

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

ADVERTÊNCIAS À MILITARIZAÇÃO DA IDEIA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Após um amplo debate com a sociedade brasileira, a Constituição da República de 1988 definiu que às polícias civis, dirigidas por bacharéis em direito que são os delegados de polícia estruturados em carreira, compete a função de polícia judiciária e a apuração das infrações penais (art. 144, parágrafo 4º). O mesmo dispositivo, logo adiante, atribui às polícias militares o policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública (parágrafo 5º).

Pese o texto constitucional – que certamente não é gratuito –, ao argumento de que as polícias todas devem realizar o chamado **ciclo completo de investigação**, há tempos ouvimos vozes enganosas. Pede-se a supressão das reservas constitucionais, com o que poderia a lei ordinária, eventualmente, dispor que também os militares passarão a apurar crimes ocorridos na vida civil.

Tristemente pouca, nossa memória. Resultado de uma grande mobilização civil pela democratização do país, a Constituição de 1988 adverte-nos quão perigoso é atribuir a militares investigações estranhas ao seu universo próprio. Invocar indevidamente o exemplo de países de vida institucional estável – que não viveram as ditaduras que contaminaram a América Latina – não seria minimamente ilustrativo ou lúcido.

Infelizmente, as organizações militares, entre nós, nunca estiveram conformadas ao que o direito lhes reserva. Mesmo hoje, estão entre as forças que querem subtrair à ação da justiça crimes cometidos contra a humanidade. Quando erram ou falham, são também refratárias a responder perante o sistema civil de justiça criminal. Querem, ainda agora, uma justiça somente para si próprias, formada à sua feição e semelhança, negando-se a prestar contas à justiça que serve a todos, indistintamente. Paradoxalmente, no entanto, reclamam investigar crimes não militares, interrogando e investigando civis, fechadas em seus quartéis.

Ora, uma instituição militar não é estruturada a partir da formação jurídica de seus quadros. Não é voltada à cultura do direito enquanto um valor em si mesmo. Aliás, o quartel é uma fortaleza fechada sobre si própria que existe se e enquanto for inexpugnável. Tudo, nele, é a mais precisa antinomia em face da ideia publicística que funda a construção histórica do

direito processual. Estamos, pois, diante de conceitos absolutamente antagônicos.

Não bastasse o argumento falso da completude desse ciclo – entre nós, mais que completo, sempre foi excessivo e desmedido –, e não bastasse sensibilizarem-se mentes equivocadas e perigosamente descomprometidas do mundo acadêmico brasileiro, ainda agora surge a invocação de funções de investigação também às Forças Armadas. Ou seja, querem institucionalizar o espetáculo de tanques de guerra subindo morros, de generais contaminando-se com a corrupção das fronteiras, vigiando periferias e fazendo, outra vez, guerra contra o próprio povo.

Pior ainda que militares usurpando funções civis é a tentativa de civis construírem inadvertidas corporações militarizadas. Para coroar todo esse repertório, multiplicam-se pelo Brasil as chamadas guardas municipais que, de civis, têm meramente o nome, eis que todas também fortemente militarizadas. Grande parte dos quadros e rotinas que formam tais guardas – que ambicionam tudo, menos **guardar** – têm origem na vida militar. Há municípios pagando soldos extras a policiais militares – aluguel de armas? – para execução de suas vontades de ocasião. Avolumam-se casos em que guardas civis emparedam moradores de rua, submetendo-os a revistas vexatórias, em via pública. Meses atrás, uma atuação esdrúxula de uma dessas guardas civis ocasionou a morte de uma jovem na populosa favela de Heliópolis, em São Paulo. Seguiu-se compreensível revolta da população por atuação assim grotesca do Estado. Repare-se que as tais guardas municipais, todavia, não se submetem à corregedoria externa do Judiciário e do Ministério Público, como ocorre com as polícias civis, de sorte que seus desmandos sequer têm sítios e autoridades vigilantes que os possam investigar, de fora para dentro.

E já que todos criam polícias, também os agentes prisionais querem uma exclusiva, para investigar a seu prazer a si próprios, seus presos e respectivos familiares, como se fazer uma polícia – isto é, encontrar homens qualificados, treiná-los, acompanhá-los e corrigi-los, se necessário – fosse coisa simples e fácil que pudesse, inclusive, ser realizada atrás do balcão do Estado. Enquanto isso, por todo o País, espalham-se

Por trás de todas essas propostas esdrúxulas, o movimento subjacente é nítido. Trata-se de militarizar a própria ideia de segurança pública, reclamando-a da cidadania que é seu espaço próprio para confiná-la nos quartéis, batalhões e dependências tais.

EDITORIAL:

ADVERTÊNCIAS À MILITARIZAÇÃO DA IDEIA DE SEGURANÇA PÚBLICA 1

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA

DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Éricka Silva Gomide Castanheira..... 2

A VOLTA DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Alvino Augusto de Sá..... 4

A PRIVACIDADE E A NOVA LEI DE DROGAS

Maurides de Melo Ribeiro..... 6

O PAPEL DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA PREVENÇÃO DAS VIOLÊNCIAS

Eduardo C. B. Bittar..... 7

A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NA BIOSSEGURANÇA: UMA ILUSÃO FUTURISTA

Luciano Anderson de Souza e Fabiana Gonçalves Okai..... 9

“SALVE GERAL”, CONVENÇÃO DE PALERMO E LEI Nº 9.034/95

Carlos Eduardo de Souza..... 10

A LEI Nº 12.015/09 CRIOU MAIS UMA EXCEÇÃO À TEORIA MONÍSTICA DO CONCURSO DE PESSOAS

Galvão Rabelo..... 12

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Raffaella da Porciuncula Pallamolla..... 14

“QUEM É VOCÊ? ADIVINHA SE GOSTAS DE MIM?”

Thiago Gomes Anastácio..... 16

LEI Nº 11.941/2009 (REFIS 4) E SUAS IMPLICAÇÕES AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

Danyelle da Silva Galvão e Marlus H. Arns de Oliveira..... 18

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO ACUSADO

Fernando Antonio Osório Tabet..... 19

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

PROCESSO PENAL PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. 1329

EMENTAS

Supremo Tribunal Federal	1330
Superior Tribunal de Justiça	1331
Tribunais Regionais Federais.....	1332
Tribunais de Justiça	1335

presídios sob administração militar direta, o que constitui desvio e pulverização, entre nós, da experiência de Guantánamo.

Por trás de todas essas propostas esdrúxulas, o movimento subjacente é nítido. Trata-se de militarizar a própria ideia de segurança pública, reclamando-a da cidadania que é seu espaço próprio para confiná-la nos quartéis, batalhões e dependências tais. Trata-se, antes de tudo, de dizer que a segurança pública é coisa militar porque, em última análise, vivemos uma guerra e, como sabemos, a guerra é precisamente a situação em que os antigos diziam não haver direito. Invoca-se a milita-

rização porque se invoca a guerra. Invoca-se a guerra porque se invoca a excepcionalidade. Querem, então, a excepcionalidade porque querem, afinal, fazê-la permanente.

Diante da complexidade desses temas, o IBCCRIM inaugura 2010 perfilando-se com muitas entidades e instituições de defesa do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos, em prol do objetivo de trazer essas advertências importantes à sociedade brasileira. O principal objetivo, portanto, é debater uma investigação policial comprometida com a legalidade, coisa que nosso Instituto e seus parceiros, aliás, fazem desde sempre.

Estamos diante de questões que estão sendo pouco refletidas pela sociedade que, sem o perceber, coloca-se à beira de decisões sérias e irreversíveis nesses temas. Não se trata senão de defender que a investigação policial, função pública por excelência, mantenha-se como atividade exclusivamente civil. Não se trata senão de defender que seu ambiente seja aquele da mais estrita legalidade. Para tanto, há de ser necessariamente conduzida por estruturas voltadas à cultura exclusiva do direito. Segurança pública, afinal, é tema de cidadania. Não de batalhas, guerras, gritos e exceções.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Éricka Silva Gomide Castanheira

A Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), em sua primitiva redação⁽¹⁾, previa a realização de exame criminológico, quando necessário, para a progressão de regime prisional. Embora não fosse obrigatório, tornou-se a prática, mormente nos crimes patrimoniais.

Após quase vinte anos de vigência da referida norma, muitas vezes se voltaram contra o exame criminológico, notadamente em razão de sua subjetividade, falta de cientificismo e autoritarismo. Sustenta-se que os laudos não adotam critérios objetivos e carecem de padronização, baseando-se em meras presunções acerca da possibilidade ou não de o condenado reiterar a prática delitiva⁽²⁾.

A Lei nº 10.792/2003 alterou a sistemática até então vigente, não mais prevendo a realização do exame criminológico, passando a exigir, no tocante ao requisito subjetivo, que o condenado ostente bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. Igual medida também foi adotada para os casos de livramento condicional, indulto e comutação de penas.

Muito se tem discutido, durante esses seis anos de vigência da norma, acerca da melhor interpretação a lhe ser conferida, culminando com a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 190/2007, recentemente aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania⁽³⁾.

De acordo com o texto final aprovado no referido Projeto de Lei, que novamente altera o art. 112 da Lei de Execução Penal, passa-se a exigir, para o deferimento dos pleitos, que a decisão seja precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do Ministério Público, bem como de exame criminológico nas hipóteses de reincidência ou de condenação por crime hediondo ou a ele equiparado, ou cometido mediante violência ou grave ameaça.

A polêmica que se instalou, em face do que dispõe a atual redação legal, diz respeito à possibilidade ou não de o juiz determinar

a realização do exame, quando entender necessário à formação de sua convicção, ou dispensá-lo, diante da apresentação de atestado de boa conduta carcerária.

Sustenta-se, de um lado, que ao juiz da execução não mais é permitido se valer de laudo técnico para aferir o mérito do condenado, ficando a análise restrita ao atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento prisional. Defendem esse entendimento, dentre outros, **Andrei Zenker Schmidt**⁽⁴⁾, **Fabiana Lemes Zamalloa do Prado**⁽⁵⁾, **Renato Marcão**⁽⁶⁾ e **Salo de Carvalho**⁽⁷⁾.

De outra sorte, há quem afirme que, embora não mais obrigatório o exame, é possível ao juiz determinar, quando entender imprescindível, que o condenado se submeta à perícia. Pensam assim, por exemplo, **Guilherme de Souza Nucci**⁽⁸⁾, **Mário Coimbra**⁽⁹⁾ e **Márcio Zuba de Oliva**⁽¹⁰⁾.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, interpretando a Lei nº 10.792/2003 sob os enfoques constitucional e infraconstitucional, firmaram entendimento no sentido de que o magistrado pode determinar a realização do exame criminológico, se entender indispensável para a sua convicção, desde que em decisão devidamente motivada⁽¹¹⁾.

O grande questionamento que se põe está em saber o que deve ser considerado como

fundamento para determinar a realização da perícia, ou ainda o que pode ser admitido como motivo para se negar a progressão, sob o aspecto subjetivo, ainda que o condenado possua bom comportamento carcerário.

Embora a redação atual da Lei de Execução Penal não seja expressa a respeito, o Código Penal dispõe que as penas privativas de liberdade serão executadas na forma progressiva “segundo o mérito do condenado”⁽¹²⁾.

Dentro desse contexto, só é possível aferir o mérito do condenado com base no que ocorreu durante o período de execução. Não basta, para fundamentar a necessidade de realização do exame criminológico, que o magistrado faça referência à gravidade abstrata do crime ou à longa pena que resta a cumprir. Tampouco poderá motivar o indeferimento do pedido com base em tais considerações.

Lembre-se, a tal propósito, que o fato de se tratar de crime hediondo ou a ele equiparado, se não pode ser invocado como único motivo para justificar uma custódia cautelar, com maior razão não pode motivar o indeferimento da progressão.

Questões atinentes às circunstâncias em que o crime foi cometido, assim como a peculiar forma de agir do agente da conduta criminosa, podem servir como fundamentos hábeis para a individualização da pena na fase cognitiva, justificando, por vezes, a imposição de pena mais severa. Contudo, uma vez constituído o título executivo, o que se deve

De acordo com o texto final aprovado no referido Projeto de Lei, que novamente altera o art. 112 da Lei de Execução Penal, passa-se a exigir, para o deferimento dos pleitos, que a decisão seja precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do Ministério Público, bem como de exame criminológico nas hipóteses de reincidência ou de condenação por crime hediondo ou a ele equiparado, ou cometido mediante violência ou grave ameaça.

ter em conta é cumprir os objetivos da LEP: “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”⁽¹³⁾.

É essencial, portanto, que durante a execução o condenado seja avaliado por sua conduta e atitudes a partir do início do cumprimento da pena, não pelo seu comportamento anterior ao crime ou no momento da prática delitiva.

O exame criminológico no curso da execução, se e quando necessário, deve projetar-se para o futuro do condenado, não para o seu passado, razão pela qual as genéricas considerações normalmente feitas acerca da personalidade imatura, da falta de arrependimento ou das razões que levaram ao cometimento do ilícito penal não podem servir como fundamento para a denegação do pedido.

Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, afirmando a necessidade de a decisão que indefere o pleito basear-se em fatos concretos da execução, não constituindo motivação hábil a quantidade de pena que resta a cumprir, a gravidade ou a hediondez do delito⁽¹⁴⁾.

Em verdade, forçoso é reconhecer que faltam critérios mais objetivos para se conceituar o que seja bom comportamento carcerário, uma vez que a lei nada dispõe acerca do tempo necessário para a reabilitação da falta grave.

De outro lado, não se tenha a ilusão de que a obrigatoriedade do exame criminológico, como se pretende no Projeto de Lei recentemente aprovado pelo Senado Federal, diminuirá a reincidência ou tornará a sociedade “mais segura”.

Isso porque, repita-se, o que se deve ter em conta no momento da progressão é o **mérito** do condenado, considerado a partir de suas atitudes no curso da execução. Ademais, o laudo não vincula o magistrado, servindo apenas como forma de auxiliar na formação de seu convencimento, podendo ser determinado, quando necessário, independentemente da alteração legislativa, por força do disposto no art. 196, § 2º, da Lei de Execução Penal.

Seja amparado no exame criminológico, ou apenas no atestado carcerário e nos demais dados do processo, o certo é que o magistrado deve, caso a caso, verificar a presença dos requisitos exigidos, fundamentando sua decisão de acordo com o mérito do condenado durante a execução da reprimenda. Só assim estará observando a garantia constitucional da individualização da pena.

PARTICIPE POR ACREDITAR

RENOVAÇÃO DA ASSINATURA DA RBCCRIM

Já estão disponíveis para assinatura os valores da Revista Brasileira de Ciências Criminais - **RBCCRIM**, para o ano de 2010 (nºs 82 a 87). Associados do **IBCCRIM** gozam de 30% de desconto e o valor total pode ser dividido. O pedido poderá ser feito pela internet, acessando a área da **RBCCRIM** em <http://www.ibccrim.org.br> ou pelo Departamento de Vendas da RT: 0800-702-2433.

