

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

SOBRE A PENA DE MORTE

O caso **Motta Coqueiro**, réu executado em 1855, tem sido considerado o último grande caso com pena de morte no Brasil. Descoberto o erro judiciário, nosso imperador ficou muito preocupado, tendo comutado sistematicamente todas as decisões posteriores que chegaram a seu exame. É verdade, também, que o escravo **Pilar** foi executado depois no Estado de Alagoas, em 1876, o que bem mostra dualidades desde sempre existentes no Brasil. Oficialmente abolida após a Proclamação da República, a pena capital nunca mais foi executada em civis. Posteriormente, a Ditadura de 64 a reviveu com a famigerada Lei de Segurança Nacional de 29/9/1969, embora não tenha sido oficialmente aplicada. No entanto, como se sabe, nessa época muitos foram mortos nos cárceres, sem o devido processo legal, tendo ainda o regime militar deixado um passivo de 426 desaparecidos.

O que isso tem a ver com os dias que correm?

Do Século XVIII até o final da Segunda Grande Guerra, começam a florescer no mundo as chamadas sociedades disciplinares. Trata-se de um período em que a sociedade vê no enclausuramento, com sua partição de espaço prisões, manicômios, hospitais, escolas etc., a operação fundamental para concluir o processo de controle social. Na pós-modernidade, no entanto, as **sociedades disciplinares** cedem espaço para as chamadas **sociedades de controle**. Estas são marcadas pela interpenetração de espaços, por uma pretensa ausência de limites definidos (a rede) e pela instauração de um tempo contínuo no qual os cidadãos não conseguem terminar coisa alguma, porquanto enredados numa espécie de dívida impagável com um período contínuo e sucessivo em que os eventos se sucedem e nos escapam. Trata-se da **modernidade líquida** aludida por **Zygmunt Bauman**.

O mundo dual da pós-modernidade convive com a sociedade de controle, mas continua a punir com a pena de morte. Os Estados Unidos, a China, Cuba e muitos países da África, Ásia e Oriente Médio, ainda têm a pena de morte como carro-chefe do sistema punitivo. Entre nós, embora não prevista em lei, salvo para casos de guerra declarada (art. 5º, XLVI, "a" da Constituição Federal), a pena de morte na prática per-

siste. Não são poucas as execuções policiais nos grandes centros urbanos, ou homicídios praticados em cárceres por internos que se prevalecem da ausência do Estado. De tempos em tempos surgem notícias da retomada das atividades de alguns esquadrões da morte. O fato é que cidadãos se tornam vítimas de um processo social que não distancia muito o Brasil dos países que têm oficialmente a pena capital.

O 12º Congresso da ONU sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal será realizado no Brasil, em Salvador, no próximo ano. O **IBCCRIM**,

na retomada do quanto já manifestado em seu primeiro *Boletim*, quando tratou exatamente do cruento tema, pretende mobilizar operadores do direito, sociedade civil, organizações não governamentais, universidades e entidades de direitos humanos, para uma grande campanha contra a pena de morte, campanha já desencadeada internacionalmente pelo *Instituto de Direito Penal*

Europeu e Internacional da Universidad de Castilla-La Mancha. Será constituída uma rede para discutir o sistema punitivo da nossa sociedade pós-moderna, de tal modo que possibilite grande empenho das nações na busca de alternativas a este tipo bárbaro de punição. Se não for possível uma imediata abolição da pena de morte, que se consiga, ao menos, um compromisso diplomático dos países que a aplicam, com uma moratória imediata e sua proibição taxativa para mulheres, menores de idade e incapacitados. É fundamental discutir um amplo temário que abranja o uso letal da forças de segurança em execuções extrajudiciais; a relação existente entre as religiões e a pena capital; seu pretensão efeito dissuasório; as experiências de abolição; o crescimento da criminalidade violenta.

O **IBCCRIM**, no próximo mês, iniciará uma série de discussões acerca do tema. Serão realizados seminários preparatórios do Congresso da ONU de 2010, bem como um Painel Especial sobre o assunto para o Seminário Anual do Instituto do próximo ano. Também serão confeccionadas publicações específicas sobre o tema para lembrarmos que — paradoxalmente — a pena de morte ainda está muito viva entre nós.

Oficialmente abolida após
a Proclamação da República,
a pena capital nunca mais
foi executada em civis.
Posteriormente, a Ditadura de
64 a reviveu com a famigerada
Lei de Segurança Nacional de
29/9/1969, embora não tenha
sido oficialmente aplicada.

EDITORIAL:

- **SOBRE A PENA DE MORTE** 1
- **O CRIME DE ESTUPRO E A LEI Nº 12.015/09: UM DEBATE DESENFOCADO** 2
Vinicius de Toledo Piza Peluso
- **POLÍCIA FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO STF** 4
Carlos Eduardo Machado e Diogo Tebet
- **LEI, COTIDIANO E CIDADE. POLÍCIA CIVIL E PRÁTICAS POLICIAIS NA SÃO PAULO REPUBLICANA (1889-1930)** .. 6
Thais Battugli
- **PRESCRIÇÃO PENAL: NOVA LEI, VELHAS INIQUIDADES** 7
César Peres
- **A (IN)EXISTÊNCIA DE PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL** .. 8
Aury Lopes Jr.
- **USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA: A (RE)DESCOBERTA DE UM NOVO CRIME** 9
Daniel Del Cid
- **SÚMULA: A MULTA ALTERNATIVA E A TRANSAÇÃO PENAL** 10
Matheus Silveira Pupo
- **PROBLEMAS DECORRENTES DA REFORMA PROCESSUAL DE 2008: CITAÇÃO DO ACUSADO, NOMEAÇÃO DE DEFENSOR E SUA CONSTITUIÇÃO APUD ACTA** 12
José Barcelos de Souza
- **A CONDENAÇÃO PELO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS NÃO GERA REINCIDÊNCIA E OUTROS EFEITOS SECUNDÁRIOS** 14
Carlos Eduardo Afonso Rodrigues
- **OS CAOS PENITENCIÁRIO... SERIA MESMO UM CAOS?** 15
Alvino Augusto de Sá
- **O PRINCÍPIO DA NE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI** 16
Galvão Rabelo
- **COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: A INIMPUTABILIDADE DO INDÍGENA E O PROJETO DE LEI 216/2008** 18
Tédney Moreira da Silva

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **DIREITO PENAL HUMANO E O PRINCÍPIO DA RACIONALIDADE REPUBLICANA** 1305

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1306
- Superior Tribunal de Justiça 1307
- Tribunais Regionais Federais 1308
- Tribunais de Justiça 1310

O CRIME DE ESTUPRO E A LEI Nº 12.015/09: UM DEBATE DESENFOCADO

Vinicius de Toledo Piza Peluso

A recente Lei nº 12.015/09 modificou profunda e sensivelmente os crimes definidos no Título VI do Código Penal e, em especial, o crime de estupro, ao revogar expressamente o art. 214, que tratava do crime de atentado violento ao pudor, englobando seu conteúdo típico no art. 213 que, agora, define o novo crime de estupro, 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*”.

Diante de tal novidade legislativa, inúmeros comentários e interpretações tornaram-se públicos e, como não podia deixar de ser, apresentando significativas divergências.

Dentre tais divergências, a que vem suscitando maior atenção é se o novo art. 213 do CP é um tipo penal misto alternativo ou cumulativo.

Os que defendem tratar-se de tipo penal **misto alternativo** afirmam que o mesmo apresenta várias condutas – no caso, duas (constranger à conjunção carnal e constranger a outros atos libidinosos) – e que a prática de uma ou outra conduta será suficiente para a caracterização do delito, mas que, entretanto, a prática de ambas as condutas descritas no tipo, em um mesmo contexto fático, caracteriza o crime único⁽¹⁾.

Já os que sustentam tratar-se de tipo penal **misto cumulativo** também asseveram que o novo art. 213 do CP possui duas condutas, que, por sua vez, caracterizam crimes distintos e autônomos; assim, ainda que em um mesmo contexto fático, cada violação conforma a aplicação de uma pena, gerando o concurso de crimes⁽²⁾.

A discussão parte da premissa de que o novo tipo penal é um **tipo misto**, ou seja, estaríamos diante de um tipo que apresenta uma pluralidade de condutas, ora alternativas, ora cumulativas.

Todavia, após uma análise mais detida sobre a recente redação do art. 213 do CP, *s.m.j.*, chega-se à conclusão de que tal controvérsia está desenfocada.

Inicialmente é preciso internalizar que a modificação introduzida pela Lei nº 12.015/09 criou um novo e inédito crime, totalmente diverso das anteriores figuras típicas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que aproveitando parte de seus elementos constitutivos; portanto, na apreciação dessa nova figura penal, é preciso soltar as amarras das antigas definições típicas que, inegavelmente, encontram-se enraizadas em nossa cultura jurídico-penal.

Propõem-se, assim, uma nova leitura do

tipo penal do art. 213 do CP.

Da observação dos elementos objetivos do tipo⁽³⁾, verifica-se que o mesmo apresenta um **único** verbo nuclear de ação, qual seja, “constranger”, que significa obrigar, forçar, coagir, compelir a fazer ou não fazer algo. O núcleo é a ação, representada por um verbo, “*que puede venir determinada por circunstancias de la más diversa índole, como sua relación con personas o cosas, su vinculación con el tiempo y el espacio, la forma y modo de su ejecución, y sus nexos con otras acciones*”⁽⁴⁾.

Por sua vez, o verbo nuclear “constranger” está ligado à forma de execução “*mediante violência ou grave ameaça*” e é completado pelo seu objeto, qual seja, “alguém” que venha a ter conjunção carnal ou venha a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Diante de tais elementos objetivos, pode-se afirmar que o novo art. 213 do CP descreve e estabelece **uma única ação ou conduta** do sujeito ativo, ainda que mediante uma pluralidade de movimentos. Há somente a conduta do agente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e tal conduta de constrangimento tem como **objeto material** uma pessoa (alguém), que, por sua vez, deve ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Assim, quem deve ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é o “alguém”, objeto material da conduta, que, no caso, se confunde com o próprio sujeito passivo. Portanto, após o constrangimento a que foi submetido, este “alguém” deve praticar os atos libidinosos (postura ativa) ou deixar que com ele se pratique (postura passiva); e, nesses termos, sequer é necessário que a prática, ou a sua aceitação, esteja diretamente relacionada com o sujeito ativo, pois tais atos podem ser concretizados com terceiros.

Anteriormente, o art. 213 do CP definia como estupro o ato de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou

grave ameaça, daí se afirmava corretamente tratar-se de crime de mão própria; mas, agora, a nova redação foi sensivelmente modificada ao prever a conduta de constranger alguém a **ter** conjunção carnal, indicando que a conjunção carnal não precisa ser efetivada com o próprio agente, como ocorria na anterior redação.

Pode-se concluir que a **única conduta** do agente é a de constranger alguém para a

Inicialmente é preciso internalizar que a modificação introduzida pela Lei nº 12.015/09 criou um novo e inédito crime, totalmente diverso das anteriores figuras típicas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que aproveitando parte de seus elementos constitutivos; portanto, na apreciação dessa nova figura penal, é preciso soltar as amarras das antigas definições típicas que, inegavelmente, encontram-se enraizadas em nossa cultura jurídico-penal.

prática ativa ou passiva de atos com fins libidinosos, esse é o fator final que dá sentido aos atos do sujeito ativo e que os abarca em um sentido unitário, para os efeitos da proibição (fator normativo), dado pelo tipo penal⁽⁵⁾.

Aliás, é de vital importância observar que o constrangimento é dirigido a que a vítima pratique ou deixe que com ela se pratique **atos libidinosos**, sejam eles de qualquer espécie, seja através de conjunção carnal, seja através de coito anal, seja através de feação etc., já que tais modalidades nada mais

são do que espécies do gênero **ato libidinoso**, e, tanto isso é verdade, que o tipo penal em questão é explícito ao mencionar conjunção carnal ou **outro** ato libidinoso, a confirmar, pois, tal afirmação.

Ademais, se a expressão “conjunção carnal” for mentalmente excluída do tipo penal, não há qualquer modificação típica, a demonstrar que não se trata de verdadeira elementar do tipo ou descrição de outra conduta, mas, apenas, significar a expressão da técnica legislativa de exemplificação dos atos libidinosos, como ocorre em outros tipos penais.

E nem poderia ser de outra maneira, pois a alteração legislativa teve como finalidade tutelar penalmente a dignidade e a liberdade sexual de **todos** os indivíduos, sejam eles do sexo masculino ou feminino, ante a inexistência de hierarquia valorativa entre a dignidade e a liberdade sexual da mulher ou do homem, nos termos do art. 5º, *caput*, e inciso I, da CF.

Uma não vale mais que a outra, pois ambas possuem exatamente o mesmo di-

reito de proteção penal e sofrem o mesmo dano decorrente das condutas sexuais criminosas, através da prática forçada de todo e qualquer ato libidinoso, cuja conjunção carnal é espécie; e, portanto, nem se alegue que a dignidade sexual feminina seria mais valiosa do que a masculina – o que aparentemente está por trás da fundamentação dos que defendem a existência de duas condutas típicas –, ante a real possibilidade de a mulher engravidar como resultado de um crime sexual, até porque tal situação já foi penal e diferentemente protegida com a causa de aumento de pena do novo art. 234-A, III, do CP.

Assim, diante de tal igualdade, patente que o novo crime de estupro não faz mais a antiga desvalorização diferenciada entre conjunção carnal e os demais atos libidinosos, tratando-os em tipos autônomos. Agora, todo e qualquer constrangimento à prática ativa ou passiva de ato libidinoso contra homem ou mulher tem a mesma desaprovação penal no art. 213 do CP.

Está-se diante de uma nova figura típica que não se confunde com os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. E mais, está-se diante de um tipo penal com uma *única* conduta e não diante de um tipo misto (alternativo ou cumulativo), pois, como visto, não há descrição de uma conduta constrangedora para a prática de conjunção carnal e outra para a prática de atos libidinosos, mas unicamente há a descrição da conduta constrangedora para a

prática de todo e qualquer ato libidinoso; conseqüentemente, a prática de vários atos libidinosos (p. ex. conjunção carnal + coito anal) em um mesmo contexto fático importa na prática de apenas um crime, por corresponder aos exatos termos da *única* conduta descrita no tipo.

