

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

“PELO HABEAS CORPUS, OUTRA VEZ”

“O habeas corpus não é só uma reclamação da sociedade civil, mas uma necessidade do próprio governo, pois a boa autoridade só pode vigiar a má autoridade pelo controle das prisões, proporcionado pelo habeas corpus”.

Ainda hoje ressoam as palavras de **Raymundo Faoro**, quando, presidente da OAB, em 15 de junho de 1977, em entrevista à *Folha de São Paulo*, mobilizava a sociedade brasileira em sua luta pelo restabelecimento da democracia. Pelo que conhecia da história brasileira, o jurista e grande pensador brasileiro tinha em mente a dinâmica própria dos nossos periódicos ciclos autoritários, medidos pelo sismógrafo do *habeas corpus*, com suas restrições e mesmo supressões, como foi o caso do AI 5. Nosso intérprete do Brasil sabia, como leitor de **Pontes de Miranda** e de seu clássico *História e Prática do Habeas Corpus*, por exemplo, que a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, em seu artigo 18, §2º excluía das hipóteses de cabimento do *writ* as impugnações a ilegalidades derivadas de pronúncia e condenação! E conhecia suas circunstâncias! A Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871), a prenunciar a liberdade de negros que o sistema penal haveria de recolher e “educar” e para os quais a garantia do *habeas corpus* poderia significar a defesa da liberdade de locomoção, certamente afligia as elites intolerantes e reclamava, preventivamente, medidas duras.

É claro que o aceso debate parlamentar sobre as restrições ao *habeas corpus* também deixava evidente a peneira por onde escorreriam, acaso se fizesse necessário, as demandas de defesa da liberdade atingida indiretamente pela via do abuso da acusação contra integrantes das classes dominantes, que eventualmente, muito eventualmente mesmo e bastante por conflitos intestinos na própria elite, viessem a ser processados. São paradigmáticas as palavras do senador **José Tomás Nabuco de Araújo**, durante a discussão do projeto, que alertava para o fato de que a adoção do texto restritivo do *habeas corpus*, conforme proposta do Ministro da Justiça do Império, teria impedido o então Supremo Tribunal de Justiça de conceder *habeas corpus* ao **Visconde de Abaeté**, que, já na situação, presidia o Senado!

A resposta de **Antonio Paulino Limpo de Abreu**, o Visconde, ao parlamentar liberal, fala do estado da arte em nossa história e contra o qual a luta republicana e democrática tem o dever de ser

travada: “no meu caso”, citava o senador visconde, havia incompetência porque fora processado perante juiz municipal e as leis previam a jurisdição mais elevada ao então Desembargador da Relação do Rio de Janeiro (**Pontes de Miranda**, 1999, p. 181)!

Bem... os futuros libertos, basicamente ex-escravos, não fariam jus a ser julgados em qualquer foro privilegiado, tampouco mereceriam defesa em forma da hábil esgrima interpretativa que tomava uma das modalidades de nulidade absoluta por gênero, para dar *habeas corpus* ao Desembargador Visconde, presidente do Senado, quando a lei poderia negar ao cidadão comum às voltas com o processo criminal!

Ao grupo majoritário das pessoas sujeitas ao processo penal reservava-se o *habeas corpus* com perfil bastante restrito, do tipo que a atual reforma do Código de Processo Penal, pelo texto do parágrafo único do projetado artigo 636, pretende implantar: “*Não se admitirá o habeas corpus nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo*”!

Em tema de limitação de direitos parece que estamos condenados a repetir o passado autoritário!

Sem dúvida que agora, sob o pálio da Constituição da República de 1988, a invocação expressa do medo que os indesejáveis e excluídos geram não pode tomar a frente e dar-se toda como argumento ao propósito de limitação do HC. Para isso, a moderna teoria

do processo irá buscar fundamentos técnicos: a) a multiplicação de demandas de HC nos Tribunais, especialmente nos Superiores, a emperrar as pautas; b) a manifesta inidoneidade de muitos *writs*, que inviabilizam o julgamento antecipado do próprio mérito dos processos em que a coação ilegal pode estar ocorrendo; c) o desiderato de atender às exigências de duração razoável do processo, direito fundamental da EC 45 que, em tese, termina atingido pelas interrupções provocadas por liminares e decisões definitivas dos HCs.

Será ingenuidade supor algo do gênero. A técnica e a ciência como ideologia não são novidade. As recentes propostas legislativas de endurecimento das respostas penais – e mesmo, no projeto, as circunstâncias da condenação sumária denominada “procedimento” – são reveladoras do real contexto de “punitivismo exacerbado” que domina o debate sobre o sentimento de violência nos dias atuais. E o parente próximo da lamentável iniciativa pode ser encontrado na Lei Antiterrorista e de Efetividade da Pena de Morte, dos Estados Unidos da América,

O IBCCRIM, por sua história, vocação e compromissos lutará politicamente para que o HC permaneça como instrumento e remédio a serviço da liberdade.

EDITORIAL:

- “PELO HABEAS CORPUS, OUTRA VEZ” 1
- LEI DA ANISTIA: COM A PALAVRA, O STF 2
Pierpaolo Cruz Bottini, Igor Tamassauskas, Luis Fernando de Camargo Barros Vidal, Kenarik Boujikian Felipe e Dora Aparecida Martins de Moraes
- (IR)RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA – UMA NOVA PERSPECTIVA 4
José Danilo Tavares Lobato
- ATIVISMO JUDICIAL E PROCESSO PENAL: MAIS WARREN'S COURT E MENOS LAW AND ORDER 6
Diogo Tebet
- INTERNET PROTOCOL E AUTORIZAÇÃO JUDICIAL 7
Mohamad Ale Hasan Mahmoud
- O MOMENTO DO INTERROGATÓRIO E AS NOVAS REFORMAS DA LEI PROCESSUAL PENAL: A EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA SUSPENDE A REALIZAÇÃO DO ATO DE INTERROGATÓRIO? 9
Daniel Romeiro e Marcelo Gaspar Gomes Raffaini
- A INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO ACORDO DE COOPERAÇÃO MÚTUA INTERNACIONAL FIRMADO ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (MLAT) 10
Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma
- O “DEPOIMENTO SEM DANO” E A “ROMEO AND JULIET LAW”. UMA REFLEXÃO EM FACE DA ATRIBUIÇÃO DA AUTORIA DE DELITOS SEXUAIS POR ADOLESCENTES E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 217 DO CP 12
João Batista Costa Saraiva
- O NOVO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL, UMA VERDADEIRA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS 13
Matheus Silveira Pupo
- O TRÁFICO É FEMININO? É, SIM SENHORA! A FACETA INEXPLORADA 14
Thais Zanetti de Mello
- O VÍNCULO FAMILIAR E O SISTEMA PRISIONAL - CONCLUSÕES SOBRE A MESA DE ESTUDOS E DEBATES 15
Eleonora Rangel Nacif
- SOBRE A INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA 16
Doorgal Borges de Andrada
- RESENHA A RECUSA DAS GRADES – REBELIÕES NOS PRESIDÍOS PAULISTAS, 1982-1986 17
Fernando Salla e Alessandra Teixeira
- SISTEMA PENAL: APORTES CRÍTICOS 18
Lucas Ribeiro Gonçalves Dias

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- O VÍNCULO FAMILIAR E O SISTEMA PRISIONAL 1321

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1322
- Superior Tribunal de Justiça 1323
- Tribunais Regionais Federais 1324
- Tribunais de Justiça 1326

editada pós 11 de setembro de 2001 e cujo nome já diz tudo, mas justifica que algo mais seja ressaltado: por essa lei, qualquer questão apresentada por meio de *habeas corpus* tem que haver sido argumentada no processo estatal!

Restringir o exercício da defesa penal. Limitar, contra o texto constitucional, a legitimidade de quem poderá reclamar das ilegalidades no processo, afastando a possibilidade de intervenção de qualquer outra pessoa – até do juiz de ofício – para circunscrevê-la às partes, pelos recursos. Tratar casos manifestos de “abusos de poder” como meros percalços no processo, sanáveis por recurso, dispensando-se, pois a apuração das origens e responsabilidades pelas citadas ilegalidades. Mostrar contradição com o viés de garantias que em várias passagens o próprio projeto intenta consagrar, quer pela exigência de defesa efetiva, quer por cercar de cuidados a instrução preliminar, proscrevendo o juiz garantista. Ignorar recente jurisprudência dos tribunais superiores que, pelos HCs, expulsam dos processos as provas ilícitas; abominam exigências

abusivas na execução penal (Cezar Peluso, Celso de Mello); materializam o princípio do juiz natural (Laurita Vaz); questionam matéria processual (Maria Thereza) e põem cobro ao abuso do exercício da ação penal. Fazer pouco caso da proibição do retrocesso.

Eis, aí claramente o cenário que o PLS n.º 156 desenha para o nosso futuro, afligindo sim nossos espíritos, ainda não descansados da recente história autoritária que por certo faz pular Raymundo Faoro, onde quer que esteja!

Pontes de Miranda prefaciou, em 1972: “Há cinquenta e seis anos publiquei esta obra; e o que me alegra, profundamente, é que, durante toda a vida, até hoje, continuei com as mesmas convicções e nunca as traí. Vi lá fora os erros dos que ferem a liberdade, fraudam a democracia e não compreendem que se tem de avançar no sentido de se diminuir a desigualdade humana. O habeas corpus foi um dos passos mais seguros e uma das armas mais eficientes para a salvação da civilização ocidental. É o “não”, que a Justiça diz, em mandamento, à violência e à ilegalidade; é o “sim”, a quem

confia nos textos constitucionais e nas leis. Mesmo aqueles povos que avançaram... com revoluções, para a maior igualdade, têm, com o tempo, de atender a que para o Homem há três caminhos que o elevam no futuro: a democracia, a liberdade e a maior igualdade”.

É, pois, justificado o receio de que a restrição ao *habeas corpus* nos faça olvidar da advertência de Boaventura de Souza Santos, sobre descobrirmos com atraso o que sabíamos quando nos considerávamos atrasados, e tratarmos a questão com ironia distinta da que Pontes de Miranda reservou contra os ditadores brasileiros dos anos 70, e assim fazermos-nos vítimas do “progresso” que se expressa em limites estreitos para a defesa da liberdade, justamente agora sob a égide de uma Constituição que proclama a dignidade de todos os brasileiros e que se propõe a ser o instrumento das liberdades!

O IBCCRIM, por sua história, vocação e compromissos lutará politicamente para que o HC permaneça como instrumento e remédio a serviço da liberdade.

LEI DA ANISTIA: COM A PALAVRA, O STF

Pierpaolo Cruz Bottini, Igor Tamasauskas, Luis Fernando de Camargo Barros Vidal, Kenarik Boujikian Felipe e Dora Aparecida Martins de Moraes

O Supremo Tribunal Federal deve decidir, em breve, a extensão concreta da anistia política conferida pela Lei 6.683/79. Na arguição de descumprimento de preceito fundamental 153, a Ordem dos Advogados do Brasil – e a Associação Juízes para a Democracia, como *amicus curiae* –, pretende que o Tribunal se posicione sobre a questão fundamental: os crimes praticados pelos agentes de repressão do governo militar tiveram a punibilidade extinta pela Lei de Anistia ou esta limita seus efeitos àqueles que praticaram crimes políticos contra o regime então vigente?

Trata-se, em verdade, de interpretar o significado do art. 1º da Lei de Anistia (“É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes (...)”) e de seu respectivo § 1º “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. A definição de “crimes políticos e conexos” é essencial para enfrentar a questão proposta e definir o conjunto dos beneficiados com a extinção da punibilidade.

Entende-se que crime político se caracteriza pelo bem jurídico afetado e pela motivação que move o agente. Trata-se de delito praticado contra a ordem estabelecida, com finalidade ideológica. Assim, não basta

que a intenção do ato seja política, sendo fundamental a afetação da organização de determinado regime instituído. Assim entendeu o STF: “Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei 7.170, de 1983, para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no artigo 1º da referida Lei 7.170, de 1983, ex vi do estabelecido no art. 2º desta. É dizer, exige a lei lesão real ou potencial à integridade territorial e a soberania nacional (art. 1º, I), ou ao regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito (art. 1º, II), ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1º, III). O tipo objetivo inscreve-se, esta-se a ver, no inciso II do art. 2º, enquanto que o tipo subjetivo no inciso I do mesmo art. 2º, certo que a motivação e os objetivos do agente devem estar direcionados na

intenção de atingir os bens jurídicos indicados no art. 1º” (voto min. Sepúlveda Pertence, no HC 73451, DJ 06/06/1997, sem grifos no original).

Enfrentar esta questão, postergada por tanto tempo, visa consolidar de uma vez por todas os valores democráticos e humanitários no seio da sociedade brasileira, e explicitar que a reconciliação nacional e a pacificação política não podem justificar o olvido, o esquecimento daqueles atos praticados para reprimir quem ousava discordar da ideologia oficial.

Na doutrina, aponta Carlos Mário da Silva Velloso que: “A teoria eclética que, segundo Asúa, conta com muitos seguidores, parece conceituar com maior segurança o delito político: é o praticado contra a ordem política do Estado, contra o Estado como ente político, com base em motivação ou móvel político. Subjacente, pois, ao delito, está a motivação política, sem que se despreze, entretanto, o bem jurídico tutelado, que é o Estado como ente político”⁽¹⁾. E Luiz Regis Prado: “Modernamente, a doutrina majorante defende que para a caracterização do crime político faz-se imprescindível sopesar, conjuntamente, o elemento subjetivo da conduta e o bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão”⁽²⁾.

A Lei de Anistia dispõe que o benefício será concedido àqueles que praticaram

crimes políticos. Se assentada a compreensão de que estes se caracterizam pela afetação objetiva da ordem instituída e do regime político que sustenta o Estado, ficam evidentemente excluídos os crimes praticados por servidores desta mesma ordem instituída, com o objetivo de garantir sua manutenção e a vigência de seus valores.

Se crimes políticos objetivam “predominantemente destruir, modificar ou subverter a ordem política institucionalizada (unidade orgânica do Estado)”⁽³⁾ por meio da turbacão da segurança nacional e do modelo de Estado vigente, como apontar, sem insustentável silogismo, que os defensores oficiais desta mesma segurança, agindo para supostamente protegê-la, teriam praticados delitos desta natureza?

Afastada a natureza política dos delitos praticados pelos agentes da repressão, passa-se à análise do §1º da Lei de Anistia, que estende o benefício aos crimes “conexos” aos crimes políticos.