NOTAS

- (1) Art. 112, parágrafo único.
- (2) Cf. **Barros, Carmen Silva de Moraes**. As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM*, nº 48, Editora Revista dos Tribunais, maio-junho/2004, p. 181; **Lopes Jr., Aury**. “A (im) prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal”, *Boletim IBCCRIM*, nº 123, Fevereiro/2003, p. 11-13.
- (3) http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80577.
- (4) Crônica acerca da extinção do exame criminológico, *Boletim IBCCRIM*, nº 134, Janeiro/2004, p. 2-3.
- (5) Execução Penal e garantismo: as alterações introduzidas na lei de execuções penais sobre o exame criminológico, *Boletim IBCCRIM*, nº 146, Janeiro/2005, p. 6-8.
- (6) *Curso de Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.
- (7) O (Novo) Papel dos ‘Criminólogos’ na Execução Penal: As alterações estabelecidas pela Lei 10.792/03. In: **Carvalho, Salo de** (Coord). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, pp. 159/173.
- (8) *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 953.
- (9) Classificação dos Condenados - Artigos 5º a 9º da LEP. In: **Prado, Luiz Regis** (Coord). *Execução Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.
- (10) O exame criminológico e suas peculiaridades frente ao criminoso. In: **Bittar, Walter Barbosa** (Coord). *A criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Júris/IBCCRIM, 2007, p. 163.
- (11) V., dentre outros: STJ, HC 141.458/SP, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, j. 13/10/2009, DJe 03/11/2009; STJ, HC 91.880/RS, Rel. Ministro **PAULO GALLOTTI**, SEXTA TURMA, j. 07/10/2008, DJe 28/10/2008; STF, HC 96853, Relator: Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**, PRIMEIRA TURMA, j. 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26/11/2009 PUBLIC 27/11/2009; STF, HC 98918, Relatora: Min. **ELLEN GRACIE**, SEGUNDA TURMA, j. 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28/10/2009 PUBLIC 29/10/2009.
- (12) Art. 33, § 2º, CP.
- (13) Art. 1º da LEP.
- (14) Cf. HC 131.025/SP, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, j. 01/10/2009, DJe 26/10/2009; HC 109.180/SP, Rel. Ministro **CELSO LIMONGI** (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, j. 29/09/2009, DJe 19/10/2009; HC 61.792/SP, Rel. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**, Rel. p/ Acórdão Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, SEXTA TURMA, j. 10/05/2007, DJ 10/09/2007 p. 313.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

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

Éricka Silva Gomide Castanheira

Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª SECRETÁRIA: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,
Carlos Alberto Pires Mendes,
Marco Antonio Rodrigues Nahum,
Sérgio Salomão Shecaira e
Theodomiro Dias Neto

DEPARTAMENTOS:

Coordenadores-chefes

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COMISSÕES:

Presidentes

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

A VOLTA DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Alvino Augusto de Sá

Estamos às voltas com a tramitação no Congresso de projeto de lei que novamente traz alterações na Lei de Execução Penal e prevê a reintrodução do exame criminológico para instrução de pedidos de benefícios legais. Supondo-se inevitável tal medida, o problema que nos ocupa é discutir sobre uma melhor forma como ela poderia ser tomada e apresentar propostas nesse sentido. Serão feitas considerações teóricas e críticas sobre o exame criminológico, sobre a natureza e vantagens do parecer das Comissões Técnicas de Classificação⁽¹⁾, as quais justificarão as propostas a serem apresentadas ao final.

1. O exame criminológico

A natureza do exame criminológico consiste na realização de um diagnóstico e de um prognóstico criminológicos, aos quais se segue uma proposta de conduta a ser tomada em relação ao examinando⁽²⁾. Trata-se de perícia acerca da dinâmica do ato criminoso^(3,4).

Pelo **diagnóstico**, o exame busca avaliar as condições pessoais do preso, orgânicas, psicológicas, familiares e sociais, que estariam associadas à sua conduta criminosa e a “explicariam”. Serão discutidos aqui dois problemas.

O primeiro problema corresponde a um duplo desafio: a) como garantir que as características psicológicas apontadas no atual exame estavam presentes quando da prática criminosa, há dois, três ou mais anos atrás?; b) como garantir que elas foram fatores psicológicos motivadores do crime?

Se a resposta ao desafio for a de dizer que as características de personalidade importantes tendem a ser mais estáveis e que, por conseguinte, já estariam presentes quando da prática delitiva, então há que se concluir que, o preso que hoje não tem condições de obter o benefício, nunca as terá, e que o preso que hoje tem condições, sempre as teve e sempre as terá.

Por outro lado, se se acreditar na possibilidade da pessoa mudar suas características psicológicas, para “melhor” ou para “pior”, como garantir as características tidas como “negativas” já estariam presentes na época da prática delitiva e que teriam sido motivadoras do crime? Como garantir que tais características não teriam sido fomentadas no processo de prisionização, de aculturação no cárcere? Diversos fatores “negativos” que comumente vêm reforçando conclusões contrárias à concessão dos benefícios podem facilmente ser associados à experiência de encarceramento. Exemplos ilustrativos: *estereotipia de pensamento, com baixa capacidade de reflexão e autocrítica* (reflexos da estereotipia do cárcere), *valores ético-morais centrados em benefícios próprios* (mecanismo de sobrevivência), *aspectos regressivos, infantis, de imaturidade e de insegurança*

(produtos mais do que esperados de uma vida totalmente controlada, de total dependência de outros), *dificuldade de elaboração de planos de futuro consistentes* (reflexos da estereotipia do cárcere e da falta de perspectivas na vida carcerária, a não ser, quando muito, a de conquistar a liberdade).

Esse duplo desafio seria mais facilmente enfrentado, caso o examinando tivesse sido submetido a exame criminológico quando do início da execução de sua pena, conforme previsto nos artigos 8º da LEP e 34 do Código Penal.

O segundo problema, diretamente decorrente do primeiro, é o risco de que os técnicos deem às características “negativas” de seu examinando um realce maior, comparativamente com as “positivas”, sem se preocuparem, contudo, por saber se as tais características “negativas” teriam sido motivadoras do crime. Na medida em que essa associação deixa de ser objeto de preocupação, o exame deixa de ser criminológico para ser unicamente um exame de personalidade e do histórico pessoal do preso, o qual é previsto na LEP como uma avaliação à parte, distinta do criminológico, conforme fica muito claro no item 34 da Exposição de Motivos da lei. Nesse caso, na medida em que se nega ao preso o benefício pleiteado por conta dos resultados do tal exame (de personalidade), o preso estaria sendo punido pelo fato de ter determinadas características de personalidade e de histórico pessoal. A prevalecer este tipo de raciocínio, por certo se estaria regredindo ao vetusto direito penal do autor, agora travestido de direito penal do inimigo e invadindo as searas da execução penal sob o manto protetor de um pseudo-exame criminológico.

Pelo **prognóstico**, o exame criminológico oferece uma conclusão acerca da probabilidade de reincidência. Forçoso é destacar aqui outro problema. É que algumas das características psicológicas comumente levantadas e tidas como particularmente relevantes costumam ser relativamente estáveis. Além disso, os dados do passado são irremovíveis. Tudo isso em sério prejuízo da validade do prognóstico.

Suponha-se, por exemplo, a seguinte síntese de dados, muito frequentes em exame criminológico: *Examinando proveniente de lar desestruturado e desagregado, desadaptação escolar, passagens por instituições correccionais, traços de agressividade, tendência ao comando e liderança, ambição, perspectiva de futuro*

vaga e inconsistente ou não condizente com sua situação real. Diante de tal quadro, muito provavelmente o prognóstico não seria nada favorável e a conclusão da justiça seria pelo indeferimento do benefício. Entretanto, quem

tem esse passado acima descrito, sempre o terá, já que o passado é irrevogável. Quanto aos traços de personalidade exemplificados, eles tendem a ser relativamente estáveis e, o que é mais importante, não são “negativos”, embora assim sejam avaliados. Quanto à perspectiva de futuro, como se exigir que o preso tenha uma visão consistente do que pretende em liberdade, se ele está sujeito aos rigores do cárcere?

Portanto, o problema não está unicamente em

saber como foi o histórico do preso e quais são suas características psicológicas associadas à prática delitiva, à época dos fatos. Questão de crucial importância é saber como ele atualmente está lidando com tudo isso, como vem direcionando sua conduta frente a toda sua bagagem pessoal, consideradas as limitações do cárcere. Ocorre que o instrumento mais adequado para se fazer esse tipo de avaliação não é o exame criminológico, e sim o parecer das Comissões Técnicas de Classificação.

2. O parecer das Comissões Técnicas de Classificação

O parecer de C.T.C. era explicitamente previsto no parágrafo único da redação anterior do artigo 112 e subentendido na redação anterior do artigo 6º, ambos da LEP. Por força da Lei 10.792, não mais se prevê nenhuma forma de avaliação técnica.

O parecer não se centra na avaliação do ato criminoso e, muito menos, no prognóstico de reincidência. Sua natureza consiste na avaliação da resposta que o preso vem dando aos programas individualizadores, às oportunidades que lhe têm sido oferecidas durante a execução de sua pena. Assim, para que a Comissão Técnica possa fazer de fato um parecer tal como previsto na redação anterior do art. 6º da LEP, pressupõe-se que ela participe ativamente do dia a dia do presídio, que elabore e acompanhe os programas individualizadores. Caso contrário, fica-lhe totalmente inviável a realização de seu parecer conforme definido nos termos acima.

A Comissão Técnica de Classificação tem por função planejar a individualização da execução penal. Enquanto o exame crimino-

lógico enfoca o risco de reincidência, o parecer de C.T.C. deveria focar a conveniência que tem para a felicidade sustentável do preso a concessão do benefício. Por sinal, na redação anterior do art. 6º da LEP, lia-se que a Comissão deve “*propor [grifo nosso], à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes. . .*” O verbo **propor** sugere que a C.T.C. conhece a individualidade do preso, o seu dia a dia, devendo saber o que para ele é melhor. Ele faz supor que a C.T.C. deve ter um papel decididamente proativo na execução.

Por outro lado, porém, vemos reconhecer que, em determinados casos, tendo em conta a natureza e gravidade do crime cometido, os históricos criminal e prisional do examinando, há que se tomar cuidados especiais para a concessão dos benefícios legais. Nesses casos, talvez seja recomendável a realização das duas avaliações. O exame, por se tratar de perícia, deve ser feito por outra equipe que não acompanha o preso. Aliás, a própria Comissão também poderia tomar a iniciativa de sugerir a realização do exame criminológico, pois é ela quem melhor conhece o preso. O exame é uma peça autônoma, e como tal será analisado e apreciado pela justiça. Entretanto, a avaliação, no seu todo, ganharia em qualidade se ele fosse também encaminhado à C.T.C., a fim de que esta fizesse dele a sua *leitura* à luz de todo o acompanhamento que vem fazendo do preso, *leitura* essa que, obviamente, integraria seu parecer⁽⁵⁾.

Conclusão: propostas

Diante do exposto, considerando a iminência de se reintroduzir o exame criminológico para a instrução de pedidos dos benefícios legais, seguem-se algumas propostas para reflexão.

1) O art. 6º da LEP voltaria à sua redação anterior, inserindo-se, no entanto, uma referência explícita ao parecer da C.T.C.

2) O art. 112 da LEP, sem prejuízo dos parágrafos atuais (Lei 10.792), voltaria a prever o recurso ao parecer da Comissão Técnica de Classificação. Seria previsto também o recurso ao exame criminológico em casos especiais, dependendo de sua gravidade e complexidade, exame esse que precederia o parecer e deveria ser encaminhado à Comissão.

3) Seria uma medida muito interessante, embo-

ra bastante arrojada, tornar o exame criminológico de entrada um prerequisite obrigatório para que se pudesse submeter o preso a exames criminológicos posteriores, quando da instrução de seus pedidos dos benefícios legais. Para tanto, dar-se-ia um prazo, a fim de que os Estados possam tomar as providências necessárias.

NOTAS

- (1) Sobre esta matéria, ver **SÁ, Alvaro A. de & ALVES, Jamil Chaim**, *Dos pareceres da Comissão Técnica de Classificação na individualização executória da pena: uma revisão interdisciplinar*, *Boletim do IBCCRIM*, ano 17, nº 201, agosto de 2009, pág. 7-8. Ver também **SÁ, Alvaro A. de**, *Criminologia clínica e psicologia criminal*, São Paulo: Editora RT, 2007.
- (2) Tal entendimento acerca do exame criminológico praticamente coincide com a própria definição de Criminologia Clínica, em sua concepção mais tradicional e estritamente médico-psicológica. Por exemplo, para **Jean Pinatel**, o objetivo da Criminologia Clínica “é analisar o delinquente estudado, formular uma hipótese sobre sua conduta ulterior e elaborar o programa das medidas suscetíveis de evitar uma eventual recidiva” (**PINATEL, Jean**, *La criminologie*. Paris: Spes, 1960, pág. 10). Para **Cláudio T. L. de Araújo e Marco A. de Menezes**, o exame criminológico é “o exame do infrator em seus aspectos bio-psico-sociais, que se preocupa em identificar as causas da gênese da conduta criminosa, a antisocialidade do sentenciado [...], servindo ainda à elaboração de um juízo de expectativa acerca recuperação do sentenciado” (pág. 11) (**ARAÚJO, Cláudio T. Leotta e MENEZES, Marco Antônio**, O exame criminológico e as Comissões Técnicas de Classificação: uma abordagem crítica. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, nº 19, jan.-março/2002, pág. 11-13).
- (3) **MARANHÃO, O. Ramos**, *Psicologia do Crime*. 2ª. ed. modificada. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- (4) Sobre exame criminológico, ver ainda **ARAÚJO, Cláudio Theotônio Leotta e MENEZES, Marco Antônio**, Execução penal, exame criminológico e apreciação dos indicadores de potencial criminógeno. In **RIGONATTI, Sérgio P.** (Coord.), **SERAFIM, Antônio de P. & BARROS, Edgard L. de** (Orgs), *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. São Paulo: Vetor Editora, 2003. (pág. 229-245).
- (5) De se lembrar aqui o que já foi dito acima sobre a importância da realização do exame criminológico de entrada, o qual seria muito útil para se saber da necessidade de realizar o novo exame criminológico, bem como serviria de parâmetro para esse novo exame e para o parecer de C.T.C.

Alvino Augusto de Sá

Professor de Criminologia (Clínica)
da Faculdade de Direito da USP



COORDENADORIAS REGIONAIS:

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores-Regionais:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

João Daniel Rassi

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Pagliano

e Renato Stanzola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM e FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax: (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: 3340-3344

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

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

PARTICIPE POR ACREDITAR

VIDEOTECA IBCCRIM

Os DVD's referentes às aulas do **II Curso de Direitos Fundamentais**, realizado em parceria com o IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra já estão disponíveis, para empréstimo, no acervo da **Biblioteca do IBCCRIM**. Para solicitar o empréstimo dos vídeos basta enviar e-mail para: biblioteca@ibccrim.org.br ou entrar em contato por telefone: (11) 3105-4607 ramal 150.

A PRIVACIDADE E A NOVA LEI DE DROGAS

Maurides de Melo Ribeiro

Tendo em conta as recentes decisões de Supremas Cortes Latino-americanas e a decisão da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo⁽¹⁾, que declararam a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para consumo pessoal em razão do conflito de valores constitucionalmente assegurados, notadamente a privacidade, importa saber se a atual Lei de Drogas, a Lei 11.343/2006, contempla especificidades merecedoras de consideração nessa exegese.

Com relação ao tema em exame é de fundamental importância ressaltar que o próprio substrato ideológico que lastreia a nova lei de drogas experimentou substanciais modificações, aproximando a Política Nacional de Drogas do modelo europeu, de características mais tolerantes. Não que a Política Nacional de Drogas tenha rompido com o modelo hegemônico mundial, mas, é inegável que, no tocante ao delito de porte para uso pessoal, arrefeceu o tratamento dado à questão, aproximando seu ideário basilar dos princípios constitucionais e garantias individuais constantes da Constituição da República de 1988. Nessa medida, pode-se dizer que a lei, embora sem abandonar a guerra, despiu-se do uniforme militar.

