

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

UM OÁSIS NO DESERTO PUNITIVO

Esse espaço já foi usado diversas vezes para criticar a classe política brasileira por produzir leis penais e processuais penais apenas como uma resposta imediatista à sensação de insegurança da população. É fato que a já conhecida fórmula da legislação do pânico tem sido largamente utilizada pelos políticos. Basta ocorrer um crime que choque a sociedade para que soluções mágicas, quase sempre envolvendo o aumento de penas, apareçam.

Assim, quando uma lei é aprovada na direção oposta das tradicionais respostas punitivas simplistas, este espaço deve ser utilizado para reconhecer que é possível elaborar uma legislação penal e processual penal como parte de uma política criminal consistente.

Foi o que ocorreu com a promulgação da Lei 12.403, de 2011, que regulamentou a utilização de medidas cautelares no Processo Penal.

Esta Lei não é uma resposta mágica fornecida em um momento de grande comoção nacional. Trata-se do resultado de um amplo processo de discussão que durou dez anos e ofereceu soluções concretas a problemas sérios do sistema penal do País. O projeto que deu origem à nova lei foi elaborado por uma comissão de juristas e enviado ao Congresso em 2001, fez parte dos dois pactos republicanos entre os três poderes para reforma do judiciário e, finalmente, foi aprovado este ano.

A Lei responde a alguns dos mais graves problemas da justiça criminal brasileira. O País possui, hoje, pelo menos 37% de seus presos privados de liberdade em caráter provisório.⁽¹⁾ Tal situação, na qual a pena acaba sendo antecipada ao julgamento, configura verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência, uma das bases do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se que o caso é ainda mais grave ao verificar-se que uma parte considerável desses presos provisórios, ao final do processo, receberá penas alternativas. Ou seja, esperam o julgamento sob o efeito de medida cautelar muito mais grave do que a pena que receberão em caso de serem condenados.

Para ter-se uma dimensão da gravidade deste problema, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, havia, em dezembro de 2010, 31.934 pessoas presas pelo cometimento de furto simples (ou 7,5% dos presos no Brasil). Como isso é possível, dado que a pena máxima para furto simples é de 04 anos – o que possibilita a substituição da pena de prisão por uma pena restritiva de direitos? O que ocorre, em muitos desses casos, é que o indivíduo é preso em flagrante e, quase que por inércia, é mantido privado de sua liberdade ao longo de todo o julgamento.

A nova lei apresenta respostas para essa situação. Em primeiro lugar, ela corrige uma distorção importante. O Brasil já possui uma cultura de aplicação de penas alternativas. Se é verdade que ainda há

falta de estrutura para aplicação dessas penas, não é desprezível que tenhamos hoje um número de pessoas cumprindo penas alternativas equivalente ao número de pessoas presas. Entretanto, essa cultura não se transpõe para o período anterior à condenação. Assim, é uma inovação fundamental – trazida pela nova lei – o oferecimento de um verdadeiro cardápio de medidas cautelares alternativas que permitem ao juiz escolher a mais adequada para garantir o andamento do processo, sem ferir garantias individuais do réu.

É verdade que alguns juízes já aplicavam medidas cautelares diversas da prisão em alguns casos. Mas, com a Lei, temos duas importantes novidades. A primeira é a regulamentação dessas medidas de forma detalhada, o que dá mais segurança jurídica para todos os envolvidos no processo e inibe a possibilidade de decisões arbitrárias. A segunda – e mais importante – é o reconhecimento legal da subsidiariedade da prisão preventiva em relação a todas as outras medidas cautelares. Para garantir este princípio, o Código de Processo Penal estabelece agora, de forma expressa, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz só pode converter a prisão em preventiva caso revelem-se inadequadas ou insuficientes as outras medidas cautelares previstas.

Mas a medida de maior impacto prevista na nova lei é a autorização da prisão preventiva apenas para crimes com pena máxima superior a quatro anos. Trata-se do reconhecimento quase óbvio de que, nos casos em que o legislador optou por não oferecer a pena de prisão como resposta, não é possível estabelecer a prisão como medida cautelar, pois se estaria produzindo sobre o réu todos os efeitos negativos que a existência das penas restritivas de direito pretende evitar.

Se há, como se viu, motivo de júbilo na aprovação da lei, não se pode deixar de apontar alguns problemas. Durante a tramitação do texto no Congresso, foi inserida uma medida cautelar não prevista no projeto original: a monitoração eletrônica. Sem discutir aqui os efeitos positivos ou negativos da medida, é fato que sua aplicação é complexa e, se não for bem detalhada, pode dar ensejo a violação de direitos fundamentais. A Lei prevê a possibilidade desta medida cautelar, mas não estabelece limites ou parâmetros para sua aplicação.

Mas o balanço final da nova Lei é extremamente positivo. Esperamos que este processo de discussão séria e ponderada de uma lei processual penal sirva de exemplo para o legislador brasileiro.

NOTA

- (1) O número não é preciso, pois os dados sobre presos provisórios do Ministério da Justiça não incluem os presos em delegacia, o que nos permite supor que a proporção é ainda maior.

EDITORIAL:

- **UM OÁSIS NO DESERTO PUNITIVO**1
- **OS TERRORISTAS TAMBÉM TÊM DIREITOS: BIN LADEN NÃO DEVEIA TER SIDO EXECUTADO - NEM MESMO EM UM CONFLITO ARMADO**
Kai Ambos.....2
- **LEI Nº 12.403/2011: MAIS UMA TENTATIVA DE SALVAR O SISTEMA INQUISITÓRIO BRASILEIRO**
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.....4
- **A INSERÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS**
Aury Lopes Jr.....5
- **A REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS ENCARCERADOS: CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO EM MEIO ÀS CONTRADIÇÕES**
Alvino Augusto de Sá.....7
- **OS ABUSOS NO INDICIAMENTO INDIRETO**
Maria Elizabeth Queijo.....8
- **BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA LEI N. 12.403, DE 2011, QUE MODIFICA O REGIME DAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**
Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior.....10
- **REFORMA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO CPP E OS PROBLEMAS DE DIREITO INTERTEMPORAL DECORRENTES DA LEI N. 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011**
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró....11
- **MAIS REFLEXÕES SOBRE A LEI 12.403/11**
Pierpaolo Cruz Bottini.....13
- **A APLICAÇÃO DA LEI 12.403/11 DURANTE A VACATIO LEGIS**
Paulo Sérgio de Oliveira.....14
- **MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: PRIMEIRAS REFLEXÕES**
Guilherme Madeira Dezem.....15
- **EXAME CRIMINOLÓGICO E INDULTO**
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Carlos Eduardo Afonso Rodrigues16
- **TESTE DO "BAFÔMETRO": A INCONSTITUCIONAL INCIDÊNCIA DO ART. 165 DO CTB E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**
César Peres.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **EVISÃO CRIMINAL. COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. DECISÃO ABSOLUTÓRIA.**1465
- **EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. CERCEAMENTO DE DEFESA.**1466

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1466
- Superior Tribunal de Justiça1467
- Superior Tribunal Militar1468
- Tribunais Regionais Federais.....1468
- Tribunais Regionais Eleitorais.....1470
- Tribunais de Justiça1470

OS TERRORISTAS TAMBÉM TÊM DIREITOS: BIN LADEN NÃO DEVEIA TER SIDO EXECUTADO - NEM MESMO EM UM CONFLITO ARMADO*

Kai Ambos

Os terroristas, também Osama Bin Laden, são seres humanos. Como tais, eles são detentores de direitos humanos. Entre esses, encontram-se também o direito à vida, a um tratamento humano e a um processo penal justo. Os direitos humanos fundamentais vigem também em um estado de exceção. Somente de forma excepcionalíssima, o direito à vida em tempos de paz é suspenso parcialmente, mais especificamente, em casos de legítima defesa. Se é certo que Bin Laden estava desarmado e foi assassinado intencionalmente, não teria aplicabilidade a legítima defesa, pois ela requer uma agressão injusta atual às forças especiais de intervenção. Teoricamente, ainda seria possível uma hipótese de erro sobre a situação de legítima defesa. Mas, com isso, objetivamente, o homicídio continuaria sendo um ilícito. Portanto – diferentemente do que referiu o presidente norte-americano – ele não teria servido à justiça, mas sim a prejudicou.

Um Estado de Direito trata também os seus inimigos com humanidade. Ele prende os terroristas e os leva a julgamento. Exatamente como a Alemanha fez com a Fração do Exército Vermelho (o grupo terrorista RAF), e hoje faz com a Al Qaeda. Se a culpa destas pessoas é verificada judicialmente, elas podem ser condenadas a penas graves e, nos Estados Unidos, até mesmo à pena de morte. Um homicídio sem um processo judicial é uma execução extralegal pela qual Estados criminosos podem ser denunciados perante organismos de direitos humanos.

Na guerra, isto é, no “conflito armado” no sentido do direito internacional humanitário, a situação jurídica se apresenta de forma diferente. Pois aí os homens podem ser mortos quando e na medida em que eles participarem ativa e diretamente de hostilidades. No conflito internacional suspende-se a proibição de matar pelos combatentes e no conflito armado não-internacional pelos combatentes *de facto*. Estes também podem ser mortos de maneira seletiva em determinadas condições, nas quais se deve assegurar particularmente a

proporcionalidade. De acordo com isso, devem ser priorizadas medidas menos gravosas (prisão) e devem ser evitadas vítimas civis desnecessárias. Se isto ocorre em território estrangeiro, então o Estado em cujo território a operação ocorre deve estar de acordo, senão a operação constitui uma lesão à soberania e, assim, uma violação ao direito internacional. Ao contrário de muitas declarações proferidas nestes dias, as Resoluções do Conselho de Segurança da ONU sobre o combate ao terrorismo internacional, particularmente à Al Qaeda, não autorizaram este tipo de operações em território estrangeiro nem a prisão ou, até mesmo, o assassinato de terroristas. Destas resoluções, pode-se extrair somente a clássica obrigação de extradição ou julgamento de suspeitos de terrorismo.

A admissibilidade de um assassinato seletivo, no entanto, não é possível pelo fato de que os Estados Unidos da América – ao contrário da falsa retórica da “guerra contra o terrorismo” – não se encontram em um conflito armado com a Al Qaeda. Uma rede terrorista organizada descentralizada e desarticulada não preenche os pressupostos de uma parte em conflito no sentido do direito internacional humanitário. Falta-lhe, antes de tudo, uma estrutura de comando militar hierarquizada e centralizada, além do controle por parte de um determinado setor. Não obstante, se se apregoa o conflito armado mundial contra a Al Qaeda, então, o mundo inteiro se tornaria um campo de batalha e a clássica compreensão do conflito armado como uma disputa militar limitada a um determinado território estatal se ampliaria de maneira ilimitada. Não se pode negar que nos conflitos armados é possível ultrapassar certos limites, como no caso de retirada de uma parte em conflito do território de um Estado vizinho (como, por exemplo, os talibãs afegãos no território do vizinho Paquistão), assim, esta extensão extraterritorial continuaria vinculada ao conflito territorial inicial e não tornaria o mundo inteiro um campo de batalha, com consequências imprevisíveis

para aqueles que são declarados suspeitos de terrorismo, em função de um objetivo militar. Em última instância, tal combate mundial levaria o conflito a todos os Estados nos quais se encontrem terroristas, apesar do Estado que conduz a ofensiva não se achar em guerra com estes Estados. Finalmente, ainda que se queira aceitar um conflito armado entre os Estados Unidos e a Al Qaeda, somente aquelas pessoas que tivessem participado diretamente das hostilidades poderiam ser alvos de ataques militares. Elas deveriam, por exemplo, executar, ordenar ou planejar, de maneira decisiva, operações militares. Além disso, elas deveriam exercer uma função permanente de combate. Mas inclusive isso, no caso **Bin Laden**, não é algo certo, porque, segundo a opinião de muitos, nos últimos anos, ele era tão só líder espiritual da Al Qaeda, sem influência sobre operações militares concretas.

Além destas complexas e intrincadas questões jurídicas, coloca-se uma pergunta ainda mais importante: o mundo ocidental nega os direitos humanos e o direito à vida aos seus inimigos terroristas e, com isso, quer colocá-los à mercê de uma indiscriminada perseguição militar? Colocar esta pergunta significa negá-la. A superioridade política e moral de uma sociedade livre e democrática consiste, justamente, em tratar seus inimigos como pessoas com direitos mínimos e não se colocar no mesmo nível deles. Por isso, não se leva a cabo uma “guerra” contra terroristas, mas sim, procura-se combatê-los com os meios do direito penal do Estado de Direito. Somente assim, presta-se um serviço à justiça e se cria a base para a superação do injusto terrorista.

* Artigo publicado originariamente em *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5.5.2011, p. 6. Tradução do alemão por Pablo Rodrigo Alflen, com revisão do autor.

Kai Ambos

Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal,
Direito Comparado e Direito Penal Internacional da
Georg-August-Universität Göttingen.
Juiz do Tribunal Regional (*Landgericht*) de Göttingen.

PARTICIPE POR ACREDITAR

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DO IBCCRIM

O **Seminário Internacional do IBCCRIM** é o maior evento de Ciências Criminais na América Latina e reúne mais de mil participantes provenientes de diversos pontos do Brasil e do mundo.

No mês de junho, pague com desconto e parcele a inscrição em até 5 (cinco) vezes no cartão de crédito.

Informações e inscrições: www.ibccrim.org.br/seminario

PARTICIPE POR ACREDITAR

17ª EDIÇÃO DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Saiba como ser nosso parceiro

Escritórios de advocacia de todo o Brasil patrocinam todos os anos a realização dos **Seminários Internacionais do IBCCRIM**. Você também pode ser nosso parceiro na 17ª edição do evento, que acontecerá entre os dias 23 e 26 de agosto de 2011.

Antecipe-se para figurar e ao mesmo tempo assegurar suas vagas neste grande encontro que qualificará ainda mais você e sua equipe de profissionais, tornando-se patrocinador oficial do **17º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM**.