NOTAS

- (1) cf. **NUCCI, Guilherme de Souza**. *Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.
- (2) cf. **GRECO FILHO, Vicente**. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.epm.sp.gov.br/SiteEPM/Artigos>>. Acesso em: 10.09.2009.
- (3) Consideram-se elementos objetivos do tipo todo o que estiver situado fora da esfera anímica do autor, já que o conceito “objetivo” do tipo não pode ficar circunscrito somente ao mundo dos fenômenos externos por se achar misturado com fatores subjetivos e valorações normativas (v. **JESCHECK, Hans-Heinrich**. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, trad. **José Luis Manzaneres Samaniego**, 4ª ed. Granada: Editorial Comares, p. 246-247).
- (4) **JESCHECK, Hans-Heinrich**. *Op. cit.*
- (5) cf. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique**. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 723-724.

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Juiz de Direito/SP; professor de Direito Penal da Universidade Católica de Santos e da Escola Paulista da Magistratura; mestrando em Direito Penal na PUC/SP; membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)

PARTICIPE POR ACREDITAR

PROFESSOR RENATO SILVEIRA CONQUISTA TITULARIDADE EM DIREITO PENAL NA USP

O **IBCCRIM** felicita seu associado e colaborador, o professor **Renato de Mello Jorge Silveira** que, em 25 de agosto de 2009, conquistou a titularidade da cadeira de Direito Penal na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo - USP).

Renato Silveira é especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2000) e pela Universidade de Coimbra (2000), doutor pela USP (2001), pós-doutor pela Universidade de Castilla-La Mancha (2003) e pela Universidade de Salamanca (2006) e livre-docente pela USP (2007), concursado do Largo de São Francisco desde 2003 em regime de dedicação exclusiva.

A banca examinadora do concurso que outorgou a titularidade a **Renato Silveira** foi composta por Miguel Reale Júnior (Presidente - USP), Sérgio Salomão Shecaira (USP), Oswaldo Henrique Duek Marques (PUC-SP), Luis Arroyo Zapatero (Universidade de Castilla-La Mancha) e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR).

MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES, COORDENADORA DO NÚCLEO DE PESQUISAS DO IBCCRIM, RECEBEU TÍTULO DE CIDADÃ PAULISTANA

Em 28 de setembro de 2009, **Maria Amélia de Almeida Teles** recebeu, em sessão solene, a medalha “Anchieta” e um diploma de “Gratidão da Cidade de São Paulo”. Autora de inúmeros artigos sobre o tema, **Amelinha** é militante feminista histórica, diretora da União de Mulheres de São Paulo, coordenadora-chefe do Núcleo de Pesquisas do **IBCCRIM**, coordenadora do projeto: “Promotoras Legais Populares” e do Centro de Orientação e Formação de Mulheres.

Na década de 60, **Amelinha** foi presa política juntamente com seu companheiro, irmã e filhos. A militância feminista começou, assim, no presídio, na atuação junto com mulheres militantes, ex-presas políticas ou não, que falavam em feminismo, sexualidade e igualdade de direitos, assuntos que fizeram e fazem parte de seu trabalho político.



(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 SECRETÁRIO: 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

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

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

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

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

POLÍCIA FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE Nº14 DO STF

Carlos Eduardo Machado e Diogo Tebet

Em 20 de fevereiro do presente ano foi expedida, pela Corregedoria-Geral da Polícia Federal, a Orientação Normativa nº 27, com o objetivo de servir de guia aos *“dirigentes, corregedores regionais, chefes de delegacias e demais autoridades policiais”* de como proceder em relação aos pedidos de vista e extração de cópias dos autos de inquérito policial formulados por advogados, *“considerando (...) o procedimento relativo ao pedido de vista de inquéritos policiais previsto no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906, de 04 de julho de 1994) e a atual jurisprudência do STF e do STJ”*.

Analisando o teor dos oito incisos do referido ato normativo, patente é a violação justamente aos dispositivos que enuncia observar, quais sejam, o próprio Estatuto da OAB, a jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal.

Os incisos I e III demandam a apresentação de procuração para o exercício do *“direito de consultar o inquérito policial em cartório”*. Ao estabelecerem a procuração como requisito para vista dos autos, os dispositivos exigem condição que o art. 7º, XIV da Lei nº 8.906/94 expressamente dispensa, sendo patente, portanto, a ilegalidade daquela exigência⁽¹⁾.

Na mesma linha de desrespeito às prerrogativas profissionais dos advogados, bem como ao exercício do direito constitucional da ampla defesa, os incisos II, III, IV e V da orientação normativa afrontam flagrantemente o enunciado da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, ao dispor sobre as medidas a serem adotadas pela autoridade policial para assegurar o sigilo da investigação criminal.

Preveem os referidos dispositivos que ao escrivão do feito será **determinado o desentranhamento de despacho e de documentos que façam menção a diligências ainda não cumpridas ou em andamento (II)**, sendo tais elementos colocados em autos apartados, e somente incorporados depois de finalizadas as diligências (V). Os advogados, mesmo com procuração, terão acesso somente aos **dados e documentos já produzidos relativos a seus clientes (III)**, não sendo concedido acesso a diligências em curso, nem a informações que digam respeito exclusivamente a terceiros, investigados ou não (IV).

Tais dispositivos configuram verdadeira teratologia jurídica, sendo absolutamente inconcebíveis dentro de um Estado Democrático de Direito, cujo texto constitucional assegura o princípio da ampla defesa, da

publicidade dos atos da Administração Pública, do postulado do reconhecimento da Advocacia como função essencial à Justiça e a disposição legal das formas dos procedimentos de investigação criminal no Código de Processo Penal.

A previsão de desentranhamento de despacho e de documentos que façam menção a diligências ainda não cumpridas ou em andamento e sua transposição a *“autos apartados”*, fere evidentemente o disposto no art. 9º do Código de Processo Penal, que expressamente dispõe que *“todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas (...)”*.

A prevalecer a regra da orientação policial se estará diante de um procedimento amorfo, sem previsão legal, com autos principais e subsidiários, autos de *“diligências cumpridas”* e *“diligências a cumprir”*, autos *“do passado”* e *“do futuro”*, autos para o *“advogado ver”* e autos da *“investigação em curso”*. Na prática, caberá à autoridade policial a livre escolha dos elementos que deseja disponibilizar para a vista do defensor e os que deseja sonegar, não se sabendo ao certo quais diligências estão ainda pendentes de cumprimento, pois haverá inquérito *“A”* (com vista franqueada a defesa) e o inquérito *“B”* (com diligências a cumprir, o qual a defesa sequer terá acesso).

Apesar do ato normativo não apresentar os motivos de tal disposição (limitando-se a enunciar a garantia do sigilo da investigação, sigilo esse que não pode ser oposto ao defensor), vislumbra-se a ideia de que caso o investigado tenha ciência de diligências futuras, poderá vir a comprometer seus resultados.

Não se discute que a efetivação de alguns atos investigatórios, por sua própria natureza, dependem da ignorância do investigado acerca de sua existência e andamento, sendo imperioso destacar as medidas cautelares de busca e apreensão e interceptação telefônica. Mas tais diligências somente poderão ser alcançadas através de medidas cautelares já processadas em autos apartados, dispensando-se, portanto, para garantia de seu sigilo e integral cumprimento, qualquer orientação normativa da Corregedoria-Geral da Polícia Federal.

A disposição de que advogados, mesmo com procuração, terão acesso somente aos dados e documentos já produzidos relativos a seus clientes, não sendo concedido acesso a diligências em curso, nem a informações que digam respeito exclusivamen-

te a terceiros, viola frontalmente o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), da publicidade (art. 37, *caput*, CF) e o próprio enunciado da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

Ultrapassando antiga discussão acerca do reconhecimento ou não da ampla defesa em sede pré-processual, o verbete do Pretório Excelso expressamente enunciou que: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”*.

O ato normativo opera uma inegável e indevida restrição de acesso aos elementos de prova pelo advogado que, de acordo com o texto sumular, deverá ser **amplo a elementos que digam respeito ao exercício de defesa**.

Acesso amplo só pode ser entendido como alcance a **todos** os elementos produzidos no âmbito da investigação criminal. E diante do conjunto probatório coligido, **somente o defensor poderá afirmar e classificar quais elementos serão necessários ou não, e quais serão utilizados para o desempenho e exercício do direito de defesa de seu constituinte**. Por esse motivo constitui prerrogativa do advogado o amplo e irrestrito acesso aos autos da investigação criminal, independentemente da existência de elementos concernentes a terceiros.

Os incisos VII e VIII (pedidos de extração de cópias à autoridade deprecante, em caso de precatória, e à autoridade judiciária em caso de segredo de justiça) configuram verdadeiro embaraço ao desempenho da ampla defesa. Criam obstáculos burocráticos à atuação do advogado de forma a desnecessariamente (ou intencionalmente) dificultar-lhe o acesso às informações, buscando em verdade reduzir ou até mesmo inviabilizar a efetividade de sua atuação profissional.

Além de todas essas violações apontadas, há de ser feita menção à manifesta inconstitucionalidade formal da referida orientação normativa, visto que estabelece disposições afetas à lei processual penal que, de acordo com a Constituição Federal em seu art. 22, I, somente poderá ser procedida mediante lei federal.

A orientação normativa configura verdadeira tentativa de burla e, portanto, desrespeito ao enunciado da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Formulada a partir de maldosa e tendenciosa interpretação literal das expressões utilizadas no texto sumular (tais como

“no interesse do representado”, “elementos de prova já documentados” e “digam respeito ao exercício do direito de defesa”), a Corregedoria-Geral da Polícia Federal buscou deturpar seu sentido e criar inaceitáveis barreiras e obstáculos ao exercício da ampla defesa e das prerrogativas do advogado.

De maneira primária, tenta aproveitar-se do texto da súmula editada para escancaradamente contrariar todo o comando nela contido. Bate mais forte diante da ordem de não bater. Afronta mais uma vez o Pretório Excelso, tal qual no episódio do abusivo uso de algemas que resultou na edição do enunciado da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. Essa malfadada orientação normativa configura eloquente prova da pertinência da iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requerente da edição da súmula, bem como da necessidade de luta cotidiana por sua efetividade, pois afinal a mentalidade policial – e sua visão torta das garantias individuais – continua a mesma.

Nesse ponto, vale lembra as palavras do ministro **Celso de Mello** em seu voto pela aprovação do verbete: “Ninguém ignora, exceto os cultores e executores do arbítrio, do abuso de poder e dos excessos funcionais, que o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Daí porque se impõe, às autoridades públicas, neste País, notadamente àquelas que intervêm no procedimento de investigação penal ou nos processos penais, o dever de respeitar, de observar e de não transgredir limitações que o ordenamento normativo faz incidir sobre o poder do Estado. (...) O fascínio do mistério e o culto ao segredo

não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de perseguição criminal (...)” (voto do min. Celso de Mello, PSV 1/DF, aprovação da Súmula Vinculante nº 14, Plenário 02.02.2009, DJ 27.03.2009, DJe 59/2009).

Diante da absoluta incompatibilidade da referida orientação normativa com os princípios constitucionais e infraconstitucionais citados, e a evidente afronta ao enunciado vinculante do Supremo Tribunal Federal, se faz necessária firme atuação de todos os advogados e, especialmente, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – órgão requerente da proposta resultante na Súmula Vinculante nº 14 – no sentido da imediata revogação do ato da Corregedoria-Geral da Polícia Federal.

NOTA

- (1) art. 7º: “São direitos do advogado: (...) XIV - examinar, em qualquer repartição policial, **mesmo sem procuração**, autos de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

Carlos Eduardo Machado

Mestre em Criminologia e Justiça Criminal pela London School of Economics. Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Advogado criminal

Diogo Tebet

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Advogado criminal

PARTICIPE POR ACREDITAR

V SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTAS TEM DATA MARCADA!

Nos dias 27 e 28 de novembro (sexta-feira e sábado) o **IBCCRIM** promoverá o **V Simpósio de Ciências Criminais de Brotas**. Aguardem mais informações!

NOVOS VÍDEOS NA TV IBCCRIM

Novas produções de vídeo foram disponibilizadas na **TV IBCCRIM**. São entrevistas e cursos, produzidos e gravados pelo Instituto, transmitidos com exclusividade para o associado do **IBCCRIM**.

Ao acessar o **Portal** (www.ibccrim.org.br), você verá, no lado direito da tela do seu computador, o ícone **TV IBCCRIM**. A partir daí, clique em **Sala dos Professores** e assista a mais nova entrevista da série, realizada com a professora **Vera Malaguti Batista**, secretária geral do Instituto Carioca de Criminologia (ICC), mestre em História Social (UFF) e doutora em Saúde Coletiva pelo Instituto de Medicina Social da UERJ. Ela esteve em São Paulo por ocasião de sua aula no Curso de Pós-graduação em Criminologia do **IBCCRIM**. Também cursos e eventos, realizados recentemente pelo **IBCCRIM** foram hospedados no **link** Eventos da **TV IBCCRIM**. Assista a **Justiça de Transição: Reparações às Vítimas das Violações dos Direitos Humanos cometidas pelos Regimes Militares do Cone Sul**, com a participação da professora norte americana Kathryn Sikkink, **Repressão Penal da Greve. Uma experiência antidemocrática**, com Christiano Fragoso e José Henrique Torres, **A ONU e a Política de Drogas** com Luciana Boiteux e Cristiano Ávila Maronna e **Drogas: Segurança, Violência e Direitos Humanos** com o professor norte americano Ethan Nadelmann. **Acesse: www.ibccrim.org.br/tvibccrim/ e adicione este link à sua lista de favoritos!**



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 Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

João Daniel Rassi

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto 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	

LEI, COTIDIANO E CIDADE. POLÍCIA CIVIL E PRÁTICAS POLICIAIS NA SÃO PAULO REPUBLICANA (1889-1930)⁽¹⁾

Thaís Battibugli

LEI, COTIDIANO E CIDADE. POLÍCIA CIVIL E PRÁTICAS POLICIAIS NA SÃO PAULO REPUBLICANA (1889-1930)

Já não era sem tempo ver publicada a tese de doutorado de **Luís Antônio Francisco de Souza**, defendida, em 1998, no programa de pós-graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. O livro é versão atualizada e revisada da tese e é leitura obrigatória para iniciantes e iniciados nos dilemas da segurança pública brasileira.

O que primeiro chama a atenção na obra é a extensa quantidade de inquéritos e processos-crime analisados, 742 ao todo, para desnudar as diversas representações de justiça presentes no sistema policial paulista.

