode deixar de ler a revista Liberdades.

Acesse: www.ibccrim.org.br

A sexta edição da revista LIBERDADES traz o seguinte conteúdo:

■ ENTREVISTA:

— João Paulo Orsini Martinelli entrevista ROBERTO ROMANO

■ ARTIGOS:

— A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E AS NORMAS DO DIREITO INTERNO: CONSOLIDAÇÕES E CRÍTICAS
Luiz Gustavo Araujo

— LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS ATROCES MEDIANTE SU INTERVENCIÓN OPORTUNA: De la Doctrina de la Intervención Humanitaria y de las Instituciones Judiciales Ex Post Facto al Concepto de Responsabilidad para Proteger y la Función Preventiva de la Corte Penal Internacional - Héctor Olásolo Alonso.

— O PERFIL DO PEDÓFILO: UMA ABORDAGEM DA REALIDADE BRASILEIRA - Joelíria Vey de Castro e Cláudio Maldaner Bulawski

— TERRORISMO: O PERSISTENTE DILEMA DA LEGITIMIDADE - M. Cherif Bassiouni

■ BATE-BOLA:

— Regina Cirino Alves Ferreira entrevista ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO

■ RESENHA:

— O INCLUSIVO, O EXCLUDENTE E O DIALÓGICO
Bruno Amabile Bracco

— TORTURA: PASSADO. PRESENTE. FUTURO? Pietro Verri e a atualidade da reflexão sobre a tortura
Érica Akie Hashimoto

■ FILME:

— "O ódio" como manifestação legítima da juventude
Yasmin Oliveira Mercadante Pestana

■ HISTÓRIA:

— Regina Cirino Alves Ferreira escreve CASO TIRADENTES E REPRESSÃO PENAL: PASSADO E PRESENTE

* Os exemplares anteriores permanecem disponíveis para consulta no Portal IBCCRIM.

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

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

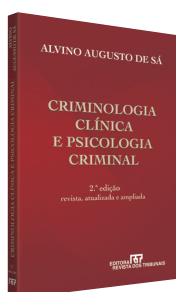
- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

■ SÃO PAULO

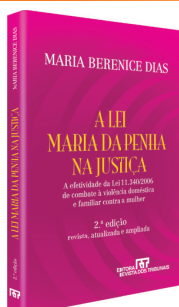
- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

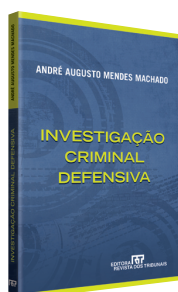
FUNDAMENTAL PARA SUA CARREIRA



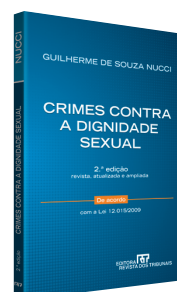
Alvino Augusto de Sá
224 páginas



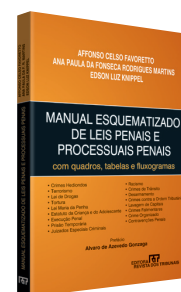
Maria Berenice Dias
286 páginas



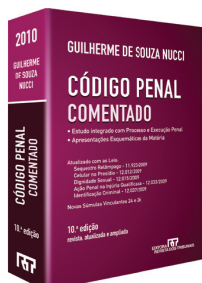
**André Augusto
Mendes Machado**
192 páginas



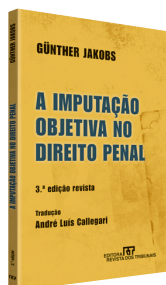
**Guilherme de Souza
Nucci**
224 páginas



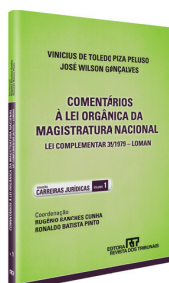
**Afonso Celso Favoretto,
Ana Paula da Fonseca
Rodrigues Martins e
Edson Luiz Knippel**
288 páginas



**Guilherme de Souza
Nucci**
1.320 páginas



**Günther Jakobs
Trad.: André Luís
Callegari**
96 páginas



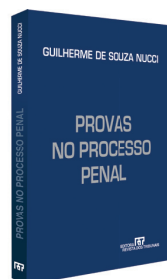
**Vinicius de Toledo
Piza Peluso e José
Wilson Gonçalves**
208 páginas



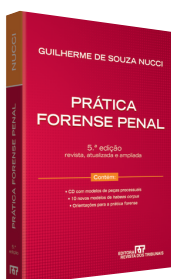
**Valter Fernandes e
Newton Fernandes**
752 páginas



José Renato Nalini
256 páginas



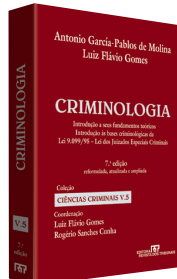
**Guilherme de Souza
Nucci**
140 páginas



**Guilherme de Souza
Nucci**
464 páginas



**Coord.: Luiz Flávio
Gomes e Rogério
Sanches Cunha**
1.280 páginas



**Antonio Garcia-Pablos
de Molina e Luiz Flávio
Gomes**
512 páginas

Adquira essas e
outras obras na
Livraria RT

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br