Escritórios patrocinadores:

Advocacia Assis Toledo & Vilhena Toledo (DF)
Advocacia Casagrande (SP)
Advocacia Mariz de Oliveira (SP)
Alexandre Cordeiro Advogados Associados (SE - AL)
Almeida Castro Advogados Associados (DF)
Arns de Oliveira e Andreazza Advogados Associados (PR)
Barandier Advogados Associados (RJ)
Bitencourt & Naves Advogados Associados (DF - RS)
Campos Júnior, Pires & Pacheco Advogados (MG)
Carla Rahal Benedetti Advocacia Criminal (SP)
Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados (SP)
Clodomir Araujo Advogados Associados (PA)
Coelho, Costa, Alves e Zacris Advogados (SP)
David Rechulski, Advogados (SP)
Décio Freire & Associados (SP - RJ - MG - DF - BA - PE - PI - AM - ES - USA)
Delmanto Advocacia Criminal (SP)
Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
Edson Ribeiro Consultoria e Advocacia Criminal (RJ)
Eduardo Sanz Advogados Associados (PR)
Escritório Professor René Dotti (PR)
Faragone Advogados (SP)
Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE - SE - RJ)
Ivahy Badaró Advogados Associados (SP)
Joyce Roysen Advogados (SP)
Law & Liberatore Advogados (SP)
Luchione Advogados (RJ)
Luis Alexandre Rassi e Pedro Paulo Medeiros - Advocacia Criminal (DF)
Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
Márcio Thomaz Bastos Advogados (SP)
Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados (SP)
Mario de Oliveira Filho e Oliveira Advogados Associados (SP - RJ - DF)
Massud e Sarcedo Advogados Associados (SP)
Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
Moraes Pitombo Advogados (SP - RJ - DF)
Morais - Advogados Associados (SP)
Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP - RJ - DF)
Oliveira Campos Advogados (ES)
Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
Rão, Pacheco, Pires & Penón Advogados (SP)
Ruiz Filho e Kauffmann Advogados Associados (SP)
Saad Gimenes Advogados Associados (SP)
Silvio & Gustavo Teixeira Advogados Associados (RJ)
Siqueira Castro - Advogados (SP - RJ - DF - CE - MG - BA - RS - PE - RN - PB - SE - ES - AL - PI - MA - AM - PA - GO - LISBOA - LUANDA)
Sobbe & Suliani Advogados Associados (RS)
Tofic e Fingerhann Advogados (SP)
Toron, Torihara e Szafir Advogados (SP)
Vilardi e Advogados Associados (SP)
Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados (SP)
Zenkner Schmidt, Poeta & Feldens Advogados Associados (RS)

Acesse: www.ibccrim.org.br/seminario

Informações: Seção de Comunicação e Marketing, (11) 3111-1040, ramais 175 e 123 ou alexandre@ibccrim.org.br e simone@ibccrim.org.br



(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

ASSESSORES DA PRESIDÊNCIA:

Adriano Galvão
Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Alberto Silva Franco
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Sérgio Mazina Martins
Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES

DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CORRETORA DOS TRABALHADOS DE CONCLUSÃO

DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos

Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de 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

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

LEI Nº 12.403/2011: MAIS UMA TENTATIVA DE SALVAR O SISTEMA INQUISITÓRIO BRASILEIRO

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

No dia 05.05.11 foi publicada a Lei nº 12.403 e, com ela, altera-se dispositivos do CPP relativos às medidas cautelares: prisão processual, fiança, liberdade provisória, outras medidas cautelares e oferta providências. Encontra-se, atualmente, em *vacatio legis* de 60 (sessenta dias).

A primeira questão que salta à vista sobre a referida Lei diz respeito ao objetivo que se tinha – e tem – com ela: qual seria?

Embora se tenha mexido muito no projeto original, de 2001 (nº 4.208), parece indubitado que metido no meio de vários *projetos de reforma parcial* (era a “verdade” do momento pregada por alguns, em geral desconfiados da capacidade do Parlamento em conseguir aprovar um projeto de *reforma global*, embora já em 2002 tivesse vingado a reforma do Código Civil), não poderia fugir daquilo a que eles se prestaram, como logo se viu, ou seja, *oferecer mais do mesmo*.

Hoje, porém, não se tem muita dúvida de que as *reformas parciais* sempre se mostraram como desastrosas: ao invés de melhorarem o sistema processual penal, cada vez mais o desestruturaram, desgastando aquilo que possibilita o *conjunto* e a extensão dos efeitos dos atos, ou seja, o nível de força com que cada ato chega aos demais e, assim, o necessário controle, fonte primeira da imprescindível mínima segurança.

Ora, desde que Kant usou a noção de *sistema*, em sua arquitetônica da razão pura, para oferecer condições de se obter o conhecimento de *estruturas complexas* (isto é, para além da unidade, como se praticava desde os gregos, bastando ver o *hilemorfismo* de Aristóteles), ninguém desconhece que o *princípio reitor* (a ideia única dele), o qual possibilita a agregação dos elementos, assim como a *finalidade* (a qual, em *ultima ratio*, acaba definindo aquele), são imprescindíveis e devem ser levados em consideração todas as vezes que no próprio sistema se quer mexer.

Não é isso, porém, que se está a viver no Brasil em termos de *reformas parciais* do processo penal, embora nem sempre seja assim e, portanto, tal problema não se possa atribuir a todos aqueles que nelas influenciam; muito pelo contrário. No entanto, vive-se, no mais das vezes, de *palpites*. E isso tem sido tão forte – essa tal desconexão entre o que se faz e o que se deveria fazer – que o sistema processual penal brasileiro (inquisitório desde sempre), hoje é uma *massa disforme*, sem dúvida muito pior, no aspecto global, que aquilo que se produziu em 1941. Afinal, nunca se teve no país tantas posturas *solipsistas*; nunca os detentores do poder (mormente o jurisdicional) foram tão livres para dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (Lenio Streck), isto é, aquilo que é fruto

do mero imaginário e das *próprias verdades*. E isso é tudo, menos democrático, dado que se não respeitam justamente as regras do jogo.

Dessa teia, porém, não se vai escapar tão cedo, a não ser com a implementação de uma *reforma global* do CPP. Ela, por si só, como sabe qualquer jejuno, não é sinônimo de democracia processual mas, ao menos, tem-se uma chance.

Eis por que, fundada na Constituição da República, a tentativa de *reforma global* que é a marca do PLS 156/09 possa representar a saída que se espera. Para tanto, faz-se mister um esforço concentrado, mormente porque desde o Anteprojeto já se tinha um bom espaço para se adequar (isso nunca foi negado!) embora, como se tem presente, não havia nele problemas sérios de *furios sistêmicos*.

Um bom exemplo pode ser visto com aquilo que se apresentou, agora, com a referida Lei nº 12.403/11 e sua comparação com o contido no precitado PLS 156/09.

Antes de tudo, é preciso ter presente que do PLS 156/09 se foi buscar elementos desconhecidos do PL 4.208. Esses, contudo, na lei atual, onde foram alojados meio que à força (quicá pelos *palpites*), perdem o viço. E assim o é por uma razão banal: *no PLS 156/09 as cautelares estão em consonância com CR* (ou quase) e, portanto, medidas da melhor maneira possível no sistema acusatório. *Na Lei nº 12.403/11, porém, como um remendo do CPP de 41, seguem a estrutura inquisitória e, assim, em grandes proporções não encontram guarida constitucional*. Haver-se-ia, portanto, que declarar a inconstitucionalidade em todos os casos de ofensa à CR, algo que se não vai fazer – tudo indica – em razão da tradição de pouco se exigir das leis processuais penais neste sentido; e pouco se controlar por causa disso.

Vê-se, por outro lado, da Lei, que o Poder Executivo tenta limitar o excesso de prisões processuais (o que até certo ponto é louvável como tentativa), por certo em função das condições desumanas das cadeias públicas e congêneres, nas quais estão empilhados (literalmente) milhares de seres humanos, muitos dos quais (não seria a maioria?) que lá não deveriam estar. Trata-se, sabe-se bem e é despiendo discutir, de uma *vergonha nacional*.

Mas a Lei nova, mantido o sistema inquisitório, vai resolver o problema?

É difícil dizer mas, antes de tudo, *é difícil acreditar que possa vingar em tal direção se a mentalidade dos órgãos jurisdicionais, de regra (embora sempre existam as exceções às quais se deve louvar), seguir refletindo um senso comum teórico marcado pela moral popularasca refletida ou imposta pelos meios de comunicação*. Enleados no emaranhado da *narcose de narciso*, como referiu McLuhan, ou seja, siderados e engolidos pela comunicação da qual sequer se dão conta

de nela estarem, muitos juízes (mormente eles como órgão de poder; mas não só eles, por óbvio) se tornam *justiceiros*. Para esses, as medidas cautelares e, em especial, a *prisão processual* tem sido uma forma eficaz (embora inconstitucional) de uma *antecipação de pena* e, assim, sem muito – ou nenhum – pudor têm tratado de prender todos sempre que possível, pelo menos até que um órgão superior de competência casse a ordem. A ideia é simples: pelo menos algum sofrimento infligiram àquele que, não raro, têm tomado com *inimigo*. Na prática – sabe-se bem – adianta pouco; mas gozam o bom gozo proporcionado pela pulsão de morte; e de quebra arriscam alguns minutos preciosos de aparição nos meios de comunicação, mormente a televisão. Está-se a ano-luz de distância da Constituição.

Em suma, as medidas cautelares – disso sabem todos – não encontraram até hoje um fundamento epistêmico capaz de as justificar. Seguem, também por isso, como *ultima ratio* e, assim, diante da CR, devem ser verificadas sempre em relação à maior extensão do *princípio da presunção de inocência*, algo já indicado pelo STF e que guiou a elaboração da matéria no Anteprojeto do PLS 156/09, uma conquista democrática da cidadania e da qual não se pode abrir mão de forma alguma, muito menos para ser relativizada em face da aplicação de conceitos que se não prestam para tanto, dentre os quais aqueles de *razoabilidade e proporcionalidade*. O problema fica ainda mais grave quando em pauta estão as prisões processuais (dentre as quais essa *inconstitucional prisão para averiguações, agora chamada de prisão temporária*, que se tem prestado com muita frequência para violações à incolumidade pessoal), ainda tomadas como *um mal necessário*.

O que aparentemente se pretendeu com a Lei nº 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si; e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma *cultura democrática no processo penal*, a qual só vira com a *reforma global* e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório. Ter-se-á, portanto, que esperar a *mentalidade* sofrer o câmbio que precisa; e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

A INSERÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Aury Lopes Jr.

I. A Lei 12.403/11 e as Reformas Pontuais no Processo Penal brasileiro

O Código de Processo Penal de 1941 sofre uma nova reforma parcial, afetando, agora, o regime jurídico das Medidas Cautelares Pessoais. A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, é fruto do PL 4.208, apresentado em 2001 pela Comissão de Juristas presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover,⁽¹⁾ que também se encarregou dos projetos que deram origem à reforma processual de 2008 através das Leis 11.689, 11.690 e 11.719.

O problema das reformas pontuais, sem desmerecer a imensa qualidade do trabalho realizado pela comissão de juristas, é que elas geram inconsistência e incoerência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos. Basta ver que modificaram todos os procedimentos em 2008 e não tocaram no capítulo das nulidades, gerando graves paradoxos.

A Reforma de 2008 se deu por meio das três leis citadas, sendo as duas primeiras (11.689 e 11.690) publicadas no dia 09 de junho de 2008, e a última, no dia 20 de junho (Lei 11.719). Juntas, modificaram mais de 100 artigos do CPP e alteraram, direta ou indiretamente, todos os procedimentos do Código. Mas, para surpresa de todos, no mesmo mês, mais especificamente no dia 19 de junho de 2008, foi constituída uma comissão de 09 juristas⁽²⁾ para elaborar um Código de Processo Penal inteiramente novo.

Essa comissão trabalhou intensamente e apresentou o anteprojeto transformado em Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, subscrito pelo Presidente do Senado José Sarney.

Nem havia entrado em vigor a profunda Reforma de 2008 e, já no mesmo mês, foi constituída uma comissão para elaborar um CPP novo. Após a apresentação do PLS 156, todos se debruçaram sobre esse texto e as modificações foram sendo feitas no Senado, especialmente em dezembro de 2010, quando foram apresentadas 214 emendas, sendo 65 aprovadas integralmente e outras 32 parcialmente aproveitadas como subemendas do relator.

Inicia-se o ano de 2011 e todas as atenções estão focadas na tramitação do PLS 156 na Câmara dos Deputados.

E então, para surpresa geral, ressurgiu o PL 4.208, de 2001 (agora, Lei 12.403/11), que seguia, na sua discreta e lenta tramitação, para uma nova reforma parcial. Obviamente a pergunta foi: por quê mais uma reforma parcial se existe um CPP novo para ser discutido e votado? E a resposta para essa pergunta não é jurídica, mas política. Vem a baila, novamente, o argumento da dificuldade de discutir todo o processo penal e aprovar um Código novo, frustrando, exatamente, o anseio de (quase) todos.

O que se deseja(va) é(ra) um CPP inteiramente novo, elaborado pós-Constituição de 1988 e com uma matriz acusatória claramente definida.

Mas o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e, no ano de 2011, superamos a marca dos 500 mil presos, sendo que, destes, quase 200 mil são presos cautelares. Esse é o estado de emergência que pressionou mais essa reforma pontual. O PLS 156, por sua magnitude, terá uma lenta tramitação, pois muitos são os pontos de tensionamento, e, principalmente, vasto é o campo para as disputas institucionais e os espaços de poder a serem ocupados. Muitos são os “salvacionistas”, que, imbuídos das melhores ou piores intenções, almejam mais espaço para efetivarem seu (nada democrático) discurso punitivista.

Infelizmente, estamos diante de uma nova reforma pontual que sequer aproveitou o trabalho desenvolvido no PLS 156/09, optando por um texto de 2001, que ainda foi violentado. Exemplo disso é a equivocada manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica, *que não estava no texto originário do PL 4.208/01*, foi resgatada na Câmara dos Deputados, em 2002, e mantida até o final da tramitação.

O abandono deste fundamento, cuja pseudo-constitucionalidade é fortemente atacada pela doutrina há muitos anos, sem falar na perigosa porosidade conceitual que encerra, ao recorrer a conceitos vagos, imprecisos e indeterminados, sem um referencial semântico claro, era imprescindível.

A prisão para garantia da ordem pública (ou econômica) serve a qualquer senhor, mas não serve para um processo penal democrático e constitucional.

Outro erro gravíssimo foi continuar fechando os olhos para o direito fundamental ao processo penal em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Precisamos ter prazos máximos de duração da prisão cautelar claramente definidos em lei e com sanção processual. Há muito já viemos dizendo isso em diversas obras. Prazos sem sanção são absolutamente ineficazes. Pior do que isso é que sequer teremos prazos.