Assim, o arcabouço principiológico do sistema, conforme é enunciado no artigo 4º da nova lei de drogas, abandona os fundamentos norteadores da ideologia de segurança nacional – rompendo, ainda que formalmente, com a perspectiva de *“enfrentamento do inimigo interno”* – que colocava todo o cidadão que eventualmente usasse drogas sob suspeita de atentar contra a segurança interna do País. O novo balizamento constitucional prevê expressamente como princípios: *“o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”*, conforme a dicção do artigo 4º, inciso I; *“o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes”*, nos termos do inciso II do mesmo dispositivo legal; além da necessidade do *“fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas”*, conforme o disposto no seu artigo 19, inciso III.

E essa base ideológica não tem mero interesse programático, pois servirá como parâmetro a ser seguido tanto pelo intérprete como pelo operador que se defrontar com situações de conflito na aplicação dos seus dispositivos legais.

As possibilidades que decorrem desse novo posicionamento são inúmeras e impossíveis de se enumerar nessa fase inicial de vigência da nova lei, mas apenas a título de ilustração, vale considerar um aspecto sobre o qual a doutrina já tem se posicionado, todavia sem considerar

a mudança de paradigmas aqui apontada.

Ao punir o delito de porte de substâncias psicotrópicas para uso pessoal, isolada e unicamente, com pena restritiva de direitos – a nova lei as denomina, inclusive, de medidas educativas, conforme expressamente se vê da dicção do § 6º do artigo 28 e artigo 29 – o legislador inaugura uma nova modalidade de delitos em nosso sistema penal, vale dizer, os delitos de mínimo potencial ofensivo⁽²⁾.

Essa afirmação é possível uma vez que não existe, no ordenamento penal brasileiro, nenhuma outra infração cujas penas cominadas sejam mais brandas que as previstas para a prática do delito de porte de drogas para uso próprio. Nem mesmo as contravenções penais ou os delitos de menor potencial ofensivo têm semelhante previsão de preceito sancionatório.

Nessa linha de pensamento verifica-se de plano que o delito de “uso de drogas” é, nos termos da nova lei, absolutamente incompatível com a privação de liberdade do eventual infrator.

Consagrando esse entendimento, a lei veda em seu artigo 48, § 2º a imposição de prisão em flagrante ao autor da conduta prevista no artigo 28, devendo este ser encaminhado imediatamente ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Tal compromisso poderá ser tomado pela própria autoridade policial, sempre vedada a detenção do autor do fato, conforme estabelece o § 3º do artigo 48 da nova lei de drogas.

Dessa forma, ao contrário do que tem sido afirmado pela maioria da doutrina, não será possível, realmente, a prisão em flagrante do autor da conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006. É bem verdade que a autoridade que surpreender o autor na prática delitiva poderá conduzi-lo coercitivamente à repartição policial se, e apenas nessa hipótese, o autor se negar a acompanhá-lo para a lavratura da ocorrência, caso em que estaria configurada a desobediência ao cumprimento de uma ordem legal, circunstância que não se confunde com a prisão em flagrante em razão do delito de porte para uso pessoal.

Como decorrência lógica da impossibilidade de prisão em flagrante – a teor, como já analisado, do disposto no artigo 48, § 2º da Lei de Drogas – temos que está absolutamente vedado o ingresso em casa particular para a constatação ou apreensão de drogas ilícitas que estejam sendo utilizadas para consumo próprio sem mandado judicial, uma vez que a norma constitucional excepciona, nessas hipóteses, apenas a necessidade da prisão em flagrante, conforme prevê o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, no caso de porte para uso pessoal será vedada

a intervenção desmotivada do Estado no âmbito do domicílio da pessoa que usa drogas.

E essa interpretação se coaduna, sistematicamente, com o fato de que a nova lei não criminaliza a conduta de quem utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse, por qualquer título, para o uso de substâncias psicotrópicas, conduta que era anteriormente equiparada ao tráfico conforme o inciso II do § 2º do artigo 12 da Lei 6.368/76, e que, na Lei 11.343/2006, não mais foi prevista como crime restando, pura e tão somente, a criminalização daquela utilização de imóveis e bens para o tráfico de drogas, consoante a exata dicção do inciso III do § 1º do artigo 33 da nova Lei de Drogas.

Essa nova conformação legislativa, na verdade, reconfigura o âmbito da atuação legítima do Estado. Caso a conduta não tenha relevância e permaneça no plano da intimidade do cidadão que faça uso da droga, fora do espaço público, não será permitida a intervenção desmotivada do Estado que nesse limite somente poderá ingressar munido de autorização judicial.

Pois bem, ao delimitar o âmbito e a forma da atuação estatal legítima, o legislador deu nova solução ao conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A conduta está criminalizada, contudo, se praticada no espaço público terá potencialidade de expansão e sujeitará o infrator à pronta e imediata intervenção estatal, com a apreensão da droga e o registro da ocorrência, podendo até mesmo, em caso de recalcitrância do infrator, resultar na sua condução coercitiva às dependências policiais, pura e tão somente para a lavratura do Termo Circunstanciado.

Contudo, se praticada no recesso de sua privacidade, no interior de sua residência, por exemplo, o infrator, embora cometendo um ilícito penal, somente estará passível da intervenção estatal se a autoridade pública se apresentar munida de mandado que lhe franqueie o acesso à residência da pessoa averiguada.

E nem se alegue que esse fato inibirá a ação estatal com relação ao tráfico de drogas porque, nesse caso, a autoridade policial continuará autorizada a intervir, obviamente agora com redobrados cuidados para não cometer os freqüentes e usuais abusos que fazem parte da crônica policial diária nessa seara.

Finalmente e em decorrência disso, estando equiparadas as condutas de plantio para uso pessoal, nos termos do § 1º do artigo 28, e a conduta de porte para uso próprio, não se admite a possibilidade de prisão em flagrante delito também nessa modalidade delitiva e, portanto, não será possível o ingresso em domicílio do investigado, a não ser de posse de

competente mandado, conforme já analisado para a conduta descrita na cabeça do mesmo dispositivo legal.

E por outro lado, não será ocioso reforçar que essa alternativa de suprimento autônomo da substância psicotrópica por parte da pessoa que dela se utiliza, aberta pela nova lei de drogas, retira uma fonte fundamental de recursos da atividade comercial ilícita e evita o estabelecimento de vínculos da pessoa que usa drogas com as organizações criminosas que se dedicam ao tráfico, com todos os conseqüências desse relacionamento clandestino que é, em si mesmo, um fator criminógeno de exponencial potencialidade.

Nessa linha de raciocínio é possível realizarmos um prognóstico acerca da autorização e adoção de novas medidas práticas que podem integrar o elenco das chamadas estratégias de redução de danos. Trata-se aqui de examinar as chamadas salas de uso seguro ou locais especialmente destinados ao uso de drogas, que já vêm sendo implantadas com êxito em outros países como Espanha e Austrália, além da sempre lembrada política holandesa dos *coffe-shops*.

A assertiva se sustenta porque o embasamento legal já se encontra estabelecido em nosso ordenamento e resta apenas a vontade política e a regulamentação própria para a sua efetiva implementação. Caso a autorização

para o uso seja restrito a determinados locais e certos grupos de pessoas, a conduta estará contida naquele âmbito específico e será passível de um melhor controle criminal, social e médico-sanitário.

Nunca é demais recordar que, em nossa história, tivemos experiências semelhantes como os clubes de diambistas do Maranhão, conforme os relatos de estudiosos da época⁽³⁾. Por outro lado, condutas que envolvem aspectos morais e que são criminalizadas com maior rigor – como o ato obsceno, tipificado no artigo 233 do Código Penal e sancionado com pena de detenção de três meses a um ano – são também de tipificação restrita ao espaço público e há tolerância com sua prática privada e mesmo permissão e destinação de locais especialmente adequados à atividade do naturismo, geridos por associações ou clubes de pessoas cultoras desse costume.

Dessa forma, embora perfilhando o entendimento adotado nas recentes decisões destacadas no início e que declararam a inconstitucionalidade da criminalização da conduta do porte de drogas para uso pessoal (notadamente pela ausência de lesividade e alteridade), importa reconhecer que a nova lei de drogas encerra especificidades que permitem a implementação de mudanças e a realização de novas ponderações no tocante ao conflito

de princípios constitucionais aqui abordado.

NOTAS

- (1) A Suprema Corte Argentina declarou recentemente a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos. A Corte Constitucional da Colômbia ratificou, recentemente, o mesmo entendimento que já havia adotado desde 1994, confirmando a inconstitucionalidade de dispositivo idêntico. No Brasil, a 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, na Apelação Criminal 01113563.3/0-0000-000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em 31 de março de 2008.
- (2) Também nesse sentido ver: **MAGNO, Levy Emanuel**. In: **GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes** (coord.) – Nova Lei Antidrogas Comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 120.
- (3) **ASSIS IGLÉSIAS, Francisco**. Sobre o vício da diamba. In: Brasil. Serviço Nacional de Educação Sanitária. Maconha – coletânea de trabalhos brasileiros. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde; 1958, p. 18-19.

Maurides de Melo Ribeiro

Criminalista, mestre e doutorando em Direito Penal e Criminologia pela USP, prof. de Direito Penal na Universidade São Judas e Faculdades de Campinas – Facamp, Presidente da Comissão de Política Nacional de Drogas do IBCCrim. Ex-Presidente do Conselho Estadual de Entorpecentes – CONEN/SP

O PAPEL DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA PREVENÇÃO DAS VIOLÊNCIAS

Eduardo C. B. Bittar

1. Educação, sociedade e violência

Acaba de ser realizado um grande esforço de consolidação e definição dos lineamentos das diretrizes curriculares para os cursos de graduação em filosofia, pedagogia e ciências sociais, no sentido da definição dos conteúdos e práticas que deverão nortear a ação formativa para a educação em direitos humanos. Este esforço foi dado no quadro mais amplo de ações conjuntas que envolvem universidades brasileiras, em especial a UFPB, o governo, através do Ministério da Educação-SECAD e da Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, no sentido de colocar em prática e promover as condições para o alcance das metas contidas no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Este encontro se deu no PPG da UFPB, ao longo dos dias 04 e 05 de dezembro de 2009. Crê-se que, numa próxima etapa, outros cursos, entre eles o curso de direito, sejam contemplados com os mesmos esforços de formação para a cidadania.

Nesse sentido, cabe refletir se o ensino

jurídico estará preparado para acolher estas iniciativas. E isto porque se trata de um desafio dentro da cultura de área, uma vez que a formação no direito tem priorizado esforços de reprodução de conhecimento, dentro dos estritos limites da formação para o mercado de trabalho, perdendo-se um pouco o valor da formação para a cidadania e para a participação ativa na vida democrática. Mas, pode-se perguntar: este tipo de formação colaboraria com o que, exatamente? Este tipo de iniciativa permite ao educando ser contemplado com uma visão de mundo mais crítica e reflexiva, mais operante civicamente, mas, sobretudo, é capaz de favorecer a conversão do desenvolvimento de uma cultura marcada pelas diversas formas de violência, em direção à formação de uma cultura centrada em ocupações contidas nas normas de direitos humanos. Sem dúvida, as violências (de gênero, de classe, de raça, de geração...) se disseminam por inúmeros fatores, entre os quais se encontram a ignorância, as carências, a falta de reconhecimento, as práticas sociais contra-exemplares, mas também por

fatores de aceitação e assimilação inculcada de sua existência. As violências contra a mulher, contra o menor infrator, contra o preso, contra uma minoria social, em suas diversas formas, como a violência física, a psicológica, a moral, a patrimonial, se desenvolvem encontrando uma cultura de aparição que lhes seja favorável. Aí estão ações (de danificar, de provocar o mal, de realizar a dor, de sadicamente tirar proveito do outro), mas também omissões (de não prevenir, de não reparar, de não educar, de não instruir, de não obstruir o comportamento lesivo).

Assim, o combate às inúmeras formas de violência, em sua gênese, parece ser uma tarefa para a qual a educação em direitos humanos tenha muito a contribuir. Claro, nunca solitariamente. A ausência sistemática do Estado pode ser apontada como um dos grandes fatores a consentir com o estado atual da violência, mas certamente não é a causa histórica de todos esses processos de injustiça social. Desta ausência se nutre, sem dúvida alguma, uma série de atitudes de contraste, que falam a lingua-

gem do crime organizado, da aparição de redes intra e extracarcerárias de organização criminal, apontando para a formação de lideranças que não aquelas que confirmam a autoridade do Estado de Direito. Em meio a isto tudo, aparecem os grandes problemas hodiernos, que são revelações da opressão social: sensações individuais de insatisfação não compensada; afrouxamento das estruturas sociais e crescimento da impunidade; maus-exemplos das lideranças políticas através da corrupção; injustiça e clivagens sociais; inexistência de lugar para o discurso oprimido; falta de alternativas paradigmáticas no horizonte próximo; complexidade dos fatores sociais contemporâneos.

Nesse contexto, vive-se socialmente uma sensação de recuo anticivilizatório, o que empurra toda a sociedade para dentro da latrina da pulsão de morte, convertendo-a em seu nervosismo, a civilização contra si mesma, permitindo que a violência apareça como sintoma de derrapagem da forma de normação e regulação da vida social. Por isso, nossos tempos são marcados por violência, intolerância, ataque, sabotagem, crueldade. A frustração social permanente conduz a um movimento anticivilizatório, que escancara e torna cínica a violência, na medida em que assume a regularidade do cotidiano, e não a espantosa configuração da surpresa, e em que é assumida como um fator de normalidade na composição do jogo social, mesmo do jogo social reivindicativo e emancipatório.

2. A tarefa da educação em direitos humanos

A tarefa da educação em direitos humanos é a de jogar contra a maré dos curto-circuitos sociais, permitindo a produção de energias sociais necessárias, que sempre partem de transformações reais, aliadas às de consciência, dos parceiros do jogo cidadão e social, no sentido promoção do princípio de interação e do princípio de vida. Eis a forma e o conteúdo preciso das determinações da dignidade da pessoa humana.

Por isso, promover o despertar e a capacitação para a replicação e multiplicação de valores de não-violência, tolerância, solidariedade, igualdade cidadã, democracia plena, liberdade, entre outros, deve contribuir para este processo de consolidação da democracia brasileira, cuja tarefa se encontra em andamento.

A educação que se quer, bem como, o ensino jurídico de que se carece, deve sensibilizar, tocar, atrair, fomentar, descortinar horizontes, estimular o pensamento para estas premissas do convívio social. Educando apenas na técnica do direito, para o mercado de trabalho e suas demandas imediatas, formam-se trabalhadores bem qualificados, mas não necessariamente cidadãos dispostos

a contribuir com a melhor condição do convívio social.

3. O ensino jurídico preparado para a humanização

Qual o método e qual a finalidade da educação e da pesquisa em direitos humanos? Qual seria, senão a humanização. Por isso, se torna extremamente conveniente pensar com, e através, de Heidegger, quando afirma, em sua *Über den Humanismus: Brief an Jean Beaufret*: “Que outra coisa significa isto, a não ser que o homem (homo) se torne humano (humanus)? Deste modo então, contudo, a humanistas permanece a preocupação de um tal pensar; pois humanismo é isto: meditar, e cuidar para que o homem seja humano e não des-humano, inumano, isto é situado fora de sua essência”⁽¹⁾.