A doutrina brasileira, com base no disposto nos diversos diplomas legais, especialmente no Código Penal e no Código de Processo Penal, classifica as diversas formas de conexão: (i) Conexão material: concurso formal, material ou crime continuado (CP, arts. 69, 70, 71); (ii) Conexão intersubjetiva por simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades (autoria colateral) (CPP, art. 76, I, primeira parte); (iii) Conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso (com acordo mútuo), embora diverso o tempo e o local (CPP, art. 76, I, segunda parte); (iv) Conexão objetiva: duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas visa facilitar ou ocultar a prática da outra (CPP, art. 76, II); (v) Conexão probatória: a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração (CPP, art. 76, III); (vi) Conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art. 76, I, última parte).

De todas as hipóteses de conexão, apenas as duas últimas poderiam fundamentar a conexão dos crimes de repressão aos crimes políticos praticados contra o regime militar. Todas as demais exigem uma unidade de desígnios ou o mesmo sentido de conduta, o que evidentemente não acontece entre o repressor e o subordinado.

Mas mesmo a conexão probatória e a conexão por reciprocidade não se sustentam nos casos em discussão, pois são institutos meramente processuais, cuja aplicação se presta apenas à racionalidade e à eficácia do exercício da jurisdição. São regras de competência com escopo único de unificar processos, facilitar a instrução e evitar decisões contraditórias. Por isso, não se prestam a conceituar a conexão material prevista na Lei 6.683/79.

Não faria sentido estender a anistia a um crime apenas porque a prova de sua ocorrência está ligada a outro delito beneficiado com o instituto (conexão probatória), ou porque sua realização é recíproca ao crime anistiado (conexão inter-

subjetiva por reciprocidade).

Ademais, em relação à última espécie de conexão mencionada, cabe destacar que sua caracterização exige a simultaneidade das agressões, no mesmo contexto fático, de forma que a reunião de feitos facilite a análise probatória e impeça decisões díspares. Ocorre, por exemplo, no caso de tumulto ou agressão entre diversas pessoas.

Assim, mesmo que este modo de conexão fosse apto a expandir a anistia aos crimes praticados por agentes da repressão militar, seria forçoso apontar a existência de simultaneidade de agressões. No entanto, tal simultaneidade não se verificou na prática dos crimes contra opositores do regime militar. Foram ações sistemáticas, planejadas, regulares, realizadas sobre vítimas já detidas, sob a custódia dos agressores, sendo que parte delas sequer foi acusada da prática de crimes antecedentes. Em não havendo simultaneidade nem unidade de desígnio, é de se afastar a conexão entre crimes políticos e os atos praticados pelos agentes de repressão no período de exceção brasileiro, e, portanto, a incidência da Anistia.

Diante do exposto, nos parece que a Lei de Anistia não pode ser interpretada de maneira extensiva, de forma a abrigar atos que não ostentam as características de crimes políticos, nem com eles são conexos.

Importa destacar, por fim, que o resultado do debate em tela não se confunde com outro debate, de idêntica importância, que trata da prescrição dos crimes praticados na época pelos agentes do regime. São discussões distintas, porque, ainda que se diga que os crimes praticados pelos agentes do governo militar estão prescritos, tal assertiva em nada afeta o labor de determinar os limites da Lei de Anistia.

Em primeiro lugar, um argumento de ordem pragmática e jurídica: a variedade de práticas inseridas sob a denominação “atos de repressão militar”, impede qualquer conclusão de caráter geral sobre sua prescribibilidade. Os crimes de homicídio, violência sexual e lesões corporais são crimes de resultado lesivo imediato, com data de início do prazo de prescrição evidente. Por outro lado, o crime de sequestro e de homicídio com ocultação de cadáver (desaparecimento) exigem um esforço mais apurado para o reconhecimento da prescrição, ou porque são crimes permanentes (no primeiro caso) ou porque a data do suposto homicídio consequente do desaparecimento não foi fixada. Como afirmar a prescrição em tais casos, sem a apuração do contexto fático, a produção de provas, a oitiva de testemunhas, a verificação da existência de eventual sentença cível reconhecendo a morte presumida, com a data provável do falecimento no caso do desaparecimento? Dessa forma, afastar a incidência da anistia em tais casos não significa a punição imediata, mas a instauração da persecução competente em relação a aqueles atos cuja pretensão punitiva ainda parece válida, nos termos da legislação.

Em segundo lugar, um argumento político: há



(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

diferença significativa entre declarar extinta a punibilidade pela anistia e pela prescrição. Na primeira há uma manifestação formal do Estado pelo perdão dos atos em comento, uma opção política pela abdicação do direito de punir. Na segunda, reconhece-se a omissão do Poder Público no exercício do *ius puniendi*, que enseja até mesmo a responsabilidade do Estado pela desídia.

Pelo exposto, não há relação entre a fixação do âmbito da Lei de Anistia, com a exclusão dos crimes de repressão militar do benefício, e a discussão sobre eventual extinção da punibilidade por prescrição, que se fará caso a caso, no Juízo competente, diante da natureza de cada delito perpetrado.

Por fim, importa destacar que é mais do que pertinente provocar o Supremo Tribunal Federal a declarar a abrangência da Lei de Anistia, a posicionar-se sobre um tema de relevância política e jurídica. Os objetivos almejados não são punitivos, nem de vingança. Não se acredita que a incidência do direito

penal terá o condão de reparar o sofrimento das vítimas, seus familiares, amigos, e de toda a comunidade que acompanhou tais atrocidades.

O que é fundamental é revelar o caráter dos atos praticados àquela época, e a postura do Estado brasileiro frente a determinadas condutas, para inclusive evitar que tais comportamentos se repitam no futuro. É ainda, conhecer a natureza dos crimes políticos, definição esta com impacto, como já frisado, nas posteriores decisões do Supremo em temas relevantes e polêmicos, como extradição e competência para julgamento em recurso ordinário.

Enfrentar esta questão, postergada por tanto tempo, visa consolidar de uma vez por todas os valores democráticos e humanitários no seio da sociedade brasileira, e explicitar que a reconciliação nacional e a pacificação política não podem justificar o olvido, o esquecimento daqueles atos praticados para reprimir quem ousava discordar da ideologia oficial.

NOTAS

- (1) **VELLOSO, Carlos Mário da Silva**. "A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal", *Terrorismo e direito*, Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 130.
- (2) **PRADO, Luiz, Regis**. op.cit., p.427.
- (3) **PRADO, Luiz, Regis**. op. cit., p. 429.

Pierpaolo Cruz Bottini
Advogado e professor da USP

Igor Tamassauskas
Advogado

Luis Fernando de Camargo Barros Vidal
Juiz de direito e presidente da
Associação dos Juizes para a Democracia

Kenarik Boujikian Felipe
Juiz de direito

Dora Aparecida Martins de Moraes
Juiz de direito

(IR)RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA – UMA NOVA PERSPECTIVA

José Danilo Tavares Lobato

Faz um bom tempo que o tema responsabilidade penal da pessoa jurídica vem sendo objeto de inúmeros estudos e infundáveis polêmicas. É certo também que os argumentos centrais deste debate encontram-se praticamente esgotados. No entanto, entre os fins deste contributo não se encontra o de descrever os entendimentos recorrentes e nem os sistemas legais existentes, mas, sim, o de proceder a uma provocação reflexiva a partir de uma análise que foge dos argumentos já saturados. Uma renovação na avaliação desta problemática, pode conduzir-nos a uma solução que se adegue mais à dogmática adotada no Direito brasileiro.

De início, deve-se superar o debate sobre se a pessoa jurídica é uma realidade e uma ficção e aceitar, como faz **Requião**, "*a circunstância de possuírem*" as pessoas jurídicas "*uma realidade no e para o mundo jurídico*"⁽¹⁾. Perceba-se, contudo, que esta "realidade no e para o mundo jurídico" das pessoas jurídicas não é absoluta nem no próprio campo do Direito Privado. Esta existência somente é válida enquanto a pessoa jurídica servir a fins lícitos. A doutrina da *Disregard of Legal Entity*, também conhecida como doutrina da penetração ou da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, foi inicialmente construída, pela jurisprudência, no direito anglo-saxão, para coibir os abusos verificados através da personalização de sociedades anônimas⁽²⁾.

Esta doutrina encontrou ampla ressonância no Brasil, de forma que sua aplicação

atual não se limita apenas às sociedades anônimas e nem às relações contratuais essencialmente privadas. Por exemplo, o Direito do Trabalho, de forma construtiva, a partir do artigo 2, §2º da CLT, também a acolhe, e de forma clara, inequívoca e expressa em Lei, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, o novo Código Civil, na redação do artigo 50, e a própria Lei de Crimes Ambientais em seu artigo 4º. Precisa a lição de Requião ao expor que "*a personalidade jurídica não constitui em direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito*"⁽³⁾. Não se pode contestar que, no mundo do ser, a pessoa jurídica não passa de uma reunião de indivíduos ou de um conjunto de bens. Como ensina **Caio Mário da Silva Pereira**, "*o espírito criador engendra então entidades coletivas, resultantes de um agregado de pessoas ou de um acervo de bens*"⁽⁴⁾. No entanto, não será toda reunião de pessoas e bens que dará origem a uma pessoa jurídica, mas, sim, somente aquelas que atenderem a pressupostos normativos mínimos. **Caio Mário da Silva Pereira** elenca três: vontade humana criadora, observância das condições legais e liceidade de fins⁽⁵⁾. De modo mais claro, não se pode fugir do fato de que a

coletividade de pessoas só será convertida e valerá, produzindo efeitos jurídicos, na qualidade de pessoa coletiva (jurídica), se atender e enquanto atender aos termos da lei. Ou seja, se a pessoa jurídica atua abusiva e

antijuridicamente, poderá ter sua personalidade jurídica desconsiderada, para que a responsabilidade daqueles que agiram, por meio deste instrumento, possa ser questionada de forma individualizada.

Dessa forma, é de fácil percepção que, no campo extrapenal, o abuso de direito no uso da pessoa jurídica leva à sua descon-

sideração e à responsabilidade das pessoas naturais que se valeram da pessoa moral para atuarem fora do amparo do Direito. Constituir ou empregar uma pessoa jurídica para a prática de crimes, isto é, fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, nada mais é do que cometer um abuso de direito. Como já se defendeu em trabalho anterior, o instituto do abuso de direito é perfeitamente aplicável no Direito Penal, posto que o ordenamento jurídico é uno e, por consequência, as suas bases também⁽⁶⁾. Se a conduta praticada representa um abuso de direito, está ela desamparada no Direito, de forma que ela se localiza no campo do não-direito, isto é, da ilicitude. Se a conduta é ilícita, não há fundamento para que o Direito de qualquer forma a reconheça

De início, deve-se superar o debate sobre se a pessoa jurídica é uma realidade e uma ficção e aceitar, como faz Requião, "a circunstância de possuírem" as pessoas jurídicas "uma realidade no e para o mundo jurídico".

enquanto produtora de efeitos válidos e lícitos.

Em termos mais claro, se, no campo extrapenal, o abuso de direito no uso da pessoa jurídica acarreta a desconsideração de sua personalidade jurídica e a responsabilidade pessoal dos indivíduos que dela se valerem ilícitamente, o mesmo há de valer no campo do Direito Penal, pois cometer crimes, por meio da pessoa jurídica, é um abuso de direito tão ou mais grave que o abuso de direito cometido na seara extrapenal. Resta claro que não há a menor necessidade de serem criadas regras *ad hoc*⁽⁷⁾ para punir os responsáveis pela criminalidade econômico-empresarial, uma vez que se forem observadas as regras básicas da constituição e desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, inexisterão as alegadas lacunas de punibilidade. Por outro lado, não se olvide que eventuais ganhos criminosos destinados à sociedade serão, com a condenação das pessoas naturais responsáveis, perdidos em favor da União, desde que não atinjam direitos de lesados ou terceiros de boa-fé, na forma do artigo 91, II, “b”, do Código Penal.

Em verdade, a incorporação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico-penal brasileiro não passa de um ato simbólico, que desconsidera a realidade fática e dogmático-jurídica, e dá origem ao tão combatido Direito Penal Simbólico. Não se pode olvidar que entidades de Direito Privado só podem almejar fins lícitos, uma vez que o Direito não confere qualquer juridicidade a entidades criminosas, tanto que agrupamentos de quatro ou mais indivíduos reunidos com o fim de cometer ilícitos penais dá ensejo à ocorrência do crime de qua-

drilha ou bando e não ao surgimento de uma pessoa jurídica de Direito Privado.

NOTAS

- (1) **REQUIÃO, Rubens.** *Curso de Direito Comercial*. Vol. I. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.347.
- (2) **REQUIÃO, Rubens.** *Op. Cit.* p.351.
- (3) **REQUIÃO, Rubens.** *Op. Cit.* p.353.
- (4) **PEREIRA, Caio Mário da Silva.** *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 19a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.186.
- (5) **PEREIRA, Caio Mário da Silva.** *Op. Cit.* p.186.
- (6) **LOBATO, José Danilo Tavares.** Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras. Curitiba: Juruá. No Prelo. São interessantes as considerações de **Feijoo Sánchez**, ao expor que não deixa de ser curioso o fato de as doutrinas de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Tributário, dentre outras, pretenderem, por razões materiais, superar a radical diferenciação formal entre a responsabilidade da pessoa física e a responsabilidade das pessoas jurídicas, valendo-se de teorias como o levantamento do véu e o rompimento do hermetismo da pessoa jurídica, enquanto que uma parte dos penalistas busque uma trajetória contrária, que é alheia à realidade e desconsidera o substrato sobre o qual o Direito Penal tem que trabalhar. Esta obsessão e a possibilidade de resolver alguns conflitos sociais podem fazer com que se esqueça que a pessoa física é o principal responsável pelo cometimento da infração e o “centro de decisão”, por consequência, o centro de imputação penal. **SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo.** *Sanciones para Empresas por Delitos contra el Medio Ambiente – Presupuestos Dogmáticos y Criterios de Imputación para la Intervención del Derecho Penal contra las Empresas*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. p.88, p.89 e p.91.
- (7)

José Danilo Tavares Lobato

Doutor em Direito pela UGF, defensor público/RJ
e professor de Direito Penal da EMERJ

PARTICIPE POR ACREDITAR



EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM a se reunirem em Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, a realizar-se em 10 de dezembro de 2009, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte Ordem do Dia:

1. Aprovação de contas referentes ao ano fiscal de 2009;
2. Apresentação e aprovação do relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2009;
3. Apresentação e aprovação das propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2010;
4. Deliberação sobre as mensalidades para 2010;
5. Reforma Estatutária;
6. Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

Sérgio Mazina Martins
Presidente



COORDENADORIAS REGIONAIS:

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores-Regionais:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Telma de Vercosa Roessing

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 Jawsznicker

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 Paglione

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: Ativa/M - Tel. (11) 3340-3344

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório 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	

ATIVISMO JUDICIAL E PROCESSO PENAL: MAIS WARREN'S COURT E MENOS LAW AND ORDER

Diogo Tebet

Encontra-se na pauta do dia a discussão acerca do chamado ativismo judicial operado pelo Poder Judiciário, notadamente o desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. A reflexão sobre tal “fenômeno” ultrapassa por vezes o âmbito jurídico, estando presente nos veículos midiáticos⁽¹⁾.