O autor busca compreender o emaranhado do processo de formação da Polícia Civil e suas tortuosas práticas de investigação, que mesclavam desde a racionalidade técnico-científica de uma incipiente profissionalização e o respeito ao devido processo legal, com condutas inquisitoriais violentas que objetivavam não mais que a formação da culpa do suspeito através do inquérito policial. Dessa forma, a modernização da estrutura policial do período não foi suficiente para coibir condutas arbitrárias tradicionalmente enraizadas no cotidiano policial, situação que persiste na atualidade.

A obra está dividida em quinze capítulos subdivididos em três grandes temáticas, cada qual com cinco capítulos. A primeira trata da lei e da ordem na sociedade republicana. Nesse momento, é feita revisão bibliográfica sobre o tema polícia e sobre a Primeira República de modo a situar o leitor no contexto histórico da sociedade brasileira marcada pela exclusão e pela estigmatização social, em que a polícia era responsável por cercar liberdades de **indesejáveis sociais** como vadios, mendigos, ébrios, prostitutas, turbulentos, grevistas e anarquistas. A legislação constitucional e penal, bem como o sistema de administração da justiça e a função da polícia nesse conjunto, também passam pelo crivo do autor.

A segunda temática envolve a Polícia Civil e o policiamento cotidiano, em específico. Demonstra o vasto campo de atuação da polícia, desde a investigação e fiscalização municipal à coleta de impostos e aplicação de multas. Trabalha o processo de profissionalização que culminou na formação da polícia especializada em determinadas investigações, perícias, diligências, identificação criminal para a constituição do inquérito policial. Verifica, entretanto, junto aos procedimentos técnico-científicos, a perpetuação de subcultura policial ligada a práticas arbitrárias e violentas.

Aborda, ainda, as animosidades existentes

entre a Polícia Civil e a Força Pública, pois, em certos casos, o destacamento da Força Pública, que deveria estar à disposição do delegado, resistia em acatar suas ordens, por exemplo. Nesse contexto, a falta de ações coordenadas e conjuntas entre as instituições fragilizava o sistema de segurança pública como um todo.

Além disso, mostra como certas artimanhas do inquérito dificultavam a formação de provas ou mesmo livravam policiais acusados de cometer crimes, pois era comum nas delegacias intimidar soldados e policiais para deporem como testemunhas de defesa, quando o acusado era policial, ou como testemunhas de acusação, quando o acusado era um cidadão comum.

A terceira temática trabalha a tarefa de investigação para a realização do inquérito sobre os crimes que mais incomodavam a sociedade da época: homicídios, crimes sexuais, furto, roubo e vadiagem, para demonstrar como, em muitos casos, a técnica era substituída por ações inquisitoriais que prefiguravam a culpa do indivíduo e deixavam para trás o devido processo legal.

Dessa forma, havia uma verdadeira **judicatura policial** nas delegacias da Polícia Civil, devido à existência de um funil entre o número de inquéritos abertos, de denúncias acolhidas pelo Ministério Público e de sentenças proferidas pelo juiz, segundo o autor. Esse papel extralegal da polícia tinha por **função** resolver um caso através da violência, da corrupção, da fabricação de provas, por exemplo.

É interessante notar a confluência de valores entre a sociedade republicana urbana e a polícia, ambas queriam ver a cidade protegida contra focos de desordem. Como a Polícia Civil era a principal instituição do aparato repressivo, passou a ser remodelada, reaparelhada e profissionalizada, tendo seus poderes de atuação ampliados para ser efetivo instrumento de controle social e moral dentro da expansão e da riqueza urbana. Ao lidar com os indesejáveis não precisaria necessariamente ter de abrir mão dos tradicionais ilegalismos, já que o sistema de vigilância e de punição implantado pela polícia estava essencialmente voltado para as camadas mais baixas da população.

A profissionalização da Polícia Civil foi marcada por inconsistências, pois mesmo a exigência de bacharelado em direito para o cargo de delegado poderia ser quebrada com a existência do cargo de subdelegado leigo, nomeado por motivos políticos e que estavam quase sempre atrelados aos interesses de políticos locais.

Os inquéritos policiais da época revelam

que as pessoas não eram consideradas portadoras de direitos fundamentais. A defesa apresentada pelo indivíduo era negligenciada, provas e testemunhos eram configurados de forma a dar coerência e embasamento legal a uma possível condenação judicial. Como no inquérito não havia o contraditório, o suspeito poderia ser envolvido no caso sem mesmo ter prestado declarações. Nos casos de vadiagem, furtos e roubos o inquérito tomava ares de instância julgadora e punitiva.

Nesse ponto, compreende-se melhor a convivência pacífica entre a busca pelo aprimoramento das técnicas investigativas e a prática de **arrancar** a confissão. Assim, a existência desse descompasso entre a formalidade dos procedimentos legais e a prática policial cotidiana precisa ser analisada ao mesmo tempo pelas peculiaridades institucionais da polícia e também pelas particularidades da sociedade na qual está inserida, pois a sociedade brasileira tende a tolerar abusos. Portanto, a instituição policial foi e ainda é, em muitos momentos, reflexo das limitações democráticas e instrumento da violência ilegítima do Estado contra a população, os conhecidos suspeitos em potencial.

Como bem conclui **Luís Antônio Francisco de Souza**, *“Na Primeira República, portanto, as autoridades policiais não resolviam crimes, ou desmascaravam criminosos; não inquiriam para encontrar a verdade, tendiam a fazer o suspeito cair numa armadilha. A polícia não investigava, fabricava confissões; não promovia justiça, justificava. Os frequentadores habituais das delegacias de polícia eram, em sua grande maioria, pessoas que não dispunham de meios para fazer as pesadas rodas da justiça girarem. O baixo acesso à justiça dos tribunais e dos juízes togados corria de par com o uso discricionário do inquérito policial. A polícia era a justiça possível para parcelas consideráveis da população, seus maiores clientes, também suas maiores vítimas”* (p. 455).

Esta obra, portanto, interessa não somente aos que trabalham especificamente com a Primeira República, mas também a todos os que desejam ver nosso sistema policial e de justiça reformados em suas práticas cotidianas.

NOTAS

- (1) **SOUZA, Luís Antonio Francisco de.** *Lei, Cotidiano e Cidade. Polícia Civil e Práticas Policiais na São Paulo republicana (1889-1930)*. São Paulo: **IBCCRIM**, 2009 (Monografia, 53).

Thaís Battibugli

Doutora em Ciência Política (USP). Mestre em História Social (USP). Professora do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta - Jundiaí)

PRESCRIÇÃO PENAL: NOVA LEI, VELHAS INIQUIDADES

César Peres

Segundo parte da doutrina⁽¹⁾, a Lei 11.596/07 teria introduzido importante modificação no regime das causas interruptivas da prescrição penal. Isto porque, ao alterar o inciso IV do art. 117 do CP, passando a afirmar que o curso da prescrição interromper-se-á “*pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis*”, estaria a lei criando um novo marco a partir do qual deveria o prazo prescricional ter a sua contagem interrompida: a publicação do acórdão recorrível confirmatório de uma condenação.

Com a vênha de quem assim pense, ou-samos divergir.

É que não se pode confundir o que seja um “acórdão condenatório” - como quer a lei - com um acórdão meramente confirmatório da condenação. Sim, porque neste a condenação se opera na sentença, enquanto naquele ocorre, no juízo *a quo*, a absolvição do réu, o qual passa à condição de condenado somente a partir do julgamento em 2º Grau.

Ademais, a exegese aqui combatida estaria criando inaceitável desestímulo ao exercício da garantia inserta no princípio do Duplo Grau de Jurisdição, porque, sob tal ótica, a interposição de apelo exclusivo da defesa importar-lhe-ia num prejuízo, na medida em que redundaria na interrupção da prescrição intercorrente e da pretensão executória por ocasião da publicação do acórdão, se confirmatório da condenação, em dissonância com a alínea *h* do item 2 do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica⁽²⁾.

Por outro lado, como mostram **Salvador Neto e Souza**⁽³⁾, a opção pela conjunção “ou” entre as expressões “sentença” e “acórdão” está a indicar, claramente, uma situação de alternativa: ou a sentença, ou acórdão. Nunca ambos.

Ainda neste diapasão, importa lembrar que, quando quis o legislador adicionar novo marco interruptivo da prescrição depois da sentença, fê-lo de forma taxativa, como no caso do acórdão confirmatório da pronúncia, haja vista a redação do inciso III do art. 117 do CP, o qual dispõe interromper-se a prescrição “*pela decisão confirmatória da pronúncia*”.

Noutro giro, e como é cediço, num Estado Constitucional Democrático e Humanitário de Direito⁽⁴⁾, a lei penal, quando desfavorável ao réu, bem como qualquer disposição que imponha limite a direito fundamental, deve ser interpretada restritivamente⁽⁵⁾, não se permitindo quaisquer analogias em desfavor do cidadão⁽⁶⁾.

Nesse passo, ainda que se concordasse,

tão-somente para argumentar, com a ideia aqui guerreada - e se afirmasse ser o acórdão meramente confirmatório da condenação mais uma causa interruptiva da prescrição -, mesmo em caso que tal, esta interpretação somente poderia ser aplicada para aqueles fatos ocorridos depois da alteração legislativa em comento, por tratar-se aqui de mudança em sede de direito material, em franco prejuízo à defesa, sob pena de afronta ao princípio da Anterioridade da Lei Penal e seus desdobramentos.

Em suma, a única alteração introduzida pela nova Lei foi no sentido de deixar clara a circunstância de que, depois dela, o prazo prescricional - em princípio, até mesmo para os delitos cometidos antes de seu advento - interromper-se-á com a publicação da sentença e não mais na data do julgamento, como queriam alguns julgados. Esta última interpretação (interrupção na data do julgamento) poderá ainda ser aplicada também aos delitos pretéritos à mudança legal se, **em razão dessa forma de hermenêutica, exclusivamente**, se possa verificar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva intercorrente (e, segundo entendemos e como sustentaremos adiante, também, pela prescrição da pretensão executória) em relação a tais fatos, a teor do parágrafo único do art. 2º do CP⁽⁷⁾, por ser, neste caso, tal inteligência mais favorável ao réu.

No ponto, cumpre seja posta a lume a discutível constitucionalidade da previsão legal segundo a qual o prazo prescricional se interrompe em momento diverso daquele que determina o reinício da sua contagem (112, I, do CP). Com efeito, diante do comando constitucional que determina terem todos direito a um julgamento num tempo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF)⁽⁸⁾ - inclusive dos recursos, obviamente -, não se pode aceitar o hiato temporal em que o prazo da prescrição da pretensão executória (segundo **Bitencourt**⁽⁹⁾, também da intercorrente) permanece congelado - entre a data da publicação da sentença e o trânsito em julgado dela para a acusação.

Finalmente, registre-se que já havia quem pensasse ser o acórdão meramente confirmatório da condenação também causa interruptiva da prescrição - antes mes-

mo da alteração legislativa em apreço. Tal posição foi esposada no julgamento do agravo em execução n. 70019182252, ao qual a Quinta Câmara Criminal do TJRS negou provimento, acolhendo o voto do relator⁽¹⁰⁾, por entender - sob “pena de irracionalidade” (!), ser possível alterar-se o marco interruptivo da prescrição - **em desfavor do réu**

- em função da simples interposição de **recurso exclusivo da sua defesa** (!!), desde que a este fosse dado provimento para reduzir a pena, porque a partir daí poderia a acusação manejar recursos aos tribunais superiores.

O julgamento em questão ocorreu em maio de 2007, portanto - gize-se -, época em que o art. 112, I, do CP previa como sen-

do o termo inicial da prescrição após sentença condenatória irrecorrível o “*(...) dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação* (...)”.

Veja-se que o *decisum*, ao tratar as expressões “sentença” e “acórdão” como se fossem a mesma coisa - com a vênha de seus cultos prolatores -, desconsiderou a literalidade da lei, em prejuízo do réu, malferindo, além do princípio constitucional da Taxatividade⁽¹¹⁾, o próprio Código Penal.

Não por outra razão, o equívoco foi, em boa hora, corrigido pela Quinta Turma do STJ, no HC n. 84232, rel. min. **Arnaldo Esteves de Lima**, julgado em 29/09/08, no qual a ordem foi concedida para determinar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão executória, assim: “*Todavia, ao contrário do que entende a Corte a quo, o fato de o apelo defensivo ter sido provido para reduzir a pena aplicada na sentença não enseja a postergação do termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória, haja vista a literalidade do art. 112, I, do Código Penal* (...)”.

A discussão envolvendo o julgado em tela ainda se mostra oportuna porque, como se viu, a regra revogada, em qualquer das posições que se adote, por mais benéfica ao réu (na maioria dos casos), ainda deverá ser largamente utilizada.

E talvez não haja nenhum mal em se interpretar, além da Constituição Federal, também o Código Penal, em sua literalidade, quando servir como garantia do cidadão...

A discussão envolvendo o julgado em tela ainda se mostra oportuna porque, como se viu, a regra revogada, em qualquer das posições que se adote, por mais benéfica ao réu (na maioria dos casos), ainda deverá ser largamente utilizada.

NOTAS

- (1) **BARBAGALO, Fernando Brandini.** A interrupção da prescrição penal pela publicação de acórdão condenatório recorrível. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, p. 16, abr. 2008.
- (2) Sobre os direitos inerentes a todas as pessoas acusadas de um delito: Artigo 8º - "Garantias judiciais (10) o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior".
- (3) **SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de.** Novo marco de interrupção da prescrição penal: uma necessária leitura garantista. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 189, p. 4-5, ago. 2008: "E assim é que o sentido da norma, aliando duas hipóteses (sentença e acórdão condenatórios recorribéis) pela conjunção alternativa ou, aponta que tal se concretizará em situações únicas que se excluem (em um caso ou outro). Do contrário, a dicção legal deveria utilizar-se de conjunção aditiva ou frisar as hipóteses com uma expressão, e.g., bem como. Poderia, ainda, estipular

- um novo inciso no artigo, com claro significado de enumeração, o que tampouco foi feito".
- (4) **GOMES, Luiz Flávio.** Lei 11.464/07: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br.03> abril. 2007. Acessado em 17/09/2009.
- (5) **CALDEIRA, Felipe Machado.** A conformação do Estatuto de Roma com a constituição de 1988: a imprescritibilidade e os princípios do estado democrático de direito e da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 2, maio 2009.
- (6) **MAXIMILIANO, Carlos.** *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263, apud **CALDEIRA**, obra citada.
- (7) Art. 2º - "Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.
- (8) "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

- (9) **BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 723: "Nesses termos, percebe-se, podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o da intercorrente, enquanto não transitar definitivamente em julgado; e o da executória, enquanto não foi iniciado o cumprimento da condenação, pois ambos iniciam na mesma data, qual seja o trânsito em julgado para a acusação".
- (10) Des. **Amilton Bueno de Carvalho**.
- (11) **MAURACH, Reinhart.** *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962. pg. 43. Segundo o autor citado, o princípio da Anterioridade da Lei Penal tem quatro desdobramentos, a saber: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

César Peres

Advogado em Porto Alegre.
Professor de direito penal na ULBRA

A (IN)EXISTÊNCIA DE PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Aury Lopes Jr.