O dever de revisar periodicamente a medida cautelar, que estava no § 7º do art. 282, infelizmente foi retirado quando da votação final na Câmara dos Deputados.

Essa lacuna da lei vai continuar cobrando um preço caro no que tange ao sacrifício de direitos fundamentais e à (de) mora jurisdicional, principalmente num país em que é bastante comum prisões cautelares se arrastarem por três ou quatro anos (!!). Significa dizer que nossos presídios estão repletos de gente presa há anos sem terem sido julgadas. E isso vai continuar.

Justiça seja feita: muitas das inovações positi-



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 Jawsznicker

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:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, 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 (tranco-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	5
Biblioteca	6
Site	7
Comunicação e Marketing	8
Núcleo de Pesquisas	9
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

vas do PL 4.208 foram perdendo-se ao longo do tortuoso processo legislativo que originou a Lei 12.403/11,⁽³⁾ cujos interesses políticos nem sempre estão em sintonia com o nível de evolução dogmática que o Direito Processual Penal atingiu.

Mas, em que pese essas graves falhas, no conjunto, o novo regime jurídico das medidas cautelares é melhor do que aquilo que se tinha no CPP de 1941.

Destaco dois pontos muito relevantes da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011:

- a adoção do modelo polimorfo, que rompe com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva;
- a revitalização do instituto da fiança, completamente esquecido e sem aplicabilidade até então.

Ademais, finalmente vem o flagrante colocado no seu devido lugar, como medida pré-cautelar, preparatória da prisão preventiva, sem qualquer possibilidade de “prender por si só”, como ainda teimavam alguns em sustentar, ainda que o antigo art. 310, parágrafo único não lhes amparasse.

Mas de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: *o rompimento da cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante*.

Se não houver uma mudança na mentalidade dos atores judiciais, não haverá qualquer evolução democrática, e mudaremos tudo para que a situação continue como sempre esteve. Ou fique ainda pior.

Vislumbramos, desde já, um novo risco: a degeneração e a banalização das medidas cautelares diversas. Pensamos nessas medidas como alternativas à prisão, mas elas podem ser banalizadas e representar uma imensa expansão do controle penal.

Caberá a todos nós, atores judiciais, evitar isso.

Escolhemos, para esse rápido comentário, a expressa inserção do contraditório no sistema cautelar.

II. Contraditório e Medidas Cautelares

Falar em contraditório em sede de medida cautelar, há alguns anos, era motivo de severa crítica, senão heresia jurídica. Mas ele é perfeitamente possível e sempre reclamamos sua incidência. Obviamente, quando possível e compatível com a medida a ser tomada.

Nossa sugestão sempre foi que o detido fosse, desde logo, conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (interrogatório), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de “direito à audiência” e, provavelmente, evitaria muitas

prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo juiz”. Para os “operadores” do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas, certamente, para quem está sofrendo a medida, é um ato da maior relevância. Não sem razão, o art. 8º.1 da CADH determina que “*toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...)*”.

Embora não tenha sido esse o caminho seguido pela Comissão e pela posterior Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, a evolução é inegável. Estabelece, agora, o art. 282, § 3º, do CPP:

“Art. 282. (...)”

§ 3º *Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.*”

Talvez cause algum mal-estar o § 3º do art. 282, que permite um tímido contraditório, com a intimação da “parte contrária” assim que receber o pedido de medida cautelar, desde que isso não prejudique a eficácia ou a urgência da medida.

Primeira ressalva diz respeito à “parte contrária”: o que significa isso?

Ali deveria constar indiciado ou acusado, pois ainda não se tem notícia de réu pedindo a prisão preventiva de promotores.

Portanto, é intimação do imputado. Mas intimação para quê? Para uma audiência? Para apresentar resposta escrita?

O dispositivo não diz. Pensamos que o ideal seria o juiz, à luz do pedido de adoção de alguma medida cautelar, intimar o imputado para uma audiência, na qual, sob a égide da oralidade, efetivar-se-ia o contraditório e o direito de defesa, na medida em que o acusador sustentaria os motivos de seu pedido, e o réu, de outro lado, argumentaria sobre a falta de necessidade da medida (seja por fragilidade do *fumus commissi delicti* ou do *periculum libertatis*). Tal medida é muito importante e contribui para a melhor decisão do juiz.

No mínimo, deverá o juiz conceder um prazo razoável para que a defesa manifeste-se sobre o pedido e produza sua prova, para, após, decidir. Inclusive, para efetivação do contraditório, pode ser necessária a realização de audiência para coleta de prova testemunhal.

Evidente que isso não se aplica em caso de prisão preventiva fundada em risco de fuga, sob pena de ineficácia da medida. Nesse caso, ainda que a nova sistemática legal nada

mencione, o ideal seria o juiz decretar a prisão e marcar, imediatamente, a realização de uma audiência, em que o imputado (já submetido à medida cautelar) poderia demonstrar a desnecessidade da medida. Após, decidirá pela manutenção ou não da prisão. Não vemos qualquer óbice a que isso ocorra no novel sistema vigente.

Também pode ser adotada essa sistemática quando o pedido de prisão preventiva tiver por fundamento o risco de periclitamento da prova, especialmente nos casos em que ao réu/suspeito é atribuída conduta inadequada em relação a testemunhas, como pressão ou ameaça. Não sendo necessária a imediata prisão, deve o juiz primeiro oportunizar o contraditório e, após, decidir sobre o pedido.

Mas pensamos que o maior espaço para o contraditório surgirá nos casos em que é pedida a substituição, a cumulação ou mesmo a revogação da medida e a decretação da preventiva.

A suspeita de descumprimento de quaisquer das condições impostas nas medidas cautelares diversas, previstas no art. 319, exigirá, como regra, o contraditório prévio à substituição, à cumulação ou mesmo à revogação da medida. É necessário, agora, e perfeitamente possível, que o imputado possa contradizer eventual imputação de descumprimento das condições impostas antes que lhe seja decretada, por exemplo, uma grave prisão preventiva.

Por fim, a inobservância desta garantia constitucional (art. 5º, LV) acarretará, a nosso juízo, a nulidade da substituição, da cumulação ou da revogação da medida cautelar, remediável pela via do *habeas corpus*.

Esperemos, agora, que se opere a ruptura da cultura inquisitória vigente, e o contraditório realmente se efetive

NOTAS

- (1) Integrada ainda pelos juristas Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Sidney Beneti e, posteriormente, Rui Stoco.
- (2) Hamilton Carvalhido (coordenador), Eugêni Paccelli, Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Feliz Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.
- (3) Para uma análise completa da Lei 12.403/11, sugerimos a leitura de nossa obra *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*, recém-lançada pela Editora Lumen Juris.

Aury Lopes Jr.

Advogado criminalista.

Doutor em Direito Processual Penal.

Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.

A REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS ENCARCERADOS: CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO EM MEIO ÀS CONTRADIÇÕES

Alvino Augusto de Sá

Partindo de ideias sobre a função da pena, em **Bettiol**, que diz ser a ressocialização um *mito*, o presente texto faz uma análise sobre o mito, enquanto um concentrado de contradições humanas, abordando, ao final, a reintegração social dos encarcerados, como estratégia que trabalha com as contradições humanas.

1. Bettiol e a função da pena

Para **Bettiol**,⁽¹⁾ a pena não é um mal do ponto de vista moral, mas um bem e tem em si a sua razão de ser. É a reafirmação da norma. A prevenção especial é a reafirmação do positivismo criminológico ao propor a *recuperação* do indivíduo.

Em sua obra *O problema penal*,⁽²⁾ no capítulo “O mito da ressocialização”, **Bettiol** diz ser a ressocialização um mito. O grande desafio intelectual é fugir do “mito”, das aventuras improdutivas, e buscar respostas não eufóricas, mas realistas. A *reeducação do condenado* insere-se neste contexto mítico de busca acalorada de soluções onipotentes. A ideia pedagógica da reeducação tornou-se uma “ideia taumatúrgica” e veio redefinir a finalidade retributivo-punitiva da pena.

No entanto, o direito penal não pode ser transformado em instrumento de coação. A consciência individual deve sempre continuar livre, tanto para praticar o bem como para praticar o mal. Além da *indicação ética*, o Direito tem uma *indicação política*, voltada para a garantia das liberdades individuais, pelo que a pena não pode ser prolongada em função da reeducação do condenado.

A ideia de reeducação está calcada num mito, numa visão eufórica do mundo, na ilusão de se atingir uma sociedade perfeita, capaz de duradoura convivência harmoniosa.

2. O mito e as contradições e conflitos do homem

Segundo **Artur da Távola**,⁽³⁾ diversamente de **Bettiol**, o mito revela verdades profundas da mente do homem, permeadas de contradições dramáticas. Para ambas as formas de concepção, o mito tem a ver com a busca de conquista do infinito, com o trabalho insano de busca da realização e da harmonia plenas.

Diz **Bettiol** que ressocialização é mito. Diz **A. da Távola** que comunicação é mito. Para o primeiro, ressocialização não passa de uma pretensão eufórica de atingir-se o inatingível. Para o segundo, comunicação é a expressão dos dramas mais significativos da realidade humana.

A. da Távola aponta uma ideia que cruza com o pensamento do doutrinador italiano: o homem vive em busca da realização máxima, de verdades plenas. Entretanto, vive num drama

contínuo de limites impostos pela realidade e de sofridas contradições internas. Ocorre que ele se liberta desse drama na medida em que descobre sua verdade interior e com ela se depara. Ora, os mitos nada mais são do que manifestações de grandes verdades interiores do homem, de seus grandes dilemas e dramas, no afã insaciável de conquistas. O homem está fadado a viver o suplício de suas intermináveis buscas. Destarte, de nada adianta combater as suas grandes aspirações. Os mitos estão a nos dizer que essas aspirações são verdades da mente humana, e o homem deve conhecê-las e aprender a se deparar com elas. Os mitos não são a negação da realidade externa, mas a revelação de verdades internas e conflitantes da mente humana.

O homem vê-se pressionado a conjugar a necessidade de conhecimento, o suplício diante das imposições da realidade e das contradições éticas, a busca do amor/prazer, as instâncias de sua subjetividade, o chamado à perfeição e os seus inevitáveis defeitos e imperfeições. Na descoberta da própria verdade interior, ele ajusta sua vida às suas características e torna-se capaz de alcançar a possibilidade de ser.

Ilustrações esclarecedoras de profundas contradições presentes na mente humana encontram-se nas Divindades Alegóricas da mitologia grega, como a Fortuna e a Calúnia. A FORTUNA distribui os bens e os males, é seguida pelo Poder e pelas divindades Servidão e Pobreza. A CALÚNIA arrasta a Inocência, tem como guia a Inveja, oferece auxílio à Fraude e ao Artifício, e dirige-se à Credulidade, sentada no trono e ladeada pela Ignorância e pela Suspeita. Toda a dinâmica de tensões e contradições entre as Divindades Alegóricas passa-se dentro de cada um de nós e é própria da existência humana. Em todo ser humano, existem problemas de ódio, paixão, incesto, inveja, ambição, fortuna, perda, julgamento, calúnia, crime, equilíbrio etc.

A. da Távola fala do *suplício*, que não se identifica com o sofrimento, e sim com o trabalho infundo. “A vida não tem respostas. Tem propostas”.⁽⁴⁾ Vive-se no desconhecimento, ainda que à procura da verdade. O desconhecimento dá encanto à vida. Por isso, a vida é drama e suplício.

O suplício é o próprio dinamismo da existência, já que a vida se regula pelo afã da luta intensa entre o bem e o mal como partes interdependentes. Suplício existencial significa busca interminável, começos, tropeços e recomeços.

A mitologia grega contém a história de três suplícios, expressões do drama de viver:⁽⁵⁾ os de Tântalo, Sísifo e Prometeu.

Tântalo era orgulhoso, arrogante e invejava a força dos deuses. Quis enfrentar os deuses e foi encerrado num poço, no qual a água fugia-lhe

dos pés, quando se abaixava para bebê-la, e uma árvore suspendia seus frutos, quando se erguia para comê-los. O tema é a obsessão pelo poder, que conduz o homem à insatisfação eterna.

Sísifo era inteligente e oportunista. Tramou contra Zeus e foi condenado a passar sua vida rolando uma pedra morro acima; já no cimo, a pedra escapava-lhe, ele descia para pegá-la e começava a mesma tarefa. Simboliza o homem que busca vida e espiritualidade, mas quer igualar-se aos deuses. Acaba por entregar-se a um labor insano e infrutífero.

Prometeu, o “previsor”, era um ser relacionado com o espírito. O “outro lado” era seu irmão Epimeteu, o impulsivo. Prometeu quis roubar a força dos deuses. Zeus manda o deus do fogo acorrentar Prometeu em uma pedra no alto do Cáucaso, onde, todos os dias, uma águia comia-lhe parte do fígado, o qual se regenerava, para ser, de novo, mordido no dia seguinte, num suplício duradouro. As diferenças entre Prometeu e seu irmão Epimeteu revelam as contradições do homem entre seus impulsos e tendências, o mistério de sua ambiguidade, do homem que ora é previsor, mas arrogante (Prometeu), ora é imediatista, impulsivo, mas simplório (Epimeteu).

3. A reintegração social

Bettiol entende ser a ressocialização um mito, enquanto ideal de perfeição inalcançável. O homem não atinge ideal algum, mas, ao contrário, sempre carregará, por toda a sua vida, o peso de sua propensão ao delito.

No entanto, o mito é a materialização de tudo isso em personagens e contos. Os mitos são expressões vivas dessas profundas verdades humanas, de suas contradições, aspirações e suplícios.

Na convivência humana, certos fatos são expressões concretas das contradições humanas, de suplícios éticos e laborais, de sua luta entre valores e tendências. Uma das expressões mais fortes desse drama existencial humano é o *crime*. A vida no crime é a manifestação da realidade mítica do homem, caracterizada pelo suplício, pela busca incansável de satisfação plena.

O drama existencial mítico do crime, porém, não acontece unicamente na pessoa do infrator, mas em todas as pessoas e é reeditado e reavivado em todo “não delinquente” sempre que ele se depara com a realidade do crime. Todos nós comungamos dos mesmos dramas, contradições e suplícios. Os “não delinquentes” têm em si o chamado para a delinquência (o peso de sua propensão ao delito), e os “delinquentes” têm em si o chamado para a não delinquência (aspiração a serem *eticamente* felizes).

Querer ressocializar o encarcerado é querer

silenciar nele a voz que é dissonante com nossa própria voz, ou que se apresenta como eco das vozes abafadas em nós. É pretender dissolver as contradições. Ou seja, a ressocialização é a tentativa de negação do mito. Portanto, impossível.