Uma cultura democrática é aquela que incentiva cidadãos a pensarem por si mesmos, o que não se faz sem incentivos claros à autonomia, ao desenvolvimento humano e ao esclarecimento. Pensar a si significa também tomar consciência de si, este que parece ser o primeiro passo para se responsabilizar pelo outro, na medida em que *ego* e *alter* são inseparáveis na constituição dos processos sociais.

A prática da liberdade se exerce com incentivos claros ao desenvolvimento de habilidades e competências capazes de forjar a consciência crítica, participativa, tolerante, o que não se faz sem uma consciência sobre a importância das práticas comunicativas e dialogais. Nas palavras de Häberle: “a educação para o respeito da dignidade humana constitui um destacado objetivo pedagógico do Estado constitucional: dignidade humana, para cada um, bem como para o próximo, no sentido dos ‘outros’ (como tolerância, solidariedade)”⁽²⁾.

Ademais, a educação para os direitos humanos depende de claros incentivos ao desenvolvimento da pesquisa. A valorização da pesquisa, com vistas ao desenvolvimento da consciência crítica e enraizadora, deve ser capaz de, acima de tudo: aprofundar a consciência sobre a importância dos direitos humanos e de sua universalização; provocar a abertura criativa de horizontes para a auto-compreensão; incentivar a reinvenção criativa permanente das próprias técnicas; habilitar à criticidade; desenvolver o reconhecimento histórico dos problemas sociais; incentivar o conhecimento multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar sobre a condição humana; habilitar a uma compreensão segundo a qual a conquista de direitos depende da luta pelos direitos; valorizar a sensibilidade em torno do que é humano; aprofundar a conscientização sobre questões de justiça social; recuperar a memória e a consciência de si no tempo e no espaço; habilitar para a

ação e para a interação conjunta e coordenada de esforços; desenvolver o indivíduo como um todo, como forma de humanização e de sensibilização; capacitar para o diálogo e a interação social construtiva, plural e democrática.

Se isto for possível, então, exibiremos melhores condições de reação ao atual quadro das violências, proporcionando condições para o enfrentamento de um tema que se tornou extremamente delicado para o Estado Democrático de Direito, em nosso contexto.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. 3. ed. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- BARRETO, Vicente. Educação e violência: reflexões preliminares, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XXX, fasc. 165, p. 63-70, jan.-mar. 1992.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2004.
- _____. (org.). *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BOUFLEUER, José Pedro. *Pedagogia da ação comunicativa: uma leitura de Habermas*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.
- ENDO, Paulo César. *A violência no coração da cidade: um estudo psicanalítico sobre as violências na cidade de São Paulo*. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2005.
- FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 26. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in *Dimensões da dignidade* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo, Porto Alegre, Livraria do Advogado, ps. 89-152, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo: carta a Jean Beaufret*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- PUCCI, Bruno (org.). *Teoria crítica e educação: a questão da formação cultural na Escola de Frankfurt*. 3. ed. Rio de Janeiro, Vozes; São Paulo, UFSCAR, 2003.

NOTAS

- (1) Heidegger. *Sobre o humanismo: carta a Jean Beaufret*, 1973, p. 350.
- (2) Häberle. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, *Dimensões da dignidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo, 2005, p. 136.

Eduardo C. B. Bittar

Livre-Docente e Doutor, professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos cursos de graduação e pós-graduação. Professor e pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos do UniFIEO. Presidente da Associação Nacional de Direitos Humanos (www.andhp.org.br). Pesquisador-Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Democracia, Justiça e Direitos Humanos: estudos de Escola de Frankfurt”, junto ao NEV-USP

A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NA BIOSSEGURANÇA: UMA ILUSÃO FUTURISTA

Luciano Anderson de Souza e Fabiana Gonçalves Okai

Introdução

Problemas de difícil resolução, de caráter social, ético e jurídico, surgem com os constantes avanços científico-tecnológicos na área da engenharia genética. Neste influxo, o Direito pretende regular detidamente a matéria, com vistas a encontrar soluções conciliadoras entre os diversos interesses sociais, econômicos, morais e religiosos contrapostos.

Indubitável é a necessidade atual de tutela deste espectro de atividades vinculadas ao progresso humano, ainda mais quando se pensa que a criação científica constitui parte das liberdades essenciais de um Estado Democrático de Direito pluralista e que pretende a consecução do desenvolvimento social.

A questão notória é a de que nenhum direito é absoluto, apresentando-se, portanto, limites ao investigador para que haja compatibilidade com outros interesses, também dignos de proteção. De fato, do mesmo modo que a engenharia genética, ou melhor, o avanço de suas técnicas, traz indiscutíveis benefícios, seja, *e.g.*, no campo da biologia, agricultura, medicina ou meio ambiente, também pode acabar por apresentar inúmeros riscos para a saúde pública, o meio ambiente, a economia, enfim, para a vida em sociedade como um todo, além de poder ferir crenças morais ou religiosas.

Diante das circunstâncias apresentadas, restam por demais evidentes as repercussões das biotecnologias sobre o complexo sistema de valores que compõe a organização social, de modo que o ordenamento jurídico pátrio vem sendo constantemente atualizado, com a incorporação de novas normas, tudo com vistas à regulamentação do temário. Aos penalistas, cumpre, então, refletir se o ramo jurídico-penal há de intervir nesta seara.

Insta ressaltar que a atual sociedade, chamada de sociedade do risco, refletiu-se no Direito Penal pela introdução de novos delitos, bem como pela consagração de peculiares técnicas tipificadoras, em face do temor global caracterizado por novos e elevados riscos que pesariam sobre a humanidade, frutos da pós-modernidade. Daí a relevante utilização do adiantamento da intervenção penal por meio, por exemplo, dos delitos de perigo abstrato, das normas penais em branco e dos tipos abertos, além da flexibilização das garantias penais e processuais penais, tudo com vistas à tutela dos novos bens jurídicos de caráter supraindividual, ainda pouco sedimentados, abusando-se do simbolismo do Direito Penal.

Dessa maneira, este ramo jurídico é chamado a intervir para equilibrar de forma protetora os avanços técnico-científicos com outros interesses, bem como controlar as eventuais disfunções e abusos que pesquisa-

dores possam produzir no seu atuar⁽¹⁾.

Indaga-se então acerca das necessidades e possibilidades de proteção jurídico-penal no campo da engenharia genética, refletindo-se sobre a identificação dos bens jurídicos passíveis de afetação. Em caso de sinalização positiva, há de se ter em conta a indicação de limites para tal regulação e, por derradeiro, a determinação do que se deve sancionar com as respectivas instrumentalidade e intensidade.

Não se olvide, outrossim, que os limites penais das novas técnicas genéticas devem se coadunar com valorações constitucionais, jurídico-penais ou outras, sem, contudo, servir de freio aos avanços da ciência. Eis a controvertida questão. Mas, sem embargo, o Direito Penal somente deve intervir quando seja inafastável para a proteção de bens jurídicos fundamentais ao livre desenvolvimento humano.

A Lei nº 11.105/05

A atual Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05) tem por objeto, segundo o seu art. 1º, estabelecer o regime jurídico aplicável às normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação em meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados, depreendendo-se, desde já, maior abrangência e avanço quando se compara à lei anterior (Lei nº 8.974/95, revogada), procurando o novel diploma encerrar todos os aspectos jurídicos que envolvem as relações por ela reguladas.

No tocante aos tipos incriminadores, a lei prevê, além dos casos envolvendo as células germinativas e a clonagem humana (arts. 24 a 26), condutas infracionais ligadas ao meio ambiente, como a liberação ou descarte de organismos geneticamente modificados em desacordo com as normas vigentes, com pena de reclusão, além das agravantes no caso de dano a propriedade vizinha, ao meio ambiente, lesão corporal de natureza grave a outrem ou morte (art. 27); o uso, comercialização, registro, patenteamento e licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso, segundo o art. 28; e o disposto no art. 29, ou seja, a produção, armazenamento, transporte, comercialização, importação ou exportação de organismos geneticamente modificados ou

derivados sem autorização, ou em desacordo com as normas vigentes.

A finalidade legal é justamente evitar eventuais perigos e/ou reduzir os danos para a saúde humana

A finalidade legal é justamente evitar eventuais perigos e/ou reduzir os danos para a saúde humana ou o meio ambiente derivados de tais atividades, com a observância do princípio da precaução.

a saúde humana ou o meio ambiente derivados de tais atividades, com a observância do princípio da precaução. Sobre este, explica **BOTTINI**: “A aplicação do princípio da precaução decorre da ausência de conhecimentos sobre a periculosidade de determinadas atividades: logo, deriva da inexistência de certezas científicas ou

estatísticas sobre quaisquer resultados concretos decorrentes das mesmas, quer de caráter lesivo, quer de caráter perigoso”⁽²⁾.

A necessidade de avaliação, prevenção e administração desses riscos indiciários atinentes ao desenvolvimento das biotecnologias representa um objetivo político relativamente recente na sociedade, haja vista os avanços significativos da genética e biologia molecular experimentados nas últimas décadas. Fato é que, todavia, o cerceamento criminal de condutas relativamente às quais não se detém certeza científica quanto à sua lesividade a interesses humanos fundamentais revela-se ilegítimo, ferindo-se os limites e as garantias inerentes a este gravoso meio de controle social⁽³⁾.

Dificuldades há, ainda, no que concerne à identificação do bem jurídico penal na hipótese. Em que pesem as opiniões divergentes acerca do objeto tutelado – preservação do meio ambiente, biodiversidade, integridade do patrimônio genético, dentre outros –, parece ser a biossegurança a proteção jurídica mais convincente, isto pois em face do surgimento de inúmeros riscos desconhecidos e muitas vezes incontroláveis, típicos da sociedade do risco, pode-se atingir um número indeterminado de pessoas ou mesmo a espécie humana.

Neste contexto, nota-se a real possibilidade de destruição das espécies vivas por meio de armas biológicas ou da disseminação de doenças desconhecidas por microorganismos⁽⁴⁾ transgênicos, razão pela qual se tem a biossegurança como objeto jurídico supraindividual em sentido técnico. Entretanto, o interesse especificamente protegido há de ser aferido em cada figura típica em foco, mensurando-se a seguir, como referido acima, a lesividade da conduta. Ou seja, a identificação do bem jurídico é condição necessária, mas não suficiente, para justificar uma incriminação.

Constatado o bem jurídico-penal - que não pode ter por base meras concepções

morais, ideológicas ou religiosas, por falta de referencial substancial⁽⁵⁾ - e a exigência material da lesividade - avaliada de modo *ex ante* -, todavia, há ainda que se perquirir relativamente à adequação da criminalização quanto à estrutura básica jurídico-penal. Isso significa atentar-se para as características da subsidiariedade, taxatividade, culpabilidade, proporcionalidade, dentre outras, ínsitas à técnica tipificadora criminal.

Neste jaez, a lei em comento revela amplas incompatibilidades. Há dificuldades quanto a seu conteúdo técnico, sendo, por exemplo, verdadeiramente impossível definir-se o que seria embrião inviável⁽⁶⁾. Ainda, como bem observa Bechara, “De outro lado, revelam-se desproporcionais as sanções previstas nos arts. 24 e 25, ambas referidas à tutela do embrião. Ora, causar a destruição de embrião com o fim de pesquisa enseja pena de detenção de 1 a 3 anos ao autor, enquanto praticar terapia genética neste mesmo embrião, o que lhe poderá ocasionar, inclusive, benefícios concretos, sujeita o agente à pena de reclusão de 2 a 5 anos”⁽⁷⁾. Aliás, quanto a este último aspecto, revela-se absurda uma punição criminal quando se beneficia um interesse humano alheio.

Também se abusa da assessoriedade administrativa. Assim, muito se fala que as hipóteses incriminadoras estabelecidas na lei ora analisada assumem o caráter de delitos de mera desobediência, pois constam dos mais diversos tipos expressões variantes indicativas do desacordo a normas administrativas ou da ausência de autorização da Administração Pública. Dessa maneira, o Direito Penal teria uma função secundária, punindo a violação de prescrições administrativas.

A *contrario sensu*, autores há que entendem que nos delitos de biossegurança a tutela penal é relativamente dependente da norma administrativa, o que não impediria também a tutela direta e independente nos casos de maior gravidade. Em outras palavras, o que se entende merecedor das sanções penais não são as lesões contra o Direito Administrativo, mas ações que possuam como consequências, potenciais ou reais, lesivas à saúde pública e/ou ao meio ambiente, ainda que seja necessário evidenciar tal danosidade recorrendo-se à esfera administrativa, a qual determina, com

finalidade preventiva, as margens de atuação individual.

Não obstante, o fato é que, independentemente da função exercida pelo Direito Penal, a sua intervenção nessa esfera deve ser sempre limitada e precisa, evitando-se os excessos e a violação ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, assim como aos demais aspectos de garantia jurídico-penais. Por outro lado, o ideário de utilização do fenômeno criminalizador para meros fins preventivos de conformação de comportamentos ou consciências ostenta-se algo arbitrário⁽⁸⁾ e, portanto, antidemocrático.

Conclusão

O operador do Direito sempre encontra dificuldades em transpor obstáculos quando se depara com uma realidade social nova, principalmente quando a problemática estiver atrelada aos avanços científicos e tecnológicos. Isto pois, para efetivamente tutelar interesses inéditos em um novel contexto social, deve-se conhecer a matéria objeto da valoração jurídica.

A vulneração no temário em foco dá-se pelo fato de que a incrível velocidade e complexidade dos progressos biotecnológicos não foi alcançada pelo Direito, vez que, notoriamente, as ciências jurídicas caminham de forma mais lenta que as ciências biomédicas. Não obstante, tal se agrava mais ainda na seara penal, que ostenta um delineamento técnico menos flexível que de outros ramos jurídicos, como o Direito Administrativo ou Civil⁽⁹⁾.

Apesar disso, em nosso país, insiste-se na tutela penal, com pouco aprofundamento de conteúdo, erros técnicos, utilização de formas tipificadoras porosas, lastreando-se um Direito Penal simbólico, arbitrário e inseguro, que pode comprometer o avanço científico. De outra sorte, as próprias dependência e referência constante à seara administrativa estão a despontar que o Direito Administrativo é o mais adequado⁽¹⁰⁾ para a disciplina da questão⁽¹¹⁾.

Portanto, há de se repensar referida legislação, tendo em vista que o mínimo ético para a convivência social que é o objeto de tutela penal culmina por converter-se em fator de crise de referência social na hipótese, na medida em que não se protege interesses palpáveis por meio de uma técnica adequada,

consolidando-se uma mera ilusão penal, a qual, paternalistamente em nome de um incerto futuro, cerceia não apenas a liberdade humana como o progresso biotecnológico.

NOTAS

- (1) **ROMEO CASABONA, Carlos María.** *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 232 e ss.
- (2) **BOTTINI, Pierpaolo Cruz.** *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255.
- (3) **BOTTINI, Pierpaolo Cruz.** *Crimes de perigo...*, cit., *passim*. No mesmo sentido, *e.g.*, **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor S.L., 1998, p. 92.
- (4) Sobre a utilização destes, cf., *e.g.*, **ROMEO CASABONA, Carlos María.** *Do gene...*, cit., p. 272 e ss., e **HAMMERSCHMIDT, Denise.** *Transgênicos e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, *passim*.
- (5) Cf., dentre outros, **DIAS, Jorge de Figueiredo.** *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 75-79.
- (6) **BECHARA, Ana Elisa S. Liberatore S.** *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007, p. 166.
- (7) **BECHARA, Ana Elisa S. Liberatore S.** *Manipulação genética...*, cit. p. 166.
- (8) **SILVA SÁNCHEZ, Jesus María.** *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 2002, p. 237.
- (9) **COSTA, Helena Regina Lobo da.** *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, *passim*.
- (10) Em face da maior eficácia social na escolha da via administrativa. Sobre isto, cf. **REALE JÚNIOR, Miguel.** *Ilícito administrativo e o jus puniendi geral*. In: **PRADO, Luiz Regis** (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95.
- (11) Apesar de ao final não acolhida pela Corte, a referência à necessidade de estabelecimento de forte controle quanto às pesquisas embrionárias por um órgão administrativo central - Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) -, por parte dos ministros do STF **Cezar Peluso e Gilmar Mendes**, no emblemático caso da ADIN 3510, sinaliza em direção ao pensamento exposto no texto.