No que tange às críticas sobre o desempenho de tal função ativa, argumenta-se que haveria uma extrapolação da função institucional e constitucional do órgão de cúpula do ordenamento jurídico nacional, devido à ausência de legitimidade democrática para exercício de algumas funções, e pelo desvirtuamento de sua competência de tribunal constitucional. Tal insurgência parte frequentemente do setor mais “conservador” da sociedade brasileira justamente contra decisões em questões da seara penal e processual penal que, geralmente, pendam para a limitação e contenção do poder punitivo estatal.

De qualquer forma, há de se registrar que tal fenômeno não é de exclusividade do nosso Poder Judiciário. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político⁽²⁾, despertando a atenção dos interesses dos mais variados setores (conservadores) da sociedade. Destaca-se como um dos maiores exemplos dessa postura ativa a atuação da Suprema Corte norte-americana a partir da década de 50, a *Warren's Court*⁽³⁾, na qual houve a produção de notável jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, p. ex., direitos dos acusados e investigados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966), e liberdade de escolha acerca da interrupção de gravidez, descriminalizando o aborto (*Roe v. Wade*, 1973).

Voltando ao caso brasileiro, tal avanço das funções da jurisdição constitucional pode ser atribuído talvez como característica de um estágio neoconstitucionalista para o qual se encaminha o direito nacional⁽⁴⁾, cujo traço característico é o foco no Poder Judiciário. De poder quase “nulo”, mera “boca da lei”, o juiz se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. Essa redefinição de postura se deveu à nova engenharia constitucional positivada nas mais variadas constituições contemporâneas, com destaque para as da Europa continental do pós-guerra. Inicialmente, a percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera de forma exemplar no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem

ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador⁽⁵⁾.

Essa preocupação não passou despercebida pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, ainda que tardiamente, por questões óbvias. Nossa Carta Magna representou a passagem do Estado de Polícia a um efetivo Estado Democrático de Direito. Após a violência institucionalizada do regime ditatorial, a República brasileira optou por uma grande renovação de seus valores. E a opção da Constituinte ficou evidente ao inscrever os valores que iriam se transformar em seus fundamentos, dentre os quais se destaca a **dignidade da pessoa humana**. E com o estabelecimento no título seguinte “*Dos direitos e garantias fundamentais*”, destacando-se a posição topográfica escolhida para sua alocação e principalmente a extensão de seus dispositivos, a Constituição realmente merecia a alcunha de “cidadã”.

E como bem ressalta **Ingo Sarlet**, o procedimento analítico do Constituinte revelou “*certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos*”⁽⁶⁾.

É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões de questões processuais penais, vem desempenhando sua função de guardião da Constituição. De forma absolutamente compromissada com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegura o respeito ao **princípio republicano da dignidade humana**, não inovando ou extrapolando; apenas aplicando ao caso concreto os princípios constitucionais que são ou desprezados pelos outros atores políticos, ou erroneamente interpretados (invariavelmente feita pelas instâncias judiciais ordinárias em sede processual penal no sentido da “*busca pela verdade real*”, ou em “*defesa da sociedade*”).

É inegável que essa atividade acaba adquirindo caráter político. Porém, esse atuar emerge pelo fato dos entes políticos aparentarem relegar os princípios constitucionais processuais penais (alicerces constitucionais do Estado)⁽⁷⁾ a um segundo plano. Tal postura rememora um estágio positivista violador contumaz do princípio da supremacia da Constituição, clamando pela atuação do Supremo Tribunal Federal, seja na reforma (ou cassação) de decisões judiciais contrárias à Constituição, principalmente em sede de *habeas corpus*, seja pela declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e edição de enunciados de súmula vinculante (revelando o caráter

contramajoritário da corte constitucional, que embora seus membros não tenham sido eleitos, têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular)⁽⁸⁾.

No momento em que vivemos uma fase delicada do Parlamento brasileiro, de promulgação de leis criminais altamente punitivas (evadas invariavelmente do vício da inconstitucionalidade) como produtos da política de *Law and Order* pautada pela agenda político-eleitoral, clama-se em muitas ocasiões a atuação do Supremo Tribunal Federal com vistas a salvaguardar os direitos e garantias fundamentais do cidadão alvo de perseguição criminal, expressamente consagrados no texto constitucional.

A atividade criadora do Supremo Tribunal Federal, em matéria de garantias constitucionais ligadas ao sistema punitivo, encontra-se contida em seu dever de delimitar o círculo de atuação das instituições estatais, definindo a exata conformação do âmbito de proteção dos direitos individuais⁽⁹⁾.

Esta assertiva tanto é verdadeira que recentemente foi celebrado o “*II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo*”, que contou com assinatura dos representantes dos 3 (três) Poderes da República⁽¹⁰⁾. Registre-se a subdivisão do mesmo em três pontos prioritários, destacando-se o relativo à **proteção dos direitos humanos e fundamentais**. Dos 12 (doze) subitens apresentados como desdobramento desse ponto, 9 (nove) são relativos a assegurar garantias processuais penais (dentre os quais podem ser citados a atualização da Lei 9.296/96, objetivando evitar violação aos direitos fundamentais; revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais; atualização da disciplina legal das CPI's; disciplina do uso de algemas, de forma a atender ao princípio da dignidade humana).

A celebração desse pacto revela a “*distância entre os princípios constitucionais (desdobrados nos direitos e garantias fundamentais do cidadão) e a efetiva prática infraconstitucional penal, buscando-se coadunar as condutas institucionais dos entes da Administração Pública aos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”.

Em verdade, as críticas a um “ativismo judicial” deveriam ser direcionadas para uma outra postura ativa judicial, que doutrinariamente não é classificada como “ativismo”, mas

que, em nosso entender, extrapola as funções institucionais do julgador, afetando sua imparcialidade, sendo potencialmente danosa à dignidade humana e desequilibradora de um processo penal justo: os poderes ativos do juiz em sede de persecução criminal. A mera previsão legal desses poderes⁽¹¹⁾ revela direta violação ao princípio acusatório e da inércia da jurisdição penal, dispositivos típicos de um sistema inquisitório, colocados invariavelmente à disposição de uma política *Law and Order* de combate à criminalidade.

Desta forma, no que tange à discussão do ativismo judicial em matéria penal, a grande questão que se apresenta é a identificação do ponto de vista político a ser adotado, de forma simples e sem rodeios: “ou se objetiva a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão ou o combate à criminalidade como ‘defesa social’; pensa-se no homem ou no Estado; na efetividade constitucional (centrada na dignidade humana) ou no eficientismo penal”.

A escolha política do Constituinte de 1988 foi feita, solucionando a problemática colocada por **Bobbio**, de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los (...) sendo um problema não filosófico, mas político”⁽¹²⁾.

Inserindo-se nessa reflexão, devemos analisar o exemplo norte-americano. Mas não na importação de institutos e políticas

hipercriminalizadoras, recaindo num “deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros”⁽¹³⁾, e sim no que funcionou nos Estados Unidos; o que fez essa nação ser lembrada justamente pelo respeito à ordem constitucional e os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Em outras palavras, em matéria de ciências penais, urge a nossa *criminal procedure revolution* espelhando-nos mais no exemplo da *Warren’s Court* e menos no da *Law and Order*.

NOTAS

- (1) Portodos: BRASIL, O GLOBO. *Opapel do Supremo*. Coluna de **Merval Pereira**. 21.03.09, p. 4.
- (2) **BARROSO, Luís Roberto**. A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Atualidade Jurídicas*: revista eletrônica do C.F. da OAB. n. 4. jan/fev 2009. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em 21.05.2009.
- (3) Durante a presidência de **Earl Warren** na Suprema Corte norte-americana, operou-se a “*criminal procedure revolution*” haja vista a reformulação da base constitucional do processo penal estadunidense, criando “*constitutional standards*” que vincularam toda a Administração Pública daquele país. **ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R.** *Criminal procedure: constitutional limitations*. 6th ed. St. Paul, Minnesota (EUA): West Group. 2001. p.1/9.
- (4) Sobre o tema: **SARMENTO, Daniel**. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: **LEITE, George S.; SARLET, Ingo W.** (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra (PT): Coimbra. 2009. p. 32. O autor, porém deixa

claro que não há ainda uma definição clara de que o ordenamento jurídico nacional tenha incorporado o neoconstitucionalismo, mas registra que há inegável emergência de uma nova forma de conceber o direito e o Estado na sociedade brasileira contemporânea.

- (5) **SARMENTO, Daniel**. op. cit. p. 14.
- (6) **SARLET, Ingo W.** *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 65.
- (7) **FIGUEIREDO DIAS, Jorge**. *Direito Processual Penal*. Coimbra editora: Coimbra. 1974. p. 74.
- (8) **BARROSO, Luís Roberto**. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 385.
- (9) **BOTTINO, Thiago**. *O direito ao silêncio na jurisprudence do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 196.
- (10) Tal pacto foi assinado em 13.04.2009. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em 13.04.2009.
- (11) Artigos 5º, II; 127; 156, II; 209; 311e 383, todos do CPP. **LOPES JR., Aury**. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 185.
- (12) **BOBBIO, Norberto**. *Era dos direitos*. trad. **Carlos Nelson Coutinho**. 7ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 23.
- (13) **BARBOSA MOREIRA, José Carlos**. *Temas de direitos processuais*. (8ª série). São Paulo: Saraiva. 2004. p. 7.

Diogo Tebet

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica/RJ. Coordenador adjunto da 6ª região do IBCCRIM. Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Advogado criminal

INTERNET PROTOCOL E AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Diante de um crime contra a honra, praticado pela internet, é muito comum se iniciar a investigação com um pedido de identificação da origem da mensagem, a partir do *internet protocol* – IP (código de conexão de uma máquina à rede).

Indaga-se: tal informação seria sigilosa? Preliminarmente, alguns esclarecimentos são necessários. A disciplina da internet tem ocupado lugar de destaque nos meios jurídicos⁽¹⁾, até mesmo porque há quem afirme tratar-se da “coisa mais próxima da verdadeira anarquia jamais criada”⁽²⁾.

Tamanha preocupação conduziu à criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. Inicialmente idealizado pela Portaria Interministerial 147/95, veio efetivamente a lume graças ao Dec. 4.829/03. Neste diploma, em seu artigo 1.º, dentre suas atribuições, destaca-se: “(...) II - estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o Governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD - country code Top Level Domain), “.br”, no interesse do desenvolvimento da Internet no País”. Trata-se de órgão com-

posto por representantes da Administração Pública Federal e Estadual, por pessoas ligadas à atividade empresarial e à comunidade científica.

Acerca da regulação da rede, lembre-se, ainda, o seguinte axioma de **Alberto Gomes** (Fapesp, 1992): “A melhor forma de convivermos na Internet é assumirmos que tudo que não seja explicitamente permitido é proibido”⁽³⁾.

Registre-se, por oportuno, também, esta advertência: “Quando estamos conectados na Net, ao visitarmos sites, sempre acabamos deixando nosso rastro, nosso e-mail, nosso endereço IP, números telefônicos e muito mais. Dados esses podem ser aproveitados e manipulados por pessoas que nem sabemos quem são (...) Com a Internet, veio a facilidade de monitorar cada um dos passos on-line das pessoas e integrar

as informações dispersas, inclusive juntando as pegadas da Web com as fichas pessoais dos grandes

Em síntese: os estudiosos de internet têm se preocupado muito em preservar o sigilo das informações dos usuários, dentre elas o IP. Desta forma, equacionando-se a necessidade de controle da criminalidade com o respeito aos direitos fundamentais, deve-se sujeitar a matéria ao crivo do Poder Judiciário, para que se cumpra o papel de juiz das garantias, como bem se vem fazendo no cotidiano forense.

bancos de dados convencionais das seguradoras, das escolas, das empresas de assistência médica, dos departamentos de recursos humanos, dos bancos... É aí que mora o perigo, e se acende uma imensa zona de sinal vermelho. E se as compras de vinho on-line de alguém de carne e osso forem cruzadas com os arquivos pessoais das companhias de seguro de vida? E se as grandes corporações começarem a checar os arquivos médicos das pessoas antes de contratá-las? Ou os históricos escolares? As informações de identificação pessoal são como urânio: muito valiosas, mas extremamente perigosas quando caem em mãos erradas”⁽⁴⁾.

É de se consignar, ainda, o seguinte ensinamento

mento do professor livre-docente em Direito Internacional, **Armando Alves Garcia Júnior**: “é nesse ambiente público, no qual milhões de mensagens se cruzam o tempo todo, que recentemente começou a ser questionado o sigilo de dados, típico de ambientes privados e cuja razão de ser é a não exposição, de modo algum, a um ambiente público (...). Embora os internautas cadastrados realizem suas operações e comunicações em virtude do acesso que lhes fornece os provedores, e os façam em ambiente público (rede www), tais empresas de acesso não podem, em hipótese alguma, corromper quaisquer dados transmitidos por seus clientes. Os dados, assim como as mensagens que transitam em seus equipamentos informáticos, além de serem de caráter privativo, não lhes pertencem. (...) O acesso por parte dos provedores a esses dados deve ser restrito, limitando-se ao estritamente necessário, em casos de ocorrência de problemas técnicos em seus equipamentos e, para os que assim compreendem, ao arripio da norma constitucional, por ordem judicial. (...) O interesse público, presente no direito de o Estado punir o autor de conduta tipificada como ilícito penal, embora afete ao provedor de acesso, por rastreamento ou interceptação de dados autorizados por ordem judicial, de modo algum significa direito de uso desses mesmos dados pelo provedor”⁽⁵⁾.

Assim, o IP se distanciaria de simples dados cadastrais. Isto porque, repise-se, o tráfego pela internet implica deixar rastros. Logo, cuida-se de informação que pode acarretar a exposição do usuário, daí não ser tão exagerada a, já mencionada, concepção restritiva de **Alberto Gomide**.