É cada dia mais recorrente depararmos com decisões que, revogando uma prisão preventiva, impõem "condições" ao imputado, tais como, entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens etc. No mais das vezes, tais medidas vêm decretadas a título de "poder geral de cautela", invocando o art. 798 do CPC. Mas será que isso é legal? Para além das boas intenções dos juízes (e quem nos protege da bondade dos bons?), será que o processo penal brasileiro comporta tais medidas restritivas de direitos fundamentais por analogia?

No processo civil, explica **Calamandrei**⁽¹⁾, é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*), confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizar a forma e o meio que considerem oportuno e apropriado ao caso. Significa dizer que o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar. Tanto que o processo civil, além das medidas de antecipação da tutela, consagra um rol de medidas cautelares nominadas e a aceitação das medidas inominadas, em nome do poder geral de cautela que confere o art. 798 do CPC.

Mas isso só é possível no processo civil.

Novamente a fenomenologia do processo penal cobra respeito a sua diferença, impedindo a inadequada importação das categorias do processo civil.

No processo penal **não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela**.

No processo penal, forma é garantia.

Logo, não há espaço para "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de *tipicidade processual* e de *tipo processual*, pois *forma é garantia*. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo

civil, como é a construção dos tais "poderes gerais de cautela".

Assevera-se, novamente, que toda e qualquer limitação de direitos fundamentais do réu somente está legitimada quando houver estrita legalidade. Recordemos **Juarez**

O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

Tavares quando ensina que nessa questão entre liberdade individual e poder de intervenção do Estado não se pode esquecer que a "garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência", e, noutra dimensão, "o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção".

Com isso, destacamos: o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. Daí porque, **não se pode admitir uma ampliação, por analogia e importação de categorias do processo civil (!), do poder punitivo estatal**. O exercício do poder punitivo é vinculado e legalmente delimitado, sob pena de ter-se como abusivo e ilegítimo.

Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais

no caso concreto.

Dessarte, são absolutamente ilegais as medidas ‘acessórias’ aplicadas no momento da concessão de liberdade provisória, como por exemplo: restrição de passaporte, obrigação de apresentação periódica, restrições para viagens, dever de permanecer ou não ausentar-se da comarca etc.

Da mesma forma, v.g., o art. 310 do CPP prevê a concessão de liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo. Nada mais. Eventuais acréscimos, impostos a título de poder geral de cautela ou cautelar inominada, são absolutamente ilegais.

Em suma: toda e qualquer restrição de direitos fundamentais deve estar estritamente vinculada ao modelo legal (tipo processual), não se admitindo analogias ou interpretação extensiva.

Não há, no processo penal, poder geral de cautela ou medidas cautelares inominadas ou atípicas.

Somente se admite a aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, com estrita observância dos requisitos legais.

Portanto, ainda que a pobreza morfo-

lógica do atual sistema cautelar brasileiro seja censurável e até sirva de abrigo motivacional para os juízes e tribunais invocarem o ‘poder geral de cautela’, a prática é flagrantemente ilegal e insustentável à luz do Princípio da Legalidade e do devido processo penal. Seria o mesmo que aplicar pena privativa de liberdade ou criminalizar condutas por analogia, algo impensável, por evidente.

Esclareça-se que nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziará com mudanças legislativas, pois elas apenas ampliarão o leque de medidas cautelares, sem jamais poder contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. Nesta linha, os Projetos de Lei 4208-C e o PL 156/2009 (Anteprojeto de CPP) instituem um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Mas, sublinhe-se, igualmente estará atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.

Em suma, as medidas cautelares pessoais

são excepcionais e situacionais, além, é claro, de provisórias ou temporárias (curta duração). Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador (*fumus commissi delicti* ou *periculum libertatis*, conforme o caso), a prisão cautelar deve ser pura e simplesmente revogada, sem qualquer outra restrição que vá além daquelas expressamente consagradas na legislação processual penal.

NOTAS

- (1) CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova, 1936, p. 47.
- (2) Sobre esse tema e também uma análise crítica das medidas cautelares pessoais, recomendamos a leitura de nossa obra “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, volumes 1 e 2, publicado pela editora Lumen Juris.
- (3) Conceito que foi bem tratado por Giovanni Conso, ao longo da obra *Il Concetto e le Specie D’Invalidità – Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1972.
- (4) TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª edição. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 162.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal.

Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado Criminalista

USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA: A (RE)DESCOBERTA DE UM NOVO CRIME

Daniel Del Cid

Com a proteção da Ordem econômica e a regulamentação dos negócios, viu-se a necessidade de uma fiscalização interna no mercado financeiro de modo a proteger o segredo e prestigiar a publicação harmoniosamente, sem interferir um na esfera de outro, fomentando, assim, o risco do negócio dentro do mercado de capitais. Partiu-se então a criminalizar a conduta daquele que faz uso de informação privilegiada.

Em apertada síntese, o tipo delituoso tem por objetividade jurídica o regular dos mercados de valores mobiliários em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, que não pode ser ilaqueado na fé publica que merece⁽¹⁾.

A razão de ser se insere no âmbito normativo do tipo penal pelos delineamentos éticos basilares no funcionamento de um mercado de valores que instituem confiança ao investidor e assegure uma igualdade de condições.

Se pensarmos, uma oferta pública, estrategicamente, de aquisições de ações requer que seu lançamento seja preparado em segredo, pois de outra forma o preço das ações da empresa que vá ser adquirida será supervalorizado.

Uma oferta pública ou uma fusão de empresas produz a valorização espetacular das cotas das ações, pois com o conhecimento que “aquela pessoa” (detentor da informação) detém, se adianta (dolosamente) e compra as ações da empresa que vai ser adquirida, seguramente quando as informações da operação tornam-se públicas, as cotas das ações serão elevadas (valorizadas), o que fará que venha a auferir vantagem (indevida).

Por essa razão, o mercado de valores deve harmonizar o segredo com a máxima informação pública, ou abraçando esta mesma ideia, Jacobo López Barja de Quiroga aduz que “*por tal razón, el mercado de valores hay que conjugar el secreto com la máxima información pública. Cuanto más y mejor informado se encuentre el inversor, menos ámbito existirá para las informaciones confidenciales, y, ahí, em esse pequeño espacio – temporal y espacial – , es em el que debe exigirse totalmente la regla del secreto*”⁽²⁾.

O *insider trading* consiste na utilização de informações relevantes sobre valores mobiliários, por parte de pessoas que, por força de sua atividade profissional, estão “por dentro” dos negócios da emissora, para transacionar com valores mobiliários antes

que tais informações sejam de conhecimento do público. Assim agindo, o *insider* compra ou vende valores mobiliários a preços que ainda não estão refletindo o impacto de determinadas informações, que são de seu conhecimento exclusivo⁽³⁾.

De se notar que não é a divulgação antecipada de qualquer informação que atinge o bem jurídico, mas sim, aquela que tenha o condão de interferir efetivamente no bom andamento das negociações do mercado, sob pena de se ferir o princípio da levidade. Se a conduta não for capaz de propiciar vantagem ao agente ou a terceira pessoa, significa que a informação não era o suficiente importante⁽⁴⁾.

O delito protege um bem jurídico complexo e poliédrico que não se esgota na igualdade dos investidores. A percepção de que o bem jurídico protegido pela norma incriminadora do abuso de informação é uma realidade **polifacetada** ou **poliédrica** impõe-se em resultado da que julgamos ser, em princípio, a atitude analítica mais curial.

O problema é equacionado se pensarmos sob qual ótica está direcionada a proteção do bem jurídico. Mesmo sendo um bem jurídico difuso, sob a ótica do mercado de capitais e seus investidores, poderíamos

pensar e concluir que o ressarcimento do prejuízo causado, antes do recebimento da denúncia, impede o início de uma ação penal (tratamento dado ao estelionato)⁽⁶⁾. Agora, se pensarmos que a proteção dos bens jurídicos esteja voltada sob a ótica dos negociadores que protagonizaram a aquisição ou fusão da empresa, veja que, embora sendo difuso, a proteção da tutela penal volta-se à confiabilidade, idoneidade que a empresa representa diante do mercado.

Embora o prejuízo possa ser ressarcido aos investidores que apostaram no negócio, o mesmo fato não acontece aos negociadores, que não poderiam prever suposta traição no mercado, por quem fora contratado justamente para se ter confiança. Se o risco é inerente ao negócio, e a aposta (estratégia) é voltada a esse fim, um segredo usado indevidamente prejudica todo o marketing e planejamento estratégico de um negócio. Neste mercado só participa quem aceita as regras do jogo.

Não se teve notícia, no Brasil, de nenhum julgamento de uso de **informação privilegiada** até o presente momento⁽⁷⁾, o que dificulta uma análise empírica do tipo penal. Por outro lado, a própria CVM aponta critérios mínimos para a existência de indícios⁽⁸⁾ e direcionando suas formas de consumação⁽⁹⁾. Certamente haverá espaço para futuras discussões processuais como o exaurimento da instância administrativa, competência, consumação etc.

NOTAS

- (1) **PAULA, Áureo Natal de.** *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais. Comentários a lei 7492/86 e os artigos incluídos pela Lei 10.303/01 à Lei 6.385/76.* Doutrina e Jurisprudência 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.
- (2) **QUIROGA, Jacobo López Barja de.** *El abuso de información privilegiada.* In: Curso de Derecho Penal Económico. Enriqui Bacigalupo (coord.), 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 336.
- (3) Porém, a Instrução da CVM n. 31/1984 ampliou o elenco dos *insiders*, e presentemente, a Instrução CVM n. 358/2002, em seu artigo 13 dispõe que pode ser considerado *insiders*: a companhia; seus acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal, ou de qualquer órgão com funções técnicas ou consultivas, criadas por disposição estatutária, bem como quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia, sua controladora, controlada ou coligada, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.
- (4) Nesse sentido conferir: **CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson.** A nova lei das S/A. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 548.
- (5) **COSTA, José de Faria.** O crime de abuso de informação privilegiada (*insider trading*). A informação enquanto problema jurídico-penal. Coimbra: Coimbra, 2006., p. 37.
- (6) Conferir julgado do STJ, no HC 85524, rel. min. **Arnaldo Esteves Lima**.
- (7) Em 04 de maio de 2009, foi oferecida, e recebida posteriormente, a primeira denúncia de uso de informação privilegiada (**Procedimento Investigatório n. 1.34.001.003927/2007-32**). O juiz federal substituto **Márcio Rached Millani**, da 6ª Vara Federal Criminal em São Paulo, recebeu a **denúncia** contra dois executivos da Sadia e um do banco ABN-Amro. Eles foram acusados de usar informações privilegiadas, obtidas em São Paulo, na bolsa de valores de Nova York, relativas à oferta da Sadia pelo controle acionário da concorrente Perdigão, em julho de 2006. O

processo está sob segredo de justiça sob o n. **2009.61.81.005123-4**, e que deveria ser o primeiro caso paradigma que mostrará a orientação que os tribunais deverão adotar para a tipificação deste crime.

(8) **Procedimento Administrativo Sancionador 004/2007: "O uso de informação privilegiada, caracterizado como prática não equitativa é aquele de que resulta, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, em um tratamento para qualquer das partes em negociação com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação. Multas e absolvição são deveres do administrador do Clube empregar na defesa dos interesses dos condôminos a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. Transgressão ao dever de diligência. Multas".**

(9) **PAS: RJ2003/5627: "Configura uso indevido de informação privilegiada a aquisição de ações por membro do Conselho de Administração antes da divulgação pela companhia de decisão do Conselho que aprovou a aquisição das próprias ações - Incidência do disposto no artigo 13, § 3º, Inciso II, da Instrução CVM nº 358/02." PAS: 0006/2003: "A caracterização do uso indevido de informação privilegiada acerca de uma determinada companhia pressupõe que tal informação seja relevante, o que pode ser medido pela oscilação de preço dos valores mobiliários de sua emissão. As companhias e instituições financeiras que atuam no mercado de capitais devem zelar pela existência de procedimentos eficazes no controle e uso de informações que possam ser consideradas privilegiadas, inclusive abstendo-se de negociar valores mobiliários que possam colocá-las em situações de potencial conflito de interesses".**

Daniel Del Cid

Pós-graduado em direito processual penal pela Escola Paulista da Magistratura; Pós-graduado em Direito Penal Econômico Europeu (**IBCCRIM-Coimbra**); Pós-graduado em direito penal econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado Criminalista

SÚMULA: A MULTA ALTERNATIVA E A TRANSAÇÃO PENAL*

Matheus Silveira Pupo

"Os crimes que têm cominada pena de multa alternativa também devem ser considerados de menor potencial ofensivo e, portanto, passíveis de transação penal" (artigo 76, caput, da Lei nº 9.099/95).

Justificativa

Com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, foi inaugurada uma nova fase do Direito Penal pátrio com a criação da figura de **crimes de menor potencial ofensivo**, atendendo, assim, aos anseios da sociedade, que clamava pelo fim dos encarceramentos por curto período de tempo, sabidamente nefastos, em prol de soluções não estigmatizantes para as lides criminais de pequena importância.

Destaca-se que uma das mais relevantes inovações trazidas por este novel sistema foi a **transação penal**, a qual consiste, nas palavras de **Damásio Evangelista de Jesus**, em "ato jurídico que extingue obrigações através de concessões recíprocas das partes interessadas" (). Não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se

de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para acusação e defesa, encerrando o procedimento" ⁽¹⁾.

Inicialmente, consoante a original redação do artigo 61 de tal Estatuto, eram considerados delitos passíveis de tal benefício aqueles que tinham pena máxima não superior a um ano, salvo nos casos em que existisse procedimento especial.

No entanto, com a promulgação da Lei nº 10.259/01, que criou os Juizados Especiais no âmbito federal, estabeleceu-se, após grande celeuma doutrinária e jurisprudencial, novo marco para a aplicação do rito penal sumaríssimo, com sua extensão aos crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos, cumulado ou não com multa.

Naquela época, era discutido se a mencionada modificação valia apenas para os delitos de competência daquela Justiça Especializada ou, caso contrário, se era aplicável indiscriminadamente a todos os crimes.