Luciano Anderson de Souza

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP.
Coordenador-chefe de Internet do IBCCRIM. Advogado criminalista

Fabiana Gonçalves Okai

Advogada criminalista

“SALVE GERAL”, CONVENÇÃO DE PALERMO E LEI 9.034/95

Carlos Eduardo de Souza

Em exibição na maioria das salas de cinema do País, o filme “Salve Geral”, dirigido por **Sérgio Rezende**, retrata a trágica história dos ataques contra delegacias, policiais, agentes penitenciários e transportes coletivos, tudo orquestrado por uma organização criminosa paulista de dentro dos presídios. Sob o pretexto de reivindicar melhores condições nos

estabelecimentos prisionais, além da retaliação à transferência dos principais líderes da facção criminosa, o produto dos atentados é um triste saldo de rebeliões, atentados e mortes. Um saldo negativo para toda a história da sociedade civil e para os poderes constituídos.

O outrora, filmes como *Carandiru* e *Tropa de Elite*, causaram alvoroço na sociedade ao

expor as mazelas do sistema penitenciário e da segurança pública, numa clássica demonstração da célebre máxima de que “*a arte imita a vida*”.

Ao deixar as salas de cinema, o expectador certamente ficará confuso. Ou se externa a admiração pela bela produção do filme, ou então se lastima pelas vidas que se foram nos

fatídicos ataques. Outra situação paradoxal surge. A despeito da belíssima arte, indaga-se: para quem são os aplausos? Para o caótico sistema penitenciário? Não. Para a tortura policial? Certamente não. Para as organizações criminosas? Jamais.

Deixando de lado toda a dramaturgia trazida pelo filme, cabe ao operador do direito meditar sobre os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para prevenir e combater as organizações criminosas.

O presente trabalho trará a exposição sucinta dos principais instrumentos normativos que tratam da prevenção e repressão às organizações criminosas, com enfoque no cotejamento das disposições da Convenção de Palermo e a Lei 9.034/95. Não se pretende analisar perfunctoriamente cada dispositivo, o que fugiria do escopo do presente trabalho, que é trazer um panorama geral das principais disposições que tratam do combate às organizações criminosas.

De início, cumpre trazer à observação que a Lei 9.034/95 dispõe sobre a utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Nota-se de início que o texto original do art. 1º da lei dispunha sobre os procedimentos investigatórios que versarem sobre crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal). Entretanto, a Lei 10.217 de 11 de abril de 2001, alterou o dispositivo para alargar o âmbito de incidência da referida lei ao incluir as organizações criminosas. Contudo, a lei não define o que seja organização criminosa, delegando à doutrina e jurisprudência a elaboração do seu conceito.

A nosso ver, toda a celeuma jurídica em torno da falta de conceituação legal do que seja uma organização criminosa se esvai se levarmos em conta que o Brasil é signatário da Convenção de Palermo. Assim sendo, conforme posição assente no Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais firmados pelo Brasil, desde que obedecidos todos os trâmites previstos na Constituição Federal, são equiparados às leis ordinárias. Ademais, conforme se extrai do julgamento do Recurso Especial nº 466.343, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que os tratados internacionais celebrados antes da Emenda Constitucional nº 45 e que versarem sobre direitos humanos, tem natureza suprallegal, situando-se acima das leis ordinárias e abaixo das Emendas Constitucionais. Desta feita, por qualquer ângulo que se encare, segundo a referida Convenção (art. 2º, a), temos o conceito de organização criminosa incorporado ao ordenamento jurídico interno como sendo um *“grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”*.

Analisando os dispositivos da Convenção de Palermo, nota-se a previsão de diversos

institutos e procedimentos que, bem antes da sua celebração, já estavam previstos no ordenamento jurídico interno.

O art. 6º da Convenção estabelece que os Estados partes adotarão medidas legislativas no sentido de criminalizar as condutas de lavagem de dinheiro. Observe-se que, no Brasil, o crime de lavagem de dinheiro já está previsto na Lei 9.613/98. A única ressalva a ser feita é no sentido de que a Convenção dispõe que cada Estado parte procurará aplicar o crime de lavagem de dinheiro à mais ampla gama possível de infrações principais. No entanto, a Lei 9.613/98 apresenta um número reduzido de crimes principais, sofrendo inúmeras críticas da doutrina no sentido de que o rol deveria ser ampliado para constarem outros crimes de igual gravidade, como por exemplo, os crimes contra a ordem tributária.

O art. 8º, a e b, determina a criminalização da corrupção. Na verdade, a utilização genérica do termo corrupção deve ser bem entendida. O que a Convenção determina a incriminação são os casos de corrupção ativa e passiva e concussão. O Código Penal brasileiro incrimina tais condutas nos artigos 316, 317 e 333. Ademais, o art. 23 da Convenção estabelece que cada Estado parte deverá tomar medidas legislativas no sentido de criminalizar as condutas de obstrução da justiça. O Brasil cumpre seu mister ao prever nos art. 343 e 344 do Código Penal as figuras típicas de corrupção ativa de testemunha ou perito e coação no curso do processo, respectivamente.

Outra disposição constante da Convenção é a necessidade de proteção das testemunhas (art. 24). No ordenamento pátrio encontra-se em vigor a Lei 9.807/99 que cria e disciplina o programa de proteção das vítimas e testemunhas ameaçadas.

O art. 12 da Convenção recomenda que cada Estado parte deverá adotar medidas no sentido da apreensão e confisco do produto das infrações cometidas pela organização criminosa, bem como dos bens utilizados na prática delituosa. Tais medidas já estão previstas no Código de Processo Penal, conforme se depreende da leitura dos artigos 125 *usque* 144, que trata das medidas assecuratórias.

Ademais, o artigo 13 determina a adoção de medidas de cooperação internacional para efeitos de confisco dos bens referidos no art. 12. A despeito de inexistir um instrumento internacional específico tratando da cooperação internacional para o confisco dos bens, no Brasil tal medida se dá pelo cumprimento das cartas rogatórias, sendo que tal medida está prevista no art. 210 do Código de Processo Civil.

Conforme o art. 20 da Convenção, deverão ser adotadas técnicas especiais de investigação. Tais técnicas, segundo o preceptivo da Convenção, consistem na entrega vigiada, na vigilância eletrônica, infiltração de agentes, dentre outras técnicas que deverão estar previstas no ordenamento jurídico nacional. A própria Lei 9.034/95, prevê em seu art. 2º, os casos de ação controlada (inciso II), captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos (IV) e a infiltração por agente de polícia ou de inteligência (V).

Questão interessante é a previsão do art. 10 no sentido de que cada Estado parte deverá adotar as medidas necessárias para responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado. Longe de se adentrar na discussão sobre a possibilidade ou não da responsabilização criminal da pessoa jurídica, fato é que o ordenamento jurídico nacional somente reconhece a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em casos de crimes contra o meio ambiente, consoante disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei 9.605/98.

O artigo 28 da Convenção estabelece a necessidade da adoção de mecanismos de coleta, intercâmbio e análise de informações sobre a natureza do crime organizado. No Brasil existem vários acordos de cooperação com outros países em que uma das medidas expressas são o compartilhamento de informações. A guisa de exemplo cita-se alguns países que mantêm tal acordo de cooperação com o Brasil: Polônia (2006), Panamá (2001), China (2004), Bolívia (2009), Suíça (2004).

Deste modo, conclui-se que as disposições previstas na Convenção de Palermo, de uma forma ou de outra, são reproduzidas na legislação pátria. Ocorre que, devido à inflação legislativa, muitas medidas de combate às organizações criminosas estão distribuídas em diversas leis, que por sua vez, caem no ostracismo e não são devidamente utilizadas. Na árdua tarefa do operador do direito na manipulação de tais normas, sempre comprometido com a legalidade que permeia o Estado Democrático de Direito, deve-se procurar buscar soluções para o combate à criminalidade organizada para que novos episódios como o de 2006 não se repitam e, com todo o respeito aos idealizadores do filme, não sejamos obrigados a assistir a continuação de “Salve Geral”.

Carlos Eduardo de Souza

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Octávio Bastos - FEOB
Delegado de Polícia do Estado de São Paulo

A LEI 12.015/09 CRIOU MAIS UMA EXCEÇÃO À TEORIA MONÍSTICA DO CONCURSO DE PESSOAS?

Galvão Rabelo

A Lei 12.015/2009 alterou, em profundidade, o cenário dos delitos sexuais no Brasil. Entre as diversas alterações introduzidas pela reforma, um ponto merece atenção especial: a criação do delito cuja conduta está descrita no artigo 218 do Código Penal, que, embora não possua rubrica marginal, foi apelidado por **Nucci** como “mediação de vulnerável para servir à lascívia de outrem”⁽¹⁾.

Como se sabe, já havia, no art. 227 do Código Penal, o crime de *mediação para servir à lascívia de outrem*, crime anacrônico e violador do princípio constitucional da lesividade, que, lamentavelmente, foi mantido intacto pela lei penal supracitada. Configura-se o crime, na figura simples do *caput*, quando alguém induz uma pessoa maior e plenamente capaz a satisfazer a lascívia de outra pessoa também maior e plenamente capaz. Quer-se punir a conduta do *adulto* que induz *adulto* a saciar a lascívia de outro *adulto*! Não se sabe exatamente como a conduta sexual de adultos plenamente capazes pode interessar ao legislador penal... Trata-se de moralismo sexual do legislador de 1940, que parece ainda nortear o legislador de 2009.

Questão diferente é quando alguém induz um vulnerável a satisfazer a lascívia de outrem. Este, de fato, precisa ter tutelada a sua dignidade sexual. Essa preocupação não escapou ao legislador reformista, que reservou o Capítulo II do Título VI da Parte Especial do Código Penal para a tutela criminal dos vulneráveis, no que tange à sua dignidade sexual – “*Dos crimes sexuais contra vulnerável*”.

Nesse novo contexto promovido pela reforma, o legislador houve por bem inserir, no mencionado capítulo, o crime de “mediação de vulnerável para servir à lascívia de outrem” (art. 218 do Código Penal). Trata-se de crime que utiliza as mesmas elementares do antigo artigo 227, diferenciando-se deste no que tange ao sujeito passivo, pois a vítima do crime previsto no artigo 218 será necessariamente vulnerável.

Contudo, ao criar este crime, o legislador gerou um sério problema para se determinar cientificamente o âmbito de incidência desse novo dispositivo penal, principalmente porque ele tangencia o campo de incidência de outras modalidades delituosas como, por exemplo, o *estupro de vulnerável*.

Sabe-se que a Lei 12.015/2009, acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, criando a figura do “estupro de vulnerável”,

que consiste na conduta daquele que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, com enfermo ou deficiente mental sem capacidade de discernimento para a prática do ato, ou com aquele que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (art. 217-A, *caput* e § 1º, do Código Penal).

Ante a existência de tais condutas delituosas, questiona-se qual será a solução jurídico-penal adequada se, por exemplo, o agente induz o vulnerável a saciar a lascívia de “A”, que consiste em ter conjunção carnal com a vítima: o agente deve responder como partícipe de estupro de vulnerável (art. 217-A) ou como autor do crime previsto no art. 218 do Código Penal?

Para responder essa questão, será preciso retomar alguns conceitos referentes ao concurso de pessoas.

O legislador, ao regulamentar o concurso de pessoas no artigo 29 do Código Penal, adotou, como regra, a teoria *monística*, ao estabelecer que todas as pessoas que concorrem para a prática do fato delituoso respondem por um único e mesmo crime.

Afastou, portanto, do ordenamento jurídico brasileiro a teoria *dualística*, segundo a qual “*há dois delitos, um para os autores, que realizam a atividade principal, o tipo legal de delito, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal*”⁽²⁾. Não acolheu, igualmente, o legislador a teoria *pluralística*, para a qual cada participante do fato responderá por um crime diverso.

Pois bem. Feita essa breve digressão, é possível vislumbrar, em princípio, três interpretações para o art. 218 do Código Penal.

A primeira interpretação possível – e também a mais frágil – é entender que o art. 218 do Código Penal traz um crime formal, que se consuma com a simples indução do vulnerável, independentemente da satisfação ou não da lascívia de outrem. Aliás, na hipótese de efetivamente ocorrer a satisfação da lascívia de outra pessoa, o indutor pode responder por crime mais grave (partícipe

em estupro de vulnerável, por exemplo).

Mas essa interpretação fere, por óbvio, o princípio da proporcionalidade. Como bem observa **Nucci**, “*dar a idéia a um menor de 14 anos para satisfazer a lascívia de outrem, sem que nada ocorra, jamais poderia ser crime consumado, implicando pena de dois a cinco anos de reclusão*”⁽³⁾.

Outra interpretação possível é no sentido de que o crime previsto no art. 218 do Código Penal, embora seja um crime material – que se consuma com a efetiva satisfação da lascívia de outrem –, é, também, um crime *residual* (subsidiário) – que só se configurará quando não for o caso de adequação

típica em crime mais grave.

Dessa forma, quando a satisfação da lascívia de terceiro consistir, por exemplo, em estupro de vulnerável, o agente que induz o vulnerável à prática do ato deverá responder como partícipe moral do estupro de vulnerável – e não pelo crime descrito no art. 218. Apenas quando o ato de saciar a lascívia de terceiro não se adequar em nenhuma figura típica mais grave é que o indutor responderá pelo crime previsto no art. 218 do Código Penal.

Parece ser esse o entendimento de **Rogério Sanches Cunha**:

“*no lenocínio comum (art. 227) não importa a espécie de lascívia que a vítima é induzida a satisfazer. Já no art. 218, tratando-se de vítima menor de 14 anos, não pode consistir em conjunção carnal ou atos libidinosos diversas da cópula normal, pois, nesses casos, haverá o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Limita-se, portanto, às práticas sexuais meramente contemplativas, como por exemplo, induzir alguém menor de 14 anos a vestir-se com determinada fantasia para satisfazer a luxúria de alguém*”⁽⁴⁾.

A solução, contudo, parece difícil de ser aceita, considerando os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, porque, nesse caso, a pessoa que teve a lascívia realmente saciada pelo menor (destinatário do crime) não responderá por delito algum, ao passo que aquele que apenas induziu o menor a satisfazer a lascívia do destinatário responderia por crime cuja pena mínima é de 2 (anos) de reclusão –

pena mais elevada do que a cominada ao homicídio culposo, por exemplo.

Ante o exposto, a solução hermenêutica mais adequada seria aquela que considera que o legislador da reforma penal de 2009 estabeleceu, ao criar o crime de “*mediação de vulnerável para satisfazer a lascívia de outrem*”, uma exceção à teoria monística do concurso de pessoas.

Isso porque, quando alguém tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vulnerável, deverá responder como autor do estupro de vulnerável, nos termos do art. 217-A. Por outro lado, aquele que apenas induziu o menor a manter referidos atos sexuais com o terceiro, não responderá como partícipe moral de estupro de vulnerável, *mas como autor do crime estabelecido no art. 218 do Código Penal*.