O ato infracional dá-se, em geral, por conta de relações deterioradas entre o infrator e seu contexto. Portanto, são essas relações que devem ser retomadas, sem que se pretenda negar absolutamente nada de suas contradições e conflitos. A meta, portanto, deve ser a de planejar estratégias de um verdadeiro *diálogo* entre cárcere e sociedade, a saber, estratégias de *reintegração social*. Reintegração social de partes que têm, entre si, uma relação de contradições duradouras e contínuas. Elas são segmentos contraditórios da sociedade, mas também segmentos contraditórios que estão dentro de cada sujeito. Consequentemente, a reintegração será oportunidade de crescimento de todos, encarcerados e não encarcerados. Todos terão oportunidade de se depararem com suas próprias contradições.

Baratta,⁽⁶⁾ discípulo de Bettiol, propôs um conceito de reintegração social, substitutivamente às ideias de tratamento ou ressocialização. Para ele, a reintegração social se processa não através, mas apesar da pena e do cárcere. Supõe o reconhecimento do preso como cidadão ativo e participativo num processo de comunicação entre o cárcere e a sociedade.

As estratégias de reintegração social não devem se pautar por questões penais, mas pela dinâmica da relação entre o encarcerado e o contexto social, pelos conflitos e contradições

af implícitos. As relações entre os protagonistas deverão ser simétricas; ninguém terá poder ou ascendência sobre ninguém.

A reintegração social não se alinha com nenhuma teoria sobre a função da pena. Parte-se da ideia de que ressocialização é um mito. Reconhece-se, porém, que o mito expressa grandes dramas existenciais humanos, ricos em contradições. O crime é um concentrado mítico de contradições humanas. A saída será a construção do *diálogo* entre cárcere e sociedade através de estratégias de *reintegração social*, a qual extrapola qualquer concepção sobre função preventiva da pena.

Conclusão

A *reintegração social* é construída mediante o reconhecimento do sistema social como um todo, do qual a ruptura é componente essencial, bem como são essenciais as contradições existentes entre as partes que resultam da ruptura.

Esta compreensão do todo leva-nos à ideia de paradoxo. Para Barel,⁽⁷⁾ o sistema social é um sistema paradoxal, com rupturas e contradições, sobre o qual jamais se chegará a uma verdade definitiva. O paradoxo é sempre existencial. Ele tem a ver com nosso modo de ser e de existir.

A ressocialização pretende atingir a construção de um todo coerente, no qual qualquer paradoxo deverá ser superado. Já a reintegração social reconhece que a ruptura é parte integrante do todo, que o paradoxo é existencial e, como tal, não se pode superá-lo, mas unicamente buscar forma de

entendê-lo e de com ele conviver.

E quando o encarcerado percebe que suas vivências paradoxais são compreendidas como partes integrantes do mesmo sistema social, ele também percebe-se como fazendo parte desse todo, dentro de um processo profundamente criativo, do qual desfrutam igualmente os não encarcerados. Isto é reintegração social. Reintegração entre partes conflitantes da sociedade. Reintegração entre partes conflitantes de cada pessoa.

NOTAS

- (1) BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. III.
- (2) BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, Cap. V - "O mito da reeducação", p. 263-282.
- (3) TÁVOLA, Artur da. *Comunicação é mito*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- (4) TÁVOLA, Artur da. *Comunicação é mito*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 25.
- (5) TÁVOLA, Artur da. *Comunicação é mito*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 36.
- (6) BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del Condenado (1991). In: BARATTA, A. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Col. Memoria Criminológica. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2004, p. 376-393.
- (7) BAREL, Yves. *Le paradoxe et le système: essai sur le fantastique social*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2008.

Alvino Augusto de Sá

Professor de Criminologia da Faculdade de Direito da USP. Membro do Conselho Consultivo do IBCCRIM.

OS ABUSOS NO INDICIAMENTO INDIRETO

Maria Elizabeth Queijo

Em outro escrito de nossa autoria, publicado em 1993,⁽¹⁾ sustentamos que o indiciamento é ato privativo da autoridade policial, em sede de inquérito policial, que possui consequências jurídicas e metajurídicas. No campo jurídico, o indiciado, se afofado, não poderá mudar de residência ou ausentar-se, por mais de oito dias, sem aviso ou permissão (conforme arts. 322 e 328 do CPP). Além disso, fica sujeito às medidas cautelares patrimoniais (arresto e sequestro de bens). Ademais, o indiciamento acarreta efeitos de ordem social, econômica e até mesmo familiar, atingindo o *status dignitatis* do indivíduo. De outra parte, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla nenhum instrumento capaz de "desindiciar" alguém que tenha sido, indevidamente, indiciado. Por tais razões, à evidência, recordando o magistério do saudoso Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo,⁽²⁾ o indiciamento não pode ser um ato de arbitrariedade, mas deve resultar de investigações afirmativas, que demonstrem que o suspeito é o provável autor da infração penal em apuração. Assim sendo, o indiciamento deveria ser objeto de decisão fundamentada por

parte da autoridade policial, indicando quais os elementos probatórios constantes do inquérito policial que dão lugar àquela medida.

Atualmente, há normas administrativas das polícias judiciárias que impõem o dever de fundamentação do indiciamento à autoridade policial (Portaria da Delegacia Geral de Polícia em São Paulo n. 18/98 e Instrução Normativa n. 11, de 27.06.2001, da Polícia Federal). No entanto, tais normas são praticamente ignoradas pelas autoridades policiais, sendo certo que os indiciamentos são determinados e levados a cabo sem a sua observância.

Mas, recentemente, tem sido implementada outra prática de indiciar, marcada pelo abuso de poder e atentatória dos direitos e garantias fundamentais: trata-se do indiciamento indireto, promovido como rotina nos atos de polícia judiciária.

É importante anotar que a lei processual penal não cuida de distinguir entre o denominado indiciamento direto e o indireto. Entretanto, a prática consolidou-o como forma de indiciamento realizado quando não se localiza o investigado para a sua formalização. Pressupõe,

portanto, esteja o investigado em local incerto e não sabido. De igual modo, possível o indiciamento indireto quando o investigado, regularmente intimado para tal ato, deixa de comparecer injustificadamente. Ou seja, trata-se de hipótese excepcional de indiciamento. A regra, em obediência ao princípio da ampla defesa, que tem aplicação no âmbito do inquérito policial,⁽³⁾ com as dimensões que lhe são peculiares nesta fase, é que o indiciamento se realize na presença do investigado e de seu defensor. Isto porque o indiciamento compreende o interrogatório, a identificação criminal e o pregressamento. É perfeitamente possível que aquele que já prestou declarações no curso do inquérito policial como investigado, uma vez cientificado da alteração de seu *status* nesse mesmo inquérito, pretenda aduzir ou esclarecer novos aspectos sobre os fatos, utilizando-se, para tanto, do interrogatório realizado na ocasião do indiciamento. Em acréscimo, a cientificação da aquisição do *status* de indiciado permite que ele possa exercer direitos, como aquele de requerer diligências, previsto no art. 14 do Código de Processo Penal. Por fim, a ciência acerca do indiciamento possibilita ao

investigado ter conhecimento também das suas implicações jurídicas, como a necessidade de comunicar mudança de endereço.

Não é por outra razão que ordenamentos processuais penais de viés democrático têm previsto a ciência formal ao investigado da modificação de seu *status* quando ocorrer o indiciamento. Nesse sentido, lembre-se a previsão, no Código de Processo Penal português, da ciência ao investigado de que se torna arguido (cf. arts. 58 e 59), com a indicação e, se necessária, explicação acerca dos seus direitos e deveres, descritos em um rol constante do art. 61 do referido diploma. Além disso, a constituição de arguido implica a entrega, sempre que possível no próprio ato, de documento contendo o aludido rol de direitos e deveres a serem observados. Se essas disposições não forem cumpridas, a lei processual penal portuguesa atribui, como consequência, o impedimento de utilização das declarações prestadas pelo arguido como prova contra si. Nessa esteira, também o Projeto de Lei n. 156/09, do novo Código de Processo Penal, em seu art. 31, cuidou especificamente do indiciamento, exigindo da autoridade policial fundamentação para atribuir ao investigado a condição jurídica de indiciado, observando as garantias constitucionais e legais. Ademais, estabeleceu que a condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final da autoridade policial, colocando termo na discussão acerca do cabimento do indiciamento após o oferecimento da denúncia. O Projeto ainda dispõe que a autoridade policial deverá colher informações sobre os antecedentes, conduta social e condição econômica do indiciado, bem como sobre as consequências do crime. E, por fim, previu a advertência ao indiciado quanto à necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras, e sobre o dever de comunicar eventual mudança do local onde possa ser encontrado. Registre-se que a mesma dicção normativa foi mantida, nessa matéria, nos substitutivos apresentados ao Projeto de Lei n. 156/09,⁽⁴⁾ inclusive em sua redação final (Parecer n. 1.636, de 2010),⁽⁵⁾ já aprovado pelo Senado e encaminhado para a Câmara dos Deputados.

Como se verifica no desenho proposto no novo Código de Processo Penal, a regra é que o indiciamento ocorra na presença do investigado para observância de seus direitos e garantias fundamentais, assim como para as advertências quanto a seus deveres.

Entretanto, apesar da disciplina constitucional que prestigia os direitos e garantias fundamentais do cidadão, em especial aquele submetido à persecução penal, tem-se banalizado a prática do indiciamento indireto, sobretudo na Polícia Federal, mesmo que o investigado esteja em lugar certo e sabido. Ouvido em declarações, o investigado não é intimado novamente para o indiciamento, apesar de ser localizável. E, por vezes, realiza-se o indiciamento indireto sem que o averiguado tenha, ao menos, prestado declarações no curso do inquérito. A autoridade policial realiza o indiciamento indireto, sem justificativa para tanto, tolhendo do investigado a possibilidade de ser interrogado, prestando eventualmente novos informes (quando já ouvido o investigado), como também não o adverte de seus direitos e deveres. O investigado, por seu turno, passa ao *status* de indiciado sem disso ter conhecimento; nem mesmo pode exercer qualquer reação ao referido ato, caso entenda seja ele arbitrário.

Não há dúvidas de que tal prática, como ato rotineiro no inquérito policial, é abusiva e inconstitucional: fere a dignidade humana e o direito à defesa no âmbito da investigação.

Por sua importância, gravidade e consequências, de fato, o indiciamento, seja direto ou indireto, merece a nova disciplina que lhe foi conferida no Projeto de Código de Processo Penal. A fundamentação para sua realização deve ser de rigor, para viabilizar o controle de legalidade sobre referido ato. Além disso, deveria a lei obrigar a autoridade policial a entregar ao indiciado por escrito, mediante recibo, rol de seus direitos e deveres, a partir de então. A ciência a respeito do indiciamento e de suas consequências jurídicas é direito do cidadão submetido à persecução penal, no Estado Democrático de Direito.

Contudo, ainda que não se tenha a nova

disciplina legal do indiciamento, nem por isso se poderá ignorar que a dignidade humana e o direito à ampla defesa foram expressamente tutelados na Constituição Federal. Por isso, mesmo à míngua de tratamento legal específico e adequado da matéria, a autoridade policial não poderá se utilizar do indiciamento indireto de forma arbitrária, abusiva, como rotina de trabalho no inquérito policial. Não é demais recordar que todos os cidadãos e, com maior razão, os operadores do direito estão obrigados a observar o texto constitucional, o qual foi promulgado há mais de vinte anos. Por isso, ainda que pendente de aprovação o novo Código de Processo Penal, inadmissível, frente à Constituição, o indiciamento indireto indevido. É tempo de modificar a cultura predominante no Brasil de apego à legislação ordinária, nesse caso, obsoleta no tocante ao indiciamento, em detrimento do texto constitucional.

NOTAS

- (1) **QUEIJO, Maria Elizabeth.** *Principais instituições do processo penal brasileiro e elaboração legislativa de novo Código de Processo Penal: Inquérito policial*. RT, São Paulo, v. 697, p. 269-279, nov. 1993.
- (2) **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987, p. 38.
- (3) **Saad (SAAD, Marta).** *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004, p. 261) sustenta que "tem-se no indiciamento o momento procedimental ideal a partir do qual se deve, necessariamente, garantir a oportunidade ou ensejo ao exercício do direito de defesa, dado que o juiz que encerra é o de ser o sujeito o provável autor do delito. O indiciado tem interesse em demonstrar que não deve ser denunciado em juízo".
- (4) Nos dois substitutivos, a matéria foi tratada no art. 30.
- (5) O indiciamento foi disciplinado no art. 30, na redação final do substitutivo aprovado pelo Senado, tendo sido acrescentado o § 4º que não existia no Projeto de Lei n. 156/09 e nos dois substitutivos apresentados pelo Relator. Tal dispositivo acrescido cuidou da expedição de atestado de antecedentes, estabelecendo que o delegado de polícia não poderá mencionar quaisquer anotações referentes à instauração de inquérito contra os requerentes ou seu indiciamento, salvo no caso de existir condenação anterior.

Maria Elizabeth Queijo

Advogada.

Mestre e Doutora em Processo Penal pela USP.

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES - "A DIMENSÃO SOCIAL DO CONFLITO PENAL: ALGUMAS REFLEXÕES"

Data: 29/06/2011

Horário: 09h às 12h

Local: Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, Centro - São Paulo/SP

Expositores:

Marcos Alexandre Coelho Zilli - Prof. Dr. de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco; Juiz de Direito da 15ª Vara Criminal Central; Integrante do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional promovido pela Fundação Konrad Adenauer, Alemanha; Membro do Forum for International Criminal and Humanitarian Law, Noruega.

Marco Aurélio Florêncio Filho - Doutorando em Direito Penal pela PUC/SP; Professor da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Advogado.

Presidente de Mesa: Andréa Cristina D'angelo. **Inscrições gratuitas no Portal IBCCRIM.**

BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA LEI N. 12.403, DE 2011, QUE MODIFICA O REGIME DAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior

1. Falar em reformas parciais em um Processo Penal democrático

A recente Lei n. 12.403/11 atinge o Processo Penal no que a vida toca-lhe mais profundamente: na liberdade.

Concebido como um objeto de *desejo*,⁽¹⁾ o Código de Processo Penal incorpora as redes sociais mobilizadas em torno da manutenção do poder⁽²⁾ e assim estabelece o diálogo entre a tradição autoritária inautêntica e a efetivação de um modelo de compreensão adequado ao projeto político democrático inscrito na Constituição de 1988.