Esta última orientação, salienta-se, foi a que se consolidou, pois não poderiam as regras sobre competência material impor tratamento mais benéfico a alguns agentes em detrimento de outros, mesmo tendo eles praticado delitos semelhantes; exemplo disso seria o crime de desacato (artigo 331 do Código Penal): caso fosse praticado contra funcionário público federal seria passível de transação penal, enquanto que, sendo o desacatado servidor público estadual ou municipal, o delinquente não poderia usufruir da transação penal.

A Lei nº 11.313/06 pôs fim a qualquer discussão que porventura ainda existisse sobre esse tema, alterando a redação do artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais, consoante aquele entendimento que se havia firmado.

Entretanto, existem alguns tipos penais que, apesar de terem em seu preceito secundário pena máxima cominada superior ao limite estabelecido no aludido dispositivo, também devem ser considerados de menor potencial ofensivo e, portanto, passíveis de transação penal, desde que, obviamente, es-

tenham presentes os demais requisitos legais (artigo 76, § 3º, da Lei n.º 9.099/1995).

Trata-se das infrações que têm antevista a multa como **sanção alternativa**, ou seja, pode o julgador fixá-la isoladamente, não porque o *quantum* de prisão imposto é irrisório (artigo 60, § 2º, do Código Penal), mas devido à própria cominação legal. Podem-se citar, como grandes exemplos dessas infrações, o furto privilegiado (artigo 155, § 2º), a apropriação indébita privilegiada (artigo 170) e o estelionato privilegiado (artigo 177, § 1º).

Frise-se: é notório que a **quantidade** e a **modalidade** de pena antevista no tipo estão intrinsecamente ligados ao grau de reprovação atribuído à correspondente conduta, sendo que, quanto maior for este, terá mais intensidade e gravidade a reprimenda estipulada.

Por ser assim, entendeu-se que, como consequência da prática daquelas condutas, o infrator poderia ficar somente à mercê de uma reprimenda exclusivamente patrimonial, a qual obviamente é mais branda que qualquer castigo corporal.

Aliás, isto “*é o que se tira do art. 32 do Código Penal, onde as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa são capituladas na ordem decrescente de gravidade*”⁽²⁾.

Pois bem, como se estabeleceu para estes crimes a possibilidade da aplicação isolada da multa, significa dizer que lhes foi atribuído um **desvalor** muito menor do que aquele conferido aos tipos penais em que existe a cominação exclusiva de privação da liberdade, não importando a respectiva duração; afinal, a pena pecuniária, como destacado alhures, é muito mais branda que qualquer outra sanção penal.

Com base nesta premissa, é evidente que os delitos, com multa prevista como sanção alternativa, também deverão ser considerados de menor potencial ofensivo, porque são claramente “**menos graves**” do que aqueles que têm apenas o encarceramento estipulado como sanção aplicável.

Ademais, destaca-se, um dos requisitos para que o autor do fato faça jus à transação penal é “*não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida*” (artigo 76, § 2º, inciso III, da Lei n.º 9.099/95); em

outras palavras, as circunstâncias previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal terão que ser favoráveis a ele. Da mesma maneira, para que o delinquente que cometa delitos em que a multa seja prevista como sanção alternativa receba tal reprimenda, também terão que estar presentes todas aquelas circunstâncias favoráveis.

Por ser assim, é inquestionável que a interpretação proposta é a que melhor se afeiçoa aos **princípios da equidade, da razoabilidade** e, até mesmo, da **proporcionalidade**, todos preconizados na Constituição Federal, porque estende o alcance da transação penal aos infratores que, mesmo tendo praticado crimes com **menor grau de reprovação**, viam-se privados de tal benefício, evitando, assim, a aplicação de um tratamento obviamente **contraditório e desigual** entre estas pessoas.

Tal afirmação, ressalta-se, é ainda mais inquestionável se for observada a hipótese do crime de **frustração de direitos assegurados por lei trabalhista** (artigo 203, *caput*, do Código Penal), cujo agente, em princípio, terá direito à transação penal, tendo em vista que para este delito é **cominada sanção de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção e multa**. Porém, caso ele não cumpra os requisitos para gozar de tal benevolência, ou não a aceite, além de também não poder ou não querer usufruir da suspensão condicional do processo (artigo 89, *caput*, da Lei n.º 9.099/95), se condenado, ficará sujeito, na melhor das hipóteses, a uma pena de multa substitutiva (artigo 44, § 2º, primeira parte, da Lei Penal), além da multa já cominada no tipo (conforme o artigo 58, parágrafo único do mesmo Estatuto), ou seja, o agente ficará à mercê de **duas** sanções patrimoniais.

Por outro lado, o agente, que pratica a conduta prevista no artigo 155, § 2º, do Código Penal, e que, por isso, não pode beneficiar-se da transação penal; todavia, se receber a mais branda sanção possível para esse delito, ficaria sujeito apenas e tão-somente

a **uma** multa.

Ora, com base nestas hipóteses, é ainda mais evidente o absurdo lógico de não se conceder a transação penal nos crimes com pena pecuniária fixada como sanção alter-

nativa, pois, como se percebe, a estes crimes pode ser imposta punição mais branda do que a destinada aos crimes de menor potencial ofensivo.

E não só. Observe-se, também, que, segundo o § 4º do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais, caso o agente aceite a proposta do Ministério Público, ser-lhe-á aplicada

imediatamente uma “*pena restritiva de direitos ou multa*”.

Sendo assim, ganha ainda mais força a tese acima levantada. Afinal, com base em tal dispositivo, o autor de crimes de menor potencial ofensivo, que aceite o aludido benefício, poderá sofrer uma reprimenda até de maior impacto do que a da sanção aplicável aos praticantes dos crimes sob análise.

Destarte, fica ainda mais evidente que as infrações, nas quais há cominação de multa alternativa, equivalem, em última análise, aos crimes de menor potencial ofensivo, podendo, pois, igualmente permitir transação penal.

* Trabalho apresentado no Concurso de Súmulas do 14º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (2º lugar).

NOTAS

- (1) DE JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Anotada*. 9ª edição. Editora Saraiva, 2004, página 66.
- (2) Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 83.962-6-RJ, 2ª Turma, relator ministro **Cezar Peluzo**, votação unânime, julgado em 07 de agosto de 2007; em www.stf.gov.br, pesquisado em 15 de junho de 2008.

Matheus Silveira Pupo
Advogado

PARTICIPE POR ACREDITAR

26 A 28 DE OUTUBRO DE 2009 - VI JORNADA LIA PIRES – PORTO ALEGRE/RS

Em 2009, a Jornada Lia Pires, encontro já conhecido como referência jurídica no País, ocorrerá entre os dias 26 e 28 de outubro, na PUC/RS e contará com o apoio do **IBCCRIM**. O evento trará debates e exposições dos mais atuais temas em torno da matéria criminal, Direito Penal e Processual Penal. Aguarde: em breve mais informações no Portal **IBCCRIM**.

PROBLEMAS DECORRENTES DA REFORMA PROCESSUAL DE 2008: CITAÇÃO DO ACUSADO, NOMEAÇÃO DE DEFENSOR E SUA CONSTITUIÇÃO APUD ACTA

José Barcelos de Souza

Leis modificativas de Código me trazem às vezes a imagem de modificações e consertos domésticos, por profissionais que, ao repararem alguma coisa danificada, ou executarem alguma modificação, produzem outros estragos. Foi o que fez o legislador, em mais de um aspecto, trazendo confusões enormes quanto à finalidade da citação e à nomeação de defensor para o réu que não o tiver.

Corre perigo, em verdade, de ser afrontado o mais abrangente princípio do Direito Processual Penal, o da amplitude da defesa e do contraditório, por isso mesmo princípio da maior importância, visto que os ditames do processo podem reduzir-se a uma única regra essencial, qual seja a de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido e sem o direito de defender-se⁽¹⁾, e, juntamente com ele, do mesmo modo correndo risco de ofensa, suas duas mais significativas expressões, que são a indispensabilidade da citação e a conhecida regra do art. 261 do Código de Processo Penal, segundo a qual “*Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”, regra jurídica esta cuja transgressão constitui nulidade absoluta, prevista que está no art. 564, III, c, do mesmo Código.

Claro que essa antiga e tradicional regra continua indubitosa no caso de citação pessoal nos procedimentos ordinário e sumário, pois, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado “para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias” (art. 396, caput). Isso feito, aplica-se o disposto no § 2º do art. 396-A, que dispõe: “*Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias*”.

Assim, naqueles procedimentos, ao réu pessoalmente citado será dado logo defensor, se ele não o tiver, isso já para o oferecimento de resposta à acusação, comparecendo ou não o réu.

O problema poderá surgir se, citado por edital, não comparecer o réu.

É que o parágrafo único do art. 396, com nova redação dada ao projeto, dispõe que “*No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído*”.

Quer dizer, nesse caso de citação por edital, o prazo para a defesa não começa-

rá a fluir se o acusado não comparecer nem constituir defensor. Ainda que semelhante situação dure por muitos anos. Comparecendo, em qualquer tempo, é que o processo terá andamento, na conformidade das regras dos arts. 394 e seguintes do Código, como esclarece o art. 363, § 4º.

E já que, por ser revel o réu citado por edital, não correrá o prazo para defesa, a lei manda também, art. 366, que ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, permitindo, entretanto, que o juiz determine a produção antecipada das provas consideradas urgentes.

Então, poderá o juiz ser levado a raciocinar que, suspenso o processo, não há nomear defensor, não só por falta de objeto, já que o prazo para defesa ainda não começou a fluir, como também porque a prática de qualquer ato processual estaria suspensa, à exceção de produção antecipada de prova que vier a ser determinada. Demais disso, o até então vigente parágrafo do art. 366, que mandava fosse dado defensor ao acusado, foi expressamente revogado pela reforma de 2008, o que reforçaria o suposto entendimento de que ainda seria prematura a nomeação de defensor. Haveria, ainda, um outro argumento a corroborar aquele raciocínio: foi vetado também o 3º parágrafo do art. 363 do projeto, que dispunha o seguinte sobre a antecipação de provas: “*As provas referidas no inciso II do § 2º deste artigo serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro, designado para o ato*”.

Então, até parece que tudo se fez de caso pensado, sem receio de inconstitucionalidade, só para evitar o atropelamento do procedimento com a apresentação de uma defesa antes da hora, quando não para reforçar o propósito do legislador de que não tenha andamento o processo sem o comparecimento do acusado ou de defensor constituído, ou seja, para dar mais força a seu intento de deixar paralisada a marcha de processo em caso de revelia.

Mas não é bem assim. Não obstante a revogação do parágrafo que mandava fosse dado defensor ao acusado, a regra que estabelecia deverá, sob pena de nulidade do ato, continuar sendo adotada, não porque ela incida, como se vigente fosse o texto revogado, mas por força do que dispõe a cabeça do art. 263, verbis: “*Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, no-*

meiar outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”, regra jurídica que, ainda bem, não foi revogada pela reforma.

Nada importa, para a nomeação de defensor, ainda que só para o efeito do ato, esteja suspenso o andamento do processo. Está suspenso sim, exceto, porém, para o fim de antecipação de prova. E nem por isso a prova deixará de ter sido produzida regularmente, desde que presente o órgão do Ministério Público e o defensor nomeado (já que o réu não constituiu advogado), tal como determinava o parágrafo do citado art. 366, agora revogado, e o parágrafo 3º do art. 363 do projeto, que foi vetado, tudo certamente mais por equívoco que por uma real necessidade técnica.

Entretanto, se em condições normais, isto é, com a presença de defensor constituído ou com defensor nomeado a réu revel, mas citado pessoalmente, a prova antecipadamente produzida seria irrepetível, entendendo que, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, nesse caso particular de citação por edital com revelia, o acusado, se e quando comparecer, poderá, a exemplo do que ocorre na assecuração de prova (prova *ad perpetuam memoriam*), requerer a repetição, se esta for possível, para tanto devendo justificar seu interesse. Isso, não porque não tenha sido regularmente citado, mas simplesmente porque, citado por edital, pode ocorrer – talvez isso aconteça apenas umas poucas vezes, não importa – que não tenha, efetivamente, tomado conhecimento do edital.

Se, em verdade, posto suspenso o processo, o réu deva ter defensor por ocasião da produção antecipada de prova, a oportunidade para a nomeação não vai aparecer só quando determinada a produção das provas consideradas urgentes, mas antes mesmo de determiná-la ou não o juiz, isto é, quando o juiz verificar a ocorrência da revelia, pelo que, se vier a ser determinada a produção de prova, já deverá estar nomeado o defensor.

É que, embora não o diga a lei, será de rigor a dação de defensor ao réu revel, por força do princípio da ampla defesa e do contraditório, para que possa o defensor, em igualdade com o Ministério Público ou o querelante, requerer a antecipação de prova, apesar da existência do salutar (a meu ver⁽²⁾, em que pese a entendimento em contrário) preceito de que o juiz pode determiná-la de ofício.

Deste modo, embora não podendo o defensor desde logo arrolar testemunhas, nem oferecer alegações iniciais de defesa, poderá, com vista dos autos que lhe deverá ser dada – a ele e à parte contrária –, requerer não só a antecipação de prova, cuja conveniência poderá passar despercebida ao juiz (como a qualquer das partes), como também alegar, se for caso, alguma irregularidade no procedimento da citação, o que poderá levar à renovação de diligência, e, talvez, a uma citação frutífera. Além disso, poderá impugnar um pedido de antecipação feito pela acusação. E mesmo, impetrar *habeas corpus* para trancar o processo, se for caso, já que o juiz não rejeitou liminarmente a denúncia ou queixa, como podia fazer, mas, antes, a recebeu (art. 396, *caput*).

Por tudo isso, a nomeação do defensor deverá ocorrer ao findar-se o prazo para comparecimento ou constituição de defensor. O despacho será assim, no sentido de vista ao defensor nomeado, bem como à outra parte, com a determinação de que, findo o prazo, os autos sejam conclusos. Só então, com ou sem requerimentos, o juiz determinará a suspensão (incluindo ou não a antecipação de prova) ou o que couber.

Mas o pior é a situação confusa e desconcertante para o réu que, citado, se apresenta; e também, por outro lado, de certo modo desconfortável para o advogado.

É que, no sistema anterior, o réu era citado para comparecer para interrogatório, em dia e hora já designados. Hoje, nos procedimentos ordinário e sumário, o réu é citado (nas citações por mandado), art. 396, “para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”⁽³⁾.