Dessa forma, o legislador estabeleceu crimes diferentes para participantes de um mesmo fato (excepcionando, portanto, a teoria monística do concurso de pessoas).

O entendimento ora exposto é reforçado pelo fato de que a Lei 12.015/2009 não atribuiu rubrica marginal ao art. 218 do Código Penal, fazendo crer que este dispositivo ainda está no âmbito de regulamentação do estupro de vulnerável.

Mas o problema da interpretação do art. 218 não pára por aí. O legislador, ao criar o tipo penal sob exame, estabeleceu como núcleo apenas o verbo *induzir*, que significa fazer surgir na mente de uma pessoa uma ideia até então não imaginada por esta. Trata-se de uma modalidade de participação que aqui aparece como núcleo do tipo.

Como se sabe, a participação pode ser moral ou material. Na participação moral, o agente atua fazendo surgir a ideia na mente da pessoa (*induzimento*) ou apenas estimulando, reforçando, uma ideia já existente (*instigação*). Já na participação material (*auxílio*), a atuação do agente se reveste em uma contribuição material, em uma ajuda material.

Assim, questiona-se: e se o agente, ao

invés de induzir, apenas *instigar* ou *auxiliar* materialmente o menor a ter conjunção carnal ou a praticar outro ato libidinoso com terceiro? Responderá ele nos termos do art. 218 do Código Penal ou nos moldes do art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável)?

Pode-se pensar, em um primeiro momento, que, como tais condutas não foram abarcadas pelo tipo penal previsto no art. 218 do Código Penal, seriam elas *atípicas* diante deste dispositivo. Porém, logo se concluiria que *atipicidade* é apenas *relativa*, porque, embora as condutas de *instigar* e *auxiliar* não componham o art. 218, configurariam, certamente, participação no crime de estupro de vulnerável, em virtude da norma de extensão prevista no art. 29 do Código Penal.

Tal contrassenso, porém, não pode prevalecer por importar em repúdio à ordem constitucional.

Quer-se crer que o legislador deixou lacunas na descrição típica do art. 218 do Código Penal ao não mencionar a *instigação* e o *auxílio*, cabendo, portanto, ao intérprete recorrer aos recursos de integração de lacunas da lei. Dentre estes recursos, se encontra a analogia, admitida no Direito Penal quando favorável ao agente (analogia *in bonam partem*).

Considerando que as condutas de *instigar* e de *auxiliar* são semelhantes à conduta de *induzir*, pode-se utilizar, para regulamentar as duas primeiras condutas, a norma que o legislador estabeleceu para regulamentar a conduta assemelhada.

Outra solução, aliás, padeceria de manifesta iniquidade, pois o indutor (aquele que cria a ideia) responderia por crime sensivelmente mais brando (art. 218), ao passo que o instigador (que nem a ideia criou), responderia por crime drasticamente mais grave (art. 217-A). A afronta de tal interpretação ao princípio constitucional da proporcionalidade seria insuportável.

Desse modo, o art. 218 deve abranger,

não apenas a conduta de induzir (expressamente prevista), mas também as condutas de *instigar* e de *auxiliar*. Conclui-se, pois, que o círculo incriminador do art. 218 deve abarcar todas as modalidades de participação existentes (moral e material). Mas atente-se que, neste caso, não se trata de participação, já que as condutas de *induzir*, *instigar* e *auxiliar* constituem os núcleos do tipo penal e, assim, quem as executar será autor do crime descrito no art. 218 do Código Penal.

Nessa senda, fica claro que o legislador estabeleceu uma *exceção dualística* à teoria monística⁽⁵⁾, em que o *autor* da prática de ato libidinoso com o vulnerável deve responder por estupro de vulnerável, enquanto aqueles que inicialmente seriam *partícipes* deste crime devem responder como autores da figura prevista no art. 218 do Código Penal.

NOTAS

- (1) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.* São Paulo: RT, 2009. p. 44.
- (2) **PRADO, Luiz Regis.** *Curso de direito penal brasileiro.* v. 1. 8 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 444.
- (3) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.* São Paulo: RT, 2009. p. 46.
- (4) **GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira.** *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.* São Paulo: RT, 2009. p. 53.
- (5) É esse o entendimento de **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.* São Paulo: RT, 2009. p. 45-48. Ressalta-se, apenas, que o ilustre professor fala em “*exceção pluralística* à teoria monística”, quando parece ser mais adequado falar em “*exceção dualística* à teoria monística”.

Galvão Rabelo

Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.
Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, em Ubá, Minas Gerais

PARTICIPE POR ACREDITAR

VI CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU

O Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu - **IDPEE**, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - **IBCCRIM**, reunirão uma vez mais professores portugueses e brasileiros, para discussão de teses na área do Direito Penal Econômico. O Curso será realizado entre os dias 29 de julho e 18 de setembro de 2010. O Certificado do Curso Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu será conferido pela Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu.

Dos professores do **IDPEE** está confirmada a presença de: Anabela Miranda Rodrigues, Cláudia Maria Cruz Santos, Nuno Brandão, Manoel da Costa Andrade e Susana Aires de Sousa. Do **IBCCRIM**, estão confirmados os professores: Andrei Zenkner Schmidt, Celso Sanchez Vilardi, Flávio Cruz, Heloisa Estellita, Hugo de Brito Machado, Maurício Zanoide de Moraes e Rodrigo Sanchez Rios.

Mais informações serão divulgadas em breve no Portal **IBCCRIM**.

Contato: www.ibccrim.org.br e na Seção de Produção Científica por e-mail: curso@ibccrim.org.br ou telefone: (11) 3105-4607 ramal 131.

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Raffaella da Porciuncula Pallamolla

Para além das importantes discussões a respeito do que pode ser considerado justiça restaurativa, como devem ser seus processos e quais podem ser seus objetivos, tem-se um relevante debate em torno de qual seja a relação adequada entre justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal e qual o momento e forma apropriadas para se encaminhar casos penais à justiça restaurativa. Pretende-se aqui abordar sucintamente alguns pontos que dizem respeito a essas últimas questões, porém, antes disso, cabe tecer algumas considerações a respeito das diferentes concepções da justiça restaurativa.

Uma delas vê a justiça restaurativa como uma forma de justiça voltada para a reparação do dano (material ou simbólica) causado pelo delito (conflito). Os adeptos desta concepção, além de voltarem-se para a reparação da vítima, buscam (re)integrar o ofensor à sua comunidade e restaurar a própria comunidade, sendo que essa participa do processo restaurativo a fim de contribuir na formulação e cumprimento do acordo restaurativo, bem como desenvolver sua capacidade de resolver seus próprios conflitos, eis que o delito afeta não só sua vítima imediata e o ofensor, mas também a comunidade. Esta concepção associa, igualmente, a reparação do dano feita pelo ofensor ao reconhecimento da sua responsabilidade no ato. O encontro dos envolvidos é buscado, mas não é imprescindível, na medida que o Estado pode reparar a vítima de outra forma, por exemplo, impondo uma pena ao ofensor diferente de multa ou cárcere (prescinde-se, portanto, da voluntariedade do ofensor para reparar). A reparação pode ser feita, ainda, pela comunidade, não precisando ser necessariamente feita pelo ofensor.

A segunda concepção volta-se para a transformação, sendo esta entendida de maneira ampla, eis que sua intenção é transformar a compreensão das pessoas sobre si mesmas e como se relacionam com os outros, transformar a forma de vida das pessoas, pois parte do pressuposto que todos estamos conectados uns aos outros e ao mundo e, por fim, introduzir uma mudança na própria linguagem, abolindo distinções entre crime e outras condutas danosas, a exemplo do que propunha o abolicionista **Louk Hulsman**, com a substituição da palavra delito pelo termo “situações problemáticas”. Apesar de visar transformações tão profundas, esta concepção não descuida da reparação do dano, uma vez que considera imprescindível identificar as necessidades dos implicados no conflito (vítima, ofensor e comunidade) para que se possa tentar atendê-las, na medida do possível.

A terceira e última concepção é a do en-

contro ou diálogo. Nela, a justiça restaurativa é vista como uma forma de resolução de conflitos que possibilita que vítima, ofensor e outros interessados se encontrem em um local não tão formal e dominado por especialistas (a exemplo dos advogados, juízes e promotores), para que, principalmente, vítima e ofensor abandonem a passividade que lhes é imposta pelo processo penal, e assumam posições ativas nas discussões e tomada de decisões de seus conflitos. Nessa configuração, a justiça restaurativa aparece como uma experiência extremamente democrática, na medida em que todos falam e escutam respeitosamente, e em condições

equilibradas de poder, proporcionadas pela formação do processo, pelos valores da justiça restaurativa e, principalmente, pela atuação do facilitador ou mediador. Assim, ao invés da imposição de uma pena pelo juiz, utiliza-se o diálogo para que os implicados cheguem a um acordo sobre o que pode ser feito em benefício da vítima, do ofensor e da própria comunidade. Por meio desse processo, a vítima tem espaço para expressar seu sofrimento e dizer os danos que lhe foram causados, o ofensor pode tomar consciência das consequências de seus atos e escolher fazer algo para reparar o dano, e juntos, eles chegarão a um acordo que, evidentemente, deve ser razoável e não desrespeitar os direitos humanos. Dessa forma, o que se observa em inúmeras pesquisas realizadas, é que ambos se sentem tratados de forma mais justa, eis que vivenciam a justiça, ao invés de apenas assisti-la ser realizada por outros para que, após, apenas recebam o comunicado (sentença) de que foi feita justiça.

É preciso observar, contudo, que apesar das concepções possuírem relevantes diferenças entre si, na prática, elas se mesclam. Por esse motivo é que não há apenas uma resposta para o que é justiça restaurativa, mas várias. E é por isso, por ser um movimento complexo, que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”⁽¹⁾.

Com estas breves notas sobre as concepções da justiça restaurativa, pode-se partir para o debate sobre a posição da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal. Esse debate envolve a discussão de se a justiça

restaurativa estaria em plena oposição à justiça criminal tradicional ou não. Recentemente, alguns teóricos têm dito que as duas formas não são totalmente opostas, pois os dois sistemas convivem em todos os países onde a justiça restaurativa é aplicada. **Roche**⁽²⁾, por exemplo, destaca que a dualização entre justiça restaurativa e justiça retributiva pode ocasionar uma série de problemas:

(1) desconsideração da complexidade dos processos de punição fora do sistema de justiça; (2) simplificação do modelo retributivo – que não é uniforme –, e que fica reduzido à vingança, mas, na verdade, está adstrito a

É preciso observar, contudo, que apesar das concepções possuírem relevantes diferenças entre si, na prática, elas se mesclam. Por esse motivo é que não há apenas uma resposta para o que é justiça restaurativa, mas várias.

limites, ademais de atuar, em muitos países, com a justiça restaurativa inserida no sistema de justiça criminal; (3) incentivo à conclusão de que tudo que não for justiça restaurativa é ruim; e (4) crença na possibilidade de se extinguir qualquer retribuição e punição do sistema de justiça.

Então, pode-se concluir, dentre outras coisas, que ainda que se diga, com razão, que a justiça restaurativa não responsabiliza por meio da punição, já que a reparação do dano é atingida (ou buscada) tendo por base um acordo alcançado pelas as partes, sendo que estas se disponibilizam a participar do processo (voluntariedade), na prática, os processos restaurativos podem ser ‘invadidos’ por aspectos próprios do retribucionismo, pois as pessoas não deixam de ser punitivas de um dia para o outro, já que nossa sociedade (moderna) está estruturada sob parâmetros retributivos.

Por isso, há a necessidade de que a justiça restaurativa seja acompanhada pelo Estado, ainda que minimamente, para que se evite a violação de direitos fundamentais. Contudo, isso não quer dizer que a justiça restaurativa deva ficar subordinada ao sistema de justiça criminal, e se tornar apenas mais uma forma alternativa de resolução de conflitos (a exemplo dos juizados especiais criminais) etiquetada de menos importante, e sem realmente proporcionar uma forma de resolução de conflitos que modifique as bases retributivas da justiça criminal.

A forma de atuação conjunta que se pretende estabelecer entre os dois modelos de justiça, é a que possibilite que os espaços e lógicas de ambos sejam preservados, evitando-se, sobretudo, que a justiça restaurativa

seja contaminada pela lógica punitiva do sistema de justiça criminal. Com base nessas premissas, entende-se que a relação adequada entre estes modelos será a que possibilite à justiça restaurativa atuar em conjunto com o sistema de justiça criminal. Nesse sentido, **Pelikan**⁽³⁾ destaca que o adequado seria que a justiça restaurativa mantivesse uma “autonomia condicional” em relação ao sistema de justiça criminal, ou seja, atuasse em conjunto com ele, porém com estrutura separada e certa autonomia. A proposta de Pelikan vai ao encontro do chamado modelo de bitola dupla (*dual track model*) que prevê a justiça restaurativa atuando lado-a-lado com a justiça criminal, de maneira que reste mantida a independência normativa de ambas. Neste modelo, há cooperação eventual entre os sistemas, possibilitando que vítima e ofensor possam migrar de um para o outro, de acordo com certas regulamentações estabelecidas pelos programas de justiça restaurativa e pelo sistema de justiça criminal. O caso, então, vai para a justiça restaurativa e retorna ao sistema de justiça criminal para ser arquivado (dependendo do delito) ou o acordo impactará na sentença.

Nessa formatação, a justiça restaurativa pode ser aplicada em diversos momentos da atuação do sistema de justiça criminal, sendo possível o encaminhamento do caso nas seguintes fases: (1) Na fase policial ou pré-acusação, quando é feito pela Polícia ou pelo Ministério Público; (2) Na fase pós-acusação, mas antes do início do processo, quando é

feito pelo Ministério Público; (3) Na etapa do juízo, antes do julgamento ou ao tempo da sentença, hipótese que é feito pelo juiz; (4) Na fase da aplicação da pena, momento em que a justiça restaurativa aparece como alternativa ao cárcere ou soma-se a ele. Dentre estas possibilidades, considera-se mais

A forma de atuação conjunta que se pretende estabelecer entre os dois modelos de justiça, é a que possibilite que os espaços e lógicas de ambos sejam preservados, evitando-se, sobretudo, que a justiça restaurativa seja contaminada pela lógica punitiva do sistema de justiça criminal.

adequada a aplicação da justiça restaurativa logo quando do ingresso do caso no sistema de justiça criminal, eis que o uso tardio da justiça restaurativa comporta o risco de sobreposição dos modelos restaurativo e punitivo, o que ocasiona a violação do princípio *ne bis in idem*, em outras palavras, faz com o que ofensor responda duplamente pelo mesmo ato.

Considerando-se o cenário brasileiro, o mais acertado parece ser outorgar o encaminhamento do caso ao Ministério Público ou ao Juiz, dependendo do momento em que for feito. Isso porque, estes dois atores estão legitimados a verificar se estão presentes os indícios de autoria e materialidade que autorizam o envio do caso à justiça restaurativa. Nesse sentido, cabe frisar alguns critérios que devem ser observados para se encaminhar um caso à justiça restaurativa. Segundo **Sanzberro**⁽⁴⁾, é imprescindível que haja uma vítima personalizada, certa entidade da infração, o que faz com que se exclua a possibilidade de envio de casos de bagatela e de casos onde não exista o mínimo esclarecimento sobre fato e circunstâncias, o reconhecimento do fato (que não equivale a confissão em termos jurídicos), além da não

proibição aos reincidentes de participarem. Outros critérios devem ficar a cargo dos próprios programas restaurativos, e não nas mãos do sistema de justiça, a fim de evitar-se, dentre outras consequências negativas, a discricionariedade no envio dos casos.