Monografista do tema sigilo de dados, **Tércio Sampaio Ferraz Jr.** faz a seguinte distinção: de um lado, há os elementos imprescindíveis para viabilizar a comunicação entre as pessoas, de tal arte a permitir a efetiva comunhão social – os quais devem ser públicos –, e, de outro, existem aqueles que devem receber a proteção do sigilo, cf. dispõe o art. 5.º, X, da CF: “são aquelas informações, em termos de privacy, constitutivas da integridade moral da pessoa. No que tange à intimidade, é a informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade – dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, enfim dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito. Em termos de princípio da exclusividade, diríamos que esta é, nesses casos, de grau máximo. Em consequência, o emissor pode comunicar tais dados, se o desejar, mas a ninguém é dado exigir dele a informação transmitida, salvo em casos especialíssimos em que a intimidade de alguém venha a interferir na intimidade de outrem: o direito de não ser obrigado a revelar situações íntimas é limitado pelo direito de o receptor recusar informações íntimas que lhe firam

a própria intimidade. Por isso, em processos que versem situações íntimas, a lei garante o sigilo. A exigibilidade desses dados, salvo quando alguém se vê ferido na sua própria intimidade, faz deles um limite ao direito de acesso à informação” (art. 5.º, XIV da CF)⁽⁶⁾.

É interessante, ainda, mencionar o Projeto de Lei 5.185/2009, de autoria do deputado **Fábio Faria**, no qual a matéria da identificação eletrônica é tratada. Na sua justificação, ao considerar a preocupação da academia e sociedade civil com a confidencialidade de dados, pondera-se: “A proposta que apresentamos obriga os fornecedores de serviço de acesso à Internet a cadastrar seus usuários e manter os registros de acesso e de navegação. Em primeiro lugar, o cadastro não representa violação do direito de privacidade, uma vez que os dados serão mantidos em sigilo”⁽⁷⁾.

Neste diapasão, cumpre registrar, também, a assinatura, em 17/12/2008, no seio da CPI da Pedofilia, de termo de cooperação das empresas de telecomunicação com o Senado, o parquet Federal e dos Estados, a Polícia Federal, o Comitê Gestor da Internet e a SaferNet Brasil: “Com a assinatura do documento, as empresas fornecerão, mediante prévia autorização judicial, acesso a dados de usuários investigados por crimes cibernéticos contra crianças e adolescentes, para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Isso inclui informações sobre conexão, dados cadastrais dos investigados, relativos ao conteúdo e endereço IP”⁽⁸⁾.

Pontue-se, entretanto, que os Tribunais Superiores têm entendido que dados cadastrais não teriam o mesmo tratamento dispensado aos diálogos telefônicos⁽⁹⁾. Nesta toada, o STJ, em verdadeiro *leading case*, entendeu por equiparar o IP a simples dado cadastral: *HC 83.338/DF*, rel. min. **Hamilton Carvalhido**, j. 29.09.2009⁽¹⁰⁾.

Concessa venia, ora se defende que, independentemente da natureza do IP, se dinâmico ou fixo⁽¹¹⁾, o seu acesso deve ser precedido de autorização judicial; somente após o exame dos requisitos e fundamentos de cautelaridade a informação em questão poderia ser liberada pelos provedores, pois, do contrário, pode ocorrer a banalização da intimidade.

Por tanto, sustenta-se, o referido dado, em razão da possibilidade de deslindar peculiaridades do modo de ser e de agir do usuário, inserir-se-ia no plano da *privacy*, tratada no âmbito do inciso X do art. 5.º da Constituição Federal, merecendo a camada de proteção representada pelo controle judicial.

Em síntese: os estudiosos de internet têm se preocupado muito em preservar o sigilo das informações dos usuários, dentre elas o IP. Desta forma, equacionando-se a necessidade de controle da criminalidade com o respeito aos direitos fundamentais, deve-se sujeitar a matéria ao crivo do Poder Judiciário, para que se cumpra o papel de juiz das garantias⁽¹²⁾, como bem se vem fazendo no cotidiano forense⁽¹³⁾.

NOTAS

- (1) O tema foi intensamente debatido na edição da lei eleitoral de 2010.
- (2) **STOOL**, apud **MORI, Michele Keiko**. *Direito à intimidade versus informática*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 65.
- (3) Apud, palestra proferida por **Demi Getschko**, conferir: www.cgi.br/infoteca.
- (4) **MORI, Michele Keiko**. *Direito à intimidade versus informática*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 68-70.
- (5) *Contratos via internet*. 2ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 46-55.
- (6) Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 88, 1993, p. 449.
- (7) No art. 4.º do projeto, condiciona-se à autorização judicial o acesso ao IP.
- (8) *Crime em rede*, www.conjur.com.br, 17/12/2008.
- (9) **STJ**: RMS 17.732/MT, rel. min. **GILSON DIPP**, 5ª TURMA, j. em 28/06/2005, DJ 01/08/2005 p. 477; EDcl no RMS 25.375/PA, rel. ministro **FELIX FISCHER**, 5ª TURMA, j. em 18/11/2008, DJe 02/02/2009. **STF**: RE 418416, relator min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, Pleno, j. em 10/05/2006, DJ 19-12-2006, p. 37.
- (10) “A obtenção de dados do usuário de determinado Internet Protocol (IP) consistente tão só na identificação da propriedade e do endereço em que instalado o computador do qual partiu o escrito criminoso não está resguardada pelo sigilo de que cuida o art. 5º, XII, da CF/1988, nem pelo direito à intimidade, que não é absoluto, prescrito no inciso X daquele mesmo artigo. Inexiste, no caso, qualquer aspecto do *modus vivendi* da pessoa, o que não resulta constrangimento ilegal. Assim, a Turma, ao prosseguir o julgamento, denegou a ordem”. *Informativo do STJ*, n. 409, 02/10/09.
- (11) Grosso modo, quando se trata de IP fixo, tem-se a indicação da origem de todas as conexões de um certo usuário da internet. Por outro lado, quando se cuida de IP dinâmico, a situação se distingue, porquanto não se refere o número a um determinado usuário, possuindo o provedor vários deles; tais protocolos são atribuídos aleatoriamente a diversas pessoas, sucessivamente, devendo-se atentar, em tais situações, para o horário de conexão. Mesmo que se lide com IP dinâmico, uma única conexão pode trazer elementos extremamente comprometedores da vida de alguém – visto que, observados os avanços da chamada banda larga, um isolado acesso pode ensejar plúrimas atividades em diversos setores da vida.
- (12) No projeto de novo CPP (PL 4361/08) disciplina-se a figura do *juiz das garantias*. Segundo o art. 15: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder judiciário, competindo-lhe especialmente: ... XII – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; ... d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado”.
- (13) Lembre-se o seguinte caso: “Dois anos após receber diversas ofensas em seu grupo de e-mail do trabalho, **Alexandre Gaze Filho** obteve uma vitória na Justiça. A 13ª Câmara Cível do TJ do Rio mandou a Oi/Telemar informar à vítima o número de IP (Internet Protocol) do computador do autor das mensagens”.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Mestre e doutor em Direito Penal pela USP, professor do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

O MOMENTO DO INTERROGATÓRIO E AS NOVAS REFORMAS DA LEI PROCESSUAL PENAL: A EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA SUSPENDE A REALIZAÇÃO DO ATO DE INTERROGATÓRIO?

Daniel Romeiro e Marcelo Gaspar Gomes Raffaini

A par das diversas questões que têm ocupado juízes, membros do Ministério Público e advogados quanto à aplicação do novo rito trazido pela Lei 11.719/2008 – como as relacionadas a direito intertemporal, à importância da figura do ofendido etc. –, e que têm merecido a adequada atenção dos doutrinadores, propomos, aqui, a análise da questão do momento de realização do interrogatório, mais especificamente na circunstância de haver a pendência de cumprimento de cartas precatórias para oitiva de testemunhas. Na hipótese de haver testemunhas de acusação ou de defesa residentes em outras comarcas cujas oitivas foram deprecadas, surge a dúvida acerca do momento em que se deve realizar o interrogatório do acusado: (i) após o retorno das cartas precatórias cumpridas; (ii) depois de transcorrido o prazo para seu cumprimento; ou (iii) na própria audiência una, ao final da oitiva das testemunhas residentes na comarca do juízo da causa? Para se responder a questão acima, devemos buscar diferentes linhas de interpretação do dispositivo legal, começando com aquela que primeiro ocorre ao intérprete: a *interpretação literal*. De acordo com a redação do novo art. 400 do Código de Processo Penal, durante a audiência de instrução e julgamento, “*proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado*”. A leitura do dispositivo legal não deixa dúvida quanto à ordem dos atos e, principalmente, quanto ao interrogatório ser último ato da audiência una (“*interrogando-se, em seguida, o acusado*”). A circunstância de existir testemunhas a serem ouvidas por cartas precatórias, entretanto, não é abordada diretamente pelo texto do artigo, senão para admitir a possibilidade de que ocorra a depreciação das oitivas (“*ressalvado o disposto no art. 222 deste Código*”).

Todavia, ao admitir a possibilidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas, fazendo remissão ao art. 222 do CPP, estariam incluídas aí, também, as previsões dos §§1º e 2º do mesmo artigo⁽¹⁾, segundo as quais as cartas precatórias não suspenderiam o andamento do feito?

Vê-se, assim, que a interpretação literal, embora direcione a questão, não a resolve, devendo o intérprete recorrer à outra modalidade, qual seja, a *interpretação sistemática*

dos dispositivos legais envolvidos.

Deve-se, então, integrar ao texto do art. 400 o do art. 222, sendo que, numa primeira leitura, pode-se concluir que os parágrafos do art. 222 seriam também aplicáveis à hipótese aqui estudada, no sentido de que, não obstante haja carta precatória pendente de cumprimento, uma vez esgotado o prazo para a realização do ato, o seu retorno não seria fundamental para a realização do interrogatório.

Entretanto, chamamos a atenção para o §3º, do art. 222, que também deverá concorrer para a interpretação sistemática que se propõe. O §3º, introduzido pela Lei nº 11.900/2009, dispõe que “*na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento*”.

Ou seja, o referido dispositivo abre a possibilidade para que a oitiva de testemunha residente em outra comarca seja feita no momento da audiência de instrução e julgamento, possibilitando ao acusado e à defesa técnica o acesso “*em tempo real*” ao depoimento.

É claro que entre a vontade do legislador e a realidade do Poder Judiciário nacional existem anos de atraso e escassez de recursos para a implementação da tecnologia necessária à realização de videoconferências. Por outro lado, é certo, também, que, até lá, o acusado não pode arcar com o ônus da ineficiência do Estado-Juiz.

Por isso, ainda que com novos contornos, a questão remanesce: diante da impossibilidade de aplicação do §3º do art. 222 do CPP (oitiva por videoconferência), devem ser aplicados os §§1º e 2º do mesmo artigo, interrogando-se o acusado antes da oitiva de testemunha residente em outra comarca?

Devemos, então, socorrer-nos de outro

método de interpretação: a *interpretação autêntica*.

Verificando-se o texto da Mensagem nº 213/2001, do Ministro de Estado da Justiça ao Presidente da República, quando expõe

as razões do Projeto de Lei nº 4.207/2001, mais tarde transformado na Lei nº 11.719/2008, colhemos os seguintes trechos: “*Para garantir a eficácia do processo e a ampla defesa, visando a favorecer a punibilidade concreta das infrações penais, mantendo-se todas as garantias do acusado, previstas na Constituição Federal, leis e tratados celebrados pelo Brasil, estão sendo propostos procedimentos penais ágeis e objetivos, cuja dinâmica será facilmente notada pela sociedade. São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia; interrogatório do acusado somente após a produção da prova; (...)*”⁽²⁾.

A *mens legis*, portanto, indica a razão de ser da substancial alteração na ordem dos atos processuais introduzida pela Lei nº 11.719/2008. O objetivo da previsão do interrogatório como último ato processual instrutório decorre da importância que se lhe atribui, dentro do modelo acusatório, como meio de defesa.

Conforme lição de Luigi Ferrajoli, “*(...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação*”⁽³⁾.

Bem por isso, a inovação trazida pela Lei nº 11.719/08, consistente na colocação do interrogatório como último ato da instrução, tal qual no procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/1995, presta-se, com toda certeza, a aperfeiçoar a finalidade do ato como meio de defesa, como, aliás, confirma Antonio Scarance Fernandes, membro da comissão que elaborou o projeto da atual reforma

“Para garantir a eficácia do processo e a ampla defesa, visando a favorecer a punibilidade concreta das infrações penais, mantendo-se todas as garantias do acusado, previstas na Constituição Federal, leis e tratados celebrados pelo Brasil, estão sendo propostos procedimentos penais ágeis e objetivos, cuja dinâmica será facilmente notada pela sociedade.(...)”

processual penal, ao afirmar que a defesa “(...) *melhor seria exercida pelo acusado após conhecer a prova contra si produzida*”⁽⁴⁾.

O que pretende a Lei é que, **após a produção de todas as provas** e da oitiva **de todas as testemunhas**, ouça-se o acusado para que este, perante o Juízo, dê sua versão dos fatos e explique tudo quanto lhe foi imputado.

Assim, ao contrário do antigo Rito Ordinário, o acusado não só tem oportunidade de se defender das imputações feitas pela denúncia, como, também, pode esclarecer e refutar, com suas próprias palavras, eventuais incriminações trazidas pelos depoimentos, por documentos e por demais meios de prova produzidos durante a instrução.

Portanto, na circunstância de haver expedição de carta precatória para oitiva de testemunha e na impossibilidade de se proceder a essa oitiva por meio de videoconferência, o interrogatório do acusado deve se dar somente após o retorno dessa precatória, sob pena de esvaziamento do momento que lhe é garantido para a autodefesa.

Nesse caso, estar-se-á desvirtuando o propósito da nova lei processual penal e, por consequência, violando-se os princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

NOTAS

- (1) §1º - A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal. §2º - Findo o prazo marcado, po-

- derá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.
(2) *Diário da Câmara dos Deputados*, 30 de março de 2001, p.9509 – grifamos e sublinhamos.
(3) *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo, RT, 2006, pp.559/560.
(4) *A mudança no tratamento do interrogatório* in *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 200, julho 2009, pp.19/20.