Ora, muito dificilmente terá condições de fazê-lo sem constituir um advogado. E muitas vezes não terá nem condições de contratar advogado. Outras vezes nem saberá, pelo menos de imediato, onde conseguir uma assistência gratuita.

Daí o que já vem ocorrendo com grande frequência no foro: o réu citado comparece a juízo, em geral depois do prazo, não com uma defesa intempestiva, mas para pedir informações ou orientação. E tem acontecido que, quando comparece, a defensoria

pública ou um defensor dativo já apresentou defesa sem poder contar com informações pessoais do réu. Isto porque, de acordo com o § 2º do art. 396-A, “*Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, tendo sido citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias*”.

No caso de citação por edital, então, a confusão é maior.

No anterior sistema, como foi dito, o réu era citado para comparecer para o interrogatório, em dia e hora determinados. Não havia erros. Agora, como visto, é citado para responder à acusação por escrito. Mas uma nova redação do art. 366, *caput*, foi vetada, mantendo-se, assim, o texto já existente, segundo o qual, se o acusado, citado por edital, “não comparecer, nem constituir advogado”, ficarão suspensos o processo e o prazo prescricional.

Ora, se o chamamento não é para comparecer, mas para apresentar defesa ou constituir advogado, indaga-se: comparecer onde e para que? Outros sabem, mas o réu certamente não vai saber.

Nessas circunstâncias, o que se há de fazer é algo semelhante ao que, ainda no último ano de Direito, jovem solicitador, ao despachar com velho juiz observei com admiração impressos que o magistrado tinha para certos despachos rotineiros, que se tornavam extensos por meticulosas recomendações, um deles precisamente para ordenar a citação, o que não se resumia em um “cite-se para o interrogatório”. Pois lá se determinava que do mandado deveria constar, além do dia, hora e local do comparecimento, que o citando poderia comparecer acompanhado de advogado, se tivesse, e, de outro modo, poderia apresentar na hora nomes e endereços das testemunhas que tivesse e quisesse arrolar, advertido de que uma ausência injustificada poderia ensejar uma “condução debaixo de Vara”. “Isso é que é despacho”, pensou com seus botões o então acadêmico de Direito.

Pois muito bem. É só o juiz caprichar no despacho, determinando que conste do mandado ou do edital que o citando deverá, no prazo, constituir advogado ou com-

parecer à secretaria do juízo, no fórum, apresentando defesa ou informando se tem ou não advogado.

Comparecendo e indicando seu advogado, será oportuna a lavratura de um termo de comparecimento, a valer também como uma procuração *apud acta*. Uma alternativa a facilitar a defesa a tempo e hora, seria sua admissão independentemente de procuração, aguardando-se a indicação por ocasião do interrogatório, a dispensar instrumento de mandato.

Semelhantes providências poderão ser orientadas e divulgadas por ato de órgão da Justiça que queira aprimorar seus serviços, como resolução do Tribunal ou portaria da Corregedoria.

Trata-se de antiga regra, que já aparecia no Código de Processo Penal do Distrito Federal, e hoje ainda está, firme, no art. 266 do Código vigente, *verbis*: “*A constituição de defensor independe de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório*”.

NOTAS

- (1) O pensamento não é originalmente meu, mas de **Karl Larenz**, na obra *O Direito Justo* (*Das Richtige Recht*, München, C. H. Beck, 1979).
- (2) **SOUZA, José Barcelos de**. “Dificuldades na prática do direito: Produção antecipada de prova e prova *ad perpetuam memoriam*, com a reforma processual penal de 2008”, na obra coletiva *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, coordenadores **Décio Luiz Alonso Gomes e Alexander Araújo de Souza**, no prelo, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- (3) Como bem observou **Marcellus Polastri Lima** (*Manual de Processo Penal*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 723-724), é importante que o acusado tenha assegurada a ampla defesa, ainda mais agora quando o juiz poderá absolver o réu sumariamente, na forma do art. 397 do CPP, diferentemente do que ocorria no sistema anterior, com dispensa pelo advogado da defesa prévia, para limitar-se a apenas arrolar testemunhas no tríduo.

José Barcelos de Souza

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Subprocurador-geral da República aposentado. Livre-docente pela UFMG. Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

PARTICIPE POR ACREDITAR

17 A 19 DE NOVEMBRO DE 2009 - I CONGRESSO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE VITÓRIA – VITÓRIA/ES

Data: 17 a 19 de novembro de 2009

Local: Universidade Federal do Espírito Santo

Organização: Centro Acadêmico do Curso de Direito da UFES - Centro Acadêmico Roberto Lyra Filho (CARLF)

Palestrantes confirmados: Alvino de Sá (USP), Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (UFMG), Carlos Eduardo Adriano Japiassú (UERJ) e Sérgio Salomão Shecaira (USP)

Inscrições: Centro acadêmico do curso de Direito da UFES (CARLF) **Informações:** <http://ccccquatro.blogspot.com/> ou carlf.ufes@gmail.com

A CONDENAÇÃO PELO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS NÃO GERA REINCIDÊNCIA E OUTROS EFEITOS SECUNDÁRIOS

Carlos Eduardo Afonso Rodrigues

A CONDENAÇÃO PELO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS NÃO GERA REINCIDÊNCIA E OUTROS EFEITOS SECUNDÁRIOS

Trata o artigo 28 da Lei de Drogas da conduta daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O legislador deu novo tratamento aos consumidores de drogas, deixando de puni-los com pena privativa de liberdade⁽¹⁾. Esses agentes doravante sofrerão medidas despenalizadoras, abandonada que foi a ideia do encarceramento. Em razão disso, instalou-se discussão acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei de Drogas.

Nos autos do RE de n. 430.105 QO/RJ, julgado em 13 de fevereiro de 2007, de que relator o ministro **Sepúlveda Pertence**, o egrégio STF decidiu que o artigo 28 é crime e o usuário, tóxico-delinquente⁽²⁾. Desse modo, na linha do entendimento sufragado pela mais alta Corte de Justiça do País, a condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas produzirá os mesmos efeitos secundários de qualquer outra infração penal.

A favor dessa orientação, será dito que esses efeitos decorrem da lei penal, cuja incidência é imperativa e inderrogável. Verificado o suporte fático autorizador da aplicação da lei penal⁽³⁾, o silogismo daí decorrente conduziria necessariamente à produção de todos os efeitos secundários decorrentes de uma sentença penal condenatória.

Entretanto, a adoção acrítica desse pensamento é nefasta e redundante em sérios prejuízos ao *status libertatis* do indivíduo. A interpretação puramente legalista⁽⁴⁾, despiada do conteúdo da razoabilidade, ao permitir que a condenação pelo artigo 28 seja apta a produzir todos os efeitos secundários, estende (indevidamente) o tempo do indivíduo no cárcere. A depender do caso concreto, essa manutenção no sistema penitenciário pode durar anos.

Essa conclusão pode ser evidenciada por meio da seguinte situação de fato: um agente que fora condenado anteriormente pela prática do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas é réu de uma ação penal que objetiva a apuração do crime de tráfico (artigo 33, *caput*). Comprovada autoria e materialidade delitivas, bem como reconhecida a culpabilidade do agente, será ele condenado à pena privativa de liberdade de, no mínimo, cinco anos.

Suponha-se que o julgador, partindo do mínimo legal, reconheça a reincidência e aplique o percentual de aumento de um sexto. A pena que era de cinco anos passará a ser de cinco anos e dez meses, isto é, utilizando o artigo 28 da Lei de Drogas o juiz

determinará que o réu fique mais dez meses no cárcere!

No processo de execução da pena, considerar o condenado pelo artigo 28 reincidente significa ampliar sua manutenção na prisão, pois nesse caso os prazos conducentes à obtenção de direitos são mais extensos. Basta recordar a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados, que passou a exigir dos reincidentes o cumprimento de três quintos da pena privativa de liberdade após a promulgação da Lei n. 11.464/07⁽⁵⁾.

Predomina entre os intérpretes que não afirmam a constitucionalidade do instituto da reincidência o entendimento segundo o qual o reincidente revela maior grau de periculosidade, estando a exacerbação da pena justificada pela insuficiência da punição anterior⁽⁶⁻⁷⁾. Todavia, pode ser considerada perigosa uma pessoa anteriormente condenada por um fato que nem mesmo enseja pena de prisão? É merecido tal estigma e justificada a exacerbação da reprimenda penal àquele que teve contra si imposta medida despenalizadora que se descumpriu não o sujeita ao cárcere? Óbvio que não!

Ademais, a exacerbação vulnera a não mais poder o princípio da proporcionalidade, *“uma vez que o acessório (agravante da reincidência) não pode exceder o principal (a pena imposta)”*⁽⁸⁾. E é precisamente isso o que ocorre: as consequências da reincidência são mais punitivas que a condenação anterior pela prática do artigo 28.

De outro lado, a valoração da condenação anterior pelo artigo 28 como hábil a permitir a produção de efeitos penais secundários conduz à equiparação dessa conduta a crimes graves, tais como os crimes hediondos e equiparados (*v.g.*, latrocínio, homicídio qualificado, tráfico de drogas, extorsão mediante sequestro, estupro etc.). A toda evidência, esse proceder viola os princípios da igualdade e da proporcionalidade, pois confere idêntico tratamento jurídico a situações fáticas distintas.

Calha traçar outro argumento: até mesmo as contravenções penais estatuem respostas penais mais gravosas que as previstas no artigo 28 da Lei de Drogas. Em conformidade com o artigo 5º da LCP, o agente

que incidir numa das figuras típicas previstas nesse diploma legal será obrigado a cumprir pena de prisão simples, que deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto pelo prazo de até 5 (cinco) anos, ou pena de multa.

Se aquele que vier a cometer uma contravenção penal, que possui tratamento penal mais rigoroso, posteriormente cometer um crime, é considerado primário (artigo 63, CP), é desarrazada, ferindo inevitavelmente o princípio da proporcionalidade, a conclusão segundo a qual a condenação pelo artigo 28 pode gerar reincidência e outros efeitos secundários, já que essa infração penal prevê consequências penais

bem menos severas à esfera de liberdade do indivíduo⁽⁹⁾.

São diminutas as consequências penais daqueles que incidam nas elementares do artigo 28 da Lei de Drogas. Tanto isso é verdade que sequer houve previsão legal de pena privativa de liberdade aos consumidores de entorpecentes. Nesse contexto, é desproporcional utilizar a condenação definitiva anterior pela prática do artigo 28 da Lei de Drogas para o fim de incrementar a reprimenda penal, retirar direitos subjetivos do acusado e mantê-lo mais tempo segregado, suportando as agruras do cárcere.

Portanto, o magistrado deve emitir resposta jurisdicional diversa quando depara com condenação anterior pelo artigo 28 da Lei de Drogas, levando em consideração as especificidades dessa infração. Para chegar a uma decisão adequada e socialmente convincente, deve o magistrado superar o puro positivismo jurídico, fazendo valer a principiológica em que está escorada a CF e o rosário de direitos fundamentais previstos no artigo 5º, todos unificados pelo valor da dignidade humana.

Desse modo, não há como se chegar à conclusão diversa: a condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas é incapaz de gerar reincidência e outros efeitos secundários⁽¹⁰⁾.

NOTAS

(1) Artigo 28: “I – advertência sobre os efeitos da droga; II – prestação de serviços à comunidade; III –

medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

- (2) Os principais argumentos da decisão podem ser encontrados no Informativo n. 456.
- (3) Exemplificativamente, podem ser citados os artigos 67; 44, II; 60, § 2º, 77, I, 33, § 2º, b e c; 117, VI, 81, I; 86, I; 155, § 2º; todos do CP. **Guilherme de Souza Nucci** lista 14 efeitos que a reincidência produz (**NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 378).
- (4) No Estado Democrático e Social de Direito, o juiz não deve se limitar a ser a boca que reproduz as palavras da lei. Nesse sentido, a lapidar lição de **Marco Antonio Rodrigues Nahum**: “Neste papel primordial, o Juiz não pode se sujeitar apenas a simples letra da lei ou ao aspecto de vigência da norma, mas sim à Constituição como fonte de vínculos de vigência e validade de todo o sistema jurídico. É esta necessária garantia de um sistema jurídico coerente com a vontade constitucional, que legitima a função jurisdicional” (**NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. Os Direitos Fundamentais Garantidos Constitucionalmente e a Função Jurisdicional. Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 307-308). Portanto, a função essencial do juiz nesse modelo de Estado é a proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um (**LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 116-117).
- (5) Também pode ser citado o caso do indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade pela prática do crime de extorsão mediante seqüestro que teve du-

ração superior a 24h. Nessa hipótese, a pena mínima é de 12 anos (art. 159, § 1º, CP). Condenado anteriormente pelo art. 28 da Lei de Drogas, em vez de dois quintos, terá que cumprir três quintos da pena privativa de liberdade para progredir de regime prisional (artigos 1º, IV e 2º, § 2º da Lei 8.072/90), o que certamente exigirá a permanência por mais alguns anos no regime fechado antes de ingressar no semiaberto.

- (6) É dessa forma que **Julio Fabbrini Mirabete** expõe a legitimação do aumento decorrente da reincidência: “A exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide” (**MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal**, São Paulo: Atlas, 2000, p. 301). Entretanto, a reincidência não é necessariamente um sinal de periculosidade. Nem sempre o reincidente é mais perigoso que o primário.
- (7) Há autores, entretanto, que rechaçam a conformidade constitucional da reincidência, por manifesta violação aos princípios da proporcionalidade e da legalidade, que vedam o *bis in idem*. (**CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 65; **COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 194; **FRANCO, Alberto Silva et al. Código Penal e sua interpretação**. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 367; **QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal –**

Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29).

- (8) **(QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 344).
- (9) Escudado na proporcionalidade e na normativa estabelecida pelo Código Penal, **Gustavo Octaviano Diniz Junqueira** sustenta que o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas é incapaz de gerar efeitos penais secundários. “*Éis o necessário raciocínio pela proporcionalidade: ora, se mesmo as contravenções penais que cominam pena privativa de liberdade não configuram falta grave, não revogam necessariamente o sursis e não geram reincidência para a futura prática de crime, como uma infração penal com ilícito menos intenso e abstratamente menos reprovável pode fazê-lo? Seria evidentemente desproporcional, contrariando os ditames de isonomia e razoabilidade que regem a interpretação racional do ordenamento*” (**JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação penal especial**, vol. 1. 5ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 5ª ed., 2008, p. 226).
- (10) Tem pertinência o registro de que no II Encontro Estadual de Defensores Públicos do Estado de São Paulo, realizado em 2008, foi aprovada, por unanimidade, tese institucional com o seguinte teor: “*Tese 18: A condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas não gera reincidência e outros efeitos secundários*” (*Boletim da Escola da Defensoria Pública*, vol. I, n. I, janeiro/fevereiro 2009, p. 63).