O primeiro ponto de destaque da Lei n. 12.403/11, em uma abordagem superficial, determinada pelo limite de espaço do artigo, consiste em reconhecer que se trata de mais uma reforma parcial do Código, à revelia do Projeto de Lei n. 156, de 2009, que ainda tramita no Congresso Nacional, cuja finalidade é (ou era) estabelecer uma transformação global do Processo Penal. Há pelo menos dois anos, portanto, discute-se a elaboração de um novo Código de Processo Penal destinado a romper com a cultura autoritária e, dessa forma, interditar o olhar inquisitivo consolidado nas práticas punitivas do dia a dia.

Falar em reformas parciais em um Processo Penal que implora por uma mudança estrutural exige cuidado. A promulgação de leis esparsas acarreta a perda de um referencial ideológico consistente, permitindo que a modificação legislativa escape da lógica sistêmica e enfraqueça a proteção das garantias, concebidas e preordenadas constitucionalmente à tutela dos direitos fundamentais.⁽³⁾

A nova Lei, fruto de uma reforma pontual, disciplina categorias importantes, suprime, altera, constrói, fala-nos de algo que demanda atenção: “*Toda a fala é acompanhada de um cotejo de silêncios, que tem uma enorme eloquência. O que não se diz é frequentemente mais significativo do que o que se diz*”.⁽⁴⁾

A contiguidade em certas práticas do sistema criminal (com *ins declarados* ou *não*) expõe uma *simultaneidade de paradigmas* que exige, a todo instante, delimitar os *amalgamas de referencialidades* que ora caracterizam o patrimônio democrático, ora apontam para o patrimônio autoritário.⁽⁵⁾

A análise crítica da Lei n. 12.403/11 deve seguir este olhar.

2. Breve análise das alterações

A presunção de inocência⁽⁶⁾ identifica a estrutura processual democrática, por sua vez responsável por conceber um sistema processual que fixe o lugar do julgador (*garante das “regras do jogo”*), reforce as condições do diálogo processual (contradi-

tório) e possibilite uma decisão *coproduzida democraticamente* pelo processo de mediação do discurso entre as partes.⁽⁷⁾

Quanto ao contraditório, a Lei n. 12.403/11 dispõe, na redação do art. 282, § 3º, que, ao receber o requerimento da medida cautelar, seja determinada “*a intimação da parte contrária*” (por óbvio, o indiciado/acusado), modificação que, em tese, reforça o direito à informação sobre todas as repercussões pertinentes à dimensão fática e normativa da imputação.

A exigência de dar o mais abrangente conhecimento sobre os desdobramentos da persecução penal constitui pré-condição ao desenvolvimento de um “processo penal equitativo”, no sentido fixado, até mesmo, pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.⁽⁸⁾ Falta estabelecer a forma de *reação* à medida.⁽⁹⁾

A par da relevância do contraditório, a alteração que talvez mais chame a atenção se refere à previsão do caráter subsidiário da prisão preventiva. Dispõe, agora, o § 6º do art. 282 que “*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*”.

A alteração, à primeira vista, é evidentemente positiva, mas para que cumpra o sentido constitucional é preciso ter em mente a “dimensão do silêncio” presente naquela fala.

Na Lei n. 12.403/11 permanecem categorias de inspiração inquisitiva, como a possibilidade de deferimento da medida cautelar de ofício (art. 282, § 2º), o conceito de ordem pública, ordem econômica etc., que passam a ser articuláveis com outras categorias também de fácil manipulação autoritária.

Por exemplo, a nova Lei trouxe a *proporcionalidade* como referência à aplicação da medida cautelar, fazendo inserir a suposição de “reiteração criminosa” como critério de *necessidade* para fins de decretação (art. 282, I). No que se refere à *adequação*, fez constar as *condições pessoais* do indiciado ou acusado.

Sobretudo pela descrença na bondade do poder punitivo,⁽¹⁰⁾ é importante impedir que o conceito de *reiteração criminosa* presente na expressão “*para evitar a prática de infrações penais*” se torne um exercício de “futurologia perigosista” ou que a referência às condições pessoais do acusado seja utilizada para reforçar um *direito penal do autor* quando não servir à *seletividade*.

No que diz respeito às medidas cautelares alternativas, sem embargo de suas diversas modalidades (art. 319), o problema encontra-se no risco de ampliação da rede de punitividade pelo seu “desvirtuamento”, a considerar o caráter fluido das categorias acima descritas.

Sob outro aspecto, mas na mesma dire-

ção, foi o que ocorreu com a Lei 9.099/95, que aumentou, ante o conceito de delito de menor potencial ofensivo, o controle social pelo direito criminal. Fazendo abarcar uma série de comportamentos insignificantes, o sistema se agigantou.⁽¹¹⁾

No caso das medidas alternativas à prisão preventiva (art. 319), não se pode permitir que elas sejam utilizadas abusivamente, incidindo nos casos em que, a respeito da antiga redação legal, não gerariam qualquer restrição aos direitos fundamentais.

A desconfiança no exercício do poder punitivo, reflexo do abismo entre as práticas penais e a expectativa democrática, remete à necessidade de acompanhar de perto a concretização das mudanças presentes na Lei n. 12.403/11. Afinal, o Processo Penal é também o lugar da *política do sensível*,⁽¹²⁾ e, frequentemente, aquilo que não se vê ou pensa produzirá mais significados.

NOTAS

- (1) É no Processo Penal que se consolidam as regras do jogo, concebidas como *entrave à turba sedenta pelo gozo sádico* (ROSA, Alexandre de Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 87). Podem-se observar os desdobramentos da ordem social neoliberal na economia psíquica, por ex., em BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- (2) PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.118. A compreensão da barreira simbólica que impede a consolidação do sentimento democrático no processo penal, dentre os quais o sistema acusatório, impõe o reconhecimento da disputa de poder no processo legislativo. Esta luta política oferece, nas palavras de Ângela Alonso, um *repertório* – concebido como um *conjunto de recursos aos quais os agentes recorrem para definir suas linhas de ação* – cujo conhecimento é imprescindível para aproveitar as oportunidades políticas que façam valer o ideal democrático (Cf. ALONSO, Ângela. *Ideias em movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Império*. São Paulo: Paz e Terra, 2002).
- (3) Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. 5. ed. Madri: Trotta, 2006, p. 19.
- (4) MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o Juiz Cidadão. In: *Revista ANAMATRA*, São Paulo, n. 21, 1994, p. 48. O “*inconsciente inquisitivo*”, desdobramento da tradição autoritária no Processo Penal, projeta mais do que instituições.
- (5) MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito, Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.
- (6) A tensão ideológica do Processo Penal chega a demandar um enfrentamento pela primazia da palavra, a considerar que, lavrando o sentido das coisas, estabelece o referencial semântico responsável por conformar a leitura de várias categorias do processo (inocência *versus* não culpabilidade).
- (7) ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO,

- Sylvio Lourenço. Op. cit., p. 77.
- (8) Cf. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho a un proceso penal equitativo. In: *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 339.
- (9) “A exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de Fazzalari, se dá em dois momentos. Primeiro com a informação, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais; e, num segundo momento, a reação, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que constitua, todavia, em obrigação” (ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. Op. cit., p. 77).
- (10) CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74-75
- (11) Cf. CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais*

- Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- (12) A expressão é rica em reflexões e tangencia os estudos do filósofo francês Jacques Rancière a respeito da “partilha do sensível”. Interessante entrevista com o autor sobre “a associação entre arte e política” encontra-se disponível em <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevista-jacques-ranciere/>>, acessado em 12 de maio de 2011. “Penso que a política tem sempre uma dimensão estética, o que é verdade também para o exercício das formas de poder. De certa maneira, não há uma mudança qualitativa entre o discurso em torno do terrorismo hoje e o discurso midiático contra os trabalhadores no século 19, que dizia que os operários contestadores cortavam pessoas em pedaços. Sempre houve, digamos, uma série de discursos organizados pelo poder. Eventualmente, eles serviram como forma de ilustração. Não há novidade radical. A estética e a política são maneiras de organizar o sensível: de dar a

entender, de dar a ver, de construir a visibilidade e a inteligibilidade dos acontecimentos. Para mim, é um dado permanente”.

Geraldo Prado

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Pós-Doutor em História e Teoria das Ideias pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela IGF. Professor-Adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ.

Antonio Pedro Melchior

Graduado em Direito pela PUC/RIO. Mestrando da UNESA. Bolsista da CAPES. Pesquisador em Matrizes Autoritárias do Processo Penal para além da influência do Código Rocco (Faculdade Nacional de Direito). Professor de Direito Processual Penal. Advogado criminalista.

REFORMA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO CPP E OS PROBLEMAS DE DIREITO INTERTEMPORAL DECORRENTES DA LEI N. 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

O objetivo do presente estudo é analisar o que deverá fazer o juiz com relação às medidas cautelares que já estejam sendo aplicadas quando entrar em vigor a Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Como a nova lei foi publicada no Diário Oficial da União de 05 de maio de 2011, e seu art. 3º prevê que “esta lei entre em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial”, sua vigência terá início no dia 04 de julho de 2011.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, em 2010, havia mais de 160.000 presos cautelares no Brasil. Já bastaria isso para justificar-se a importância da análise sobre a incidência ou não da nova lei sobre as medidas cautelares em curso.

Inicialmente, há de se definir qual a regra de direito intertemporal a ser aplicada em caso de mudanças do regime legal das medidas cautelares pessoais. Uma resposta simplista é resolver a questão pela aplicação do art. 2º do CPP: as regras sobre medidas cautelares, por serem de natureza processual, têm aplicação imediata,⁽¹⁾ independentemente de serem mais gravosas ou mais benéficas que as das leis anteriores.

Não é a solução correta. O *tempus regit actum* não se aplica no caso de medidas cautelares, em especial das que envolvem privação ou mesmo restrição da liberdade de locomoção, cujo regime de eficácia da lei no tempo deve ser o mesmo das regras de direito penal. Assim, a lei nova sobre medidas cautelares que seja prejudicial ao acusado não poderá retroagir.⁽²⁾ Por outro lado, não há porque negar aplicação ao seu corolário de que a lei nova, mais benéfica, em matéria de prisão cautelar ou medidas cautelares alternativas à prisão, deverá ser aplicada aos feitos pendentes.⁽³⁾ Tudo isso por aplicação direta do imperativo

constitucional do inciso XL do art. 5º. Como explica Jorge Figueiredo Dias, “o princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende, em certo sentido, a toda repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal”.

(4) Assim sendo, em tema de prisão cautelar e liberdade provisória, ou qualquer outra medida cautelar restritiva da liberdade, a regra será a aplicação da lei mais benéfica, seja pela ultratividade da lei anterior, seja pela “retroatividade” da lei nova.⁽⁵⁾

Ao mais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que, segundo o STF, tem *status* supralegal e, portanto, prevalece sobre o art. 2º do CPP, prevê, no art. 7.2, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

Por fim, é de se lembrar que o art. 2º do Decreto-lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941 – Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – prevendo regra de direito intertemporal ou transitório, quando do início da vigência do Código de Processo Penal, determinou: “À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”. E, como esclarece Tornaghi, “a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal contém normas que, embora relativas ao momento da entrada em vigor do Código de Processo Penal, permitem a inferência de alguns princípios gerais”.⁽⁶⁾ Vale, pois, como diz Florian, o *favor libertatis*.⁽⁷⁾

De aplicar-se tal premissa, inicialmente, no que toca a possibilidade de aplicação das novas medidas cautelares alternativas à prisão (arts. 319 e 320 do CPP) informadas pelo caráter subsidiário da prisão preventiva (art. 282, §

6º, do CPP). Se, com o início de vigência da Lei nº 12.403/11, uma nova medida cautelar alternativa à prisão for igualmente eficaz para atingir a finalidade para a qual foi decretada – cautela final ou cautela instrumental – deverá ter incidência tal medida menos gravosa. Ou seja, a prisão preventiva não mais será cabível, devendo ser substituída pela medida alternativa à prisão.

Poder-se-ia objetar que, se houve o decreto da prisão preventiva com base nas regras atuais, foi porque a medida era necessária e adequada. Assim, se as hipóteses de *periculum libertatis* não foram alteradas (CPP, art. 312), a prisão continuará a ser adequada e, mesmo diante da regra da subsidiariedade (CPP, art. 282, § 6º), deverá ser mantida. Todavia, não se pode ignorar a realidade e deixar de reconhecer que, em muitos casos, prisões preventivas são decretadas porque, não dispondo o juiz de opções legais menos gravosas, prefere manter o acusado preso ao invés de deixá-lo em total liberdade. Nestes casos, a novidade legislativa, criando um leque de opções, com graus diversos de restrição da liberdade, indo desde uma simples proibição de ausentar-se do País (art. 320) até o recolhimento domiciliar noturno (art. 319, *caput*, inc. V), pode ensejar a aplicação de medida que seja igualmente eficaz, mas menos gravosa para a liberdade do acusado por não lhe impor a prisão.

Assim sendo, no processo no qual a prisão preventiva tenha sido decretada, com o início de vigência da Lei n. 12.403/11, deverá haver novo juízo sobre a adequação da medida, desta feita inspirado pela ideia de subsidiariedade da prisão preventiva. Caberá ao juiz, motivadamente, justificar porque, naquele caso concreto e segundo a situação do momento, não será adequada aos fins cautelares uma medida cautelar alternativa à prisão cautelar. Sem isso, a prisão preventiva

passará a ser ilegal, devendo ser relaxada.

Por outro lado, ainda em tema de prisão preventiva, e mesmo para os casos concretos em que a medida continue necessária e adequada, haverá outras regras mais benéficas que deverão ter incidência nos processos em curso. A primeira delas é a que prevê a possibilidade de a prisão preventiva ser substituída por prisão domiciliar. Atualmente, o art. 1º da Lei nº 5.256/67, prevê apenas que “nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz (...) poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência ...”. Com o novo art. 318, cabe prisão domiciliar quando o acusado for: I - maior de 80 anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Outra novidade benéfica tem por objeto os crimes que, em abstrato, são passíveis de prisão preventiva. Atualmente, presentes os requisitos legais do art. 312 do CPP, admite-se a prisão preventiva nos crimes dolosos “punidos com reclusão” (CPP, art. 313, inc. I). Já a nova regra limitará a possibilidade de prisão preventiva para “os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos” (CPP, art. 313, caput, inc. I). Haverá, pois, uma redução do campo de incidência da prisão preventiva. Imagine-se alguém acusado de furto simples, ou de sequestro ou cárcere privado, cuja prisão esteja em curso quando do início da vigência da Lei n. 12.403/11: tal prisão tornar-se-á automaticamente ilegal, por violação ao novo art. 313, caput, inc. I, do CPP, quando do início da vigência da norma reformadora.