Daniel Romeiro

Advogado em Brasília/DF

Marcelo Gaspar Gomes Raffaini

Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (IBCCRIM/Faculdade de Direito de Coimbra), professor universitário e advogado em São Paulo/SP

A INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO ACORDO DE COOPERAÇÃO MÚTUA INTERNACIONAL FIRMADO ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (MLAT)

Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma

O Decreto 3.810, de 02 de maio de 2001, promulgou o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre o Governo do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, no dia 14.10.97 (corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15.02.2001). Este acordo prevê a assistência mútua em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a fatos de natureza criminal, possibilitando ao Estado Requerido adotar diligências a pedido do Estado Requerente, tais como: “*tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; fornecimento de documentos, registros e bens; localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; entrega de documentos; transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; execução de pedidos de busca e apreensão; assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multa; e qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.*” (art. 1º, item 2, letras a a h do referido Acordo)

Contudo, a utilização deste instrumento jurídico, na prática, revela grave **violação ao princípio da isonomia ou da igualdade**, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

A partir deste princípio, desenvolveu-se a exigência de um tratamento **igualitário** entre as partes em processo judicial, especialmente no processo de natureza penal. Ou seja, garante-se às partes no processo penal **a paridade de armas** para que possam travar o embate jurídico. Sobre este ponto, a doutrina de **Antonio Scarance Fernandes** acentua que: “*Como salientado, em duas direções manifesta-se o princípio da igualdade no direito*

processual: dirige-se aos que se encontram nas mesmas posições no processo – autor, réu, testemunha –, garantindo-lhes idêntico tratamento; dirige-se, também, aos que estejam nas posições contrárias de autor e de réu, assegurando-lhes idênticas oportunidades e impedindo que a uma parte sejam atribuídos maiores direitos, poderes, ou impostos maiores deveres ou ônus do que à outra”⁽¹⁾.

Ocorre que, no caso de utilização do referido Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal (MLAT), **os Estados Unidos somente atendem pedidos formulados por interesse da acusação, negando-se a atender pleitos oriundos da defesa do acusado ou investigado, em frontal violação ao princípio da isonomia.**

A autoridade central dos Estados Unidos, o procurador-geral ou pessoa por ele designada⁽²⁾, sustenta que o MLAT se presta a servir de auxílio à atividade persecutória do Estado, **não podendo ser utilizado para atender interesses da defesa.** Esta informação, além de ser comprovada na prática, é também confirmada pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça⁽³⁾.

Ora, se o Acordo de Assistência Jurídica é reconhecida e comprovadamente utilizada para atender, tão somente, interesses da

acusação, dúvida não pode haver de que isto constitui **tratamento notoriamente desigual entre as partes**, pois, surgindo necessidade de realização de diligência ou a obtenção de documento ou esclarecimento

por órgãos situados nos Estados Unidos, **a defesa jamais poderá dispor do MLAT para o atendimento de seu pleito.**

Não há dúvida de que isto representa inegável violação ao direito de igualdade, previsto pela Constituição Federal, restando inviável a utilização do Acordo de Assistência Jurídica promulgado pelo Decreto 3.810/2001, enquanto este não atender interesses da defesa. O Decreto 3.810/2001, que promulgou o Acordo de Assistência Jurídica, é hierarquicamente inferior à Constituição Federal e **não pode violar preceito nela estabelecido,**

portanto, sua inconstitucionalidade.

Há quem sustente que o Juízo que deferiu a medida pode solicitar o atendimento da diligência requerida pela defesa, apresentando, **fundamentadamente**, o motivo pelo qual a diligência também interessaria ao Juízo.

Com a devida *venia*, este expediente, com o intuito de buscar o atendimento do pleito defensivo, continua mantendo tratamento desigual entre as partes. Em primeiro lugar, não há comprovação efetiva de que isto, de fato,

A carta rogatória está prevista no Código de Processo Penal, no artigo 368 (que trata da citação do réu que se encontra no exterior) e nos artigos 783 a 786 (que estabelecem os requisitos e o procedimento da carta rogatória), constituindo o instrumento jurídico adequado para a obtenção de diligência em outro país, tais como: obtenção de documento, oitiva de testemunha, interrogatório do réu etc.

possa atingir o cumprimento da diligência. E, de outro lado, ainda que se consiga obter a realização da prova, a motivação do Juízo para atingir o cumprimento da diligência demonstra evidente tratamento desigual, na medida em que a acusação não necessita da colaboração do juiz para ver seu pleito atendido.

Assim, manifesta é a inconstitucionalidade da aplicação ou utilização do Acordo de Assistência Jurídica firmado entre Brasil e Estados Unidos, **por flagrante violação ao princípio da isonomia.**

Ademais, este acordo viola, por igual, preceitos infraconstitucionais que o caracterizam como ilegal.

A utilização do Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal, promulgado pelo Decreto 3.810/2001, **representa manifesta ilegalidade, por violar o artigo 368 e 783 do Código de Processo Penal.**

A carta rogatória está prevista no Código de Processo Penal, no artigo 368 (que trata da citação do réu que se encontra no exterior) e nos artigos 783 a 786 (que estabelecem os requisitos e o procedimento da carta rogatória), **constituindo o instrumento jurídico adequado para a obtenção de diligência em outro país**, tais como: obtenção de documento, oitiva de testemunha, interrogatório do réu etc. O art. 202 do Código de Processo Civil (aplicado subsidiariamente ao CPP) estabelece, ainda, que a carta rogatória é o meio próprio para a obtenção de informações de outro país, prevenindo o art. 210 do referido diploma legal que: *“A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato”*.

A carta rogatória constitui, portanto, o instrumento jurídico adequado para a realização de diligência em outro país, tais como: obtenção de documentos e informações, oitiva de testemunhas etc., exigindo-se, obviamente, o necessário *exequatur* da autoridade judiciária competente.

Segundo leciona E. Magalhães Noronha: *“a rogatória não passa de precatória, com a diferença apenas na execução e cumprimento.*

Deve conter os requisitos daquela, além de outros que o Estado rogado exigir e que, naturalmente, serão atendidos” ⁽⁴⁾.

Ora, se há lei federal prevendo determinado instrumento jurídico para o atendimento de diligência no exterior, no caso, a carta rogatória, é evidente que ela deve ser utilizada, ao menos, precipuamente, no lugar do Acordo de Assistência referido. A jurisprudência reafirma o entendimento de que a rogatória é o instrumento adequado para o cumprimento de diligências em outro país: *“Carta Rogatória - Cooperação Judiciária. Consoante dispõe o inciso I do artigo 202 do Código de Processo Civil, a carta rogatória é instrumento próprio à cooperação entre Judiciários, devendo o subscritor estar integrado a esse Poder. Não há possibilidade de Procuradoria da República de Estado estrangeiro requerer à autoridade judiciária brasileira o cumprimento de carta rogatória por si expedida. Carta Rogatória - Concessão de Exequatur - Reserva de Colegiado. Conforme a alínea “i” do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, cumpre a órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça a concessão de exequatur a cartas rogatórias. Carta Rogatória - Objetivo Lícito. A carta rogatória deve ter objeto lícito considerada a legislação pátria. Descabe a concessão de exequatur quando vise a colher depoimento, como testemunha, de co-réu”* ⁽⁵⁾.

Veja-se, ainda, no sentido de ser utilizada, precipuamente, para fornecer informações ou documentos a estado estrangeiro o seguinte precedente: *“Crime - Cooperação Internacional - Combate - Diligências - Território Nacional - Meio. A prática de atos decorrentes de pronunciamento de autoridade judicial estrangeira, em território nacional, objetivando o combate ao crime, pressupõe carta rogatória a ser submetida, sob o ângulo da execução, ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo potencializar a cooperação internacional a ponto de colocar em segundo plano formalidade essencial à valia dos atos a serem realizados”* ⁽⁶⁾.

Assim, dúvida não pode haver de que o Acordo de Assistência Mútua firmado entre Brasil e Estados Unidos **é manifestamente ilegal.**

Há, ainda, outra circunstância que impede a aplicação do MLAT (Acordo de Assistência

Jurídica em Matéria Penal entre o Governo do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América) em feitos criminais que tramitam no Brasil.

Trata-se da questão relativa à gravidade dos crimes apurados em feitos criminais para justificar a utilização do MLAT. O item 4 do seu artigo 1º. prevê *“a especial importância de combater graves atividades criminais, incluindo, lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos”*, denotando serem estes os delitos de maior gravidade a ensejar a utilização deste instrumento jurídico. Se assim não fosse, evidentemente não se teria nomeado expressamente estes crimes, prevenindo a sua aplicação do MLAT em qualquer caso. Partindo-se dessa premissa, conclui-se que o MLAT **não** deve ser utilizado em todo e qualquer caso. **Não faz sentido algum a utilização do Acordo de Assistência Jurídica para todo e qualquer delito apurado que exija a obtenção de documentos ou realização de diligências no exterior.**

A hipótese de crimes menos graves, como por exemplo, a evasão de divisas de quantias não elevadas, constituiria fato que afastaria a aplicação do Acordo de Assistência Mútua firmado entre o Brasil e os Estados Unidos.

NOTAS

- (1) **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2007, p. 50
- (2) art. 2º, item 2, do Decreto 3.810/01
- (3) Em resposta à indagação formulada pelo advogado que subscreve o artigo, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça confirmou que *“a informação, de fato, procede”*.
- (4) **NORONHA, E. Magalhães.** *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 633.
- (5) STF, HC 87.759/DF, 1ª T., rel. min. **Marco Aurélio**, DJ 18.04.08.
- (6) STF, HC 85.588/RJ, 1ª T., rel. min. **Marco Aurélio**, DJ 15.12.06, p. 95.

Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma

Advogado Criminalista.

Pós-graduando em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na Universidade Candido Mendes – RJ

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES: 09/12/2009 (QUARTA-FEIRA) - O SISTEMA PRISIONAL E ALIMENTAÇÃO

Expositores: Rita de Cássia Garcia Pereira e Cláudio do Prado Amaral

Data: 09/12/2009 (quarta-feira)

Horário: Das 10h00 às 12h00

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

Inscrições: Gratuitas, no Portal www.ibccrim.org.br, por e-mail mesas@ibccrim.org.br ou por telefone (11 - 3105 4607, ramal 156).

Participe à distância: Se preferir, em 09/12/2009, às 10h00, acesse ltv.netpoint.com.br/ibccrim e participe *on-line* ao vivo!

O “DEPOIMENTO SEM DANO” E A “ROMEO AND JULIET LAW”. UMA REFLEXÃO EM FACE DA ATRIBUIÇÃO DA AUTORIA DE DELITOS SEXUAIS POR ADOLESCENTES E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 217 DO CP

João Batista Costa Saraiva

Quando se trata de atribuição da autoria de um delito sexual contra criança ou adolescente (um estupro, por exemplo) e a amplíssima gama de condutas que sua nova tipologia encerra após a reforma do art. 213 do Código Penal, o sistema de justiça que naturalmente se inquieta, de uma forma que somente a **Freud** compete, ainda mais desconfortado fica.

Em se tratando de delito dessa natureza, cuja autoria é apontada na direção de um adolescente, a inquietação não é menor, e será ainda maior sendo a suposta vítima criança ou adolescente.

O desconforto resultante dessas situações pode ser dimensionado pelo extraordinário debate que cerca o tema do chamado “Depoimento sem Dano”, mecanismo alternativo de inquirição de crianças e adolescentes apontados como vítimas de delitos sexuais.

José Antônio Daltoé Cezar, lista os três principais objetivos deste mecanismo: *“Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha; A garantia de direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento; Melhoria na produção da prova produzida”*⁽¹⁾.

Na crítica que formula à ideia, destaca **Alexandre Moraes da Rosa**⁽²⁾, fazendo eco à pronúncia dos Conselhos Nacionais de Psicologia e de Serviço Social, que *“há uma tensão recíproca entre ‘Direito’ e os respectivos técnicos (Psi e Serviço Social), muito por não se ter clara a questão das fronteiras entre as abordagens, não obstante adotar-se a concepção de ‘heteronímia posicional’ proposta por Rui Cunha Martins, entre o lugar e a função do Direito e do saber técnico, com as suas intrincadas relações mal-ditas, bem-ditas, balbuciadas ou silenciadas”*.

O tema está distante da pacificação, porém, cumpre consignar que a ideia é oferecer uma alternativa às muitas formas de escuta judicial de crianças (especialmente) vítimas de delitos sexuais, na tentativa de minimizar os inevitáveis danos decorrentes dessa inquirição ou reinquirição.

O que deve ser verificada é a necessidade ou não da formalização do procedimento, enquanto garantidor de direitos da vítima e também do acusado, dentro de uma ordem jurídica que assegura o devido processo penal, na lógica do garantismo penal. Nem

pela sacralização da vítima, nem pela demonização do acusado, mas sim pela busca da verdade e da justiça do caso concreto.

O fato é que, com frequência, atribui-se a adolescentes a autoria de delitos dessa natureza vitimizando crianças ou outros adolescentes.

Assim, vítima e acusado estão, muitas vezes, em situação de proximidade de grau de desenvolvimento físico, psíquico e emocional, a reclamar dos operadores do sistema de justiça uma ainda maior habilidade na condução desse processo que visa a apurar o fato.

Não se ignora que os Estados Unidos da América do Norte introduziram o mundo, antes da Revolução Francesa, na moderna república, e a eles devemos quase todos os conceitos de liberdades individuais que estão expressas nas constituições do mundo.

Pois os norte-americanos, não signatários da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, sempre lembrados pela carga “puritana” que permeia a ação de sua sociedade e sistema de justiça, em especial juvenil, trouxeram uma contribuição importante sobre o tema, que em nosso país pode ter operacionalidade, em especial diante da nova redação do art. 217 do Código Penal, que criminaliza o sexo com pessoa de menos de 14 anos.

Nos Estados Unidos, em muitos estados daquele país, o sexo consensual entre menores de 18 anos se faz crime, especialmente se homossexual.

A Lei brasileira, após o advento da Lei 12.015/2009, criminaliza toda relação sexual com menor de 14 anos⁽³⁾. Não há falar em violência presumida. Há o fato, há o crime; seja consensual, seja por violência ou ameaça. Pois os americanos, que punem o sexo consensual entre adolescentes, conceberam a chamada “Romeo and Juliet Law”⁽⁴⁾.

Poderíamos traduzir, com vista à utilização de seus conceitos por aqui, como “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de **William Shakespeare**⁽⁵⁾.

Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de cinco anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade⁽⁶⁾. E conse-

quentemente, em uma relação consentida, não haveria crime.

A rigor, a manutenção em 14 anos de idade para a chamada presunção de violência, apta a configurar crime ante a revogação do art. 224 e a nova redação do art. 217-A, todos do CP, reclama uma reflexão maior.

Se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; permite que viaje desacompanhado por todo território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese

de autoria de um ato infracional, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e sua palavra considerada; exagera a norma a fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “Exceção de Romeu e Julieta”.

Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217 exagera em face da realidade do País e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade.

Vejam a hipótese de um namoro entre adolescentes ou pré-adolescentes, entre um menino de 13 anos e uma menina de 11 anos, que resolvam realizar “manobras sexuais investigatórias”, para colocar a questão em termos jurídicos. O que fazer? E se forem condutas homossexuais, que acabam produzindo as reações mais estapafúrdias dos pais e as vezes da própria escola, chamando polícia, criando escândalo, criminalizando a descoberta da sexualidade?

A “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada na “Romeo and Juliet Law” dos norte-americanos, deve ser considerada, especialmente nas Varas da Infância e Juventude, na operacionalidade deste art. 217-A do Código Penal, até mesmo para que se evite algum suicídio.

A “Exceção de
Romeu e Julieta”,
inspirada na “Romeo
and Juliet Law”
dos norte-americanos,
deve ser considerada,
especialmente nas Varas
da Infância e Juventude, na
operacionalidade
deste art. 217-A
do Código Penal, até
mesmo para que se
evite algum suicídio.

NOTAS

- (1) **DALTOÉ CEZAR, José Antônio.** Depoimento Sem Dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62. Nesse procedimento a vítima é ouvida em ambiente distinto, sem os rigores de uma sala de audiência e conduzido por profissional da assistência social ou psicologia, a qual é o “instrumento” das perguntas formuladas desde outro ambiente, no qual estão o juiz e os demais atores da cena judiciária.
- (2) O DEPOIMENTO SEM DANO E O ADVOGADO DO DIABO. A violência “branda” e o “Quadro Mental Paranoico” (Cordero) no Processo Penal. Joinville: mimeo, 2009.
- (3) **Art. 217-A.** Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações

descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO). § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

- (4) As recentes mudanças na legislação americana que rege o sexo consensual entre menores de idade ou um adulto de 18 anos de idade e um menor de idade, reconheceram que essa intimidade não é o mesmo que abuso sexual. As novas leis, chamadas “Romeo and Juliet laws”, inspiradas em **Shakespeare**, tentam corrigir as sanções excessivamente duras e penas infligidas ao longo dos anos para tais situações. Em 2007, essas leis entraram em vigor em Connecticut, Flórida, Indiana e Texas.
- (5) Romeu, de **Shakespeare**, poderia ser levado à

Vara da Infância e Juventude, vez que teria 16 anos e Julieta 13, quando iniciou o *affair*.

- (6) Na aplicação da chamada “Romeo and Juliet Law” a Suprema Corte do Estado da Geórgia (cuja Legislação criminalizava a conduta sexual **consensual** entre adolescentes) liberou da prisão **Garnalow Wilson**, de dezessete anos de idade, que estava preso pela prática de sexo oral com uma menina de 15 anos. A legislação do Estado criminalizava a conduta de práticas sexuais entre adolescentes, mas a Suprema Corte determinou que **Wilson** fosse liberado porque a nova regra desconfigurou a criminalização do sexo consensual entre adolescentes.

João Batista Costa Saraiva

Juiz de Direito no RS. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente, professor da Escola Superior da Magistratura

O NOVO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL, UMA VERDADEIRA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS

Matheus Silveira Pupo

Recentemente, pela Lei n.º 12.015/2009, houve uma grande reforma no Título VI do Código Penal, que passou a ser intitulado “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”. Uma das alterações mais relevantes trazidas por esta novel legislação, salienta-se, foi a junção dos antigos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor) do Estatuto Penal, em um tipo único (artigo 213, *caput*, Código Penal), com a seguinte redação: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos*”.

A partir de agora, como facilmente se percebe, a figura do estupro se transformou em um claro exemplo de crime de **ação múltipla** (conteúdo variável, tipo misto alternativo), ou seja, é uma figura penal que em seu preceito primário contém a descrição de diversas condutas, comportamentos, que podem ser perpetrados pelo agente.

À primeira vista, numa análise apressada, principalmente porque a pena cominada permaneceu inalterada e a descrição do tipo não sofreu grandes alterações, poder-se-ia dizer que não houve mudanças significativas neste dispositivo.

No entanto, esta não é uma assertiva correta. Isto porque, aglutinando aqueles dois crimes em um único dispositivo, certamente se terá como repercussão prática a mudança do entendimento quase pacífico no âmbito dos Tribunais Superiores⁽¹⁾, não reconhecendo a existência de **crime continuado**⁽²⁾ entre o antigo estupro e o atentado violento ao pudor, afora as hipóteses de *praeludia coiti*, sob o argumento de que não seriam **crimes da mesma espécie**, ainda que praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira

de execução.

Afinal, doravante, o óbice intransponível apontando por esta corrente – **tratar-se de crimes antevistos em tipos diferentes** – deixou de existir, pois as duas condutas, antes autônomas, estão agora tratadas na mesma figura penal.

Por ser assim, quando perpetrados nas mesmas condições de *locus*, *tempus* e *modus operandi*, nos termos do artigo 71 do Código Penal, deverá ser reconhecida a existência de crime continuado, quanto às condutas que antes recebiam o *nomen iuris* de estupro e de atentado violento ao pudor, hoje contempladas no artigo 213, *caput*, da Lei Penal.

E, ainda, sendo esta lei muito mais benéfica ao agente, deverá incidir no caso concreto a regra do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, que determina que “*a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*” (destacou-se).

Ressalta-se, como se vê, que o aludido dispositivo confere retroatividade aos dispositivos que de **qualquer maneira sejam mais benéficos àqueles que pratiquem os respectivos crimes**, mesmo que de maneira reflexa, como na hipótese do reconhecimento da continuidade delitiva.

Ademais, mesmo nos casos de processos com **sentença condenatória irrecorrível**, ainda assim deve ser aplicada tal conclusão, isto porque o supracitado dispositivo do Código Penal, que consagra o princípio do

novatio legis in mellius, é expresso no sentido de que a nova lei retroage para alcançar fatos anteriores à sua vigência, “*ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*”.

Neste último caso, destaca-se, caberá ao juiz das execuções criminais reconhecer a existência do mencionado benefício, segundo o teor da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal⁽³⁾, decorrente da interpretação da parte final do artigo 82 do Código de Processo Penal⁽⁴⁾ combinado com o artigo 66, inciso III, alínea *a*, da Lei de Execução Penal⁽⁵⁾.

Entretanto, esta não é

a única grande modificação relevante trazida pela Lei n.º 12.015/2009. Ainda mais surpreendente é a hipótese do agente que, num único contexto fático e contra a mesma vítima, pratica os crimes que antes se chamavam de estupro e de atentado violento ao pudor (por exemplo, uma conjunção carnal e um coito anal), fora da citada hipótese do prelúdio do coito; até a citada mudança legislativa, havia a tipificação dos dois crimes autônomos e em concurso material⁽⁶⁾, porém, a partir de agora, estar-se-á diante de **um único estupro**

A partir de agora, como facilmente se percebe, a figura do estupro se transformou em um claro exemplo de crime de **ação múltipla** (conteúdo variável, tipo misto alternativo), ou seja, é uma figura penal que em seu preceito primário contém a descrição de diversas condutas, comportamentos, que podem ser perpetrados pelo agente.

(artigo 213, *caput*, Código Penal).

Isto porque, por se tratar presentemente, conforme dito acima, de um **crime pluri-nuclear**, “o agente, mesmo realizando duas ações, estará violando a norma apenas uma vez”⁽⁷⁾, em razão da incidência do **princípio da alternatividade**; mas, por outro lado, certamente com um maior grau de reprovabilidade, o que influenciará na fixação da sua pena-base (artigo 59 do Código Penal).

Lembre-se, para reforçar a assertiva acima feita, do exemplo do artigo 33 da Lei de Tóxicos: se o agente realiza mais de uma das dezoito condutas ali antevistas – como na hipótese do criminoso que **fabrica** determinada porção de droga e, depois, a **transporta** para certo local, onde a **mantém em depósito** por um tempo e, finalmente, a **entrega a consumo** de um usuário – desde que em uma mesma situação de fato, obviamente terá cometido, da mesma maneira, apenas e tão somente um único crime.

Nem se diga, outrossim, que a existência da conjunção alternativa **ou** entre as duas condutas previstas na mencionada cabeça do artigo 213 do Código Penal (“*constranger alguém, (...), a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”) possa afastar a interpretação apontada, já que tal expressão tem como função única unir as duas condutas previstas no preceito primário do tipo.

Existe, aliás, no Código Penal um outro

crime que contém a estrutura do tipo bastante parecida ao do delito sob análise, trata-se do crime definido no artigo 122, *caput*, da Lei Penal, o **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio** (“*induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça*”).

Este delito, como o novo estupro, é de ação múltipla e as condutas criminosas descritas são conectadas pela partícula “ou”. E é bom frisar, para o crime contra a vida, a doutrina já se pacificou no sentido de que “*ainda que o agente pratique mais de uma ação, o crime será único (tipo alternativo)*”⁽⁸⁾, afinal, há somente lesão a um bem jurídico.

Ora, por ser assim, é evidente que, no caso do estupro, da mesma maneira, mesmo que realizadas pelo autor as duas condutas antevistas no tipo, ainda assim haverá um crime único. Esta é a conclusão mais lógica, justa e legítima, que se pode encontrar diante dos princípios reguladores do Direito Penal.

Destaca-se, por derradeiro, que esta interpretação, por ser mais benéfica, igualmente alcança todos os fatos pretéritos, ainda que apreciados em processo com sentença já transitada em julgado, pela já citada incidência do artigo 2º, parágrafo único, do Estatuto Penal.

A Lei n.º 12.015/2009, por tudo o que foi dito aqui, certamente trouxe grandes inovações, principalmente quanto ao concurso das condutas previstas no *caput* do artigo 213 do

Código Penal, sendo que a solução jurídica encontrada, malgrado certamente não tenha sido a intenção do legislador, é muito mais benéfica aos criminosos.

NOTAS

- (1) Como exemplos recentes: STJ, HC 102.362/SP; HC 86.860/CE; HC 85.034/SP; HC 80.969/SP; AgRg no REsp 838.743/RS; STF, HC 95.413/SP; HC 94.504/RS; HC 91.370/SP; HC 88.466/SP. Em sentido contrário: STJ, HC 99.810/SP; STF, HC 89.827/SP.
- (2) Artigo 71 do Código Penal.
- (3) Súmula 611 do STF - “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.
- (4) Art. 82, parágrafo único, CPP - “Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas”.
- (5) Art. 66, inciso III, letra a, LEP - “Compete ao Juiz da execução: (...) decidir sobre: soma ou unificação de penas”.
- (6) Neste sentido: STF, HC 96.959/SP; HC 95.629/SP; HC 91.370/SP.
- (7) TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª edição. Editora Atlas, 2006, p. 194.
- (8) DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 6ª edição. Renovar, 2002, p. 265.

Matheus Silveira Pupo

Advogado

O TRÁFICO É FEMININO? É, SIM SENHORA! A FACETA INEXPLORADA

Thaís Zanetti de Mello

A sociedade encontra-se, cada vez mais, imersa na problemática do tráfico de drogas, oriunda, em diversos momentos, pelo aparato midiático, processo em que as pessoas incorporam certas mensagens e crêem verdadeiras sem maiores reflexões, e este aparato acaba dando vulto, diuturnamente, em um combate de “guerra às drogas”. Esta ênfase é meramente proibicionista e, algumas vezes, implícita ou explicitamente, desemboca em alto rigor punitivo (*v.g* aumento expressivo na pena mínima imposta ao delito do art. 33 da Lei 11.343/2006), o que sobremaneira sedimenta o caráter repressivo nos seus mais variados aspectos.

Tal posição possui inúmeros seguidores, que por serem “fiéis”, e muitas vezes a maioria, acabam por tolher e depreciar o discurso inenarravelmente mais difícil de ser construído, que é justamente o viés oposto, *i.e.*, voltado e preocupado com uma política criminal verdadeiramente compromissada com a margem, com o entorno, com o invisível, de modo a propor alternativas substitutivas à pena privativa de liberdade⁽¹⁾, com a capacidade de implementar esforços que estejam vinculados à realidade social, neste

caso mais especificamente, com a realidade da dinâmica do tráfico de drogas.

O comércio das drogas ilícitas tem demonstrado que o tráfico deixou de ser uma atividade tipicamente masculina. Já faz algum tempo que estamos envolvidos com a problemática da inserção das mulheres no tráfico de drogas e de seu aumento desmedido neste tipo de delito⁽²⁾. Acerca da seleção realizada pelo direito penal, trazemos como exemplo ilustrativo desta realidade, a situação atual das mulheres que tem incrementado a Penitenciária Feminina **Madre Pelletier** em Porto Alegre/RS⁽³⁾, o que inclui uma série de fatores, os quais apenas acabam sendo passíveis de elucidação através da aproximação desta realidade, bem como com o contato direto com estas mulheres que povoam o sistema carcerário gaúcho.

A dolorosa e triste realidade que presenciemos, demonstra a modificação dos tipos de delitos que vêm sendo cometidos pelas mulheres encarceradas, de modo que, se torna possível afirmar que, tal incremento, dentro de alguns fatores, é fruto da alternativa de sobrevivência que acaba sendo ofertada em comunidades tipicamente carentes, bem

como o uso destas mulheres para a atividade remunerada de “mulas” (*v.g* o levar a droga para dentro de presídios). Essa presença numérica significativa, das mulheres inseridas na dinâmica do tráfico de drogas, faz emergir a necessidade de estudos⁽⁴⁾ que se debrucem acerca desta realidade.

Insta mencionar que tal situação encontra-se agudizada e, provavelmente, da forma repressiva como se vem tratando esta situação, nós tenhamos, em pouco tempo, uma população ainda mais significativa, porquanto superior ao que já existe hoje. Em meados de julho de 2009, a Penitenciária Feminina **Madre Pelletier** encontrava-se com uma população de 530 mulheres encarceradas, sendo que, desta imensa quantidade, desponta-se o enclausuramento feminino por tráfico de drogas (cerca de 76,23%)⁽⁵⁾.

‘Retribuição’ destinada ao tráfico de drogas, como única alternativa, reproduz o proibicionismo desenfreado e contribui para a demonização, cada vez mais frequente, daquele que comete o delito de tráfico de drogas, ocasionando mazelas irrecuperáveis para aquele(a) que cumpre pena por tal delito. É emergente, senão para ontem, que

os operadores do direito 'saíam do etnocentrismo', o que implica relativizar e poder olhar o outro, mas não apenas dando-lhe visibilidade pertinente e adequada, mas sim olhar o outro no seu contexto – que não o nosso – e possibilitar que essa falta de visão, como deficiência visual seja aniquilada.

A política de 'guerras às drogas', que vem sendo crescentemente veiculada pela mídia, por si só, demonstra o quanto o proibicionismo e a repressão fracassaram, e o grau de seu reflexo: a permanência e aumento do tráfico de drogas e a continuidade e incremento do uso que se faz delas. E, é este contexto que tem angariado cada vez mais adeptas femininas na estrutura do tráfico de drogas, em proporção suficientemente escandalizadora. Se a vendida concepção de 'Tolerância Zero', difundida e aplicada pelos Estados Unidos e comprada pelo Brasil, não conseguiu, nem cá nem lá, minimizar o problema da criminalidade, é mais que chegada a hora de modificarmos as nossas posturas. Chegou à hora de modificarmos o duelo: redução de danos *versus* repressão incorporada pela Lei 11.343/2006, e 'tentar' equilibrar a balança desproporcional instituída pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISNAD.

Notável, então, a emergência de estudos voltados para esta questão, e descortinar este universo, ancorados sob a visão de contenção contra o viés punitivista, quando a capacidade de repressão já se encontra em vias de amputação – dada que fadada ao fracasso e

reprodutora de rememoração do delito – o que é, por si só, maior do que a pena pode 'ofertar'.

Imperioso é o momento de reflexão que possibilite (re)pensarmos a aplicabilidade do estatuto repressivo do tráfico de drogas, propondo alternativas outras que se adêquem aos fenômenos sociais. O funcionamento da Lei 11.343/2006 mostrou a que veio: selecionar, estigmatizar, e extirpar a liberdade de pessoas de baixo ou nenhum poder aquisitivo (excluídos), deixando mais 'fora' ainda, se é que isso é possível, da sociedade – na qual não vivem senão à margem (marginalizados).

E como se tudo isso não fosse o suficiente, permanece a problemática da quantidade da droga apreendida, que fica à mercê da discricionariedade do juiz quando da aplicação da pena. Uns consideram muito 100g de, por exemplo, o famigerado *crack*, e acabam dando penas extremamente severas excluindo qualquer possibilidade de benefício diante da estúpida hediondez. De outro lado, encontramos um juiz mais adequado com a realidade e os fenômenos sociais, que vê nestas mesmas 100g de droga, um ser humano, por detrás das palavras de uma denúncia e com parcas condições financeiras, a quem não podia se 'esperar' uma conduta extraordinariamente diversa.

Não resta outra conclusão: a face e a contraface estão estabelecidas, agora resta a nós, a dura tarefa e 'a duras penas', minimizar os efeitos desta desproporcionalidade e admitir uma única face: a mais humana e menos de-

monizadora possível, pois o endurecimento penal e o proibicionismo desenfreado já tiveram a sua chance de reduzir o problema, e, desta chance mostraram o quão ineficazes e inócuos foram.

NOTAS

- (1) Neste sentido, consultar o Projeto Pensando o Direito do Ministério da Justiça.
- (2) Um exemplo antropológico desta inserção crescente podemos encontrar no livro de **Celso Athayde** e **MV Bill Falcão** *Mulheres e o Tráfico*.
- (3) Estudo que vem sendo desenvolvido no Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS, com as mulheres encarceradas por tráfico de drogas na Penitenciária Feminina **Madre Pelletier** em Porto Alegre/RS.
- (4) Este mesmo apontamento já havia sido feito no trabalho intitulado: *Mulheres e prisão: a experiência do Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier*, livro que resultou de projeto criado e executado pelo Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, com o financiamento do governo federal.
- (5) Dados disponibilizados pela Penitenciária Feminina **Madre Pelletier** em Porto Alegre/RS para a viabilidade da Dissertação de Mestrado.

Thaís Zanetti de Mello

Mestranda em Ciências Criminais pela PUC/RS, especializando em Ciências Criminais pelo IPA, especializando em Filosofia pela PUC/RS, graduada em Direito pela FADIPA e conselheira da comunidade para Assistência aos Apenados das Casas Prisionais Pertencentes às jurisdições da Vara de Execuções Criminais e Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre – CCPOA

O VÍNCULO FAMILIAR E O SISTEMA PRISIONAL - CONCLUSÕES SOBRE A MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Eleonora Rangel Nacif

Nos dias 11 e 18 de novembro de 2009, o **IBCCRIM** realizou as Mesas de Estudos e Debates sobre "O vínculo familiar e o sistema prisional", sendo a primeira com enfoque no "papel dos operadores do direito" e a segunda a respeito "do papel da comunidade". No primeiro dia, foi apresentado o documentário "Dias Contados", de **Claudia Garcia**, mostrando a história de várias mulheres presas e seus filhos, introduzindo a plateia no universo do que foi discutido.

As expositoras **Dora Martins** e **Juliana Mancuso** trouxeram reflexões interessantes sobre o tema, com especial preocupação para soluções que favoreçam o convívio dos filhos com as mães (e pais) presos. A dra. **Dora**, juíza de Família do Tatuapé, ressaltou que o ECA orienta a privilegiar o convívio com a família, porém não há um espaço digno de convivência dentro do cárcere. Além disso, a revista vexatória nos visitantes, inclusive em crianças, faz com que muitas pessoas não visitem seus parentes presos, levando

o encarcerado a viver uma dupla punição.

A desigualdade no cumprimento da pena entre homens e mulheres foi destacada pela dra. **Juliana**, constituindo grave violação ao princípio da igualdade. Disse que quando trabalhou no ouvidoria do sistema penitenciário, atendeu pouquíssimos casos de mulheres encarceradas. Segundo ela "*quando uma mulher é criminalizada pela prática de uma infração, ela é de tal forma rejeitada porque ela sai do seu papel de mãe, do estereótipo de mãe, dócil, útil, é vista como a bruxa, incorpora essa noção e não se sente sujeito de direitos, elas se fazem invistíveis*".

Trouxe ainda, notícia de uma interessante e ousada decisão do juiz da Vara da Execução Penal de Franca/SP, o qual criou a licença especial para amamentação. Considerando as condições precárias e insalubres da cadeia pública da região, o magistrado autorizou as mães a amamentarem em casa, mesmo sendo condenadas ao regime fechado. Outra decisão emblemática da

Comarca de Guarulhos/SP foi lembrada, onde o juiz permitiu que a presa cumprisse a pena em casa, pois tinha 6 filhos e era arrimo de família⁽¹⁾.

Na segunda Mesa de Estudos e Debates, sobre o papel da comunidade, a dra. **Michael Mary Nolan** destacou a necessidade de um especial treinamento para policiais que efetuam a prisão de mulheres na frente de seus filhos. Segundo ela, muitas crianças ficam sozinhas, abandonadas e traumatizadas por presenciarem tal violência.

Ressaltou ainda a importância do envolvimento do preso/presa dentro da estrutura familiar, com o acompanhamento escolar dos filhos, por exemplo. Nesse sentido, esclareceu que em vários lugares há programas onde os professores mandam um relatório para os pais presos sobre como a criança está indo na escola.

Por sua vez, **Elenir Celme** trouxe a pioneira e bem sucedida experiência de Embu/SP, no denominado "Projeto Iris"

(integração, responsabilidade e inclusão social). Os objetivos do projeto são: realizar pesquisa diagnóstica no município, mapear mulheres em situação de prisão, identificar familiares, envolver a comunidade, possibilitar e garantir os vínculos, tirar essas pessoas do anonimato, levando a problemática a público. **Elenir** contou que apresentou o projeto ao prefeito de Embu, o qual foi aceito e viabilizado, pois, segundo ela, “a vontade política estava presente”.

Soluções simples e criativas foram apresentadas pelas expositoras, como, por exemplo, a instalação de telefones públicos nas unidades prisionais (permitindo maior comunicação entre pais/mães presos e os filhos); ao invés da revista vexatória em crian-

ças, que seja efetuada revista no preso/presa quando do retorno para a cela; no caso de mulheres gestantes e lactantes, que a prisão em regime fechado seja mantida apenas em circunstâncias excepcionais; maiores informações no processo sobre a situação familiar do réu, se possui filhos menores dependentes dele ou não; atenção especial às presas estrangeiras gestantes, as quais vivenciam situação ainda mais dramática por não possuírem família no País; orientação da escolta no sentido de dispensar algemas no pré e pós-parto das presas; criar mecanismos (com o apoio da comunidade, inclusive) para que os filhos de presos/presas que estão em abrigos possam visitar com frequência seus pais.

Por fim, ficou claro que as crianças sofrem as consequências da pena junto com os seus pais. Nas palavras da dra. **Michael Nolan**: “*Não existe ligação entre estar preso e ser um mau pai ou uma má mãe. Os filhos e os presos têm direito a ter esse vínculo familiar fortalecido, é uma maneira, inclusive, de diminuir a violência, de diminuir os índices de reincidência. As autoridades se preocupam apenas em endurecer o sistema penal e não pensam em alternativas como estas para diminuir a criminalidade*”.

NOTAS

- (1) Esta Decisão pode ser lida na íntegra neste *Boletim*, na seção “O direito por quem o faz”.

Eleonora Rangel Nacif
Advogada Criminalista

SOBRE A INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Doorgal Borges de Andrada

No estudo do direito penal constitucional, a aplicação da pena acessória de suspensão dos direitos políticos decorrente de decisão criminal é matéria recheada de divergências jurisprudenciais, sobretudo pela falta de uma legislação apropriada sobre o tema.

Uma corrente jurisprudencial entende que toda condenação criminal suspende automaticamente o exercício dos direitos políticos, independentemente da espécie de pena aplicada, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos. Outra prevê que havendo possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos, não se justifica tal suspensão mencionada no art. 15, III, da Constituição Federal.

Porém, ante terceiro e novo estudo, entendemos ser mais adequado juridicamente e mais próximo de uma interpretação sistêmica da CF/88 a impossibilidade da suspensão dos direitos políticos do condenado - independente da pena aplicada - por ausência de regulamentação legal.

O art. 92 do Código Penal (que trata dos efeitos da condenação), não incluiu a suspensão dos direitos políticos como efeitos da condenação. Ao contrário, é textual quando afirma ser necessária condenação a pena privativa de liberdade, provocando a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, exigindo-se que tal efeito seja motivado e declarado na sentença, não sendo automático (art. 92, parágrafo único).

De outro lado, cumpre observar que a suspensão dos direitos políticos tem consequências altamente danosas, pior que muitas penas principais. Impossibilita o apenado de estudar em instituições de ensino público, de prestar concurso pú-

blico, o serviço militar, obter certidão ou título de eleitor, além das dificuldades em ser contratado formalmente pela iniciativa privada, ficando, também, impedido de ajuizar Ação Popular.

Ora, o art. 15, III, da Constituição Federal dispõe de forma genérica e não do Código Penal nem por qualquer outra lei, não estando portanto claros os limites e a forma de aplicação. Desse modo, descabe aplicar ao preso restrição aos direitos e deveres da cidadania até que o legislador decida regulamentar detalhadamente a norma constitucional.

Vemos que até para casos menos graves descritos no mesmo art. 15 (dos incisos I, II e V) da CF, o legislador ordinário já regulamentou as matérias na Lei n. 6.815/80 (perda da naturalização do estrangeiro), Lei n. 10.406/02 (incapacidade absoluta no Código Civil), e, a Lei n. 8.429/92 (improbidade administrativa). Logo, não há como aplicar a perda da cidadania como pena acessória, sem que haja também uma lei clara a detalhar a Constituição.

E, não havendo regulamentação, em sede de direito penal não é possível fazer analogia *in malam partem*, buscando nos artigos 91, 92 ou do parágrafo único do art. 92 do Código Penal as regras para esse tema. O direito penal rege-se pela legalidade estrita, regra inabalável que não pode ser ignorada no mundo jurídico.

Na verdade, sem regulamentação devida, a aplicação da suspensão como pena acessória pode se tornar mais grave que uma pena principal, numa inversão de valores. Sobretudo nos casos de penas principais com regime aberto ou restritivas de direitos, pois, como pena acessória, deixará de ser tecnicamente cidadão, ou

seja, perderá os direitos de votar e de ser votado.

Há que se refletir sobre as consequências da perda da cidadania no mundo moderno. É como matar a alma política/participativa de uma pessoa. Ou arrancar da pessoa humana aqueles direitos consagrados na nacionalidade plena - deveres, direitos e obrigações - inerente à vida política e cívica do país-pátria em que vive.

Ora, os conceitos modernos de direitos galgados pela humanidade colocam em xeque a suspensão da cidadania decorrente da sentença penal condenatória. E são fenômenos jurídicos que nos trazem à lembrança (ilustrando o tema) velhas previsões legais, por exemplo, que atingiam os negros norte-americanos até meados do século XX no Sul daquele país, quando não eram considerados sequer cidadãos do seu país.

Em resumo, estamos convivendo com inúmeras interpretações e entendimentos que - *data venia*- ignoram os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com aplicação dessa pena acessória com efeitos tecnicamente mais graves do que a da pena principal, sendo que não há lei regulamentando a aplicação dessa pena acessória tão grave.

E num mundo que se diz civilizado, humano e moderno, seria factível ainda admitir que o preso - ou qualquer pessoa - possa ser considerado ‘não cidadão’, vivendo dentro do próprio seu país/ nação?

Doorgal Borges de Andrada
Desembargador do TJMG e
vice-presidente da Associação dos
Magistrados Mineiros (AMB)

A RECUSA DAS GRADES – REBELIÕES NOS PRESÍDIOS PAULISTAS, 1982-1986

Fernando Salla e Alessandra Teixeira

A coleção de monografias do **IBCCRIM** traz, no seu número 54, uma das obras mais importantes dos últimos trinta anos sobre o sistema penitenciário brasileiro. Trata-se da dissertação de mestrado de **Eda Góes** – *A Recusa das Grades - rebeliões nos presídios paulistas, 1982-1986* – que foi defendida em 1991 na Universidade Estadual Paulista (UNESP) de Assis. As mazelas do mercado editorial brasileiro deixaram de lado, até o momento, o trabalho da professora **Eda** (atualmente professora na UNESP em Presidente Prudente) fazendo com que ficasse durante muito tempo conhecido apenas pelos especialistas no território da universidade. A publicação pelo **IBCCRIM**, ao alcançar agora um público de operadores do direito e de profissionais que atuam diretamente na administração penitenciária, contribui para que o debate em torno das questões penitenciárias seja melhor informado.

O trabalho tem muitos méritos. Foi pioneiro ao analisar as rebeliões no sistema penitenciário brasileiro, partindo da experiência do caso do Estado de São Paulo sob a administração do governador **Franco Montoro** (1983-1986). A produção de análises sobre o sistema penitenciário brasileiro desde os anos 1950 sempre foi pequena, quando não modestíssima, e só nas últimas décadas alcançou um volume e qualidade mais expressivos. Numa época em que predominavam poucos trabalhos nessa área, a dissertação abriu um primeiro campo de reflexão sobre as revoltas dos presos. Registrou as instabilidades que o sistema penitenciário paulista apresentava em meio a uma tensão entre a herança autoritária do regime militar que se encerrava e os determinados objetivos democratizantes do governo Montoro, disposto a fazer chegar também ao campo da segurança pública uma política consoante aos princípios democráticos e respeitador dos direitos humanos.

Uma das contribuições mais interessantes do trabalho da professora **Eda**, sobretudo para aqueles que acompanham as rebeliões nas prisões só quando a mídia provoca, é que nele se analisa como as rebeliões não são apenas revoltas de presos tomados de furor incontido, como atos relativos às más condições de encarceramento ou então como derivativos da maldade genética. Várias rebeliões provocaram grande instabilidade no sistema penitenciário paulista e consequentemente

enorme desgaste político do próprio governador e de seu secretário de Justiça, **José Carlos Dias**. Mas **Eda** mostra que elas explodiam em meio a omissões, conivências, boicotes das equipes administrativas e de segurança dos presídios que, em geral, não concordavam com os novos rumos da chamada “política de humanização dos presídios” adotada pelo governo.

Essa política se caracterizou por um conjunto de medidas que, para além de buscarem uma maior efetivação de direitos individuais dos presos (como assistência jurídica, ampliação de vagas, implementação da visita íntima aos presos do sexo masculino), voltaram-se à criação de dispositivos capazes de conferir ao preso uma existência também política. A previsão de mecanismos como as Comissões de Solidariedade (comissões de presos eleitos diretamente) e a instalação de urnas nos presídios objetivavam, essencialmente, a constituição de canais (legítimos, à época) de representação e interlocução direta entre o preso, as autoridades e a sociedade em geral, sem as mediações e os cerceamentos do poder disciplinar. Mas teria sido justamente a “radicalidade” de tais propostas o que provocaria a gama de resistências e oposições à política de **Dias** e a conflituosidade e tensão política que se assistiria durante toda sua gestão.

A autora trata as rebeliões do período não como fenômenos autônomos, tomados per si, mas sobretudo como fatos sociais inseridos no quadro de uma situação política que sob certo aspecto ainda não foi superado: de um lado forças democráticas buscando a implementação do Estado de Direito, o respeito à lei, aos direitos humanos; de outro, forças conservadoras, autoritárias, resistindo ao processo de democratização pelo qual passava o País. O trabalho da professora **Eda** mostra o embate político que se criou sobre as instabilidades da área de segurança pública e do sistema penitenciário em particular, trazendo o posicionamento dos diversos atores diante das rebeliões que

emergiam, como os juízes, as organizações da sociedade civil, os agentes penitenciários, a imprensa.

E é certamente ao resgatar o pitoresco episódio das denúncias (jamais comprovadas) sobre a existência de uma suposta

organização criminosa nas prisões do período, a “Serpentes Negras”, que este trabalho mais contribui numa reflexão sobre a atualidade da questão carcerária nacional. Ao associar a única Comissão de Solidariedade efetivamente criada e operante à existência de referida suposta facção criminosa, as forças que representavam a oposição à gestão de **Dias** conseguiram atacar o núcleo central de sua política e enfraquecer gradativamente suas propostas.

Ironicamente ou não, poucos anos depois, a questão das organizações criminosas nas prisões brasileiras, e sobretudo paulistas, passaria a constituir uma realidade incontornável no cenário nacional. Inevitável a relação a ser feita entre o provocado insucesso da experiência de constituição (legítima) de grupos organizados de presos e a efetiva formação de facções, já no início dos anos 90, e sua posterior expansão no interior dos cárceres paulistas. Como se o interdito a formas legítimas de organização da massa carcerária houvesse contribuído para que enfim outras espécies de mobilização emergissem na cena prisional, recorrendo-se agora, contudo, a outras gramáticas que não a do Estado de Direito.

Para todos os que efetivamente cultivam os princípios democráticos, para além do verniz protocolar e da tagarelice que tanto assolam nosso país, o livro que o **IBCCRIM** traz a seus associados e ao público em geral inspira as mais inquietantes reflexões. O País está devidamente democratizado, seu sistema eleitoral quase que impecável, mas as instituições da área da segurança pública e justiça criminal não se ajustaram. Nunca é ocioso lembrar como essa disjunção se apresenta na falta de transparência que vinca o perfil daquelas instituições, na ainda injustificável falta de dados minimamente confiáveis

O trabalho da professora
Eda mostra o embate
político que se criou
sobre as instabilidades
da área de segurança pública
e do sistema penitenciário
em particular, trazendo o
posicionamento dos diversos
atores diante das rebeliões
que emergiam, como os
juízes, as organizações
da sociedade civil, os
agentes penitenciários,
a imprensa.

sobre as suas atividades, na presença de muros corporativistas que impedem que procedimentos básicos de *accountability* sejam rotineiros.

Ler o trabalho da professora **Eda** deve nos ajudar a entender que falta muito para

que a democracia brasileira consiga reduzir, nos territórios das instituições do sistema de justiça criminal, as práticas autoritárias que reproduzem o desprezo pelo cidadão, a violência contra ele, a aversão aos valores democráticos.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE SISTEMA PENAL: APORTES CRÍTICOS

Lucas Ribeiro Gonçalves Dias

O discurso jurídico-penal brasileiro é pautado na concepção garantista do direito penal, ou seja, em tese, a intervenção desse ramo do Direito deve ser estritamente necessária (*ultima ratio*), mantendo-se sempre como meio subsidiário (a sua ingerência fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle) e fragmentário (observa somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado).

O principal fundamento da nossa República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que serve de diretriz axiológica não só aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mas de toda a nossa Carta Magna. Por conseguinte, os demais princípios, corolários lógicos do referido axioma, pautam toda atuação do sistema penal brasileiro, propugnando-o como um aparelho institucional de controle social, garantidor de uma ordem social pacífica, justa e igualitária. Nada obstante, a realidade operacional do sistema penal brasileiro mostra-se completamente incapaz de adequar-se à planificação de tal discurso.

A ideia geral de que o sistema penal limita-se a atuação do legislador, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal é por demais limitada, porquanto, em um sentido mais amplo, podemos incluir várias ações controladoras e repressoras que aparentemente não se correlacionam com o nosso aparelho punitivo institucionalizado. A título de exemplo vale citar: família, escola, grupos religiosos, profissões, meios de comunicação etc.

É justamente nessa complexa teia de relações que a enganosa publicidade do sistema penal se corporifica, com sua inflexível força ideológica, criando a falsa crença generalizada de que a intervenção penal, leia-se cadeia, é a única forma de enfrentamento de situações negativas ou condutas conflituosas, de modo que essa conjuntura acaba ensejando na manutenção de discursos de cunho autoritarista-repressivo por parte de todos os órgãos operadores do aparelho punitivo brasileiro.

Ocorre que o estado de degradação dos nossos centros urbanos rodeados de marginalidade, violência e deterioração nas ruas,

a desagregação de núcleos urbanos onde a polícia se retira totalmente ou transfere a segurança a empresas privadas, me fazem crer que o Estado (governo) não está, e nem estará, apto para resolver sozinho os problemas sociais que pululam na sociedade, mormente a questão da segurança pública que implica na constante reclamação por mais controle e deságua sempre na questão do aumento do calibre e contingência das nossas polícias e na edição de leis cada vez mais drásticas.

As ideias de punição e afastamento do convívio social só servem para atender à necessidade de criação de bodes expiatórios, ou seja, marginais que “emprestam” seus rostos para recair uma culpabilidade que não queremos coletivizada⁽¹⁾. O aparelho punitivo institucional brasileiro atua, basicamente, reproduzindo sua clientela por meio de um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta pelos estereótipos criados e divulgados pelos meios de comunicação de massa. A culpa da inócua reação punitiva estatal é de cada um dos setores que integram o sistema penal brasileiro, sendo que urge darmos uma guinada no sentido da derrocada dessa democracia incivilizada que estamos alimentando com a manutenção de discursos falaciosos e irracionais.

Nas universidades brasileiras, peças-chave do sistema penal, está ocorrendo a reprodução ideológica dos discursos legitimadores desse aparelho. No Brasil, devido à grande massificação do ensino, princi-

palmente em relação aos cursos de direito, salvo em algumas universidades das grandes metrópoles, ainda não existe um esforço no sentido da racionalização legitimante original do nosso sistema penal, porquan-

to nossos acadêmicos limitam-se em copiar as construções elaboradas pelos sistemas centrais, combinando-as de forma desejável para nossa realidade.

A consequência mais direta dessa situação é o enfraquecimento do poder dos operadores jurídicos das nossas agências penais por meio de um processo de domesticação intelectual. A estruturação das citadas agências também colaboram para isso, já que os “aspirantes” judiciais, no início de suas carreiras, são mandados para comarcas longínquas, mas o fascínio pela pompa e homenagens recebidas em virtude de suas ocupações, disfarçam a completa submissão em que eles estão submetidos. Esses “sinais de falso poder”⁽²⁾ causam uma burocratização da atividade judicial, que, por sua vez, traduz-se em respostas estereotipadas, na conformidade com os modelos de sempre, na

ineficiência treinada através da elevação dos meios a categoria dos fins. Impõe-se notar, ainda, o fato de que essa atuação débil e, ao mesmo tempo, pretensamente onipresente dos operadores judiciais brasileiros é altamente funcional e desejável para o próprio sistema penal em razão das suas características e dos fins que ele persegue.

Outro importante órgão essencial para a operacionalidade do nosso sistema penal

Fernando Salla

Membro da Comissão do Sistema Prisional do IBCCRIM

Alessandra Teixeira

Membro da Comissão do Sistema Prisional do IBCCRIM

Nas universidades brasileiras, peças-chave do sistema penal, está ocorrendo a reprodução ideológica dos discursos legitimadores desse aparelho. No Brasil, devido à grande massificação do ensino, principalmente em relação aos cursos de direito, salvo em algumas universidades das grandes metrópoles, ainda não existe um esforço no sentido da racionalização legitimante original do nosso sistema penal, porquanto nossos acadêmicos limitam-se em copiar as construções elaboradas pelos sistemas centrais, combinando-as de forma desejável para nossa realidade.

é a polícia. A carreira policial no Brasil deixou de ser uma escolha vocacional, pois atualmente constitui um mero recurso de sobrevivência dos setores com poucas oportunidades sociais e escassa preparação cultural. Em regra, nosso pessoal policizado, além de ser selecionado na mesma faixa etária masculina dos criminalizados, também conforme um determinado estereótipo, é introduzido em uma prática corrupta, em razão do poder da agência da qual passa a fazer parte e é treinado em um discurso externo moralizante, mas com uma prática interna corrupta⁽³⁾. De fato, há no Brasil um salvo-conduto policial em nome da lei, como se o sistema jurídico autorizasse as execuções da população marginalizada e excluída. A política de segurança pública nacional é de controle social, onde a expansão do direito penal – mostrada sempre sob o falso prisma da prevenção ao crime – é aplaudida pela sociedade que, ao agir dessa maneira, mantém estratificada a corrupção policial tradicionalmente conhecida pelo próprio Poder Executivo brasileiro. A redução da maioridade penal, a pena de morte, a prisão perpétua, a expansão da militarização policial, a exasperação das penas, só incentivarão ainda mais a guerra civil e o crime em nosso país.

É evidente que além das instituições citadas acima, há uma miríade de atores sociais que contribuem para a funcionalidade do sistema penal brasileiro, mas a intenção precípua desse texto é lembrar aos nossos operadores jurídicos (juízes, membros do Ministério Público, delegados de polícia, advogados) e professores de direito penal que seus encargos não são auxiliar acriticamente

o Estado na sua inútil reação punitiva, a qual acaba massacrando os setores mais humildes da nossa sociedade e subsidiando as classes privilegiadas com seus interesses ideológicos. Se agirmos em conjunto, poderemos exercer o controle social em termos minimamente violentos. Prevalecendo a racionalidade, talvez se possam criar condições para uma efetiva redução do conflito. Buscando a efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente previstas abrolhará uma democracia material onde todos exercerão uma cidadania plena.

Contudo, para que isso se concretize, é imprescindível que os nossos operadores jurídicos repugnem o artilheiro ideológico representado pela ilusão de um sistema penal justo, igualitário e eficaz. Tal postura poderá dar azo a uma transformação social, na qual o operador do direito atuará, objetivamente, na realização da Justiça para a maioria deposta de cidadania e vulnerável ao tirano sistema penal brasileiro.

NOTAS

- (1) **KARAM, Maria Lúcia.** Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: **PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Batista Dias da** (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: **IBCCRIM**, 1997, p. 71.
- (2) **ZAFFARONI, Eugênio Raúl.** *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 141.
- (3) *Idem*, p. 138.

Lucas Ribeiro Gonçalves Dias

Acadêmico do 5º ano do curso de direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e estagiário do Ministério Público Estadual-MS

PARTICIPE POR ACREDITAR

TV IBCCRIM

Na **TV IBCCRIM** você assiste ao vídeo da *Mesa de Estudos e Debates* ministrada pelo professor alemão *Bernd Schünemann*, catedrático de Direito Penal da Universidade *Ludwig Maximilian*, de Munique (Alemanha), que esteve no **IBCCRIM** em 07 de outubro de 2009, apresentando o tema: “**A responsabilidade penal das empresas e dos órgãos de direção na União Européia**” para uma platéia presencial e *on-line*.

VIDEOTECA IBCCRIM

Os DVD's referentes às palestras e painéis realizados durante o **15º Seminário Internacional do IBCCRIM** 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.

ACOMPANHE O IBCCRIM NO TWITTER! 
ACESSE WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM, CADASTRE-SE E RECEBA POSTAGENS DIÁRIAS.

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.

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 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 - ADPEP
- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

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

OBRAS FUNDAMENTAIS PARA SUA CARREIRA



8ª edição
1278 páginas



1264 páginas



140 páginas



4ª edição
432 páginas



512 páginas



5ª edição
1088 páginas



9ª edição
1246 páginas



128 páginas



3ª edição
398 páginas



6ª edição
1120 páginas



Coord. Alberto Silva Franco
e Rui Stoco, 8ª edição
1754 páginas



Manuel da Costa Andrade
268 páginas



José Henrique Pierangeli
3ª edição
400 páginas



Kai Ambos
704 páginas



Guilherme Costa Camara
394 páginas



Sérgio Salomão Shecaira
238 páginas



Sérgio Salomão Shecaira
Alceu Corrêa Junior
238 páginas



Rogério Lauria Tucci
3ª edição
398 páginas



Ada Pellegrini Grinover
Antonio Magalhães Gomes
Antonio Scarance Fernandes
11ª edição
300 páginas



Ada Pellegrini Grinover
Antonio Magalhães Gomes
Antonio Scarance Fernandes
8ª edição
366 páginas



Newton Fernandes
Valtir Fernandes
2ª edição
780 páginas

www.twitter.com/editoraRT