Carlos Eduardo Afonso Rodrigues

Defensor Público do Estado de São Paulo e mestrando em Direito Penal pela PUC/SP

O CAOS PENITENCIÁRIO... SERIA MESMO UM CAOS?

Alvino Augusto de Sá

O sistema penitenciário é permeado por problemas crônicos, sobejamente debatidos, denunciados, que já foram incorporados por ele, ou melhor, o sistema já nasceu com eles, como nódulos de seu corpo.

Para tratar do chamado “caos penitenciário”, criou-se uma CPI do Sistema Carcerário, que teve um longo trabalho de inspeção por todo o Brasil, novas comissões nacionais e internacionais fazem suas inspeções, Conselhos visitam as prisões e fazem seus relatórios e denúncias. Realizam-se eventos, leis são editadas, promessas são feitas nas campanhas eleitorais... e, como diria **Focault**, tudo continua exatamente na mesma, em matéria de realidade carcerária. Aliás, o que muda é a força de impacto dos qualificativos utilizados. O cárcere, reproduzindo continuamente o que eles querem significar e muito mais, sobrevive a todos eles.

Os problemas do sistema prisional, embora gravíssimos, não chocam a ninguém mais, tornaram-se “normais”. Nossa boca acostumou-se a dizê-los, nossos ouvidos, a ouvi-los, nosso cérebro, a analisá-los (que é o que se está fazendo neste texto), e nossos afetos, a desconhecê-los. Enfim, eis aí o chamado “caos penitenciário”, uma expressão que já virou sucata e perdeu totalmente seu valor de impacto.

Mas seria mesmo o sistema penitenciário um caos?

Consultando-se o significado da palavra **caos** no *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, de **Aurélio B. de H. Ferreira**, 11ª edição, e também no *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*, Reader's Digest (RJ) e Cia. Melhoramentos (SP), 2000, constata-se em ambos a seguinte definição: “*confusão de todos os elementos antes de se formar o mundo; grande desordem ou confusão*”. Caos, portanto, estaria associado à ideia de total falta de ordem, de sentido nas coisas.

Propõem-se aqui duas hipóteses para a ocorrência do caos. Pela primeira hipótese, tem-se o caos que precede a qualquer organização, ordem e sentido⁽¹⁾. Analogamente, seria a primeira parte da definição dos dicionários, acima transcrita. Os fatos surgem sem qualquer planejamento prévio, à mercê de cada pessoa, animal, objeto ou fenômeno, à mercê das forças emergentes e

mais fortes que se sucedem. Seria o caos da **inorganização**. É possível que, com o tempo, alguma “força” se imponha de forma mais estável e venha a imprimir uma ordem, um sentido, superando-se o caos.

Para tratar do chamado “caos penitenciário”, criou-se uma CPI do Sistema Carcerário, que teve um longo trabalho de inspeção por todo o Brasil, novas comissões nacionais e internacionais fazem suas inspeções, Conselhos visitam as prisões e fazem seus relatórios e denúncias.

Pela segunda hipótese, tem-se o caos que se instala em dada situação, depois que já existe nela uma ordem, um planejamento, um sentido. Por conta de forças emergentes, instala-se uma verdadeira crise e toda a ordem se esboroa, tudo fica à mercê de múltiplas individualidades e o quadro torna-

se propício ao surgimento dos mais diversos fenômenos de violência. Seria o caos da **desorganização**. Também aqui é possível que alguma “força” venha a se impor de forma mais estável e imprima uma nova ordem, superando-se o caos e restabelecendo-se um sentido das coisas.

Pois bem, que tipo de caos seria o cárcere? Da inorganização ou da desorganização? Nenhum deles. O cárcere não é caos

algum. Não é da **inorganização**, porque ele não “nasceu” do acaso, foi sendo pensado e criado em suas diferentes modalidades, sempre teve um sentido e sua sobrevivência já é secular. Também não é da **desorganização**, porque não se tem conhecimento de que tenha passado por alguma crise que o tenha feito perder seu sentido (ainda que pífido), sua organização (ainda que totalitária e desumana), sua disciplina (ainda que opressora) ou mesmo sua aparente “indisciplina” (ainda que incrível e sádica). A “indisciplina” do cárcere, com suas “mortes anunciadas” (na feliz expressão de **Zafaroni**), é sadicamente programática.

Tudo o que acontece na história fatídica do cárcere, todos os alegados problemas não são expressão de caos algum, mas expressão do próprio cárcere, daquilo que ele é e pretende ser. As tais omissões dos poderes públicos não são omissões por esquecimento, ou devidas a uma lógica de priorização de verbas, mas são omissões programáticas. Ou melhor, não são omissões, são formas de ação, de gestão que se reproduzem unicamente por um motivo: por se tratar de cárcere e para reafirmar o seu sentido.

Enfim, o que se propõe aqui, repetindo-se, provavelmente, com outras palavras, o que já é de comum conhecimento, é que o sistema penitenciário não é um caos, pois o alegado “caos” é seu próprio sentido e sua própria ordem; caso contrário, não existiria

cárcere. Ocorre que, ao se dizer isso, se está fazendo um diagnóstico profundamente pessimista, ao qual se segue um prognóstico igualmente pessimista. Se o sistema penitenciário fosse de fato um caos, o prognóstico seria melhor, pois se poderia ter algo para construir: construir uma ordem, um sentido, um sistema de garantias dos direitos da pessoa. Entretanto, ele já tem ordem, tem sentido, e não há espaço para outras construções, desde que ele continue cárcere. Há espaço, sim, para atenuações, mas nada mudará de essencial, desde que continue cárcere.

E por que o cárcere tem esta realidade tão cruel? Por um motivo muito simples: é que ele existe para confinar aqueles que a sociedade, através dos poderes estatuídos, selecionou como seus **inimigos**. O seu sentido é mantê-los contidos, afastados, sempre na condição de inimigos. Esse é o grande sentido do cárcere. Por isso mesmo ele não é um caos. O que nele parece ser caótico, na verdade é programático.

Qual seria então a saída? A saída é muito simples de se dizer: é fazer com que o cárcere seja cada vez menos cárcere. A saber, é fazer que com que ele se abra cada vez mais e se integre com a sociedade, é incrementar o diálogo entre ele e a sociedade, conforme magistério de **Alessandro Baratta**. É proporcionar aos presos experiências de liberdade.

Ocorre que, como requisito básico, antes há que se desconstruir a concepção ideológica de que o condenado é um inimigo e como inimigo deve ser tratado. Tal concepção é que dá sustentação ao sentido da prisão. Sua superação é imprescindível para que se desconstrua o cárcere. Tarefa gigantesca. Praticamente impossível, arrisca-se a dizer.

O autor conclui o presente texto com a desagradável sensação de que não disse nada de novo. O que de novo poderia ser dito é o aparente contrassenso de que a desconstrução da ordem do cárcere só será viável quando este de fato se transformar num caos, num **caos de desorganização**. Nesse dia, é possível que se busque urgentemente uma nova ordem. O caos do cárcere, **caos de desorganização**, será a grande esperança de sua desconstrução e da busca de uma nova ordem para se restaurarem as relações sociais conturbadas e rompidas.

NOTA

- (1) Essa primeira hipótese de caos remete-nos ao pensamento de **Nietzsche**, tal como exposto por **Foucault**, no capítulo II de *Microfísica do Poder*.

Alvino Augusto de Sá

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

Membro do Conselho Consultivo da
Revista Brasileira de Ciências Criminais

O PRINCÍPIO DA *NE REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Galvão Rabelo

Em abril do corrente ano, a 2ª Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal tomou decisão que merece ser festejada, por importar significativo avanço no sentido da construção de um verdadeiro Direito Processual Penal Constitucional.

Trata-se do acórdão prolatado no *HC* nº 89.544-1, que teve por relator o ministro **Cezar Peluso**, no qual se admitiu a prevalência do princípio da *ne reformatio in pejus* também nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri⁽¹⁾.

O princípio da *ne reformatio in pejus*, em sua perspectiva direta, impede que o juízo *ad quem*, quando provocado por recurso exclusivo da defesa, piore a situação do réu. Obviamente, se a defesa recorre é porque busca uma melhoria na situação do acusado. Se a interposição de recurso defensivo pudesse significar uma piora para o réu, estar-se-ia, pelo menos, desestimulando a defesa a utilizar mecanismos disponíveis para impugnação de decisões judiciais desfavoráveis. Com isso, restrin-

gir-se-ia indevidamente o princípio constitucional da ampla defesa e o devido processo legal.

Mas o princípio da *ne reformatio in pejus* não possui apenas a perspectiva direta. Na sua perspectiva indireta, impede que a situação do réu seja piorada em novo julgamento, quando a cassação do julgamento anterior foi provocada por recurso exclusivo da defesa. Toda vez que o réu recorrer sozinho de um julgado e obter a sua anulação, o novo julgamento não pode ser pior do que o julgamento cassado. Como se percebe, em sua perspectiva indireta, o princípio da *ne reformatio in pejus* não se dirige ao juízo *ad quem*, mas sim ao juízo *a quo*, que, ao renovar o julgamento — em virtude de haver sido o primeiro cassado pelo juízo *ad quem* —, está impedido de tomar decisão que agrave a situação do réu, devendo tomar por parâmetro o julgamento anulado.

Contudo, a incidência da vedação da *reformatio in pejus* indireta costumava não

ser reconhecida nas decisões do Tribunal do Júri em virtude de um argumento central: afirmava-se que, no caso das decisões prolatadas pelo Júri, o princípio da soberania dos veredictos, estabelecido no art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República, afastaria a regra geral da proibição da reforma para pior, ao menos no que toca à decisão dos jurados.

A simplória construção doutrinária de então atentava para a existência de irremediável conflito (*rectius*, colisão) entre o princípio da *ne reformatio in pejus* e o princípio da soberania dos veredictos e defendia a solução da questão através da aplicação do *critério hierárquico*: enquanto a norma jurídica que consagra o princípio da *ne reformatio in pejus* está situada na legislação infraconstitucional, principalmente no art. 617 do Código de Processo Penal, a norma que prevê o princípio da soberania dos veredictos tem assento constitucional. Diante de colisão entre princípio veiculado em norma constitu-

cional e princípio veiculado em norma infraconstitucional a primeira excepcionária, sem mais, a regra geral veiculada pela segunda, no tocante às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri.

Passou-se a defender, diante desse argumento, que, nos processos julgados perante o Tribunal do Júri, o princípio da *ne reformatio in pejus* vincularia apenas o Juiz Presidente do Tribunal do Júri (juiz togado), jamais vinculando a decisão dos jurados (juízes leigos), uma vez que esta estaria revestida de soberania.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado no sentido de que, quando o novo Conselho de Sentença reconhecesse as mesmas circunstâncias fáticas que haviam sido reconhecidas pelo Conselho de Sentença anterior, em sua decisão cassada, o Juiz Presidente não poderia aplicar pena mais severa do que aquela que havia sido aplicada no julgamento anulado⁽²⁾. *A contrario sensu* (e era o que se costumava afirmar), se, em novo julgamento, os jurados reconhecessem circunstâncias mais graves do que as que haviam sido reconhecidas no julgamento cassado, estaria o Juiz Presidente autorizado a fixar pena mais grave do que a anteriormente fixada, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos (e – acrescente-se – em desrespeito ao princípio da vedação da reforma para pior).

O entendimento supracitado envolve um grave equívoco de perspectiva constitucional – equívoco este que precisa ser diluído, e para tanto, a decisão de nossa Corte Suprema, mencionada no início deste artigo, muito contribuirá. O raciocínio aqui criticado parte de premissas inexatas que transportam a conclusão do problema para fora dos muros do Direito Processual Penal Constitucional.

Inicialmente, deve-se considerar inadequado, do ponto de vista constitucional, a afirmação de que o princípio da *ne reformatio in pejus* tem *status* infraconstitucional. Não é preciso muito para concluir que se trata, isso sim, de um princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

Assegurar ao acusado a **ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**, significa, conseqüentemente, assegurar ao acusado a possibilidade de impugnar deci-

sões que lhe sejam desfavoráveis sem medo de que sua situação possa ficar ainda pior. O medo de uma reforma para pior inibe a utilização de mecanismo inerente à ampla defesa e macula o *due process of law*.

Com razão, **Pacelli** reconhece a natureza constitucional do princípio da *ne re-*

formatio in pejus ao afirmar que o princípio é “*uma das manifestações da ampla defesa*”, porque, continua o autor, “*a garantia do duplo grau, como conteúdo da ampla defesa, deve abranger também a garantia da vedação da reformatio in pejus. O risco inerente a todas as decisões judiciais poderia ter efeitos extremamente graves em relação ao acu-*

sado, no ponto em que atuaria como fator de inibição do exercício do direito ao questionamento dos julgados”⁽³⁾.

Uma vez que se reconheça natureza constitucional ao princípio da *ne reformatio in pejus*, a resolução da questão não mais se pode dar com base no critério hierárquico – pois, agora, se está diante de dois princípios constitucionais fundamentais –, mas deve ser solucionada no âmbito da **ponderação de princípios**.

No voto proferido pelo ministro **Cezar Peluso**, relator do *habeas corpus* acima referido, ficou claro que a decisão foi tomada com base no **critério** ou **princípio da concordância prática**, definido como uma “*recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum*”⁽⁴⁾.

Assim, diante da colisão de dois princípios constitucionais – o princípio da *ne reformatio in pejus*, de um lado, e o princípio da soberania dos veredictos, de outro –, e, considerando que não há princípios constitucionais absolutos, a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de vedar a *reformatio in pejus* em sua perspectiva indireta, também nas decisões do Tribunal do Júri.

Como restou decidido naquela ocasião, em caso de cassação da primeira decisão, provocada por recurso exclusivo da defesa, não há qualquer impedimento para que, em novo julgamento, os jurados decidam como melhor lhes aprouver, desde que não se afastem demasiadamente da prova dos autos. Com isso, se assegura vi-

gência ao princípio da soberania dos veredictos. Contudo, no momento seguinte, o magistrado não pode, ao aplicar a pena, fixá-la de maneira mais severa do que aquela que havia sido fixada anteriormente, ainda que os jurados tenham reconhecido fatos ou circunstâncias não contempladas no primeiro julgamento. É dizer, em nenhuma hipótese a pena do segundo julgamento pode ser pior do que a do primeiro, quando o julgamento anterior houver sido anulado em virtude de recurso exclusivo da defesa. Nesse passo, se assegura vigência ao princípio da *ne reformatio in pejus* também nas decisões do Tribunal do Júri.

Foi esse o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal. Mas, bem analisadas as coisas, não haveria necessidade sequer de se falar em colisão de princípios constitucionais. Poderia ter-se dado mais um passo na constitucionalização do processo penal.

Bastaria, para tanto, uma exegese contextualizada do princípio da soberania dos veredictos, situando seu círculo hermenêutico dentro de um contexto protetivo do acusado. Em outros termos, deve-se entender o princípio da soberania dos veredictos como uma garantia constitucional do acusado e não dos jurados.

De fato, a Constituição estabelece o instituto do Tribunal do Júri no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa, sendo certo que o Tribunal do Júri sempre foi entendido como o direito fundamental que possui o acusado de crime doloso contra a vida de ser julgado por seus próprios pares (por juízes leigos).

É preciso, assim, analisar o Tribunal do Júri e os princípios a ele inerentes sob essa perspectiva de garantia, pois, quisesse o constituinte ter criado apenas uma norma de competência, teria instituído o Júri e estabelecido os seus princípios no capítulo que dispõe sobre o Poder Judiciário. Mas não o fez. Colocou o Júri entre os direitos fundamentais da pessoa humana.

Por esse prisma, também o princípio da soberania dos veredictos deve ser visto como uma garantia do acusado, pois de nada adiantaria assegurar a este o direito de ser julgado por seus pares, se se admitisse que o tribunal técnico pudesse “rejulgar” o caso quando provocado. Bastaria, pois, um simples recurso para que fosse afastado o direito fundamental da pessoa de ser julgada por juízes leigos. Nessa senda, o princípio da soberania dos veredictos deve ser compreendido **como um instrumento destinado a garantir o direito fundamental do réu de crime doloso contra a vida de ser julgado por seus pares (juízes leigos)**.

Estando, pois, o princípio da soberania

dos veredictos situado em um contexto de garantia do acusado, não pode o princípio ser utilizado em seu prejuízo. Portanto, quando houver recurso exclusivo da defesa, a pena do segundo julgamento não poderá jamais ser mais severa do que a fixada na decisão cassada, mesmo nos processos de competência do Tribunal do Júri, em virtude da vedação da *reformatio in pejus* e da impossibilidade de se invocar o princípio da soberania dos veredictos em prejuízo do acusado (em razão do caráter garantista deste princípio).

Se o princípio da soberania dos veredictos fosse compreendido dessa maneira, por certo não haveria necessidade de se falar em sua colisão com o princípio da *ne reformatio in pejus*, nas hipóteses de cassação das decisões do Tribunal do Júri. O que ocorreria é a não-incidência do prin-

cípio da soberania dos veredictos contra o acusado, uma vez que se trata de um princípio-garantia do réu de crimes dolosos contra a vida. Não sendo hipótese de incidência do princípio da soberania dos veredictos, não haveria colisão e o princípio da *ne reformatio in pejus* regulamentaria sozinho o caso.

Mas a verdade é que, admitida a hipótese ora ventilada, o resultado prático seria o mesmo da decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal (embora o fundamento teórico fosse diverso): a impossibilidade de que, no novo julgamento, o resultado fosse pior do que obtido em julgamento anterior, quando a decisão houver sido cassada em virtude de recurso exclusivo da defesa. Merece, pois, aplausos a decisão do Supremo Tribunal Federal. Mais um passo foi dado.

NOTAS

- (1) STF, 2ª Turma, HC 89.544-1/RN, rel. min. **Cezar Peluso**, julgado em 14-04-2009, publicado em 15-05-2009.
- (2) STF, 1ª Turma, HC 73.367-1/MG, rel. min. **Celso de Mello**, julgado em 12-03-96, publicado em 29-06-2001.
- (3) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de**. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 669.
- (4) **MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet**. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107.

Galvão Rabelo

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

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:

A INIMPUTABILIDADE DO INDÍGENA E O PROJETO DE LEI 216/2008

Tédney Moreira da Silva

O Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), em seu art. 56, determina a atenuação de pena cominada ao indígena no caso de sobrevir-lhe uma condenação pela prática de infração penal. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas em regime especial de semiliberdade, quando possível, em estabelecimentos havidos no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos povos indígenas mais próximo à sua habitação. Ademais, atenderá o juiz, quando do cálculo da pena, ao seu grau de integração à “sociedade nacional”.

Pois, conforme dispõe o art. 4º do mesmo Estatuto, considerar-se-ão os indígenas, em relação à *comunhão nacional* (ou seja, em relação a **nós, brasileiros**, vistos como descendentes, principalmente, da civilidade europeia ocidental), enquadrados em um dos três possíveis graus que seguem: a) **isolados** – quando reunidos estiverem em grupos pouco conhecidos e sequer travarem contato intermitente com indivíduos da *comunhão nacional*; b) **em vias de integração** – quando, em contato intermitente ou permanente com demais indivíduos alheios ao seu grupo, aceitarem certas práticas que nos cabem, conservando em maior ou menor grau os seus costumes; e, finalmente, c) **integrados** – como indígenas assimilados à *comunhão nacional* e no gozo de seus direitos civis (cabendo-nos ressaltar, conforme o próprio artigo o faz, que poderão, ainda nesta circunstância, conservar seus usos, costumes e tradições).

Embora o Estatuto não tenha feito a distinção dos indígenas conforme seu grau de integração à *comunhão nacional* ao determi-

nar, expressamente, como um dever ao juiz, que se atenua a pena cominada àquele que incidir numa conduta tipificada em lei penal, é fato que desta tarefa incumbiram-se nossos doutrinadores. Como exemplo, afirma-se-nos o ensinamento de **NUCCI**, ao afirmar que o dispositivo supracitado “*deve ser interpretado com cautela*”, pois: “(...) *Sob outro prisma, não vemos sentido algum em aplicar qualquer atenuante ao silvícola considerado integrado. Possuindo plena noção das leis nacionais, não há razão plausível para obter atenuação da pena*”⁽¹⁾. A mesma crítica deve reportar-se, segundo o eminente professor e magistrado, ao cumprimento da pena, posto que o indígena integrado “*deve ser equiparado, completamente, até por uma questão de , ao cidadão comum*”⁽²⁾ (grifo nosso).

Essa diferença de estágios de desenvolvimento já havia salientado **PIERANGELI**, ao apontar que, quando do **descobrimento** (ou **invasão**, para **DARCY RIBEIRO**) do Brasil, “*os nossos indígenas não ostentavam um grau de desenvolvimento cultural semelhante a outros povos que habitavam o continente americano, como os incas, os astecas e os maias, cujo grau cultural chegou a impressionar favoravelmente aos conquistadores*”⁽³⁾ – circunstância que não lhes poupou o assassinio, a bem da verdade.

Algumas considerações, desde já, impõem-se-nos.

A primeira delas é a necessidade que a doutrina antevê de distinguir os indígenas conforme seu grau de integração com a sociedade nacional para contemplação ou não

de atenuante no cálculo de sua pena. A lei a concede a todos, sejam ou não indígenas integrados, muito embora considere o indígena integrado como alguém no pleno exercício de seus direitos civis. Vedamos a interpretação *in marem partem*. Devemos, sim, enaltecer o princípio da isonomia e não suprimir as diferenças havidas e considerar **indígenas integrados e civilizados como iguais**. Isonomia não se limita à igualdade material entre indivíduos. Propugnemos por uma **igualdade** que se funda na lei – eis o teor de um tratamento isonômico. O próprio Estatuto prevê que o indígena integrado mantenha seus costumes, usos e tradições. Falaremos, então, em plena integração e **igualdade** com o “civilizado”?

A segunda consideração reporta-se à visão que, em geral, perpetua-se dos povos indígenas como os **primitivos** e **selvagens** tão caros ao evolucionismo do século XIX. Os indígenas e seus povos são detentores de uma História própria, que com a nossa funde-se e realiza-se dialeticamente; não estão **estacionados** e sequer representam nossa **infância** ou **barbarismo**. São sujeitos de direitos e devem ser respeitados em suas diferenças.

Querendo suprimir o que determina o art. 56 do Estatuto do Índio, o senador **Edson Lobão Filho** (PMDB-MA) submeteu ao Senado Federal, em maio de 2008, o Projeto de Lei 216/2008, atualmente sob os cuidados da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. As alterações que se fariam ao art. 56 considerariam os indígenas isolados como inimputáveis (cabendo-lhes, pois, medida de segurança) e imputáveis os

indígenas integrados e em vias de integração (respondendo nos exatos termos da lei penal). Justifica seu projeto tendo por base a decisão proferida pelo ministro **Eros Grau**, do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas-Corpus* nº 85.198/MA – em que se deferiu o regime de semiliberdade em favor de indígena acusado de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma. “*Na tentativa de evitar que episódios como estes voltem a ocorrer, a presente proposta visa alterar a redação do art. 56 da Lei 6.001/73 para definir o grau de imputabilidade dos silvícolas isolados, em vias de integração e integrados. Os isolados – aqueles que não mantêm qualquer contato com a civilização – seriam considerados inimputáveis. Por sua vez, os índios em vias de integração e os integrados, não fariam jus a benefício algum, respondendo, assim, de acordo com as leis vigentes no país*”⁽⁴⁾.

Busca, assim, o legislador definir a capacidade penal dos indígenas, conforme o grau de integração destes com a sociedade nacional – critério amplamente questionado na atualidade, principalmente após a adesão do Brasil à recente *Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, da ONU, em 2007. O legislador não se atém à razoabilidade e sequer ao fato de legislar sobre exceção. Ademais, qual o fundamento de considerar os indígenas em vias de integração imputáveis quando o contato intermitente se dá por premência econômica e não cultural? Os próprios indígenas considerados integrados mantêm seus costumes, usos e tradições, não sendo possível conceber uma *integração* plena, como quer o Estatuto. Enfim, qual o critério usado para legislar sobre matéria penal: nosso mero **eti-quetamento do outro** – do “indígena perigoso”?

Se o Projeto de Lei visa transpor as dificuldades no que toca à interpretação da imputabilidade de indígenas acaba por criar dificuldades muito maiores, pois desconsidera por completo a necessidade constitucional e supralegal de respeito às diferenças étnicas em nosso Estado. Como poderíamos

tão facilmente determinar *a priori* a imputabilidade de indígenas, tendo por base tão-somente uma classificação destes indivíduos e povos que sequer é benquista na atualidade? O Estatuto do Índio foi formulado numa época em que se acreditava na extinção dos povos indígenas e representa um anseio de transição, de assimilação dos povos “residuais”, que, felizmente, não ocorreu, nem ocorrerá. Não cabe o afoitamento no ato legislativo, principalmente em matéria penal, sob pena de pormos em risco direitos e garantias fundamentais que nos são tão caros. Pois o “afoitamento”, aqui, é visível, uma vez que o Estatuto com tais disposições vige há trinta e seis anos sem questionamentos maiores até o presente momento. Parece-nos até uma resposta penal do Estado aos avanços recentemente conquistados na temática indígena, como um contrafluxo indesejável – bastando-nos rememorar o processo de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol, em Roraima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOTAS

- (1) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pág. 641.
- (2) *Ibidem*, pág. 641.
- (3) **PIERANGELI, José Henrique.** *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. pág. 41.
- (4) Projeto de Lei 216/2008 (senador **Lobão Filho**). (<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/13340.pdf>). Último acesso realizado em 17.09.2009.

Tédney Moreira da Silva

Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e estagiário da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

PARTICIPE POR ACREDITAR

NO AR, O SEGUNDO VOLUME DA REVISTA LIBERDADES: A REVISTA ELETRÔNICA DO IBCCRIM!

No dia 15 de setembro de 2009 foi lançado o segundo volume da **Revista Liberdades**. Em ENTREVISTA, Luciano Anderson de Souza conversa com Miguel Reale Júnior; em ARTIGOS, João Paulo Orsini Martinelli escreve sobre: **Paternalismo na Lei de drogas**; Vany Leston Pessione Pereira sobre: **Os direitos humanos na corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal**; Fábio Guedes de Paula Machado e Roberta Catarina Giacomo sobre: **Novas teses dogmáticas Jurídico-Penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco**; André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth sobre: **Deu no jornal: a contribuição da mídia para a (IR)Racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal**. Ainda neste volume, João Paulo Orsini Martinelli entrevista, no BATE-BOLA, Antonio Carlos Malheiros; Luis Eduardo Crosselli escreve em RESENHA sobre: **Vigiar e punir**; Ana Elisa Liberatore S. Bechara faz comentários sobre filme em: **O prisioneiro da grade de ferro: política criminal e direitos humanos no Brasil** e Milene Cristina Santos escreve, em HISTÓRIA, **Crime de feitiçaria: enfrentamento cultural e criminalização**.

Não deixe de ler o 2º volume da Revista Liberdades.

Acesse o Portal www.ibccrim.org.br e saiba mais sobre esta edição!

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

OBRAS FUNDAMENTAIS PARA SUA CARREIRA

EDITORIA
REVISTA DOS TRIBUNAIS



Manoel da Costa Andrade
268 páginas



José Henrique Pierangeli
752 páginas
2ª Edição



Paulo José da Costa Jr.
128 páginas
4ª Edição



Fernando de Almeida Pedrosa
422 páginas
3ª Edição



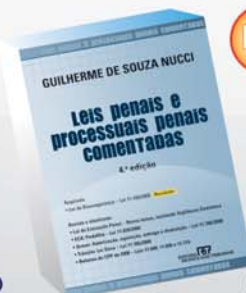
Guilherme de Souza Nucci
512 páginas



Alberto Silva Franco
1.754 páginas
8ª Edição



Ada Pellegrini Grinover
366 páginas
6ª Edição



Guilherme de Souza Nucci
1.216 páginas
4ª Edição



Guilherme de Souza Nucci
140 páginas



Guilherme de Souza Nucci
1.278 páginas
9ª Edição



Guilherme de Souza Nucci
1.248 páginas
9ª Edição



Guilherme de Souza Nucci
125 páginas



Luiz Flávio Gomes,
Rogério Sanches Cunha,
Valério de Oliveira Mazzuoli
160 páginas



Evandro Fabiani Capano
106 páginas

WWW.RT.COM.BR

Siga a
Editora RT
no Twitter
www.twitter.com/editoraRT



EDITORIA
REVISTA DOS TRIBUNAIS