Por fim, cabe analisar a mudança da natureza da prisão em flagrante delito. Com a Lei n. 12.403/11, a prisão em flagrante delito restringir-se-á a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão. A prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto e sua análise judicial. O novo art. 310, caput, do CPP, prevê que o juiz terá três alternativas: I - relaxamento da prisão, se ilegal; II - decretação da prisão preventiva, se não for cabível qualquer outra medida alternativa; e III - conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Atualmente, prevalece o entendimento de que, no momento em que é recebida a comu-

nicação do auto de prisão em flagrante, cabe ao juiz, simplesmente, analisar a legalidade da medida e relaxá-la, se ilegal. Tal posição não mais será possível com a vigência da Lei n. 12.403/11, pois a nova redação do art. 310, caput, passará a exigir que o juiz, considerando a prisão legal: conceda a liberdade provisória (inc. III); ou imponha medida cautelar alternativa à prisão preventiva (inc. II, parte final); e, somente em último caso, não sendo adequada nenhuma das hipóteses anteriores, converta a prisão em flagrante em preventiva (inc. II, primeira parte).

Sem dúvida, a nova regra do caput do art. 310 do CPP terá incidência nas comunicações de prisões em flagrante ocorridas após o início da vigência da Lei nº 12.403/11. A questão, contudo, é definir se a nova sistemática também deverá ser aplicada aos casos em que já houve a comunicação do flagrante. Como as novas exigências dos incisos II e III do caput do art. 310 do CPP são mais benéficas, deverão ser aplicadas aos inquéritos e processos em curso, mesmo nos casos em que o juiz já tenha considerado o “flagrante formalmente em ordem”, mantendo preso o investigado. Certamente, não será necessário fazer novo exame quanto à legalidade da prisão, nos termos do novo inciso I do caput do art. 310, posto que, até mesmo por imperativo constitucional, era anteriormente exigido e, certamente, já fora previamente realizado. Por outro lado, os juízes terão que rever a necessidade e a adequação das prisões em flagrante delito, e somente poderão manter o investigado ou acusado preso cautelarmente, convertendo a prisão em flagrante em prisão preventiva (inc. II, primeira parte), se não for adequada a imposição de medida cautelar alternativa à prisão (inc. II, parte final), ou mesmo a simples liberdade provisória (inc. III), sempre atentando para o caráter subsidiário da prisão cautelar (art. 282, § 6º).

Por fim, mesmo nos casos em que, diante de formulação de pedido de liberdade provisória, com fundamento na redação originária do parágrafo único do art. 310 do CPP, o juiz já tenha analisado a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, ainda assim, com o início de vigência da nova lei, deverá novamente verificar se a prisão em flagrante delito deverá subsistir ou se, ante as novas opções legais (art. 319 e 320), será adequado substituí-la por medida alternativa à prisão (novo art. 310, caput, inc. II, segunda parte),

isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º). Caso a manutenção da prisão seja adequada, diante da novel legislação, a medida cautelar não mais subsistirá como prisão em flagrante delito, mas sim como prisão preventiva substitutiva da prisão em flagrante (art. 310, caput, inc. II, primeira parte).

Em apertada síntese, a análise das questões de direito intertemporal da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, deverá ser orientada pela regra constitucional do art. 5º, inciso XL, que, no tocante à prisão cautelar, às medidas cautelares alternativas à prisão e à prisão em flagrante delito, impõe a aplicação da lei mais benéfica, seja pela ultra-atividade da lei anterior, seja pela aplicação imediata da lei nova.

NOTAS

- (1) Nesse sentido, em relação à fiança e à prisão preventiva: **José Frederico Marques**, *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. I, p. 52-53.
- (2) Nesse sentido, com relação à fiança: **Carlos Maximiliano**, *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, 298.
- (3) Nesse sentido: **Julio Bustos Juan Maier**, *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996. t. I, p. 248, em relação às medidas cautelares que continuam sendo aplicadas no momento em que a lei nova mais benigna entra em vigor.
- (4) **Jorge Figueiredo Dias**, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. 1, p. 112. No mesmo sentido, na doutrina nacional: **Odono Sanguiné**, *Prisão provisória e princípios constitucionais*, *Fascículos de Ciências Penais*, n. 5, p. 102-103.
- (5) Nesse sentido: **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Processo Penal*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 157. Assim já nos manifestamos em estudo anterior, **Gustavo 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. 45) com o esclarecimento de que “em tal caso, somente se poderá falar em aplicação ‘retroativa’ da lei nova ao se considerar como marco cronológico o momento do crime. Porém, do ponto de vista processual, o que existirá é a superveniência de uma lei nova, mais benéfica”.
- (6) *Curso de processo penal*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1, p. 24.
- (7) **Eugenio Florian**, *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Trad. **Leonardo Prieto-Castro**, Madrid: Bosch, 1934, comentando normas semelhantes direito transitório italiano.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela USP.
Professor Livre-Docente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado criminalista

PARTICIPE POR ACREDITAR

ACOMPANHE O IBCCRIM

twitter www.twitter.com/ibccrim

facebook www.facebook.com/pages/IBCCRIM/206921985987194

MAIS REFLEXÕES SOBRE A LEI 12.403/11

Pierpaolo Cruz Bottini

A aprovação da Lei 12.403/11 demonstra que a discussão serena e racional de propostas legislativas produz bons resultados. O texto final é produto de longos debates acadêmicos e parlamentares, iniciados em 2001, com a apresentação da primeira proposta de revisão das regras sobre cautelares penais por uma comissão de juristas presidida pela Professora **Ada Pellegrini**. Anos depois, o projeto foi apontado como uma das quatro propostas mais importantes para a reforma processual penal pelo 1º Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano, firmado pelos três Poderes da República em 2004. Passado mais um longo período, a proposta foi finalmente aprovada e sancionada na íntegra.

Os textos e artigos trazidos por esse *Boletim* sobre o tema esmiúçam os diversos aspectos da nova lei, e certamente seus efeitos serão ainda objeto de saudáveis controvérsias. De qualquer forma, a criação de medidas cautelares além da prisão é bem-vinda, porque permite a superação da *mediocre dicotomia* do processo penal, pela qual o juiz não dispunha de alternativa diferente da prisão para assegurar a ordem processual e a aplicação da lei penal. Era a prisão ou nada. Alguns magistrados, ainda, lançavam mão de outros instrumentos, como a retenção de passaportes ou a proibição de frequência a determinados lugares, mas a aplicação destas *cautelares inominadas* sempre foi polêmica e cercada de indagações sobre sua legalidade.

O texto legal põe fim à insegurança ao possibilitar a aplicação de cautelares diferentes da prisão nos arts. 317 e 319 do Código de Processo Penal.

Digna de nota, na nova lei, a vedação da prisão cautelar em crimes com penas iguais ou inferiores a 04 anos. Fica afastada a privação da liberdade processual nos casos em que a pena final será restritiva de direitos ou multa, consagrando a ideia de que o instrumento cautelar deve ser proporcional à eventual pena. Também merece destaque o fato da nova lei reafirmar o caráter *excepcional* da prisão processual ao determinar que ela será aplicada apenas *quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*, exigindo do juiz uma fundamentação a mais quando da decretação da preventiva: a razão da dispensa de outras cautelares.

Dentre inúmeras outras novidades, ainda é relevante mencionar a definição dos institutos do *flagrante* e da *preventiva* como sucedâneos. Pelo texto legal, o magistrado, ao receber o flagrante, deve relaxar a prisão, transformá-la em preventiva ou conceder liberdade provisória. Com isso, o réu privado de liberdade no processo ou está preso em

flagrante – situação efêmera – ou está em *prisão preventiva*. Fica explícita a impossibilidade do réu ficar preso por *dois motivos*: (i) pelo flagrante e (ii) pela preventiva, bem como fica afastada a estranha, inusitada, mas recorrente situação anterior, na qual o magistrado revogava a *prisão preventiva* pela ausência dos requisitos do art. 312 e o réu continuava preso pelo *flagrante* inicial.

Em suma, a nova lei merece todos os elogios. Mas há um ponto que exige reflexão: a ausência de previsão da *detracção* diante da aplicação de medidas cautelares distintas da prisão. O Código Penal dispõe, no art. 42, que será computado, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de *prisão provisória*, no Brasil ou no estrangeiro – a *detracção*. Se o réu aguardou preso preventivamente o andar do processo, é natural que esse tempo seja descontado da pena final, ainda que a qualidade e a natureza das prisões cautelar e definitiva sejam distintas. A supressão do direito de locomoção para salvaguardar o processo será compensada na pena final.

Ocorre que não há previsão legal da *detracção* nos processos em que a cautelar aplicada é distinta da prisão. Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou ao monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não explicita desconto na pena final, o que parece inadequado. Se a *detracção* da *prisão* tem por fundamento o princípio da *equidade* e a *vedação ao bis in idem*,⁽¹⁾ deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer.

Com base nisso, o projeto de alteração do Código de Processo Penal (PLS 156), atualmente em discussão no Congresso Nacional, prevê que o tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença (art. 607) e que, *substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nesta será computado o tempo de duração das medidas cautelares* previstas pela proposta (parágrafo único).

Da mesma forma, o Código Penal português prevê o desconto total do tempo de pena de prisão caso o réu tenha sofrido, no curso do processo, *detenção, prisão preventiva, ou obrigação de permanência na habitação* (art. 80º, 1, grifos nossos).⁽²⁾ Também o Código Penal espanhol estabelece que se *abonarán*, en su totalidad, *para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente* (sección 6ª, art. 58, 2) e que *cuando*

las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada (art. 59, sem grifos).⁽³⁾

Enfim, os textos citados revelam a adequação da previsão da *detracção* para cautelares distintas da prisão, a sugerir a revisão pontual do Código Penal para a adequação da *detracção* a essa nova realidade legislativa.

No entanto, a ausência de menção à *detracção* para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que, por analogia, pode beneficiar o réu com uma interpretação ampla da abrangência do instituto para além da prisão. Parece-nos possível, por exemplo, descontar o tempo passado em *prisão domiciliar* da eventual pena de prisão definitiva em regime aberto, ou o período processual no qual o réu foi proibido de frequentar determinados lugares da pena restritiva da mesma natureza, se essa for a condenação. Caso a cautelar e a pena tenham *naturezas distintas* – como na hipótese da cautelar de *prisão domiciliar* e a pena de prisão em regime fechado – o tempo descontado poderá ser o mesmo, mas é possível construir pela jurisprudência uma fórmula que permita deduzir proporcionalmente – com base na *razoabilidade* – algo da sanção para *detrair* a cautelar aplicada.

Mas, a par de questões pontuais como essas, a nova lei é bem-vinda. Como qualquer novo ato, ainda será debatida e revolta pelos operadores do direito e pela academia sob todas as perspectivas. No entanto, sua aprovação e sua sanção integral demonstram como a articulação entre Poderes e a racionalidade podem produzir normas que contribuam para um processo penal mais eficaz e civilizado, que contribua para a segurança pública e, ao mesmo tempo, respeite a dignidade humana e os princípios constitucionais dela decorrentes.

NOTAS

- (1) FRANCO, Alberto Silva; BELLOQUE, Juliana. Comentários aos arts. 41 a 60., In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 277.
- (2) Disponível em <<http://www.juareztares.com/textos/codigoportugues.pdf>>, acessado em 12.05.2011
- (3) Disponível em <<http://www.juareztares.com/textos/codigoespanhol.pdf>>, acessado em 12.05.2011.

Pierpaolo Cruz Bottini

Advogado.

Professor Doutor de Direito Penal da USP.

Coordenador regional do IBCCRIM.

A APLICAÇÃO DA LEI 12.403/11 DURANTE A VACATIO LEGIS

Paulo Sérgio de Oliveira

“Mudança de paradigmas!” Essa é a frase mais utilizada pelos juristas ao comentarem as alterações introduzidas pela Lei 12.403/11 no Código de Processo Penal. Não que não tenham razão, ao contrário, há que se mudar o modo de pensar o processo penal, em especial no que diz respeito às prisões processuais! Porém, esta novidade vem tarde, pois já deveria ter ocorrido em 1988 com o advento da atual Constituição Federal da República.

Isto porque não há como se sustentar um Código de Processo Penal de 1941, com todas as facetas peculiares à época de sua origem, frente a uma Constituição moderna, preocupada com os direitos e garantias individuais como a nossa, mesmo tendo havido, nos últimos anos, uma série de alterações⁽¹⁾ pontuais no CPP, que acabaram por transformá-lo em uma verdadeira colcha de retalhos. Evidentemente, apesar de merecidas críticas em alguns pontos, de uma forma geral, todas essas alterações trouxeram aspectos verdadeiramente positivos, porque ao menos serviram para adequá-lo um pouco à Constituição Federal. Por incrível que pareça, muitos profissionais que atuam na seara do processo penal ainda relutam em analisar leis infraconstitucionais pelo prisma da nossa Lei Maior, o que gera a inequívoca necessidade de alteração da lei ordinária (CPP) para que “acreditem”⁽²⁾ no texto constitucional. Foi o que aconteceu com a antiga questão da necessidade do réu estar acompanhado por seu defensor no interrogatório judicial,⁽³⁾ depois com o sistema de inquirição de testemunhas diretamente pelas partes e, agora, com a Lei 12.403/11, no que se refere à utilização da prisão processual como *ultima ratio*.

Esta novel Lei, embora não isenta de algumas críticas, traz novidades merecedoras de muitos elogios. O simples fato de trazer alternativas à prisão cautelar, por si só, já bastaria para termos razões de comemoração às novas alterações trazidas ao nosso Código Processual Penal.

Parafraseando **Amilton Bueno de Carvalho**, entendemos que o juiz deve sempre partir do pressuposto de que, a princípio, nenhuma restrição à liberdade do indiciado/acusado deverá ser aplicada. Excepcionalmente, por motivo absolutamente relevante é que o juiz deverá impor alguma medida, porém, alternativa à prisão. Se esta medida, após a análise criteriosa de razoabilidade/proporcionalidade/eficácia/necessidade, não se mostrar suficiente para o caso em concreto, poderá o magistrado cumular mais de uma medida cautelar do art. 319 do CPP alterado. Superada esta análise, e verificada insuficiente esta medida, bem como se não houve outra possibilidade para o caso concreto, ou seja, sendo absolutamente necessária a segregação, somente aí estaria o juiz autorizado a decretar a prisão preventiva do agente, o que deve ser feito mediante concisa

e inequívoca fundamentação.