Observados esses requisitos, acredita-se que a justiça restaurativa poderá contribuir para a redução do número de casos encaminhados ao sistema de justiça criminal tradicional, o que reduzirá, por conseguinte, a aplicação de sanções punitivas, e incrementar o acesso à justiça, eis que oferece à sociedade outra possibilidade de resolução de conflitos, mostrando que existem outras respostas possíveis ao delito, além da punitiva.

NOTAS

- (1) **PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula.** *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: **IBCCRIM**, 2009. (Monografias, 52).
- (2) **ROCHE, Declan.** Retribution and restorative justice. In **Gerry and VAN NESS, Daniel W** (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 75, 78-81.
- (3) **PELIKAN, Christa.** Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. *Relatório DIKÉ* – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa, set. de 2003, edição da APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, p. 76.
- (4) **SANZBERRO, Guadalupe Pérez.** Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999, p. 172.

Raffaella da Porciuncula Pallamolla

Advogada criminalista. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em Criminologia e Execução Penal e Doutoranda em Direito Público (Universidade Autônoma de Barcelona - UAB). Professora de Direito Penal (FACENSA). Membro da Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Conselheira do Instituto de Criminologia e Alteridade (ICA)

PARTICIPE POR ACREDITAR

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2010

A partir do dia 11 de janeiro de 2010, estudantes interessados em participar do processo seletivo da 9ª Edição do **Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM** poderão inscrever-se no **Portal IBCCRIM** (www.ibccrim.org.br).

O **Laboratório** é um curso dedicado ao fomento da iniciação científica, destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito. O programa consiste na abordagem de questões atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal por renomados especialistas. O Laboratório é gratuito para os alunos associados e para participar é necessário ser aprovado no processo seletivo. Fique atento à área de **Iniciação Científica** no **Portal IBCCRIM** para conhecer o cronograma do processo seletivo e o regulamento desta edição do curso. Mais informações podem ser obtidas com a **Seção de Produção Científica** por telefone (011) 3105 4607 ramal 156, ou por e-mail: laboratorio@ibccrim.org.br

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Programa-se para participar do maior evento das Ciências Criminais do Brasil! Em 2010, o **16º Seminário Internacional do IBCCRIM** acontecerá entre de 24 e 27 de agosto, no **Hotel Tivoli Mofarrej**, em São Paulo. Fique de olho no **Portal IBCCRIM** e em breve divulgaremos mais informações.

“QUEM É VOCÊ? ADIVINHA SE GOSTAS DE MIM?”

Thiago Gomes Anastácio

I.

Fecho meus olhos e vejo um julgamento. Nele miro os jurados – o julgamento é na corte popular – sentados à frente da defesa; o acusado sem algemas, sob escolta triplada pelo uso das submetralhadoras (*logo me indago transportando-me para a posição de julgador: será um acusado mais perigoso se algemado, ou se escoltado por canhões?*) veste trapos amarelos, quase fosforescentes.

Acusação e juiz de direito batem amistoso papo enquanto o oficial de justiça me entrega a lista de cidadãos sorteáveis, já com indicações de dispensas a pedido.

Sorteados um a um, vão se recusando jurados, alguns conhecidos, outros não, enquanto alguns fazem cara feia como se realizássemos (as partes) julgamento onde os elementos de nossa escolha, ou recusa, não passassem de seus próprios nomes, sexo e profissões, além de um muito pouco possível contato anterior em outro julgamento.

Entregues pronúncia (em regra, a decisão que remete o acusado a julgamento) e breve relatório do procedimento, os jurados lêem, atentamente, o que ali escrito; é-me estranho o fato do legislador, ao tentar extirpar do júri as indevidas influências opinativas de maus juízes, ainda ordene aos jurados a leitura dessas mesmas opiniões⁽¹⁾.

Iniciada a instrução, ordena o juiz presidente: seja trazida a testemunha *lilás*.

Jurados atônitos, o rareado público do júri é retirado da sala.

Entra a testemunha, curiosamente de cútis não *lilás*, e se senta no banco. O acusado já foi retirado da sala, quando inicia sua inquirição o promotor de justiça, após preliminares indagações do presidente: “*Fique sabendo estar seu nome protegido, assim como seu endereço, e apenas o advogado de defesa poderá revelar seu nome ao acusado. Assim, caso ocorra algo com o senhor (a) a culpa não será do poder público, e sim responsabilidade da Defesa.*”.

A inquirição é realizada, o acusado foi levado à carceragem e não é possível consultá-lo, senão com breve abandono da sessão, e não tão breve assim.

Vêm as testemunhas *rosa*, *azul*, *pérola*; até as gregas aparecem: *ômega* e *beta*.

Terminada a inquirição, retorna o acusado à sala de julgamento. Indaga: “*E aí doutor? O que elas disseram?*”.

Os jurados olham desconfiados, quase com setas assertivas nos olhares: “*o advogado deve estar revelando quem são as testemunhas!*”

Passei, num estalar de dedos, de advogado de defesa, para abstrato cúmplice em futuro crime. Meu ato é condenado, e nem estou sendo julgado.

De repente, a indagação corrosiva: “*Dou-*

tor, quem são essas pessoas? Já briguei muito na vida e essas pessoas podem querer me prejudicar, por algum motivo. Podem ter sido familiares delas ou amigos, ou elas mesmas, que cometeram o crime. Sou inocente doutor. Sou inocente.”.

Quando a defesa passa a ser julgada por trocar informações com seu cliente, o Ministério Público instiga o medo e não fiscaliza o gozo dos direitos individuais, testemunhas têm o respaldo do anonimato e esse se torna fardo da defesa e não do Estado – titular do Poder-Dever de punir e de resguardar a plena defesa –, o que fazer?

II.

Antes de qualquer outro comentário, vale lembrar que políticas de segurança pública e Justiça são incompatíveis – valiosa, sobre isso, a lembrança do grande penalista, o min. **Nelson Hungria**: “*Quando a política entra pela porta, no recinto do Tribunal, a Justiça se vai pela janela, a buscar os céus.*”.

Completem-se, todavia, caso caminhem sozinhas e sóbrias para atingirem a propositura constitucional da paz social, de sociedade organizada e justa; devem trocar informações, unificar dados, mas não cegar seus membros e seduzi-los a exercer papel que não lhes particular. Delegado não julga, investiga; juiz não investiga, julga; promotor de justiça não investiga, verifica o trabalho policial (controle externo), até esse evoluir em eficácia e idoneidade, para então colher tais frutos e posteriormente se propor a reproduzi-los, diante do juiz de direito. A equação não é tão complexa.

Para embaralhar um pouco mais esse caleidoscópio de cegos entendedores, o Governo Federal promulgou lei (Lei 9.807) visando proteger testemunhas de delitos cometidos por organizações criminosas, bem como de vítimas e integrantes arrependidos (delação premiada).

No afã de equacionar os problemas existentes – no que lhe compete fazer – a E. Corregedoria Geral de Justiça, órgão vinculado ao Tribunal de Justiça de São Paulo, editou e publicou, há quase uma década, normatização administrativa, dispondo sobre atos como o sigilo dos dados de testemunhas, em crimes hediondos. Deixando de lado observações acerca da competência da E. Corregedoria Geral de Justiça para normatizar procedimento, com

base e vinculação a tipos penais específicos, parece, grosso modo, ser bastante salutar a cautela, que em nada interfere nos direitos e garantias individuais do cidadão processado e no exercício de sua defesa.

A norma, contudo, ganha contornos dantescos a cada dia, face sua má aplicação; seria, segundo a Portaria em destaque, de caráter principalmente administrativo (alteração do local em que se depositam os endereços das teste-

munhas), mas se torna processual e agressivo às garantias individuais, pelo fato dos Juízes de Direito estarem retirando dos autos o nome das testemunhas acusatórias, e deixando a mercê da Defesa, a responsabilidade de informar ou não, aos acusados, quem lhes acusam.

Assim agindo, nossos Juízes, ansiosos por combater o crime, deixam a respeitável e nobre Corregedoria Geral de Justiça em maus lençóis, bem como a si.

III.

O preâmbulo da portaria, da lavra do então i. Corregedor Geral de Justiça é cristalino ao afirmar o motivo legal, hierárquico e imediatamente superior para a confecção da Portaria 32/00 da CGJ/TJSP: “**Considerando que a lei determina a adoção de medidas de proteção às vítimas e testemunhas, especialmente aquelas expostas à grave ameaça ou que estejam coagidas de colaborarem com a investigação ou processo criminal (...)**”.

O art. 3º do referido Provimento indica as providências a serem adotadas, após reclame das testemunhas, pela Autoridade Policial: “*As vítimas e testemunhas coagidas ou submetidas à grave ameaça, em assim desejando, não terão quaisquer de seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de seus depoimentos. Aqueles ficarão anotados em impresso distinto, remetido pela Autoridade Policial ao Juiz competente juntamente com os autos do inquérito após edição do relatório. No Ofício de Justiça, será arquivada a comunicação em pasta própria, autuada com, no máximo, duzentas folhas, numeradas, sob responsabilidade do escrivão.*”.

O art. 7º, inc. IV é tratante de similar matéria, mas já quando sob análise judicial: “**Os dados pessoais, em especial**

os endereços de vítimas e testemunhas, que tiverem reclamado de coação ou de grave ameaça em decorrência de depoimentos que tenham prestado ou devam prestar no curso do inquérito ou do processo, após o deferimento da autoridade competente, devem ser anotados em separado, fora dos autos, arquivados sob a guarda do Escrivão do correspondente Ofício de Justiça, com acesso exclusivo aos Juízes de Direito, Promotores de Justiça e Advogados constituídos ou nomeados nos respectivos autos, com controle de vistas”.

Da simples leitura, nasce a óbvia indagação: de onde nasceu, senão do imaginário freudiano-punitivo, a permissão legal para se excluir o nome de testemunhas e vítimas do processo? Mais óbvia a intenção, impossível: dificultar-se-á o conhecimento de endereços e dados qualificativos das testemunhas, e só isso.

Como citamos no breve intróito, juízes, após denúncias ministeriais, e, promotores de justiça, após o recebimento de inquéritos policiais, criaram essa aberração jurídica; o caso dos magistrados parece muito mais grave: recebem denúncias sem nomes de testemunhas, arroladas por números ou apelidos dados por escrivães de polícia ou estagiários de direito, e se diga, alcunhas de muito mau gosto.

A meu sentir a magistratura paulista, tanto criticada pelo seu trato com os direitos e garantias individuais – *Sepúlveda Pertence*, um dos grandes ministros da história do STF asseverou há tempos: “Os severos Tribunais paulistas” – se encontra, hoje, em situação compatível a da metáfora de *Pedro Vergara*, aquela sobre os elefantes que nas antigas guerras se voltavam contra seus próprios exércitos: juízes de primeiro grau têm adotado medida inexistente no mundo processual legal, fazendo parecer que o Tribunal de Justiça, por seu Corregedor Geral, é competente para legislar em matéria processual penal (ou em qualquer matéria processual).

Ou se dirá que impedir um cidadão de saber quem o acusa, não é ato processual a gerar efeitos constritivos aos direitos individuais?

Alguns profissionais, entusiastas dessa péssima aplicação (e lembro o argumento por respeito à dialética) afirmam que o direito do cidadão-acusado é sim resguardado, por se ofertar à Defesa a consulta dos nomes das testemunhas.

Tal argumento é da profundidade de um pires.

Primeiro, pois, à defesa nada se oferta: a defesa é essencial para reclamar aos cidadãos, as garantias da lei (*Charles-Alexandre La-*

chaud). Demoramos como sociedade mais tempo para descobrir a essencialidade da ampla defesa, que para a descoberta da gravidade. Tão elementar uma, como a outra; a maçã cai e o homem acusa desde sempre; porque a maçã cai e a necessidade de defesa, eis reais conquistas humanas!

Por segundo, por não ser o profissional da defesa remunerado para exercer, também, a função de juiz de direito. É obrigação do Poder Judiciário resguardar e aplicar a Constituição Federal, principalmente no tocante às garantias do cidadão; deve o juiz zelar pelo devido processo legal e a defesa, pelos argumentos de prova contrários a apresentar. Fazemos *hora extra* ao reclamarmos como reclamou *Lachaud*.

O mais grave decorre de ambas as observações anteriores.

Não é necessário citar doutrinadores para afirmar o que amplamente sabido: a ampla defesa consiste na comunhão do exercício pleno, tanto da autodefesa, como da defesa técnica.

Ora, como ficar a encargo da defesa decisão sobre informar ao acusado quem lhe acusa?

A pedra de toque da discussão parece ser essa: se a defesa técnica decidi omitir ao acusado o nome de quem o acusa, como este exercerá sua autodefesa, informando ao juízo se a “testemunha sigilosa” é sua inimiga capital, parente, ou até, alguém com motivos para ter cometido o delito? Como, sob a ótica da autodefesa, se contraditará um desconhecido?

É impossível.

IV.

Há muito o gracejo forense sobre quem nossos maiores doutrinadores em matéria criminal⁽²⁾, leva ao riso e à reflexão.

É de assustar a situação em que nos percebemos. Porquanto estejamos nos *judicializando*, se esteja debatendo quem será o próximo ministro do Supremo Tribunal Federal, sua idade e se devemos ou não extraditar um italiano, o jogo judicial cotidiano não é percebido, não merece atenção nem do povo brasileiro, nem de sua imprensa.

Estamos vivendo dentro de nosso Supremo Tribunal diuturnamente (e falo da comunidade brasileira como um todo, não apenas da jurídica), estamos acompanhando seus julgados, suas discussões e até bate-bocas, mas ainda não temos a mínima noção de nossos direitos e garantias individuais; se essa observação estiver equivocada, tanto pior: na verdade podemos estar sendo seletivos, pre-

conceituosos, com nossas noções de direitos e garantias individuais.

Ora, não imagino acusação de homicídio contra o Presidente da República, sob as lentes da TV Justiça, com as seguintes assertivas: “A testemunha Azul-Escuro afirmou ter o Presidente da República...”; “A testemunha PERSEPHONES afirmou que a primeira-dama...”.

Nesse nosso pequeno filme, a defesa reclama ao ministro instrutor que revele ao Presidente da República quem a testemunha. A resposta:

“- Se quiser, conte o senhor! O crime de homicídio é grave e qualquer coisa que acontecer com a testemunha, será sua a responsabilidade”.

Também não vejo esse julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por sorte, os Desembargadores paulistas também não conseguem visualizar essa cena antológica de injustiça e têm desmantelado condenações e processos em que tenha se adotado tão ficta prática.

Stanley Kubrick, em seu memorável *Laranja Mecânica* afirmou, nos anos 70, estarmos *vendendo nossos direitos e garantias individuais por uma falsa sensação de segurança*.

O que leva nossos magistrados de primeiro grau a aplicarem o Provimento 32/00 da CGJTJ/SP de forma a impossibilitar a defesa de cidadãos, é um grande mistério envolto na possibilidade desses julgadores intentarem lutar contra o crime, proteger testemunhas ou satisfazer ânsias pessoais.

Ou quem sabe então, ainda dentro do mesmo pacote, estejam esperando um novo Código de Processo Penal Brasileiro, legislado e sancionado por sua Corregedoria Geral de Justiça.

Nesse mundo de faz de conta, tudo é possível, e não se entende mais nada.

NOTAS

- (1) Talvez um bom exemplo de meus tempos de aprendiz no Júri: certo magistrado, em suas decisões de pronúncia (quase nunca de impronúncia), concedia muito raramente ao acusado o direito de aguardar o julgamento em liberdade, mas sob a condição deste “**não voltar, naquele ínterim, a delinquir**”. Todos se perguntavam: como os jurados recebiam isso, senão como o juiz-presidente da sessão afirmando ter sido o réu autor da prática delitiva?
- (2) Reza o anedotário ser nosso maior penalista, um argentino (min. *Raul Zaffaroni*) e nosso maior processualista, um tcheco (*Franz Kafka*) – os fatos tratantes nesse texto firmam o posicionamento processual da anedota. Particularmente, concordo também com o posicionamento penal da anedota.

Thiago Gomes Anastácio

Advogado

Você, que não concordou com o ponto de vista exposto no Boletim, por que não escreve, fundamentando sua divergência? Para propiciar espaço aos outros colaboradores, sintetize sua participação em 6.700 toques, em trabalho inédito.

LEI Nº 11.941/2009 (REFIS 4) E SUAS IMPLICAÇÕES AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

Danyelle da Silva Galvão e Marlus H. Arns de Oliveira

Entrou em vigor no Brasil em 28 de maio de 2009 a Lei nº 11.941/2009 que modificou a legislação tributária federal e instituiu novo regime de parcelamento de débitos tributários.

Seguindo nomenclatura de legislações anteriores que também criaram programas de parcelamento ou refinanciamento fiscais, a recente legislação vem sendo chamada de Lei do Refis 4⁽¹⁾.

Trata-se de diploma legal oriundo de projeto de lei de conversão nº 2/2009, decorrente de medida provisória nº 449/2008, que possibilita o parcelamento de débitos junto a Secretaria da Receita Federal do Brasil e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive saldos remanescentes de parcelamentos anteriores (REFIS, PAES e PAEX)⁽²⁾.

Considerando que a supressão ou o não pagamento daqueles tributos configura, via de regra, crime previsto no Código Penal⁽³⁾ ou em legislação extravagante⁽⁴⁾, o estudo das disposições desta nova legislação torna-se imprescindível.

Após a previsão quanto às formalidades do parcelamento (adesão, valor da parcela, taxa de juros), a Lei nº 11.941/2009 dispõe, já em seu artigo 68, sobre a suspensão da pretensão punitiva dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8137/90, bem como do crime de apropriação indébita previdenciária previsto no art. 168 do Código Penal.

Mas a suspensão da pretensão punitiva é “limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”⁽⁵⁾, e enquanto não houver rescisão.

Em seguida, o parágrafo único do mesmo artigo 68 dispõe que “a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva”. Neste ponto, a Lei do Refis 4 seguiu orientação já trazida pelo art. 9º, §1º da Lei nº 10684/2003 (PAES), cuja redação é idêntica.

Entretanto, em que pese identidade das leis neste tópico, o novo diploma divergiu quanto ao tratamento das contribuições previdenciárias, pois possibilitou o parcelamento de débitos delas decorrentes.

Sabe-se que até então, por força do art. 7º da Lei 10666/2003⁽⁶⁾, o parcelamento daquelas contribuições era vedado, tendo sido, inclusive, o parágrafo 2º do art. 5º da Lei 10684/2003, alvo de veto presidencial. Assim, as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados foram naquele momento excluídas do rol dos débitos tributários passíveis de parcelamento. Exceção surgiu, mas apenas

para algumas pessoas jurídicas⁽⁷⁾, com a entrada em vigor da Lei 11.345/2006, chamada de Timemania⁽⁸⁾.

Já a recente legislação trouxe nova disciplina para a questão, pois possibilitou o parcelamento de diversos tributos, inclusive das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados.

Portanto, em havendo adesão a este novo parcelamento, suspender-se-á a pretensão punitiva dos crimes previstos no art. 168-A e 337-A do Código Penal, ou nos arts. 1º e 2º da Lei 8137/90.

Assim, resta superada a discussão existente quanto ao crime do art. 168-A do Código Penal quando da adesão da pessoa jurídica ao parcelamento da lei anterior (PAES)⁽⁹⁾.

Em seguida a Lei do Refis 4, no caput do seu artigo 69 determina a extinção da punibilidade dos mesmos crimes quando do pagamento integral dos débitos, inclusive com os acessórios⁽¹⁰⁾.

Apesar da previsão de que o pagamento deve ser daqueles débitos “que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”⁽¹¹⁾, entende-se que a extinção da punibilidade deve ser reconhecida quando do pagamento do tributo ao crime relacionado, independentemente de parcelamento anterior.

Isto significa afirmar que mesmo que não haja adesão ao parcelamento até a data limite (30 de novembro de 2009) o pagamento do tributo e dos acessórios deve acarretar a extinção da punibilidade do respectivo crime.

Importante trazer, ainda, que no projeto inicial para conversão da medida provisória em lei este artigo 69 era apenas formado pelo caput, entretanto, a emenda nº 01 aprovada pelo Senado Federal, incluiu no texto do projeto de lei a possibilidade de parcelamento do débito pela “pessoa física, responsabilizada pelo pagamento ou não recolhimento de tributos devidos pela pessoa jurídica” (art. 1º, §15).

Em decorrência desta disposição, há menção expressa no parágrafo único do art. 69 de que na hipótese de pagamento feito pela pessoa física a extinção da punibilidade ocorrerá quando da quitação integral do débito descrito na ação penal⁽¹²⁾.

Conclui-se, portanto, que tanto a adesão ao parcelamento previsto nesta nova Lei do Refis 4 quanto o pagamento integral dos débitos trazem benefícios àqueles investidos ou processados pelos crimes do art.

168-A e 337-A do Código Penal ou do art. 1º e 2º da Lei 8137/90.

NOTAS

- (1) Tal expressão vem sendo comumente usada pelos periódicos nacionais: *Jornal Gazeta do Povo*, Prazo para refinar dívida federal vai até novembro, publicada em 18 de agosto de 2009; e *Jornal Folha de São Paulo*, Parcelamentos com data programada, publicada em 14 de maio de 2009.
- (2) Instituídos pelas leis nº 9964/2000, 10684/2003 e 11371/2006, respectivamente.
- (3) Art. 168-A e art. 337-A do Código Penal.
- (4) Art. 1º e 2º da Lei nº 8137/90.
- (5) Redação do artigo 68.
- (6) Dispõe o art. 7º da lei nº 10666/2003: “Art. 7º. Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, dos contribuintes individuais, as decorrentes da sub-rogação e as demais importâncias descontadas na forma da legislação previdenciária.”
- (7) Entidades desportivas, Santas Casas de Misericórdia, entidades hospitalares sem fins econômicos, entidades de saúde de reabilitação física de deficientes sem fins econômicos, e outras entidades filantrópicas portadoras de Certificado de Entidade Beneficente da Assistência Social – Cebas.
- (8) Sobre esta lei vide GALVÃO, Danyelle. Crime de apropriação indébita previdenciária: considerações sobre a Lei 11345/2006 (Timemania) *Boletim IBC-CRIM*. São Paulo, ano 16, nº 186, p. 10-11, maio 2008.
- (9) Isto porque apesar da vedação quanto ao parcelamento de débitos decorrentes das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, o art. 9º da Lei 10.684/2003 dispõe quanto a suspensão da pretensão punitiva do crime previsto no art. 168-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente do aludido crime estiver incluída no regime de parcelamento. Assim, necessário foi o posicionamento da jurisprudência de que “(...) o parcelamento dos débitos relativos às contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, deferido pela autoridade administrativa, permite a suspensão da pretensão punitiva, nos termos do art. 9º, caput e § 1º, da Lei 10.684/03, mesmo que realizado após o recebimento da denúncia” (STJ – 5ª T. - REsp. 88.4057/RS – rel. Gilson Dipp – j. 10.05.2007 - DJ 29.06.2007 - p. 708).
- (10) “Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”.
- (11) Previsão do artigo 69.
- (12) “Art. 69, parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no §15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal”.

Danyelle da Silva Galvão

Advogada, mestranda em Direito Processual na Universidade de São Paulo

Marlus H. Arns de Oliveira

Advogado, mestre em Direito Sócioeconômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO ACUSADO

Fernando Antonio Osório Tabet

O ilustre professor **Marcus Alan de Melo Gomes**, em memorável artigo publicado na edição nº 200 do *Boletim*⁽¹⁾ (e inteiramente digno daquela edição comemorativa, diga-se), trouxe à baila preocupante questão: por que os direitos à honra, imagem e intimidade dos presos – pobres, sobretudo – não são respeitados?

Sabe-se que toda a pessoa que se encontra em custódia do Poder Público é de inteira responsabilidade deste. Mas isto não significa que o Estado se sub-rogue nos direitos daquele que foi detido ou apenado, como se pudesse dispor livremente de sua personalidade – muito pelo contrário. É dever constitucional e inderrogável do Estado zelar pela dignidade e honra de seus acautelados.

Contudo, não é isso que temos testemunhado. Programas de televisão sensacionalistas, com o beneplácito das autoridades policiais, submetem detidos em flagrante ao ridículo, submetendo-os a perguntas jocosas e estigmatizantes. Os próprios agentes públicos, reiteradamente, tratam os acusados como “troféus”, expondo, por exemplo, suas fotografias nos *sites* das respectivas polícias judiciárias que efetuaram a prisão.

Ora, não é preciso especificar, aqui, o peso da ação penal para a maioria dos acusados. No mais das vezes, perdem amigos, emprego e perspectivas de vida, antes mesmo do advento de uma possível condenação. Ainda que absolvido o réu, pouco lhe resta a comemorar. Desse modo, torna-se custoso compreender o motivo pelo qual o Estado patrocinaria tal *malus*, expondo os acusados a situações vexaminosas e que apenas agravam os preconceitos e estigmas socialmente arraigados.

Cabe mencionar, nesse ponto, a excelente e inovadora obra da professora **Simone Schreiber**, que demonstra que a eventual colisão entre os direitos à liberdade de expressão da mídia e ao devido processo legal deve se resolver prevalecendo *prima facie* este último, em nome das garantias da presunção de inocência e do juiz imparcial, que respeita “os procedimentos que objetivam neutralizar ou reduzir o subjetivismo” de suas decisões⁽²⁾.

A par da questão constitucional do tema, não é demais memorar a tutela oferecida pelo ordenamento aos direitos de personalidade. A honra, imagem, nome e integridade física da pessoa humana não podem, sem sua expressa autorização, ser utilizados por outrem em prejuízo dela, sob pena de caracterização de danos materiais ou morais. Os preceitos do art. 5º, III, V e X, da CRFB, são representados,

no plano infraconstitucional, pelo art. 17 do Código Civil, que vai além: dispensa a intenção difamatória para que se caracterize o uso indevido do nome de outrem.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal não tem se mostrado de todo alheio a tais questões. Merece ser reverenciada, nesse ponto, a Súmula Vinculante 11, que teve origem no caso do réu que, submetido ao Tribunal do Júri, foi mantido algemado durante as sessões, dando-se a entender que se tratava de pessoa perigosa, o que claramente punha em risco a convicção íntima dos jurados e, por conseguinte, a presunção de inocência do réu.

Vale ressaltar que o plenário da Corte Suprema, embora tenha cingido aquele caso ao uso indevido das algemas, entende como abuso de autoridade não só tal prática, mas toda aquela idônea a macular a dignidade humana do acusado e o *fair trial* que a ele deve ser conferido. Nesse sentido, o HC 89.249, em que a 1ª Turma, concedendo a ordem, também impediu a filmagem dos presos, qualificando-a de “*espetacularização do ofício público*”.

Todavia, ainda há muito a ser feito pelos estudiosos e militantes das ciências criminais, para que tal quadro seja revertido, sobretudo quando se está em pleno debate o anteprojeto do novo CPP. Com efeito, existem plenas condições de se reunir, no diploma processual, maiores garantias à personalidade do acusado, a exemplo do que foi feito na recente reforma do código vigente no caso do art. 474, § 3º.

É preciso que o respeito à dignidade e à preservação moral dos presos – condenados em definitivo ou não – seja colocada em pauta pelos julgadores, advogados e membros do Ministério Público que, cada um a seu modo, devem tutelar a dignidade do indiciado ou réu no processo. O Poder Legislativo, por seu turno, tem o desafio de demonstrar que a boa política criminal não vive apenas de majoração de penas – mas de conferir dignidade a quem deve cumpri-las.

NOTAS

- (1) **GOMES, Marcus Alan de Melo.** O negro pobre, o repórter e a mídia. *Boletim IBCCRIM*: São Paulo, ano 17, nº 200, p. 10-11, julho 2009.
- (2) **SCHREIBER, Simone.** *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 410.

Fernando Antonio Osório Tabet

Estudante de Direito no 10º período da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO; Conciliador.

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ MINAS GERAIS

- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium

■ PARÁ

- Defensoria Pública do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

■ RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

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

PARTICIPE POR ACREDITAR

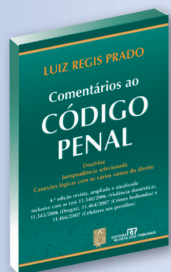
ACOMPANHE O IBCCRIM NO TWITTER!



ACESSE WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM, CADASTRE-SE E RECEBA POSTAGENS DIÁRIAS.

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br

OBRAS FUNDAMENTAIS PARA SUA CARREIRA



► 4ª edição 1054 páginas



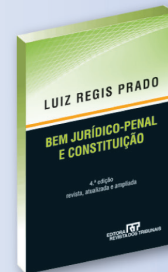
► 416 páginas



► 2ª edição 380 páginas



► 3ª edição 400 páginas



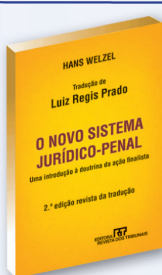
► 4ª edição 110 páginas



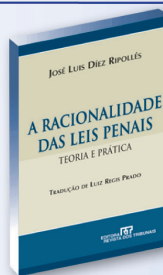
► 238 páginas



► 278 páginas



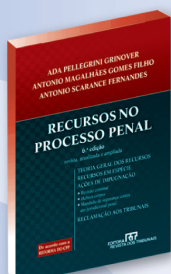
► 2ª edição 160 páginas



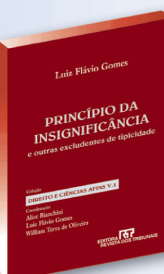
► 222 páginas



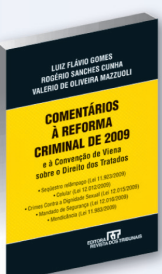
► 11ª edição 300 páginas



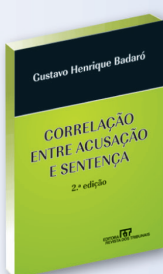
► 6ª edição 366 páginas



► 204 páginas



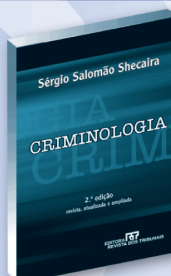
► 160 páginas



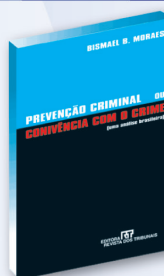
► 2ª edição 302 páginas



► 190 páginas



► 2ª edição 384 páginas



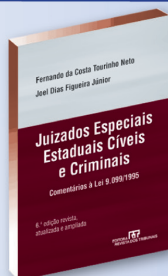
► 120 páginas



► 318 páginas



► 8ª edição 1754 páginas



► 6ª edição 908 páginas

Imagens meramente ilustrativas

www.twitter.com/editoraRT