Por não comportar este desprezioso artigo uma análise extensa da recém-chegada legislação, pretendemos expor apenas a respeito da questão relativa à sua *vacatio legis*. Em seu art. 3º está disposto: “*Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial*”.

Em que pese a existência de respeitadas posições contrárias, defendemos a aplicação imediata desta lei, por ser mais benéfica ao réu (v.g., para os indiciados/acusados que se encontram presos provisoriamente, entendemos que deveria haver uma reavaliação imediata destas prisões, e, se for o caso, as mesmas deveriam ser substituídas pelas alternativas elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal).

Alberto Silva Franco,⁽⁴⁾ com sua peculiar maestria, leciona: “*Como todo e qualquer princípio constitucional, a retroatividade penal benéfica não tem efeito meramente proclamatório nem é regra de conotação programática: é imperativa, porque dotada de caráter jurídico-positivo*”. Referido caráter confere pronta eficácia à norma. O mesmo doutrinador, ao analisar a hipótese de *vacatio legis*, conclui que, quando o legislador prefixa um prazo futuro para a entrada em vigor da nova lei, tal regra não seria compatível com o princípio da retroatividade penal benéfica.

Os fundamentos apresentados por **Silva Franco** parecem-nos simples e cheios de razão, daí porque nos filiamos a esta tese. Ensina este doutrinador⁽⁵⁾ que “*a vacatio legis é estabelecida para favorecer as pessoas. Instituto desta natureza não pode ocasionar efeito oposto, ou seja, gerar prejuízo, aumentar ônus. Além disso, substancialmente, representa nova tomada de posição da lei sobre um instituto. Integram-se perfeitamente à filosofia da retroatividade benéfica*”. Acompanham este entendimento, entre outros, **Paulo José da Costa**, **Luiz Vicente Cernicchiaro** e **Cezar Roberto Bitencourt**.

É certo que as lições acima apresentadas foram defendidas pelos doutrinadores nominados no que concerne à norma penal (direito material). Porém, ainda que a novel lei trate exclusivamente de norma processual penal, é inegável que, por tratar de liberdade e prisão, trazendo em especial, “medidas alternativas à prisão processual”, há que se dar àquela igual tratamento dispensado à legislação penal.

O professor **Cezar Roberto Bitencourt**⁽⁶⁾ assim ensina: “*Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade*

e da própria ultratividade penal”.

Destarte, como afirmado alhures, em que pese tratar a Lei n. 12.403/11 de alterações no Código de Processo Penal, parte destas modificações legislativas carregam um inafastável caráter penal. Em especial, as novas redações dos arts. 282, 310, 313 e 319, dentre outras, merecem a compreensão de que carregam em si limitações à liberdade do indivíduo, determinando, por sua vez, alterações de garantias e direitos fundamentais, motivo pelo qual o tratamento dado a esta norma há que ser o mesmo dispensado à norma de direito material.

Partindo deste pressuposto, e alicerçados pelos ensinamentos doutrinários apontados, concluímos que, desde a publicação da nova lei, os magistrados têm o dever de reavaliar os fundamentos que determinaram o decreto prisional processual de todos os presos provisórios e, em sendo possível, deverão substituir as prisões por outras medidas cautelares trazidas pela nova legislação.

Lembramos, por fim, que, em que pese a Constituição Federal da República consagrar ser a prisão processual exceção, finalmente nossa lei processual penal, agora com a nova redação do art. 282, em seu § 6º, dispôs “*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*”. Realmente, em âmbito infraconstitucional, temos agora (e somente agora?) uma mudança de paradigma.

NOTAS

- (1) V.g. Leis ns. 10.792/03, 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08.
- (2) Usamos esta expressão, pois lembramos aqui da fala do saudoso **James Tubenchlak** ao proferir uma palestra no Hotel Glória na cidade do Rio de Janeiro, promovida pelo Instituto de Direito no ano de 1999, em que ele comparou os operadores do direito que lêem o texto constitucional a partir das leis ordinárias (quando deveria ocorrer o inverso) com os torcedores de futebol que vão ao estádio com radinho de pilha. Dizia ele que a estes torcedores não bastava assistir o jogo no campo, eles necessitavam que alguém lhes falasse o que estava ocorrendo lá.
- (3) A 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já anulava sistematicamente os processos nos quais os interrogatórios tinham ocorrido sem a presença de um defensor, muito antes do surgimento da Lei n. 10.792/03.
- (4) **FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui** (coords.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 62 e ss.
- (5) Op. cit.
- (6) **BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Tratado de direito penal – parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 207 e ss.

Paulo Sérgio de Oliveira

Advogado criminalista.

Mestre em Direito pela Universidade de Franca.

Professor de Direito Processual Penal na Escola

Paulista de Direito.

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: PRIMEIRAS REFLEXÕES

Guilherme Madeira Dezem

A Lei 12.403/11 reformulou por completo o sistema das medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. Pretendemos, neste texto, levantar alguns questionamentos iniciais para buscar melhor compreensão do tema.

Para entender a questão das medidas cautelares pessoais é preciso que se compreenda o conceito de liberdade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu o conceito de liberdade no Caso **Chaparro Alvarez**: “A liberdade é a capacidade de fazer e de não fazer tudo o que está licitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar sua vida individual e social conforme suas opiniões e convicções”.

Falar em medidas cautelares pessoais implica em falar em medidas que restrinjam a liberdade do sujeito em algum grau, não significando necessariamente supressão da liberdade de locomoção.

1. Critério de aplicação: proporcionalidade

O art. 282 estabelece os critérios de aplicação das medidas cautelares pessoais, fixando dois dos elementos da proporcionalidade, ou seja, necessidade e adequação: a) necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; e b) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou do acusado.

A proporcionalidade é o critério básico para a aplicação das medidas cautelares pessoais. Proporcionalidade que não é vista tão somente pelo critério do caso concreto, uma vez que a própria legislação estabeleceu alguns critérios já definidos de proporcionalidade.

Assim, por exemplo, estabelece o § 6º do art. 282 o critério da prisão preventiva como medida excepcional: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Ou seja, a própria legislação já estabeleceu aqui, como critério de proporcionalidade, que a prisão preventiva somente poderá ser aplicada de maneira excepcional, desde que não sejam cabíveis nenhuma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código.

O magistrado, ao decretar a prisão preventiva, deverá indicar sua necessidade e adequação, bem como os motivos pelos quais as demais medidas cautelares pessoais

não são suficientes para a situação legal. Esta fundamentação deverá ser feita de maneira concreta, não sendo suficiente a mera repetição dos termos legais.

Estas medidas do art. 319 poderão ser aplicadas de maneira isolada ou cumulativa, mas sempre observando-se o critério de proporcionalidade estabelecido no art. 282.

2. Medidas cautelares: aplicação e efeitos

As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no art. 319 do CPP. De cara surgem dois questionamentos: a) o rol das medidas é taxativo? b) há critério de proporcionalidade entre as medidas do art. 319?

Para o primeiro questionamento a resposta deve ser, em princípio, positiva. Tendo em vista o critério de liberdade da Corte Interamericana, parece difícil admitir a existência de poder geral de cautela do magistrado para restringir direitos fundamentais sem que haja expressa previsão legal.

Quanto ao segundo questionamento, parece que não é possível falar-se, *a priori*, de critério de intensidade entre cada uma das medidas. Quer nos parecer que estas medidas são criadas tendo distintas finalidades para distintas situações. Tendo em vista o critério de proporcionalidade do art. 282, parece-nos que deverá haver aplicação da medida mais adequada ao caso concreto.

Quanto às medidas, temos que algumas merecem destaque.

Em primeiro lugar, temos a importante medida prevista no inciso II do art. 319 (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações). Esta medida poderá muito bem ser utilizada para coibir atos de violência em estádios de futebol, por exemplo.

Já a medida do inciso VI (suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais) merece alguma reflexão.

Se for hipótese de funcionário público, parece-nos que não poderá haver suspensão do pagamento de seus vencimentos até que haja condenação definitiva. Mas o problema fica com a questão da atividade de natureza econômica ou financeira. Como fazer, neste caso, com os vencimentos daquele que trabalha de maneira individual?

A pergunta adquire especial relevo quan-

do se pensa na questão da duração temporal. Ora, se o acusado estiver solto, seu processo naturalmente terá tramite mais demorado do que se preso estivesse. Então, a pergunta: qual o limite de duração desta medida?

A lei não fixou duração. No entanto, quer nos parecer que esta medida, que pode nascer proporcional, perde seu caráter de proporcionalidade no decorrer do tempo, de forma que deverá ser substituída por outra medida. Insista-se: medida que nasce proporcional, com o tempo perde seu caráter de proporcionalidade e, por isso, deve ser revista à luz do art. 282 do CPP.

Também temos problemas com a monitoração eletrônica. A lei não previu nenhum procedimento para sua aplicação e fiscalização. Quer nos parecer que, nesta situação, deverá ser aplicado, por analogia, o procedimento do monitoramento eletrônico previsto na execução penal.

No entanto, é de se observar que não poderá ser subordinada a concessão da medida diversa da prisão à existência do aparelho de monitoração. Isto porque a concessão da medida não pode ficar subordinada às conveniências da Administração Pública.

Por fim, há tema que merece renovada reflexão. Trata-se da questão da detração penal. Poderá haver abate no cumprimento da pena por força da concessão de medida cautelar pessoal diversa da prisão? O tema não é fácil, e o fato de tratar-se de medida distinta da privação da liberdade torna ainda mais difícil a aceitação da medida da detração.

Quer nos parecer que a finalidade da detração penal (evitar o *bis in idem* no castigo ou sanção) está amplamente de acordo com a possibilidade de sua concessão para as medidas restritivas diversas da prisão.

Ora, se a liberdade do sujeito foi restringida por força da medida restritiva (lembrar do conceito da Corte Interamericana neste aspecto), então, nada mais natural que haja a figura da detração penal.

No entanto, como se trata de medida distinta da restrição da liberdade, não nos parece que o cômputo deva ser de 01 dia de medida restritiva para 01 dia de pena. Para a solução desta questão, entendemos que devem ser aplicados os arts. 8º do Código Penal e 126 da Lei de Execução Penal. Assim, para cada 03 dias de medida restritiva, deverá haver o desconto de 01 dia de prisão.

3. Prisão Preventiva

Há substancial modificação na possibilidade de decreto de prisão preventiva.

Em primeiro lugar, à luz do art. 311, não pode mais o juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva no curso do inquérito policial.

Trata-se de implementação da ideia de afastamento do juiz das atividades investigativas e, desta forma, impossibilitá-lo de decretar a prisão preventiva de ofício no inquérito policial é medida que busca implementar o sistema acusatório enquanto não vem o juiz das garantias.

Não houve substancial modificação nos fundamentos para decretar-se a prisão preventiva. Continuam previstos no art. 312, e tem-se, aqui, repetição do sistema atual no *caput* do artigo.

O grande debate surge com o art. 313 do CPP, notadamente com o inciso I e o parágrafo único.

No inciso I, tem-se que a prisão preventiva somente poderá ser decretada para os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Trata-se, aqui, de critério de proporcionalidade já definido pelo próprio legislador: não se pode decretar a prisão preventiva de alguém que esteja sendo processado por crime com pena máxima inferior a 04 anos. Como se disse no início do texto, o próprio legislador já fixou a proporcionalidade neste caso, de maneira apriorística.

Já o parágrafo único do art. 313 entra em claro confronto com a prisão temporária (dispõe o parágrafo único que “*também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida*”).

Ora, tem-se, aqui, situação semelhante à da prisão temporária, de forma que quer nos parecer que não mais será caso de decretação da prisão temporária em caso de dúvida sobre a identidade do sujeito, mas, apenas, de prisão preventiva.

Outra polêmica que certamente surgirá diz respeito ao parágrafo único do art. 312 (“*Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares [art. 282, § 4º]*”).

Ora, e se a medida restritiva for descumprida em caso de crime com pena máxima inferior a 04 anos, caberá o decreto de prisão preventiva? Parece-nos que não, tendo em vista que a proporcionalidade já foi estabelecida pelo próprio legislador no art. 313, I: somente poderá ser decretada a prisão preventiva para os crimes com pena máxima maior do que 04 anos.

4. A relação entre a prisão em flagrante, a preventiva e as demais medidas

O *caput* do art. 310 merece especial atenção por parte da comunidade jurídica. Estabelece ele que, “*ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança*”.

Temos aqui clara indicação de proporcionalidade por parte do legislador ao magistrado. Vale dizer: fixou o legislador expressamente quais os valores são propor-

cionais e em qual ordem.

Assim, quando o magistrado receber o auto de prisão em flagrante, deverá tomar uma das seguintes decisões:

- relaxar a prisão em flagrante ilegal;
- determinar a aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
- decretar a prisão preventiva;
- conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Estas quatro possibilidades parecem-nos que não podem ter sua ordem alterada pelo magistrado. Ou seja, o próprio legislador já estabeleceu o critério de proporcionalidade, devendo o magistrado fundamentar o porquê de sua escolha em detrimento das anteriores.

Assim, caso opte pela aplicação de medida cautelar diversa da prisão, deve motivar porque não relaxou a prisão em flagrante. E assim sucessivamente.

Conclusão

Estes são os questionamentos iniciais suscitados quando da análise da nova lei de medidas cautelares pessoais. Certamente, haverá de existir muitos outros e surgirão, ainda, outras respostas dadas às questões levantadas.

O que importa, neste momento, é que se perceba a profunda mudança de paradigma no sistema processual penal, tendo sido a prisão preventiva relegada a última opção pelo sistema.

Guilherme Madeira Dezem

Mestre em Direito Processual Penal pela
Universidade de São Paulo – USP.
Doutorando em Processo Penal pela
Universidade de São Paulo – USP.
Juiz de Direito.

EXAME CRIMINOLÓGICO E INDULTO

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Carlos Eduardo Afonso Rodrigues

O objetivo do presente texto é analisar o PL n. 5.240/09,⁽¹⁾ em trâmite na Câmara dos Deputados, que busca impor o exame criminológico como condição para a concessão do indulto. A justificativa da iniciativa parlamentar assenta-se na frouxidão dos atuais requisitos para o indulto, circunstância que acaba beneficiando um número maior de condenados e gerando uma sensação de impunidade no tecido social. Por esse motivo, o Poder Legislativo teria o dever de estabelecer limitações à competência do Poder Executivo de desconstituir sentenças condenatórias através do indulto.

O projeto de lei deve ser rejeitado por

pelo menos três razões. A primeira, e claramente insuperável, trata da divisão de poderes presente na Constituição Federal. Nos termos do artigo 84, XII e parágrafo único, da Constituição, a concessão de indulto cabe ao chefe do Poder Executivo,⁽²⁾ podendo tal atribuição ser delegada. Apenas o Presidente – e seus delegatários – pode indultar e estabelecer condições, sem ingerência do Poder Legislativo ou do Judiciário.

Já é pacífica a orientação pretoriana sobre os limites do Poder Judiciário: ao juiz é vedado valer-se de exigências não previstas no Decreto,⁽³⁾ caso contrário, haverá nítida transposição de funções estatais. Se é certo

que existem espaços por meio dos quais o titular de uma determinada função estatal pode transitar no terreno de outra, desde que constitucionalmente autorizado a tanto, também é correto que o núcleo essencial de cada uma daquelas deve ser observado.⁽⁴⁾ O indulto, ato representativo da soberania estatal, articulado e concretizado pela autoridade executiva, jamais poderá ter seu conteúdo deturpado pelos demais poderes, sob pena de inconstitucionalidade.⁽⁵⁾

Por outro lado, seguindo essa linha de raciocínio, tampouco o legislador ordinário poderá editar normas relacionadas ao indulto. O estabelecimento de vedações legais para impedir o condenado de recon-

quistar a plena liberdade é inconstitucional, porque não detém o legislador competência nessa matéria, distribuída que foi, de modo exclusivo, ao Poder Executivo.

A segunda razão que determina o repúdio ao projeto é a natureza do indulto, ato de clemência soberana, cuja função é obstaculizar a continuidade do cumprimento da punição.

Há, historicamente, duas justificativas para o indulto: a primeira se relaciona com a revolucionária mudança de um governo, o qual elimina os atos de poder do soberano anterior, utilizando-se do indulto. A segunda, que nos interessa, é o reconhecimento de que, por sua qualidade/intensidade, a sanção em parte executada já impôs o castigo devido e, assim, pode ter sua duração abreviada. Portanto, se a pena é cumprida em condições mais severas que as previstas na lei, e a intensidade do sofrimento imposto é maior que a prevista pelo legislador, a quantidade da pena deve ser reduzida para que o castigo imaginado na cominação legislativa da pena não seja extrapolado.

Como se vê, em essência, o indulto não é instituto de promoção de bom comportamento, relacionado com a prevenção especial positiva, como a progressão de regime ou a remição. Está ligado, sim, à função retributiva e é imposto por razões de equidade e proporcionalidade, que em nada são influenciadas pelo comportamento do condenado. Daí ser absolutamente impertinente a realização de exame criminológico ou outro qualquer.

A terceira razão é a inconsistência teó-

rica do próprio exame criminológico, que agoniza pela ausência de parâmetros claros e padronizados para sua realização e tem sua eficiência colocada em xeque pela inexistência de estudos que o suportem.⁽⁶⁾ A clara tendência do sistema penal brasileiro moderno é democratizante, privilegiando o direito penal do fato e atrofiando o direito penal do autor. Nesse contexto, a proposta é fruto de evidente retrocesso.

Possível concluir, enfim, pela inconstitucionalidade e impertinência conceitual e teórica do PL n. 5.240/09. Se é verdade que a impunidade permeia a seara penal e fulmina sua credibilidade, outros caminhos devem ser tentados, como a valorização do aparato persecutório e a racionalização das leis. Retrocessos inconstitucionais são dispensáveis.

NOTAS

- (1) <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=434897>. Acesso em 31 de março de 2011.
- (2) De há muito o exercício dessa competência é confiada ao chefe do Poder Executivo: “O indulto é ato do Poder Executivo. De privilégio real, nas monarquias, passou a ser, nos regimes republicanos, faculdade do Poder Executivo, reservando-se para o Legislativo a anistia. Assim dispunham, na sua generalidade, as Constituições de antes de guerra” (CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 183).
- (3) STJ, HC n. 33.191/SP: “A concessão de indulto é ato discricionário do Presidente da República, cabe a ele a definição dos termos para a concessão do benefício, não sendo razoável a submissão do paciente ao atendimento de requisitos não expressos

no dispositivo legal regulador da espécie”.

- (4) “Estas rupturas ou desvios do princípio da divisão de poderes só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 252).
- (5) A respeito do controle de constitucionalidade, a doutrina de **Luís Roberto Barroso**: “A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como judicial review, e batizado entre nós de “controle de constitucionalidade” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 164).
- (6) BARROS, Carmen Silva de Moraes; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Exame criminológico: hora de pôr fim ao equívoco!, in *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 215, p. 03-04, out. 2010, *passim*.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensor Público do Estado de São Paulo.
Assessor Jurídico da Defensoria Pública Geral.
Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC/SP.
Coordenador-Chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

Carlos Eduardo Afonso Rodrigues

Defensor Público do Estado de São Paulo.
Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP.
Coordenador-Adjunto do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “A DOUTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL REVISITADA”

O novo Curso representa mais um passo no processo de aproximação entre o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Além do Curso de Direito Penal Económico, realizado a cada dois anos, em São Paulo, o IDPEE e o IBCCRIM, com a participação de conhecidos professores portugueses e brasileiros, convidam agora os profissionais do direito (advogados, bacharéis em direito, defensores públicos, delegados de polícia, delegados federais, magistrados, procuradores da república e promotores de justiça) para uma nova visita aos conceitos fundamentais da infração criminal e das consequências jurídicas dela decorrentes.

Período: de 04 de agosto a 29 de outubro.

Horário das aulas: quintas-feiras e sextas-feiras das 19h às 22h e aos sábados das 09h às 12h.

Local: Avenida Paulista, 1842 - 25º andar (auditório do TRF 3ª Região) - São Paulo/SP.

Título Conferido: Diploma de Pós-graduação em Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada, emitido pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Inscrições abertas. Consulte regulamento, cronograma e valores no **Portal IBCCRIM**.

Patrocínio:



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

TESTE DO “BAFÔMETRO”: A INCONSTITUCIONAL INCIDÊNCIA DO ART. 165 DO CTB E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

César Peres

Desde 25.09.1992⁽¹⁾, o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tratado internacional cujo desrespeito pode (e deve!) gerar sanções econômicas e políticas a qualquer Estado Parte que eventualmente desrespeite as suas prescrições.

Por força dessa adesão, as normas de garantias cidadãs ali encontradas incorporam-se ao nosso sistema normativo no mesmo nível da Constituição Federal.⁽²⁾ Dizendo de outro modo: maltratar o Pacto é o mesmo que desrespeitar a Carta Política. É de pura e simples (e grave!) ilegalidade que aqui se trata, portanto.

Não por outra razão, sucessivas violações aos direitos humanos acontecidas em solo brasileiro têm sido denunciadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos – cuja competência contenciosa reconhecemos em 10.12.1998⁽³⁾ – a qual, uma vez admitida a ilegalidade, vem condenando o Brasil a indenizar as vítimas pelos danos materiais e morais sofridos, obrigando o Governo a promover políticas públicas tendentes a sanar as ilegalidades reconhecidas em sentença.⁽⁴⁾

Tal introdução impõe-se porque, ao tratar das “Garantias judiciais”, o art. 8º, II, g, da Convenção prescreve ter toda pessoa “*direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”.

No mesmo sentido, a Constituição Federal (art. 5º, LXIII) erigiu como norma de garantia o direito do réu ou investigado ao silêncio.

Como se vê, seja por força do Tratado, seja em face da CF, no Brasil, em processo criminal ou administrativo sancionador – este regido pelas mesmas garantias individuais daquele⁽⁵⁾ – ninguém é obrigado a produzir prova contra

si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Como decorrência deste princípio, negar-se o cidadão a se submeter à prova do etilômetro nada mais é do que mero exercício regular de um direito. E, como tal, ato perfeitamente lícito, a teor do art. 23, III, segunda figura, do Código Penal.⁽⁶⁾

Primeiro porque a prova ali colhida poderia incriminá-lo, e ao Poder Público impõe a busca da prova do alegado por outros meios que não impliquem em quebra de franquias constitucionais – nunca sob a ameaça de outra pena, como neste caso prevê o Código de Trânsito Brasileiro,⁽⁷⁾ segundo porque, assim colhida de forma unilateral, sem a possibilidade de contraprova e realizada por quem não seja perito, é totalmente suscetível de erro ou mesmo de manipulação por parte do agente público encarregado de produzi-la.

Em suma, recusando-se o cidadão a soprar o “bafômetro” a tanto não pode ser compelido, e a negativa não deve ser de qualquer modo prejudicial à sua defesa no processo criminal e nem mesmo no administrativo. Por isso, não será lícito fazê-lo sofrer a incidência das penalidades previstas no art. 165 do CTB (multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses). A menos que se diga que num Estado Democrático de Direito *possa alguém vir a ser penalizado por estar no exercício regular de um direito previsto na Constituição Federal*.

O tema deve ser levado até o STF, guardião maior da Constituição. Entretanto, esgotados os recursos internos,⁽⁸⁾ por tratar-se de ferida às garantias judiciais previstas no Pacto, é caso de levar-se a matéria até a Corte Interamericana, com sede na Costa Rica (o que pode ser feito daqui do Brasil mesmo), a qual certamente saberá corrigir tamanho abuso.

NOTAS

- (1) Ver Carta de Adesão e Decreto 678/92 em: <http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/7/docs/decreto_no_678_de_6_de_novembro_de_1992.pdf>.
- (2) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 87.585/TO, Ministro Marco Aurélio (relator), publicado no DJE 26.06.2009, n. 118, divulgado em 25.06.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2345410>>. Acesso em: 10 de julho de 2010.
- (3) FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. *Revista dos Tribunais* n. 722, p. 13. V.g., Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 30 de novembro de 2005. Serie C n. 139. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2010.
- (4) MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 273.
- (5) Trata-se aqui de uma excludente de ilicitude.
- (6) “Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (...) § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.”
- (8) Sobre a exceção preliminar de não admissibilidade pelo não esgotamento dos recursos internos, por todos, consultar: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983; _____. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

César Peres

Advogado criminalista. Professor universitário. Mestrando em Direito pela UNISIC – Universidade de Santa Cruz do Sul. Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Rio Grande do Sul – ACRIERGS.

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM “DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Uma parceria entre o IBCCRIM e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O IBCCRIM e o Instituto de Direito Internacional e da Cooperação com os Estados e Comunidades Lusófonas “Ius Gentium Conimbrigae” – IGC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, reunirão professores brasileiros e portugueses para realizar o curso de Pós-graduação em Direitos Fundamentais.

Período: de 02 de junho a 30 de julho.

Horário das aulas: quintas-feiras e sextas-feiras das 19h às 22h e aos sábados das 09h às 12h.

Local: Avenida Paulista, 1842 - 25º andar (auditório do TRF 3ª Região) - São Paulo/SP.

Título Conferido: Diploma de Pós-graduação em Direitos Fundamentais, emitido pelo Ius Gentium Conimbrigae – IGC, da Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra.

Informações no Portal IBCCRIM.

Patrocínio:



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

NEILIO MACHADO,
MARCONNA STEIN & MENDES
ADVOCADOS

Curso de Pós-graduação

A Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada

Curso em parceria
com a Faculdade
de Direito da
Universidade de
Coimbra

04.08 a 29.10.11

Realização:

IBCCRIM e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O Curso representa mais um passo no processo de aproximação entre o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Além do Curso de Direito Penal Económico, realizado a cada dois anos em São Paulo, o IDPEE e o IBCCRIM, com a participação de conhecidos professores portugueses e brasileiros, convidam agora os profissionais do direito para uma nova visita aos conceitos fundamentais da infração criminal e das consequências jurídicas dela decorrentes.

Inscrições abertas

www.ibccrim.org.br



realização



patrocínio



Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ SÃO PAULO

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

TRATADO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO DIREITO PENAL

Diretor: **Guilherme de Souza Nucci**

**SURPREENDA-SE COM UM NOVO CONCEITO INTEGRADOR
DAS FONTES DO DIREITO QUE PERMITE A
MELHOR TOMADA DE DECISÃO**

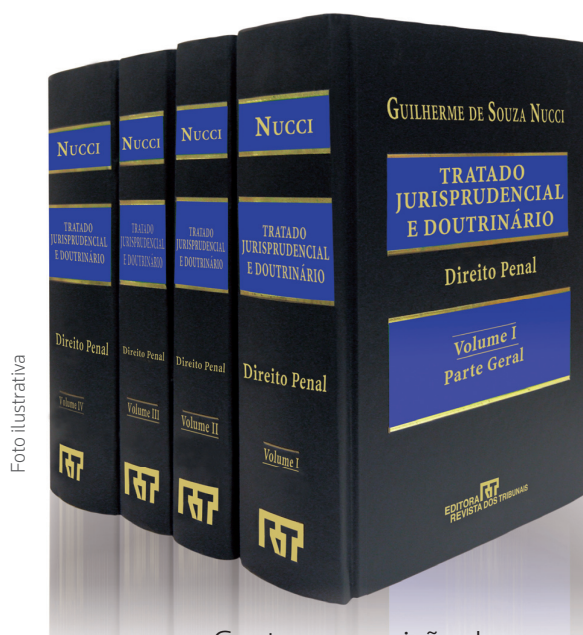


Foto ilustrativa

160 QUESTÕES práticas de alta relevância e atualidade, não pacificadas na jurisprudência e analisadas sob os aspectos doutrinário e jurisprudencial

- ✓ 4 Volumes
- ✓ Mais de 4.000 páginas
- ✓ Encadernação luxuosa

Conte com a visão do renomado jurista **GUILHERME NUCCI**
E com as decisões dos principais órgãos do Poder Judiciário para

- ✓ sistematizar suas fontes de consulta
- ✓ aprofundar sua reflexão
- ✓ tomar a melhor decisão
- ✓ traçar a estratégia mais favorável à sua causa

CONSULTE HOJE O NOSSO
ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: **0800 702 2433**

VISITE O **HOT SITE** www.rt.com.br/tratado/penal

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS