

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

O NOVO DECRETO DE INDULTO E COMUTAÇÃO

Os últimos dias de 2008 trouxeram-nos o advento do Decreto Presidencial 6.706/2008 que, honrando uma tradição no Direito brasileiro, instituiu o chamado indulto natalino do ano passado.

Elaborado a partir de proposta originária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, e com amplo e democrático procedimento de debate com as mais diversas entidades e operadores das Ciências Criminais — além de submetido às contribuições de órgãos do Ministério de Justiça e da Casa Civil da Presidência da República —, o novo Decreto inovou e enriqueceu profundamente esse que, seguramente, é um dos mais antigos institutos da história do Direito Penal. Conhecido desde a mais remota antiguidade, ao perdão constitucional sempre tocou o papel normativo de temperar a rigidez absoluta e mais enrijecida da ideia retributiva. Nas complexas sociedades modernas, que têm na prisão o tronco de seu sistema punitivo, o indulto tornou-se também um importante instrumento de política pública, seja como mecanismo de gerenciamento da superlotação carcerária, seja como fator de melhoria do próprio ambiente prisional, ao canalizar expectativas não atendidas pelo sistema judiciário dedicado à execução penal.

O Decreto 6.706/2008 primou, mais que qualquer outro, por sua exatidão técnica e, principalmente, por sua boa filiação a concepções teóricas mais rigorosas de um Direito Penal racional e ilustrado que, precisamente por conta disso, vem sendo preconizado pelo ambiente acadêmico brasileiro já há muitas décadas. Ao lado de outras inovações bastante oportunas — note-se, por exemplo, o interesse específico que o texto dedica à mulher encarcerada, para além das edições anteriores do indulto natalino —, duas delas reclamam uma reflexão mais profunda e notável dos estudiosos, eis que obedientes a linhas compreensivas especialmente interessantes para a própria estrutura do Direito Penal brasileiro.

A primeira dessas inovações é a concessão dos benefícios do novo Decreto também para aqueles condenados pelo artigo 33 da Lei 11.343/2006, quando classificados nas situações específicas

dos seus parágrafos 2º a 4º, subtraindo-os, portanto, da condição técnica de agentes de ilícitos hediondos. Há muito reclamada, a discriminação mais exata do demasiadamente amplo leque da traficância já se anunciava no texto da própria Lei 11.343/2006 que, precisamente por conta disso, buscou diferenciar o tratamento normativo voltado ao empresário da traficância — ou seja, aquele que realmente é mercador habitual da droga — daquele voltado ao usuário e dependen-

Já não cabe mais questionar que também as medidas de segurança submetem-se, como não poderia deixar de ser, ao sistema constitucional de garantias individuais reservadas às sanções penais, de que, a propósito, constituem nada mais que modalidade específica, obedientes, portanto, a uma mesma arquitetura normativa.

te que, precisamente por conta de sua condição mais vulnerável, há de recepcionar um tratamento normativo mais brando e efetivamente voltado a sua inclusão social. O Decreto 6.706/2008, portanto, reafirmou aquilo que a própria lei ordinária tão bem preconizava e insistiu, como determinava a própria sistemática normativa que vimos adotando, nessa microscopia mais justa e vigilante do caso concreto.

A segunda — quiçá mais importante — das inovações do Decreto foi a concessão expressa de seus benefícios aos pacientes de medidas de segurança, quando a respectiva execução extrapolar o limite temporal máximo cominado ao ilícito que cometeram. Desde há muito se bate a doutrina brasileira contra essa que, em alguns casos, se torna uma versão anômala de sanção perpétua para doentes mentais, em ofensa à formação constitucional de nosso direito. Muitas vezes pela precariedade do atendimento médico que mal recebem do próprio Estado, ficam muitos desses pacientes definitivamente escanteados e esquecidos nos insalubres e entristecidos — às vezes também pretensos — estabelecimentos psiquiátricos, sob o título sempre muito questionável da persistência de uma certa *periculosidade* que, a rigor, sequer constitui um conceito técnico minimamente exato. Pior ainda, sua condição médica era, precisamente, o sustento para impor-lhes uma sanção várias vezes mais rigorosa do que aquela que o mesmo sistema dedica aos agentes imputáveis, pervertendo-se gravemente a própria razão do instituto da culpabilidade.

Ainda mais que isso, na base do novo texto temos uma magnífica novidade no Direito brasilei-

- **EDITORIAL:**
O NOVO DECRETO DE INDULTO E COMUTAÇÃO 1
- **TORTURA, ANISTIA E ARQUIVOS SECRETOS**
Roberto Delmanto 2
- **CLÁUSULA INADMISSÍVEL NO INDULTO NATALINO**
Alberto Silva Franco 3
- **O NOVO DECRETO DE INDULTO**
Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade 4
- **MEDIDAS DE SEGURANÇA E O DECRETO DE INDULTO: A ESPERANÇA VENCEU O MEDO**
Eduardo Reale Ferrarri 5
- **INDULTO NATALINO DE 2008: PELO FIM DA HIPOCRISIA EM MATÉRIA JURÍDICO-PENAL**
Ana Elisa Liberatore S. Bechara 6
- **INDULTO NATALINO DE 2008 E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**
Mariângela G. de Magalhães Gomes 8
- **SUA PENA NÃO TERMINA QUANDO ACABA**
Pedro Mesquita Schaffa 10
- **VIDEOCONFERÊNCIA: REITERANDO O EQUIVOCO DA ORDEM PÚBLICA**
Eduardo Luiz Santos Cabette 11
- **O INTERESSE DE AGIR ENQUANTO CONDIÇÃO LEGÍTIMA DA AÇÃO PENAL: SOBRE A POSSIBILIDADE DO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL OU DAS PEÇAS DE INVESTIGAÇÃO QUANDO CABÍVEL O PERDÃO JUDICIAL**
Domingos Barroso da Costa 13
- **ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE FINAL, DA LEI Nº 7.492/86: NORMA PENAL EM BRANCO, CIRCULARES BACEN E SUCESSÃO DE NORMAS NO TEMPO: POSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DO COMPLEMENTO?**
Anderson Bezerra Lopes 15
- **A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL: O REGULAR GERENCIAMENTO DO PROCESSO EXECUTIVO COMO FORMA DE AMENIZAR O PASSIVO SOCIAL CAUSADO PELO EXCESSO NA EXECUÇÃO**
Marcos Rondon Silva 17
- **THE LAND OF THE FREE, THE HOME OF THE HUMAN RIGHTS**
Ivan Luís Marques da Silva 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **HABEAS CORPUS. JUSTIÇA GRATUITA. CARTA ROGATÓRIA. CUSTO DE EXPEDIÇÃO QUE CABE AO ESTADO** 1233

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1234
- Superior Tribunal de Justiça 1235
- Tribunais Regionais Federais 1236
- Tribunais de Justiça 1238

ro: já não cabe mais questionar que também as medidas de segurança submetem-se, como não poderia deixar de ser, ao sistema constitucional de garantias individuais reservadas às sanções penais, de que, a propósito, constituem nada mais que modalidade específica, obedientes, portanto, a uma mesma arquitetura normativa. Ou seja, também nas medidas de segurança — quiçá fosse o caso de dizer: sobretudo nas medidas de segurança — são reclamados os rigores do chamado princípio da legalidade como instrumento de cidadania, de sorte que não se possa mais, de vez por todas, cogitar de ga-

rantias penais ou processuais que às medidas de segurança não se estendam e apliquem. Eis aí, mais que simples regra, um autêntico ensinamento a ser observado pelo sistema de justiça criminal, desde os legisladores, passando pelos julgadores e até pelos executores que operam seu cotidiano. Não cabem exceções: os pacientes de medida de segurança têm, rigorosamente, todos os direitos e garantias que o sistema reserva aos agentes de infrações penais, não se admitindo, em nenhuma hipótese, soluções a eles mais gravosas.

Por conta de tudo isso, e de certo modo

comemorando esse novo texto normativo que reafirma e mesmo aprofunda um modo mais lúcido de pensar o Direito Penal, trazemos, neste mês, no nosso *Boletim*, alguns artigos doutrinários comentando as várias dimensões e implicações do Decreto 6.706/2008. Desde logo, no entanto, fica aqui uma boa percepção. Afinal, é possível e praticável um Direito Penal que, quando alicerçado nas profundezas de um mais firme substrato teórico, efetivamente pode contribuir para distribuição da cidadania que a todos, sem discriminações, é sabidamente devida.

TORTURA, ANISTIA E ARQUIVOS SECRETOS

Roberto Delmanto

Não existe crime mais ignóbil, vil, repugnante e hediondo do que a tortura. Parodiando o jurista italiano *Giorgio Del Vecchio*, eu diria que ela degrada mais quem a pratica do que quem a sofre.

No século XV foi largamente empregada. No *Manual dos Inquisidores*, a confissão era considerada a prova por excelência da culpa, devendo ser extraída do suspeito mediante fraude, ardis e, em último caso, através da tortura.

Na polícia brasileira ela sempre existiu e, por vezes, ainda persiste, atingindo, em geral, os mais pobres e, portanto, menos protegidos. Na ditadura militar que se instalou em nosso país em 1964 e recrudescceu a partir de 1968, a tortura passou a atingir pessoas de todas as camadas sociais, desde que fossem consideradas “inimigas da pátria” pelos detentores do Poder, causando centenas de vítimas fatais e tantas outras que até hoje guardam sequelas físicas e psicológicas, nestas se incluindo seus familiares.

Passadas mais de duas décadas da promulgação da *Lei de Anistia*, o Brasil ainda não conseguiu, compreensivelmente, virar essa página vergonhosa da nossa história recente.

Discute-se, com emoção e paixão, se referida lei anistiou os torturados do regime militar.

Ao analisar a questão, é preciso fazer um retrospecto histórico.

A *Lei de Anistia* (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979), em seu artigo 1º, *caput*, a concedeu “a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes...” O §1º considerou “conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”; e o § 2º *excetuou* “dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”. O de-

creto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979, repetiu, *ipsis litteris*, o art. 1º *caput*, e §§ 1º e 2º da *Lei de Anistia*.

Em outubro de 88, com o fim da ditadura militar, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, uma das mais avançadas do mundo na preservação dos direitos individuais, motivo de orgulho para todos nós. Entre os “direitos e garantias fundamentais” estabeleceu a *Magna Carta*, em seu art. 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; e no inciso XL, que “a lei penal não retroagir, salvo para beneficiar o réu”.

Embora o atual Código Penal brasileiro, de 1940, preveja, em seu art. 121, §2º, inciso III, o homicídio qualificado cometido com emprego de meio “cruel”, apenando-o com reclusão de doze a trinta anos, e o art. 61, inciso II, *d*, do mesmo Código, considere circunstância agravante (a qual, todavia, não pode aumentar a pena acima do máximo legal) ter o agente praticado o crime com emprego de meio “cruel”, não havia em nosso ordenamento jurídico a tipificação do crime de tortura.

Tal abominável delito só veio a ser tipificado entre nós através da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, publicada no dia seguinte. O art. 1º, incisos I e II, definiu o que “constitui crime de tortura”, e seu § 4º, inciso I, previu uma causa especial de aumento de pena “se o crime é cometido por agente público”.

Verifica-se, por conseguinte, que, sendo a Lei de Tortura de 1997, antes dessa data tal conduta ignominiosa não poderia ser punida, em face dos já referidos princípios constitucionais da prévia cominação legal e da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, incisos XXXIX e XL).

Por outro lado, qualquer homicídio qualificado pelo meio cruel, apenado com reclusão de vinte a trinta anos, cometido durante a ditadura militar, ou seja, há mais de vinte anos, prazo máximo previsto pelo art.

109, inciso I, do Código Penal, já estará irremediavelmente *prescrito*.

Argumentam alguns que o *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, do qual o Brasil é Estado Parte, considera a tortura um crime contra a humanidade e imprescritível. Realmente o art. 7º, 1, *f*, do Estatuto elenca a tortura entre os crimes dessa natureza, “quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”. Por sua vez, o art. 29, sob a rubrica “imprescritibilidade”, dispõe que “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”.

Todavia, referido Estatuto só foi promulgado em nosso país aos 25.09.02, através do Decreto nº 4.388, publicado no dia seguinte.

E o art. 24 do Estatuto, sob o título “Não retroatividade *ratione personae*”, dispõe, em seu número 1, que “Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto”.

Assim, embora os torturados e seus familiares mereçam toda solidariedade humana, do ponto de vista constitucional e penal nada há infelizmente a fazer. Como disse o eminente ex-ministro do STF Ilmar Galvão, é o preço que temos de pagar por viver em um Estado de Direito Democrático.

Todavia, no campo moral há algo que precisa ser urgentemente feito: abrir os arquivos da ditadura militar. Para isso, é necessário rever a malfadada Lei de Acesso à Informação, com amplo debate público e a indispensável transparência, o que, infelizmente, não vem sendo feito.

Roberto Delmanto

Advogado criminalista, ex-membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo e do ILANUD – Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente

CLÁUSULA INADMISSÍVEL NO INDULTO NATALINO

Alberto Silva Franco

O § 4º do art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, autoriza a aplicação de causa redutora de pena, variável entre um sexto e dois terços, quer em relação à pena privativa de liberdade, quer no tocante à pena pecuniária, aos infratores do *caput* e do § 1º do art. 33 do diploma legal já referido, desde que o agente, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Reunidos os requisitos especificados, não há como fugir à diminuição punitiva, que se traduz, então, num verdadeiro direito do próprio acusado. O texto legal não exclui, em momento algum, da menor incidência punitiva, o agente que tenha atuado como traficante. Sob esse ângulo, a direta remissão ao *caput* e ao § 1º do art. 33 da Lei 11.343/2006 significa a confirmação de que se revela absolutamente indiferente, para a causa de diminuição de pena, a categorização do réu como traficante ou não. Um e outro são, em verdade, destinatários do § 4º do art. 33.

Ora, em destoante conflito com esse entendimento, o Decreto n. 6.706, de 22 de dezembro de 2008, publicado no *DOU* do dia imediato, contém regra — inexistente, por sinal, no projeto de decreto formulado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) — que exige, no caso do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 que o condenado penalmente favorecido só poderá ser indultado se ficar demonstrada sua condição de não-traficante. Trata-se de cláusula que extravasa os poderes constitucionais do Presidente da República.

Antes de tudo porque o inciso XII do art. 84 da Constituição Federal, ao atribuir ao Presidente da República a competência para conceder o indulto ou a comutação de penas, não lhe outorgou, ao mesmo tempo, o poder de alargar ou de restringir, por via direta ou reflexa, tipologias penais. Destarte, a alteração de texto penal, por ato do Poder Executivo, retrata uma insuportável ofensa à estrita legalidade penal. No caso em exame, a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não estava subordinada à prévia rotulação do agente como traficante ou não. Os requisitos exigíveis eram outros e, com fundamento neles, a autoridade judiciária poderia ou não efetuar a diminuição punitiva. Não tem, portanto, pertinência negar-se, agora, o indulto ou a comutação de pena, sob o argumento de que a conduta típica do condenado configurava a prática da mercancia.

Depois porque, muito embora possam ser excluídos do decreto de indulto ou de comutação determinados tipos penais, força é con-

vir que esse decreto não pode trazer distinções no interior de uma só e mesma figura criminosa. No Decreto 6.706/2008, os benefícios penais não alcançaram expressamente os crimes hediondos e assemelhados, mas, nessa última categoria, se abriu uma exceção, em relação ao crime do tráfico ilícito de droga, para efeito de admissão do indulto ou da comutação, nas hipóteses dos §§ 2º a 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. No caso em tela, interessa apenas a hipótese do § 4º porque exclusivamente a ela foi aderida a cláusula *desde que a conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia*. Assim, abriu-se uma nova exceção no raio circunscrito de outra exceção. E esta segunda exceção objetiva separar, de forma nítida, as figuras do traficante e do não-traficante, distinção que não se incluía entre os objetivos do legislador penal na formulação do referido o § 4º. O Decreto 6.706/2008 afronta, portanto, a regra da isonomia na medida em que, para a concessão do indulto ou da comutação de penas, desiguala situações fáticas que o legislador penal não teve a preocupação de distinguir.

Além disso, é inquestionável a incidência do indulto ou da comutação na fase de execução da pena e não teria cabimento, nessa fase, a reabertura do juízo de conhecimento para efeito de verificar se o agente praticara ou não atos comprovadores de tráfico ilícito de drogas. Para aferir-se a realização de tais atos, seria mister analisar os dados probatórios, o que significaria uma total subversão do processo penal, a dano do justo processo legal. Assim, se o condenado obteve a causa redutora de pena, com base no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, não terá nenhum sentido, para efeito de concessão do indulto ou da comutação que o juiz da execução penal investigue a conduta típica do condenado para verificar se pôs em prática, ou não, atos próprios do tráfico de drogas.

Em resumo, por qualquer ângulo que se enfoque a questão, a esdrúxula cláusula *desde que a conduta típica não tenha configurado a prática de mercancia* é de todo inadmissível, não comportando atendimento na execução penal, por significar lesão aberta a princípios constitucionais. Destarte, nenhuma restrição, por parte do juízo da execução penal, pode ser admitida em relação a condenados favorecidos pela causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do
Tribunal de Justiça de São Paulo



(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

1º 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

O NOVO DECRETO DE INDULTO

Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade

O Presidente da República, no dia 22 de dezembro de 2008, assinou o Decreto 6.706/2008, concedendo indulto natalino e comutação de penas (DOU de 23/12/08). A pura e simples publicação de um decreto dessa natureza oculta todo o processo de sua gestação.

A primeira redação do decreto de indulto é elaborada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em cujo âmbito foi constituída uma comissão para discutir todas as contribuições que a sociedade civil e a comunidade jurídica pudessem aportar para sua elaboração. Isso se fez por meio de convites a diversas entidades públicas e privadas, como Ministérios Públicos Federal e Estaduais, Magistraturas Federal e Estaduais, Defensorias Públicas, OAB, Conselhos Penitenciários e organizações não governamentais que trazem contribuições relevantes à temática penitenciária (IBCCRIM, p. ex.). Após a realização de audiência pública no Ministério da Justiça, os conselheiros do CNPCP/MJ elaboraram o decreto, votando artigo por artigo, até chegarem ao texto final. Este contou, ademais, com as contribuições dos assessores técnicos do Ministério da Justiça e da Casa Civil da Presidência da República.

Esse longo — e democrático — processo teve como pano de fundo as necessidades prementes de se enfrentar o grave problema de superpopulação carcerária existente no país. Nossos índices de encarceramento são alarmantes e, o que é pior, continuam em franco crescimento. Por isso, entendeu-se serem urgentes as modificações feitas em relação ao decreto de indulto do ano passado.

Não por outra razão, facilitou-se o indulto à mulher encarcerada (mãe de deficiente mental ou de menor de 16 anos, cujos cuidados dela necessite, nos termos do art. 1º, IV); deu-se a oportunidade inédita do indulto alcançar a pena pecuniária, e não somente a privação de liberdade (art. 1º, VI); ampliou-se o alcance do indulto no âmbito da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), para permitir sua concessão aos autores dos delitos do art. 33, §§ 2º, 3º e 4º (art. 8º, I); estendeu-se, também de forma inédita, o indulto às medidas de segurança, permitindo sua concessão àqueles que tenham suportado privação da liberdade ou internação por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada (art. 1º, VIII); criou-se a figura da comutação de penas para as penas restritivas de direito (art. 2º).

Algumas dessas medidas estão a merecer o olhar atento da doutrina, assim como dos operadores da execução penal.

A concessão de indulto àqueles que cumprem medida de segurança faz parte de um amplo movimento político-institucional e

doutrinário que está a recomendar a desinternação daquele autor de delito que no momento de seu cometimento era incapaz de compreender o caráter ilícito do fato praticado. Nas inúmeras reuniões havidas para o estudo da matéria, constatou-se a existência de deficientes mentais, muitas vezes autores de um delito sem violência ou grave ameaça à pessoa, que permanecem sob internação por prazo indefinido. Ficam, algumas vezes, 10 ou 15 anos esquecidos em Hospitais de Custódia e Tratamento, sem qualquer ação curativa, sem o olhar médico ou assistencial do Estado. Não reivindicam advogado. Não sabem por que estão presos e nem por quanto tempo. Por isso, o magistério de **Eduardo Reale Ferrari** acabou por ser acolhido, para estabelecer que o limite da medida de segurança não deverá ser “*jamales superior àquele enunciado abstratamente na pena do ilícito-típico praticado*”⁽¹⁾. Persistindo problemas mentais, deverá haver interdição civil, subtraindo-se a temática da esfera penal.

A segunda grande inovação trazida pelo Decreto de 2008 diz respeito à concessão de indulto para as penas pecuniárias. Em anos anteriores eram indultadas as penas privativas de liberdade, subsistindo a multa para ser executada. Nunca houve qualquer vedação legal ao indulto da multa. A Constituição da República, no art. 84, XII, reconhece a competência ao Presidente da República para “*conceder indulto e comutar penas*” de forma genérica, não especificando quais sejam. À evidência, podendo indultar as penas mais graves poderá o Presidente fazê-lo com as menos graves. E com isso desentulham-se muitas mesas de trabalho de juízes das Varas de Execuções Penais⁽²⁾.

Uma última mudança digna de relevo merece análise. Ela diz respeito à possibilidade dos condenados por infração ao art. 33, §§ 2º a 4º da Lei de Drogas poderem pleitear a concessão do indulto. Em artigo anterior, também publicado neste **Boletim do IBCCRIM** (ano 15, nº 177, agosto/2007)⁽³⁾, no qual destacamos a imprecisão legislativa quanto à definição do que seja tráfico ilícito de drogas⁽⁴⁾ — crime equiparado a hediondo —, afirmamos não ser possível aplicar de maneira automática às múltiplas figuras previstas no art. 33 os gravames e limitações penais ou processuais estabelecidos pela Lei 8.072/90. Felizmente, o Decreto 6.706/08 seguiu esse mesmo caminho para, dando um passo adiante, reconhecer expressamente a possibilidade de concessão do indulto para condutas como a do § 4º do art. 33, desde que não configurem prática de mercancia.

É interessante observar que o Decreto de Indulto de 2008, ao abrir a mencionada possibilidade, acabou por suprir a lacuna

referida algumas linhas acima, qual seja a da falta de definição legal do que seja tráfico ilícito de drogas. Com efeito, ao permitir a concessão de indulto aos condenados por infração ao § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, “*desde que a conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia*” (art. 8º, I do Decreto n. 6.706/2008), firmou o legislador verdadeiro marco interpretativo, segundo o qual só configura “tráfico ilícito de drogas” a conduta que tem por finalidade a “mercancia”.

Portanto, a prática delituosa enquadrada em qualquer dos verbos enunciados no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, caso ausente a “mercancia”, não poderá ser equiparada a crime hediondo, afastando os gravames da Lei 8.072/90. E, conseqüentemente, ao condenado por essa mesma infração poderá ser concedido o indulto do Decreto 6.706/2008.

A despeito de outros avanços específicos, é certo que o Decreto de Indulto de 2008 abrirá um grande leque de novas discussões doutrinárias, especialmente no que concerne ao tráfico de drogas e à medida de segurança.

Apenas um pequeno passo foi dado. Outros serão necessários para o enfrentamento do grave problema carcerário de nosso país.

NOTAS

- (1) *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 197.
- (2) **TORON, Alberto Zacharias**. “Uma palavra sobre o indulto natalino de 2008”, in www.conjur.com.br, consulta feita em 8/1/2009.
- (3) O texto era o seguinte: “*Pondere-se, por fim, que a própria lei vigente recomenda, em algumas hipóteses e circunstâncias, a adoção de penas mitigadas (artigo 33, § 4º, c.c. 42), por entender desnecessária a pena do caput do artigo 33, em hipóteses em que não se reconheça no agente do delito a condição de traficante contumaz, mas mero ‘passador’ eventual. Se assim é, por que persistir a condição de hediondez também nestas hipóteses? Ademais, não se reconhecendo em algumas figuras do art. 33 da Lei de Drogas sua condição de crime hediondo, não estariam submetidos tais fatos ao restritivo mecanismo de submeter o autor do crime ao regime obrigatório fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme determinação do art. 1º da Lei 11.464/07.*”
- (4) Embora muitos dos artigos previstos no Título IV da Lei de Drogas tipifiquem múltiplas condutas, algumas destas não configuram a traficância. A agravar tal situação está o fato de que nenhum desses dispositivos legais faz-se acompanhar do *nomen iuris* “tráfico ilícito de drogas”, dificultando ainda mais sua interpretação.

Sérgio Salomão Shecaira

Presidente do CNPCP, professor titular da USP, ex-presidente do IBCCRIM e advogado criminal

Pedro Luiz Bueno de Andrade

Advogado criminal

MEDIDAS DE SEGURANÇA E O DECRETO DE INDULTO: A ESPERANÇA VENCEU O MEDO

Eduardo Reale Ferrari

Desde o meu doutoramento — lá se vão 9 anos — tenho observado que o instituto da medida de segurança criminal tem obtido poucos, mas, importantes, avanços perante os Tribunais Superiores, não sendo mais novidade falar-se em limites máximos de punição aos inimputáveis, tendo o próprio Supremo Tribunal Federal admitido ser a pena máxima cominada ao ilícito típico o parâmetro eleito para o cômputo da prescrição nas medidas de segurança criminal.

Se de um lado, inegável que houve avanços nos Tribunais, por outro, nenhuma foi a evolução de tal instituto no âmbito legislativo. Esquecida pelo nossos atuais legisladores, a medida de segurança criminal continua socialmente configurada como uma espécie de sanção imposta àqueles que supostamente deveriam ser segregados da coletividade, figurando o temor da reação do doente mental a justificativa para a discriminação e a segregação do cidadão inimputável.

Segregados como bichos, os doentes mentais que praticam ilícitos típicos são, ainda hoje, em muitos Estados, encarcerados em casas de custódia e tratamento psiquiátrico sob o fundamento de uma imperiosa “necessidade social”.

Ainda que avanços relevantes tenham se ultimado em alguns Estados da Federação, dos quais exemplos constituem São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul que pregam pela individualização executória da medida de segurança criminal, indubitável que a ausência de lei dispondo sobre a medida de segurança no que concerne a prescrição penal, aos seus limites máximos e mínimos de duração de punição, assim como a sua progressividade, acabam por configurar válvula de escape rotineira àqueles que desprezam as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

É mais do que chegada a hora de enfrentarmos nossos medos e receios quanto à desconhecida reação de um doente mental em liberdade e tutelar o direito à igualdade também dos inimputáveis, com o estrito respeito àqueles que praticaram ilícitos típicos quando presente a doença mental.

Consoante já afirmamos em nossa obra de doutoramento, “em um Estado Democrático de Direito, inferimos que a medida de segurança criminal exigirá a incidência de todos os princípios constitucionais, não se submetendo o cidadão a medidas terapêutico-penais que contrariem preceitos de legalidade, irretroatividade, presunção da inocência e dignidade da pessoa humana”⁽¹⁾.

Dignidade da pessoa humana pressupõe limite máximo de punição aplicável a qual-

quer que seja o cidadão, não fazendo sentido diferenciar o imputável do inimputável.

Como bem já destacou Luiz Flávio Gomes na relevante *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, “presumir que o inimputável, ou semi-imputável internado, é criminoso diferente do imputável, com pior qualidade do que o delinquente-capaz, figura-se um posicionamento que afronta a Constituição Federal de 1988”⁽²⁾.

A nosso ver, o argumento de que os enfermos mentais são diferentes dos condenados imputáveis, e por isso, deveriam ser tratados de modo diferente, com ausência de prazos máximos de punição, configura-se, nos dias de hoje, discriminatório e utilitarista. Da mesma forma, absurda constitui a afirmação de que a ausência de limite máximo de punição ao doente mental se imporia em face de uma maior reiteração da prática do ilícito típico por parte do doente mental — ainda mais se comparado com o imputável — figurando tal assertiva em odiosa e incomprovada presunção.

Como bem destaca “o risco que a sociedade deve assumir em relação à reiteração dos inimputáveis constitui o mesmo que assume diariamente em relação aos imputáveis, que após cumprirem a pena, saem em liberdade, na maioria das vezes mais escolarizados”⁽³⁾.

Urgente assim, o labor por parte do Congresso Nacional criando normas que imponham expressamente limites máximos à duração da medida de segurança criminal. Foi exatamente nesse enfoque, que, em 1999, propusemos — enquanto secretário de uma das Comissões Elaboradoras do Anteprojeto de Revisão do atual Código Penal —, a enunciação de um dispositivo legislativo que fixasse o limite máximo de duração à medida de segurança criminal, sugerindo à época, a seguinte redação: “o tempo de duração da medida de segurança não será superior à pena máxima cominada ao tipo legal do crime”, aplicando-se tal limite máximo, quer para o inimputável, quer ao semi-imputável, assim como para aqueles que adquirissem a doença mental, posteriormente à conduta.

Nessas três hipóteses o tempo de duração da sanção penal jamais poderia ser superior àquele enunciado abstratamente à pena do ilícito-típico praticado, havendo obrigatoriamente um marco máximo de imposição à execução da medida de segurança criminal.

A esperança de 1999, entretanto, com o passar dos anos, transformou-se em frustração, pois passados dez anos, nenhum Projeto de Lei no Congresso Nacional atinente ao tema avançou, restando claro que também o Poder Executivo independentemente do partido po-



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):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

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):

Ricardo Guinalz

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:

Administrativo Financeiro 2

Comunicação e Eventos 3

Biblioteca 4

Diretoria/Presidência 5

Internet 6

Secretaria 7

Núcleo de Pesquisas 8

www.ibccrim.org.br

E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e

boletim@ibccrim.org.br

lítico — com consequente maioria de parlamentares no Congresso — pouco interesse conferiu à temática da limitação da punição, não sendo raras as vozes dentro do próprio Poder Executivo que temiam por uma medida supostamente impopular, decorrente de uma suposta “liberdade dos loucos em cascata”, como se não fossem sujeito de direitos.

O medo e a ignorância até então venciam a esperança. Para nossa surpresa, entretanto, uma luz no final do túnel efetivamente surgiu. Movidos por uma relevantíssima iniciativa dos membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária — CNPCP — elaborou-se uma Minuta de Decreto de Natal que finalmente dispunha sobre o tempo máximo de duração da medida de segurança criminal.

Sob a liderança de seu presidente, professor [nome], os Conselheiros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sugeriram precisa redação indultando, após determinado tempo, àqueles que cumpriram a medida de segurança criminal, conferindo exemplo a todo o país no sentido de que os ideais de esperança devem ser sempre perseguidos, se sobrepondo ao medo.

Por meio de uma proposta democrática e que trilha pela obediência estrita aos

preceitos constitucionais, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária encaminhou ao ministro de Estado da Justiça a proposta do Decreto de Natal do ano de 2008.

O ministro de Estado da Justiça, por sua vez, por meio de sua sensibilidade política, convenceu o Presidente da República a editar, em 22 de dezembro de 2008, o Decreto-lei nº 6.706, assim instituindo: É concedido indulto — inciso VIII —

Aplica-se assim, pela primeira vez em nosso ordenamento, um dispositivo que efetivamente limitou a execução da medida de segurança criminal no Brasil, sendo esse limite correspondente ao tempo da pena cominada ao ilícito-típico, aplicável tal limite máximo, quer aos submetidos originariamente à medida de segurança, quer aqueles que, no âmbito da execução,

tiveram a “superveniência de doença mental”, limitada agora normativamente ao máximo da pena abstrata do ilícito-típico.

Ainda que se possa criticar a via do Decreto-lei, inegável constitui o fato de que a edição do tempo máximo da punição à medida de segurança criminal, ainda que por meio do Indulto Natalino, reacende nossas esperanças no sentido de não desistirmos de nossas convicções e ideais, figurando um ponto de partida — e não de chegada — em nossa cruzada de respeito às garantias constitucionais, cabendo-nos uma forte pressão perante o Congresso Nacional, a fim de que o mesmo, inobstante seu dever, faça aquilo que menos acaba por fazer, qual seja, legislar.

NOTAS

- (1) *In Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 217.
- (2) “Medidas de Segurança e seus limites”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano I, no. 2. abr/jun. 1993.
- (3) *Adiciones de Derecho Espanol al Tratado de Derecho Penal de Hans-Heinrich Jeschek*, p. 124.

Eduardo Reale Ferrari

Advogado criminalista, professor doutor de Direito Penal da Universidade de São Paulo

INDULTO NATALINO DE 2008: PELO FIM DA HIPOCRISIA EM MATÉRIA JURÍDICO-PENAL

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

“O direito de indulto (ius aggratiandi) para o criminoso, quer mediante a atenuação do castigo, quer eximindo-o totalmente a ele, é o mais arriscado de todos os direitos do soberano, para demonstrar a magnificência da sua grandeza e para, por meio dele, realizar uma ação profundamente injusta. No tocante aos crimes dos subditos entre si não lhe corresponde de modo algum exercer tal direito; pois aqui a impunidade (impunitas criminis) é para com eles a suma injustiça. Portanto, só pode fazer uso desse direito no caso de ele próprio ser lesado (crimen laesae maiestatis). Mas nem sequer então pode fazê-lo, se a impunidade pudesse pôr em perigo a segurança do povo. Este é o único direito que merece o nome de direito de majestade.”⁽¹⁾

No último dia 23 de dezembro, fez-se publicar o Decreto n. 6.706, materializando o denominado indulto natalino⁽²⁾. A redação do texto normativo trouxe importantes novidades⁽³⁾, que constituem avanços inéditos no campo jurídico-penal.

A despeito das referidas inovações, bem como da própria afirmação histórica do instituto do indulto, assiste-se à renovação de discursos típicos de uma política de lei e ordem voltados contra o ato discricionário do Poder Executivo, alardeando-se “a imediata liberação de milhares de apenados perigosos, beneficiando homicidas, estupradores, atentadores ao pudor, assaltantes à mão armada, traficantes de entorpecentes”, o que gera “sério gravame à sociedade e aumenta de forma exponencial o risco a que estarão sujeitos todos os cidadãos, com perigosos criminosos colocados irresponsavelmente nas ruas”⁽⁴⁾. Nessa linha pretensamente caótica, a concessão do indulto natalino parece conferir dimensões ainda maiores ao que se vem denominando de falência ou crise do sistema prisional, de um lado, e à própria insegurança social, de outro.

No contexto hipócrita, tipicamente adotado quando se trata de matéria jurídico-penal, questiona-se se a extinção da punibilidade concedida pelo indulto não constituiria apenas mais um meio de atingimen-

to de impunidade, num país em que o Direito Penal e o próprio Poder Judiciário já passam por grave crise de credibilidade.

A concepção geral no âmbito social, alimentada pela mídia e por parcela dos próprios operadores do Direito, parece identificada com a concepção de [nome] segundo a qual “é melhor que morra um só homem do que todo o povo, pois, se a justiça morrer, deixa de ter valor que os homens vivam sobre a terra”, que vê a lei penal como um imperativo categórico, impassível de alterações ou mitigações por parte dos operadores. Assim, não seria mesmo possível a ingerência do Poder Executivo para extinguir a punibilidade de indivíduos devidamente condenados pelo Judiciário à pena ajustada ao delito cometido. Então qual o sentido do indulto, poder-se-ia indagar, a não ser provocar contradições e injustiças no âmbito penal? Nessa linha, o indulto natalino transforma-se em vilão do sistema, como se fosse ele o responsável por toda a insegurança e as mazelas da sociedade na esfera penal.

A fim de bem responder a essa crítica, que representa uma concepção simplista e simbólica do Direito Penal e dos próprios fenômenos sociais, é necessário ultrapassar a discussão meramente dogmática para alcançar uma abordagem político-criminal.

A par das discussões, já a partir do século XIX, em torno da eficácia da privação da liberdade do indivíduo como pena, é certo que a pena privativa de liberdade historicamente foi e continua a ser utilizada como alternativa de exclusão social dos miseráveis, que passam a ser neutralizados (ao menos por um determinado tempo) no contexto do próprio sistema⁽⁵⁾. De fato, basta uma rápida passada d'olhos nos destinatários das penas para verificar inúmeros fatores característicos de sua condição social de pobreza e exclusão (tais como o analfabetismo ou baixo grau de instrução e o desemprego, dentre tantos outros). E se é assim, ou seja, se os maiores "clientes" do sistema prisional são mesmo os excluídos sociais, pode-se afirmar que não há, de fato, real preocupação nas órbitas jurídica e política com o figurado apenado. Em palavras mais simples: não existe interesse na busca de influências positivas da sociedade sobre o cárcere e seus encarcerados, com o fim de evitar os efeitos deletérios da prisão, tais como a própria criminalidade secundária — nos próprios bancos das faculdades não é incomum assistirmos aos alunos manifestarem descontentamento quando a matéria se relaciona aos direitos dos condenados.

Nessa linha neokantista que considera a sanção penal como castigo ou retribuição, buscando, em vão, polarizar a sociedade entre mocinhos e bandidos, o grande benefício do sistema prisional é livrar-se do transtorno ou dos perigos representados pelos criminosos, como se esses indivíduos concentrassem todos os males da humanidade.

Antes de mais nada, importante frisar que a defesa do tratamento razoável e humano aos condenados, longe de ter caráter demagógico ou liberal, possui, antes de tudo, objetivos pragmáticos. Não adianta sustentar a ilusão de que a condenação criminal tem o poder de fazer desaparecer o criminoso, porque, cedo ou tarde, ele retornará ao convívio social, e aí precisaremos definir honestamente qual indivíduo queremos que retorne.

Assim, quando o Estado insiste em demonstrar absoluta rigidez normativa, somada ao desprezo em relação à realidade do sistema prisional, acaba por afastar ainda mais os condenados da sociedade. E agindo assim, o próprio Estado acaba por aproximar esses indivíduos do maior foco de suas preocupações atuais na esfe-

ra penal: a denominada criminalidade organizada, sempre disposta a adotar os "órfãos sociais"⁽⁶⁾. De outro lado, a ausência do Estado em matéria de execução penal, tratando os condenados como inimigos sociais, leva ao crescimento de fenômenos de autotutela, a exemplo dos esquadrões da morte, até hoje noticiados por todo o país e reiteradamente aplaudidos por parcela da sociedade. Veja-se, portanto, que o tratamento inadequado da matéria penal pelo Estado acaba por ser responsável por boa parcela dos graves problemas que assolam a sociedade e, justamente por isso, merece imediato e profundo reexame.

A discussão remonta à própria finalidade da pena. Conforme advertiu

ainda em 1984, por ocasião da Reforma da Parte Geral do Código Penal, a pena é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo, bem como o regime político a que este está submetido.

Ora, nos termos do artigo 1º da Lei Federal n. 7.210/84, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Esse é, portanto, o norte a ser seguido em matéria de cumprimento de penas (e por que não também de medidas de segurança?), no âmbito de nosso Estado Democrático de Direito, a impedir, diante do quadro principiológico adotado, que a pena tenha o fim de retribuir o mal causado pelo crime, como vingança pública.

Se é assim, a pena deve buscar um sentido construtivo, materializado na ressocialização, entendida a partir da ótica da reintegração social, na exata visão de

. Essa finalidade, identifica-

da por e como a de reforçar a condição de pessoa do condenado, conferindo-lhe oportunidades de aprofundar-se em sua condição de ser livre e de superar obstáculos sociais que o impediam de atingir seu desenvolvimento pessoal⁽⁷⁾, pode ser atingida por meio da redução dos efeitos nocivos do próprio cárcere, tais como o aumento da aplicação das penas alternativas à pena privativa de liberdade e a implementação de programas de benefícios adequados às necessidades e demandas dos

condenados — inclusive no período pós-prisional, a fim de superar as barreiras da marginalização social. Nessa perspectiva, o indulto representa um importante papel, ao diminuir o próprio tempo de cumprimento da pena do condenado, afastando-o das consequências deletérias da condenação criminal.

E, de fato, tratando da relação entre indivíduo, pena e tempo, assevera que, no contexto do cumprimento da pena privativa de liberdade, o condenado é abstraído da realidade social para converter-se em um sujeito homogeneizado, vi-

vendo, assim como os demais internos do sistema prisional, um tempo e um espaço comuns, diversos e isolados do tempo e do espaço sociais⁽⁸⁾. Essa sincronização uniforme, essa artificialidade do tempo calculado como medida da pena traz, inegavelmente, consequências ne-

fastas ao indivíduo, a par das mazelas já conhecidas de nossa prática de execução penal, tais como a superpopulação carcerária e a deficiência de estrutura material.

Nessa ótica, o indulto surge como mecanismo de contrapeso do Direito Penal aplicado, representando a esperança de conquista ou prêmio àqueles que possuem os requisitos positivos apontados no texto normativo. E a expectativa dessa extinção de punibilidade cumpre uma função apaziguadora do próprio sistema prisional, acalmando os ânimos dos condenados, que vêem no Estado uma postura sensível a essas questões e, fundamentalmente, a um ideal de reintegração social. Trata-se, portanto, o indulto de medida de política criminal, conforme as diretrizes do próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que, no Plano de Política Penitenciária, sugere a necessidade de busca por alternativas à política de encarceramento, até em razão da constatação de que a variação positiva de aplicação de penas privativas de liberdade não reduziu o índice de cometimento de crimes⁽⁹⁾.

Dentro de uma concepção sistêmica do Direito Penal, como instrumento subsidiário de intervenção do Estado no âmbito social, conclui-se que o denominado indulto natalino revela a adoção, por parte do Estado, nas suas diversas esferas, de uma razoabilidade moderadora⁽¹⁰⁾, oxigenando o sistema a fim de impedir que sua racio-

O Decreto n. 6.706 é medida salutar que renova a esperança da adoção de uma política criminal voltada ao sistema penal como um todo, compreendendo, inclusive e para o que aqui nos interessa, o sistema prisional, a fim de, na medida do possível e sempre à luz dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, corrigir suas mazelas.

nalidade normativa adquira conteúdo extremado e, assim, acabe por causar prejuízos ao próprio sistema.

É preciso, portanto, abandonar de uma vez por todas a concepção hipócrita em matéria penal e admitir que o indulto não representa nenhum mal à sociedade, até porque, em números reais, beneficia parcela reduzida de condenados. Ao contrário, o crescente quadro de insegurança social e de descrédito no Direito Penal é fruto da ausência do Estado na adoção de políticas sociais e, fundamentalmente, é fruto do recrudescimento do Direito Penal, transformando-o num instrumento de intervenção formal simbólico, que não consegue atingir seus fins, seja em razão das inúmeras impropriedades técnicas, seja em virtude das próprias deficiências estatais em relação à implementação de medidas e procedimentos voltados à prevenção e à apuração efetiva de delitos.

Conclui-se que o Decreto n. 6.706 é medida salutar que renova a esperança da adoção de uma política criminal voltada ao sistema penal como um todo, compreendendo, inclusive e para o que aqui nos interessa, o sistema prisional, a fim de, na medida do possível e sempre à luz dos princípios

fundantes do Estado Democrático de Direito, corrigir suas mazelas.

NOTAS

- (1) **KANT, Immanuel.** "Da Metafísica dos Costumes". Trad. **Artur Morão.** *Revista do Ministério Público* n. 99, Ano 25, julho-setembro 2004, p. 197.
- (2) O indulto, concedido pelo Presidente da República, constitui hipótese de renúncia do *ius puniendi* do Estado, acarretando aos indivíduos por ele alcançados a extinção da punibilidade, conforme dispõe o art. 107 do Código Penal.
- (3) Referidas novidades consubstanciam-se na concessão da extinção da punibilidade nos seguintes casos: aos condenados pelo chamado tráfico privilegiado de drogas; aos condenados à pena de multa, aplicada cumulativamente à pena privativa de liberdade, desde que não quitada aquela e cumprida a pena privativa de liberdade; aos indivíduos submetidos à medida de segurança que a estejam suportando por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada; ao ; e às condenadas à pena privativa de liberdade superior a oito anos que tenham filhos com deficiência mental ou física ou menores de dezesseis anos, e que já tenham cumprido parcela da pena imposta (metade ou um terço, conforme a verificação, ou não, de reincidência).
- (4) Como salienta **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, citando trechos da petição inicial da ADI 2795, por meio da qual o Partido Trabalhista Brasileiro questionou perante o Supremo Tribunal Federal as "liberalidades" do indulto natalino de 2002. "O indulto e o decreto n. 4.495, de 4 de dezembro de 2002", *Boletim IBCCRIM*, ano 11, n. 123, fevereiro 2003, p. 6.

- (5) No mesmo sentido, v. **SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu.** *Teoria da Pena. Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.
- (6) **Antonio Luís Chaves Camargo** trata do mesmo problema, asseverando que as organizações criadas dentro dos presídios são hoje as reais responsáveis por sua administração, sempre sob a ameaça de rebelião, desvirtuando o próprio sentido da pena aplicada. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 186.
- (7) *Nuevo Sistema de Derecho Penal.* Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 59.
- (8) **MESSUTI, Ana.** "Delito, pena, tiempo: una proporción imposible", *Revista Ultima Ratio*, ano 1, n. 0, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 281.
- (9) Nessa linha, **Sérgio Salomão Shecaira** afirma que pena e política criminal podem ser só ato, ou também pensamento. Se a pena for somente ato, não será racionalmente recepcionada pelo destinatário da norma e não adquirirá a razão, entendida como a faculdade de compreender as relações das coisas e de distinguir o verdadeiro do falso. "Pena e política Criminal. A experiência brasileira", in *Criminologia e os Problemas da Atualidade.* **Alvino Augusto de Sá e Sérgio Salomão Shecaira** (coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 323.
- (10) Utilizando-se do mesmo termo, v. **Ana Messuti.** *Delito...*, ob. cit., p. 284.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Professora doutora de Direito Penal da USP e coordenadora-chefe da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*

O INDULTO NATALINO DE 2008 E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Com fundamento no art. 84, XII, da Constituição Federal e com a reconhecida legitimidade calcada nos princípios da dignidade humana, humanidade das penas e proporcionalidade⁽¹⁾, mais uma vez foi publicado, às vésperas do Natal, decreto presidencial concedendo indulto e comutação de penas a quem se encontrar nas condições ali estabelecidas. Embora a concessão da clemência estatal não seja propriamente uma novidade em nosso ordenamento, o Decreto nº 6.706/08 destaca-se, de maneira especial, pelo seu conteúdo, ou seja, pelo alcance de suas disposições.

Assim, foi dado um grande avanço no sentido da ampliação dos direitos da mulher condenada, foram agraciados não só os condenados à pena privativa de liberdade mas também aqueles que a tiveram substituída por penas restritivas de direitos, assim como foram voltados os olhos para os condenados à pena de multa. Tão ou mais importante é a previsão de indulto nos casos de submissão à medida de segurança, e também para os condenados às penas do art. 33, §§ 2º a 4º da Lei 11.343/06.

De maneira geral, vislumbra-se nesse decreto uma preocupação em prestigiar o importante princípio constitucional da igualdade, tão importante e frequentemente esquecido tanto pelo nosso legislador como pelos intérpretes do direito. Ao partir do pressuposto de que são proibidas discriminações arbitrárias, tal princípio impõe que a situações iguais seja dispensado tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado, na medida da diferenciação decorrente de uma causa objetiva; ou seja, onde houver diferenças a Constituição exige que a diferenciação das consequências jurídicas seja produzida em correspondência com aquelas — e somente nos limites do significado de tais diferenças, consideradas objetivamente⁽²⁾.

Vislumbra-se nesse decreto uma preocupação em prestigiar o importante princípio constitucional da igualdade, tão importante e frequentemente esquecido tanto pelo nosso legislador como pelos intérpretes do Direito.

Com esse ponto de partida, vislumbra-se que, sob aspectos distintos, pode-se dizer que no decreto de indulto natalino de 2008 buscou-se conferir aplicação prática ao princípio da igualdade. De forma bastante sintética, analisemos essas hipóteses.

De um lado, temos o art. 1º, VIII, que permite a concessão de indulto àqueles que se encontram submetidos à medida de segurança e que, até 25 de dezembro de 2008, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento

ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos da substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação.

Ao assim dispor, o indulto isenta de submissão à medida de segurança todos aqueles que a ela já estiveram submetidos por período maior do que o correspondente ao cumprimento da pena do crime praticado, caso tivessem sido considerados imputáveis. Pela via do indulto, portanto, criou-se a possibilidade de conferir algum tipo de limite ao prazo de duração das medidas de segurança — algo tido como garantia fundamental aos que se submetem à sanção criminal destinada aos culpáveis.

Apesar de ser indiscutível a pertinência da diferenciação das sanções penais entre penas e medidas de segurança — e entre seus pressupostos e suas respectivas consequências jurídicas —, claro também é que ambas guardam algumas importantes semelhanças que não justificam certas disparidades de tratamento. Como bem demonstrou ⁽³⁾, não só ambas pressupõem um ilícito-típico previamente definido por lei e têm como finalidade, além da realização de justiça, também a ressocialização, a integração social e a prevenção, mas deve sempre ser lembrado que o caráter aflictivo, por sua vez, é traço característicos das duas espécies de sanção, já que na medida de segurança também ocorre a restrição da liberdade individual da pessoa⁽³⁾.

Desta feita, apreende-se do Decreto nº 6.706/08 um claro reconhecimento de que é afrontoso à dignidade humana a inexistência de limite máximo à medida de segurança, razão pela qual optou o Presidente da República por conceder indulto àqueles que se encontravam submetidos a uma medida criminal há mais tempo do que o admissível caso tivesse sido levado em consideração o juízo de culpabilidade; ou seja, o ato de clemência do Estado atingiu aqueles que cumpriam, de fato, uma sanção de caráter perpétuo — ao arremisso o art. 5º, XLVII, da CF.

De outro lado, o art. 8º, I, impediu que o indulto alcançasse os condenados pela prática de tráfico ilícito de drogas, executando as hipóteses previstas nos §§ 2º ao 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, desde que a conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia. Aqui, quis o Decreto claramente tratar de maneira diferenciada condutas que recebem diferentes valorações pela sociedade.

Em termos práticos, como bem observou ⁽⁴⁾, poucos deverão ser os casos em que caberá a aplicação do Decreto aos condenados pelo art. 33, §§ 2º a 4º; quanto aos que tiverem sido condenados pelos §§ 2º e 3º, a pequena quantidade de pena cominada possibilitará, na maioria das vezes, a concessão do *sursis* ou a conversão da pena em restritiva de direitos, o que excluirá o condenado das hipó-

teses alcançadas pelo Decreto; já quanto aos condenados pelo § 4º do art. 33, a ressalva contida no próprio art. 8º, I, diminui consideravelmente o rol dos agraciados pelo Decreto, uma vez que não basta o agente ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, mas é indispensável, também, que conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia.

Em que pesem essas restrições, merece destaque a importante função que teve o Decreto no sentido de reconhecer a diferença substancial existente entre as hipóteses alcançadas pelo indulto e o tráfico de entorpecentes previsto constitucionalmente como merecedor de uma reprimenda mais dura. De maneira especial, ao excepcionar da proibição de indulto àqueles que, embora condenados pelo tráfico de drogas, são primários, têm bons antecedentes, não se dedicam às atividades criminosas nem integram organização criminosa, o Decreto escancara aquilo que os operadores do direito e a sociedade em geral conhecem: existem inegáveis diferenças entre os juízos de reprovação que devem recair sobre pequenos e grandes traficantes, entre o vendedor ocasional e o chefe da quadrilha responsável pela distribuição da droga em determinada região. Se é passível de crítica a constatação de que o requisito de não praticar a mercancia restringe, sobremaneira, o alcance do Decreto, é motivo de aplauso a possibilidade de concessão de indulto a quem, por exemplo, envia droga via correio a parente residente em outra cidade ou cultiva drogas em seu quintal para distribuir aos amigos. Permite-se, com isso, que o juiz possa dispensar tratamento diferenciado àqueles que o legislador expressamente quis que recebessem tratamento mais benigno.

Ao lado destes dois aspectos do decreto de indulto natalino, merece destaque, também, o tratamento diferenciado dispensado à mulher. Por reconhecer a especial situação da condenada, de maneira especial quando a ela couber cuidar de filho com deficiência mental ou física ou menor de dezesseis anos, confere-se-lhe tratamento diferenciado, sendo facilitada a concessão do indulto por meio do estabelecimento de lapso temporal de pena cumprida menor em relação a quem não se encontra na mesma situação.

Com essas observações, verifica-se a importante função desempenhada pelo de-

creto analisado, que é a de trazer para o ordenamento jurídico-penal pequenas doses do princípio da igualdade, numa tentativa de introduzir no direito penal alguma racionalidade. Diante da violência e da insegurança que permeiam a nossa sociedade, a frequência de atos legislativos e decisões judiciais cada vez menos atentas às particularidades das condutas humanas e voltadas, prioritariamente, ao combate enérgico do crime pela repressão acabam desvirtuando a própria realização da justi-

ça concreta ao equiparar o que intrinsecamente é diferente ou diferenciar de maneira desproporcional às reais diferenças.

Embora a concessão de indulto e comutação de pe-

Embora a concessão de indulto e comutação de penas seja ato político, discricionário do Chefe do Poder Executivo, é inegável a importância que pode ter em todo o ordenamento e na forma como o direito é operado.

nas seja ato político, discricionário do Chefe do Poder Executivo, é inegável a importância que pode ter em todo o ordenamento e na forma como o direito é operado. Quando o Presidente da República concede a clemência estatal a quem se encontra submetido à medida de segurança há mais tempo do que o limite máximo previsto para o delito praticado ou há mais tempo do que aquele a que foi efetivamente condenado, quando o pequeno traficante é tratado de forma muito mais adequada à real gravidade da conduta praticada ainda que formalmente o crime cometido seja etiquetado como hediondo, e quando a mulher condenada tem sua especial situação levada em conta para que a ela o indulto seja facilitado, impossível isso não impactar, de alguma forma, no desenvolvimento do sistema penal. Sobre isso, dizia ⁽⁵⁾ que ao corrigir os erros ou excessos do rigor da Justiça, “o indulto é o prenúncio da reforma de leis que já não correspondem ao sentir da comunidade”⁽⁵⁾. No caso do Decreto nº 6.706/08, que assim seja.

NOTAS

- (1) **BARROS, Carmen Silvia de Moraes.** “Indulto condicional: triste equívoco”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.12, n.144, p. 6, nov. 2004.
- (2) **Karl Larenz.** *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*, tradução de **Luis Díez-Picazo**, Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 142.
- (3) *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 72 e segs.
- (4) “Uma palavra sobre o indulto natalino de 2008”, disponível no site http://www.conjur.com.br/2009-jan-08/palavra_indulto_natalino_2008.
- (5) *Instituições de Direito Penal*, v. 1, tomo II, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 341.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Professora-doutora de Direito Penal da USP

SUA PENA NÃO TERMINA QUANDO ACABA

Pedro Mesquita Schaffa

No Brasil, a pena nunca termina ao fim da execução. Naturalmente ela se prolonga por mais 5 anos⁽¹⁾.

Durante este “período de prova”, a pena já cumprida fica à espreita, esperando o momento certo para reaparecer.

Isto porque o legislador brasileiro acredita que, não funcionando a reabilitação⁽²⁾ na primeira passagem pelo cárcere, é necessário garantir que o reincidente seja novamente encaminhado para a prisão e que lá fique mantido por mais tempo (ou talvez, somente primários tenham direito à reabilitação, aos outros se reserva a prevenção específica).

A reincidência se faz presente na legislação brasileira em 29 momentos⁽³⁾. Agravar a pena⁽⁴⁾, impedir ou revogar benefícios⁽⁵⁾ e alterar prazos⁽⁶⁾ são suas principais funções⁽⁷⁾.

Para se mostrar o quão desastrosa é a incidência da reincidência no Brasil, observemos um furto simples de coisa de pouco valor cometido pela segunda vez. Neste exemplo, a reincidência estará presente (seja obrigatoriamente ou por opção do juiz):

(1) Vedando a concessão de fiança;

(2) No momento da dosimetria da pena — como agravante e fator preponderante na contraposição entre estas e as atenuantes;

(3) Na fixação do regime;

(4) Impossibilitando a substituição por penas restritivas de direito;

(5) Proibindo a diminuição ou substituição da pena em razão da coisa furtada ser de pouco valor;

(6) Impedindo o *sursis*;

(7) Aumentando o prazo prescricional;

(8) Aumentando o prazo para o livramento condicional; e

(9) Elevando o prazo para a concessão da saída temporária.

Este é o mínimo de situações em que um réu reincidente pode ser tratado de maneira diferenciada do primário num furto simples de coisa de pouco valor. O que deixa claro que o *bis in idem* não ocorre somente quando a reincidência é utilizada durante o cálculo da pena como agravante necessária.

Neste momento, há um recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público gaúcho⁽⁸⁾ que, após decisão do Tribunal de Justiça reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 61, I, do CP em mais de uma ocasião⁽⁹⁾, pede ao Supremo que reconheça a recepção deste artigo pela Constituição de 88.

Já foi reconhecida a repercussão geral

pelo ministro _____, mas até o momento não houve decisão definitiva. E, baseado em uma pesquisa rápida no *site* STF, esta pode não ser aquela que alguns — como eu — esperam⁽¹⁰⁾.

É necessário o reconhecimento da inconstitucionalidade da reincidência quando usada como circunstância agravante, mas este deve ser só um primeiro passo. Mais do que isto, é indispensável uma reforma profunda para adequar toda a legislação penal.

Pois, às vezes mais nocivo ao condenado é sua função de cercear o direito a benefícios ou fazê-lo esperar mais tempo para obtê-los.

Não se pode esquecer que a pena não está apenas no dispositivo da sentença. Neste exemplo do furto simples, o aumento na pena, que resultaria da aceitação da reincidência como agravante, tem efeitos menos perversos do que a proibição das substituições da pena ou as diminuições previstas especificamente para o tipo.

Obviamente esta alteração dependeria de um enorme esforço político. No entanto, se observarmos o Código Penal peruano de 1991, que eliminou o conceito de reincidência para quaisquer efeitos — seja para o agravamento de pena ou a não concessão de benefícios — vemos que ele foi promulgado durante o governo Fujimori (que certamente não entrou para a história como amante dos direitos fundamentais).

A exposição de motivos daquele Código era muito clara ao elencar as razões que levaram a comissão responsável pelo Código a adotar esta posição:

“Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar [reincidência e habitualidade] que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio bis non in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que

se encuentra consagrado en el artículo 233º inc. 11 de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drástica de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social” (grifos meus).

A reincidência desapareceu completamente do Código Penal peruano durante 15 anos, até a Lei 28.726/06 acrescentar dispositivos que reinstituíram os conceitos de reincidência e habitualidade⁽¹¹⁾, mas somente como circunstâncias a serem consideradas no cálculo da pena⁽¹²⁾ (no *site* do Congresso peruano⁽¹³⁾ há explicação para tal mudança).

E mesmo após este retrocesso, o sistema peruano, no que se refere à reincidência, continua sendo muito mais garantista do que o brasileiro.

Na verdade, lá a reincidência só é considerada no cálculo da pena. Só que, como o país não adota um sistema trifásico para a dosimetria (uma exclusividade brasileira), a reincidência ou a habitualidade são consideradas em um universo de 13 elementos para a elaboração final da pena⁽¹⁴⁾, sem um valor específico em sua determinação.

Ou seja, em termos de reincidência, o único ponto em que o Brasil pode avançar neste momento é o único ponto que o Peru regrediu.

Ah, e se o Supremo realmente reconhecer a inconstitucionalidade da reincidência como agravante, vão faltar só mais 28 recursos extraordinários para limpar a legislação brasileira...

NOTAS

(1) Este é o tempo previsto no CP (art. 64, I) para cessar os efeitos da reincidência após o cumprimento da pena.

(2) Art. 1º, Lei de Execução Penal.

(3) Parte das informações aqui apresentadas foi extraída de projeto de pesquisa ainda em curso coordenado por **Maira Rocha Machado**. Para realizar este levantamento, consideramos o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e as Leis 8.072/90 e 9.099/95. Separamos todos os

- artigos que estejam, explícita ou implicitamente, relacionados à reincidência. Assim, também estão incluídos aqueles artigos que só fazem menção à condição de primariedade ou aos antecedentes do réu.
- (4) Arts. 33, §2º, b e c; 59; 61, I; 67; e 71, parágrafo único, todos do CP.
- (5) Arts. 44, II e § 3º; 60, § 2º; 77, I; 81, I; § 1º; 83, V; 86; 87; 95; 155, § 2º; 168-A, § 3º; 170; 171, § 1º; 180, § 5º; 337-A, § 2º, todos do CP; 323, III, do CPP; e 76, III, Lei 9.099/95.
- (6) Arts. 83, II, 110 e 117, do CP; 123, II, da LEP; e 2º, § 2º, da Lei 8.072/90.
- (7) Até pouco tempo atrás, ela também servia para impedir que réus reincidentes, pronunciados ou condenados, recorressem em liberdade. Felizmente, essa imposição foi revogada com as Leis 11.689/08 e 11.719/08.
- (8) RE 591.563-8/RS.
- (9) O caso que gerou o recurso extraordinário é a Apela-

ção Criminal 70016965345, da Quinta Câmara, rel. des. **Luis Gonzaga da Silva Moura**.

- (10) Utilizando o termo de busca “reincidência e agravante” e separando a mostra ministro a ministro, pude observar que os relatores dos seguintes acórdãos (oito no total) não reconhecem nenhuma inconstitucionalidade quando a reincidência é usada como agravante e não há, aparentemente, nenhum acórdão dissidente destes: HC 94.020/RS, HC 93.969/RS, HC 93.194/RS, HC 94.903/RS, HC 70.483/SP, HC 82.306/PE, HC 88.422/RS e HC 85.507/PE.
- (11) No Brasil, desde o Código Imperial de 1830, nunca houve distinção entre reincidentes. Apenas no CP de 1969 (que não chegou a ter vigência) e nos anteprojetos do Código Penal, como o de **Nelson Hungria** de 1962, previa-se essa separação entre “reincidentes”, “habituais” e “por tendência”, mas que não vingou. Cf. **Alcides Munhoz Neto**, “Críminosos Habituais e por tendência”, in *Revista de*

Direito Penal, nºs 15/16, Rio de Janeiro: Editora Revista do Tribunais, julho/dezembro 1974.

- (12) A habitualidade é caracterizada pela ocorrência de três sentenças condenatórias transitadas em julgado contra o réu e permite o incremento da pena em até a metade. A reincidência, por sua vez, permite o aumento da pena em até 1/3 e ocorre quando há menos de três condenações transitadas em julgado.
- (13) E pelo que se depreende da leitura, ela se deu por motivos de ordem pública e pressão da mídia. Cf: http://www.congresso.gob.pe/participa/2006/ipc_11052006.htm.
- (14) Art. 46 do Código Penal peruano. Entre eles encontram-se também a idade, a educação, a situação econômica e o ambiente social do réu, a confissão sincera e a reparação do dano.

Pedro Mesquita Schaffa

Bacharel pela USP e pesquisador na Direito GV

VIDEOCONFERÊNCIA: REITERANDO O EQUÍVOCO DA ORDEM PÚBLICA

Eduardo Luiz Santos Cabette

1. Introdução

Quando o Supremo Tribunal Federal já havia decidido pela inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência, aduzindo infrações materiais ao devido processo legal (ampla defesa, direito de audiência pessoal etc.) e formais (ausência de previsão em lei federal), invalidando inclusive intentos legislativos como o do Estado de São Paulo (Lei Estadual 11.819/05)⁽¹⁾, abrindo assim as críticas formuladas pela doutrina a tal procedimento⁽²⁾, eis que surge a Lei Federal 11.900/09, regulamentando o famigerado interrogatório *on line*.

No dizer de

o Congresso Nacional aprovou a Lei 11.900/09 “*em respeito*” à decisão do STF, regulamentando “*o interrogatório e depoimento por videoconferência em situações excepcionais*”.

É bem verdade que a Lei 11.900/09 põe cobro à questão de infração formal à ordem constitucional. Se o que se pretendia era a regulamentação por lei federal, tal condição está agora plenamente satisfeita.

No entanto, como bem observava Capes, ainda na época em que a Lei 11.900/09 era somente o “Projeto de Lei 679/07”, fica por decidir se o referido diploma satisfaz os requisitos materiais de constitucionalidade⁽⁴⁾. E, diga-se de passagem, não se trata apenas de resolver se é admissível o interrogatório por videoconferência em abstrato no cotejo com o devido processo constitucional. Depois disso ainda cumpre verificar se o legislador ordinário regulamentou a contento o referido procedimento, especialmente com atenção à proporcionalidade da medida.

Não se pretende neste trabalho reiterar as teses pró e contra o interrogatório *on*

line sob o ângulo da constitucionalidade ou não do procedimento. Referida discussão já tem sido sobejamente explorada, com argumentos em ambos os sentidos, desenvolvidos de forma altamente competente. Assim sendo, nada mais que atrevimento inútil seria vir este autor a revisitar o tema, já que não poderia acrescentar nada de novo e muito menos de mais eficaz no convencimento por uma ou outra tese. Por isso, embora se conservem sérias dúvidas acerca da constitucionalidade material do interrogatório por videoconferência, mesmo após o advento da Lei 11.900/09, deixa-se a questão de lado neste trabalho, aguardando-se a futura manifestação, que certamente virá, do Supremo Tribunal Federal.

Objeto de estudo será então a questão da possibilidade de realização do interrogatório *on line* sob o argumento, previsto na lei, da resposta “a gravíssima questão de ordem pública”.

Inicialmente procurar-se-á demonstrar como a Lei 11.900/09 intenta operacionalizar um sistema razoável de excepcionalidade para a adoção do interrogatório por videoconferência. No seguimento, analisar-se-á a conveniência ou não do derradeiro critério de excepcionalidade apontando pelo legislador ordinário, consistente na referência à famigerada “questão de ordem pública”.

Ao final, serão retomadas as principais ideias debatidas, apresentando-se as respectivas conclusões.

2. Interrogatório por videoconferência - Excepcionalidade e proporcionalidade: a questão da “ordem pública”

Salta aos olhos que o legislador ordinário não esteve somente atento ao problema da constitucionalidade formal ao editar lei federal regulamentadora do interrogatório por videoconferência. Ao estabelecer clara-

mente a excepcionalidade do interrogatório à distância atentou para a proporcionalidade da medida, não permitindo que se espraiasse de forma incontrolada no cotidiano forense.

Assim estabelece o artigo 185, § 2º, que o interrogatório por videoconferência somente terá lugar

Não se trata apenas de resolver se é admissível o interrogatório por videoconferência em abstrato no cotejo com o devido processo constitucional. Depois disso ainda cumpre verificar se o legislador ordinário regulamentou a contento o referido procedimento, especialmente com atenção à proporcionalidade da medida.

“excepcionalmente” e mediante “decisão fundamentada” do juiz. E tal fundamentação também é regada pela lei nos incisos I a IV do mesmo dispositivo.

Os três primeiros casos excepcionais arrolados pela lei não serão objeto de pesquisa neste artigo. Como já esclarecido, interessa o inciso IV, que aponta a possibilidade do interrogatório por videoconferência sob o fundamento de “responder a gravíssima questão de ordem pública”.

Esse dispositivo chama a atenção por-

que traz à tona a indagação de qual seria a razão que leva o legislador a cometer repetidamente as mesmas impropriedades já fartamente criticadas pela literatura jurídica⁽⁵⁾. Por que motivo misterioso vem o legislador meter de novo na lei uma expressão tão problemática, retirada de algum baú do fascismo autoritário, que já deveria estar esquecido em um sótão de tristes memórias, juntando teias de aranha nas trevas do tempo?

Afinal é de trivial conhecimento que o fundamento da “ordem pública” para imposição de limitações aos direitos individuais (v.g. na Prisão Preventiva) vem sofrendo há muito tempo duras críticas doutrinárias, sob o argumento de ser um critério muito elástico e indeterminado, não prestando uma segurança jurídica em sua definição.

Sobre o tema manifesta-se

“Outra forma inequívoca de manifestação autoritária do Código de Processo Penal é a utilização de uma expressão vaga e sem qualquer referencial semântico como ‘ordem pública’ para fundamentar a prisão preventiva, conceito este que fica extremamente ao sabor de interpretações ocasionais, e que a jurisprudência, ao longo de toda uma vida de código, ainda não conseguiu padronizar.”

O encerramento do rol de casos excepcionais que ensejam o interrogatório à distância com a referência do indefinido e aberto critério da “ordem pública”, equivale a fazer desmoronar todo o sistema de proporcionalidade erigido pelo próprio legislador ao longo dos outros três incisos do artigo 185, CPP. O inciso IV pode transformar a excepcionalidade em mera “aparência de excepcionalidade”, convertendo a exceção em regra. A plasticidade do conceito de “ordem pública” pode permitir a adequação de uma infinidade de situações na suposta excepcionalidade imposta pela lei, a qual se converte em mera “aparência” e faz ruir consigo a proporcionalidade. O inciso IV do artigo 185, CPP, é um elemento de autofagia da Lei 11.900/09, na medida em que solapa toda a edificação de proporcionalidade projetada pela própria lei.

Ao final e ao cabo, conclui-se que a Lei 11.900/09 intentou construir um “gigante” de proporcionalidade, forjado com pedras

resistentes, mas findou dando-lhe “pés de barro” ao acrescentar-lhe no acabamento a chamada “questão de ordem pública”. Esses “pés de barro” podem ser a razão de uma queda fatal. Talvez ainda haja tempo de removê-los (o legislador ou o STF). É bom que se o faça, pois o pior desses pés não é serem de barro, mas sim cheirarem mal⁽⁷⁾.

3. Conclusão

No decorrer deste trabalho examinou-se a questão da excepcionalidade do inter-

rogatório por videoconferência, baseado no fundamento legal da resposta “a gravíssima questão de ordem pública”.

Passou-se ao largo da discussão sobre a constitucionalidade material do interrogatório à distância, ao menos numa perspectiva abstrata e geral. O estudo concentrou-se na formulação ou não da Lei 11.900/09 com as-

sento em critérios legítimos de proporcionalidade, consubstanciados na edificação de um sistema que garanta a excepcionalidade da medida. Como já frisado, não se discutiu a questão que versa quanto a ser, mesmo que excepcionalmente adotado, inconstitucional o interrogatório *on line*.

Partindo, portanto, de uma admissão provisória, precária e meramente argumentativa, de possibilidade do interrogatório *on line*, mediante uma regulamentação legal (obviamente federal) pormenorizada e proporcional, passou-se a analisar criticamente o sistema erigido pela Lei 11.900/09, especialmente quanto ao critério da “ordem pública” como fundamento da medida excepcional do interrogatório por videoconferência.

Concluiu-se que, se o legislador ia caminhando para um sistema de proporcionalidade e excepcionalidade a princípio aceitável, nos moldes do artigo 185, I a III, CPP, tropeçou desastrosamente no inciso IV do mesmo dispositivo ao trazer à cena a famigerada “questão de ordem pública”, capaz de converter a exceção em regra e fulminar a proporcionalidade, face à sua plasticidade que abrigaria um sem número de hipóteses para a infração supostamente legitimada ao direito do réu de entrevistar-se pessoalmente com o seu julgador.

Ainda deixando de lado a discussão da

inconstitucionalidade em geral do interrogatório por videoconferência e admitindo *ad argumentandum tantum* a possibilidade de sua regulamentação por lei federal de acordo com critérios de proporcionalidade, pode-se dizer que não seria o caso de considerar-se a Lei 11.900/09 inconstitucional *in totum*, mas certamente mereceria essa pecha o inciso IV do artigo 185, CPP, com sua nova redação.

Enfim, que esses “pés de barro” fedorentos devem ser extirpados é coisa certa. Fica para mais distantes e aprofundadas reflexões jurídicas, sanitárias e arquitetônicas o saber se mesmo sem esses “pés” pode sustentar-se e não exalar fedor a Lei 11.900/09.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. “Lei 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro”. Disponível em www.jusnavigandi.com.br, acesso em 13.01.2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “A Lei Estadual n. 11.819, de 05.01.05 e o interrogatório por videoconferência – Primeiras impressões”. *Boletim IBCCRIM*. n. 148, mar., p. 2, 2005.
- CAPEZ, Fernando. “Interrogatório por videoconferência”. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em www.jusvi.com, acesso em 29.11.2008.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. São Paulo: RT, 1995.
- SARAMAGO, José. *Cadernos de Lanzarote*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

NOTAS

- (1) V.g. STF, 2ª. Turma, HC 88.914/SP, rel. min. Cezar Peluso, j. 14.08.2007, DJ 05.10.2007, p. 37. No mesmo sentido ainda STJ, HC 98.422, 6ª. Turma, rel. desembargadora convocada Jane Silva.
- (2) Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “A Lei Estadual n. 11.819, de 05.01.05 e o interrogatório por videoconferência – Primeiras impressões”. *Boletim IBCCRIM*. n. 148, mar., 2005, p. 2.
- (3) Lei 11.900/2009: “A videoconferência no Processo Penal brasileiro”. Disponível em www.jusnavigandi.com.br, acesso em 13.01.2009, p. 3.
- (4) CAPEZ, Fernando. “Interrogatório por videoconferência”. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em www.jusvi.com, acesso em 29.11.2008.
- (5) Aliás, dá também em que pensar o motivo pelo qual se editou a Lei 11.900/09, após já haver o STF considerado o interrogatório por videoconferência não só formal como materialmente inconstitucional. Mas, nesse caso ainda demos um crédito à polêmica da questão e ao eterno conflito entre as tecnologias e as tradições.
- (6) *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. São Paulo: RT, 1995, p. 26.
- (7) A imagem, a tomo emprestada do grande escritor lusitano José Saramago, empregada por ele em outro contexto, mas extremamente adequada ao caso em estudo. Cf. SARAMAGO, José. *Cadernos de Lanzarote*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 375.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia, mestre em Direito Social, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia e professor de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na Unisal

O INTERESSE DE AGIR ENQUANTO CONDIÇÃO LEGITIMANTE DA AÇÃO PENAL: SOBRE A POSSIBILIDADE DO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL OU DAS PEÇAS DE INVESTIGAÇÃO QUANDO CABÍVEL O PERDÃO JUDICIAL

Domingos Barroso da Costa

1. Introdução: da supremacia das formas à instrumentalidade do processo

Superada a miopia do positivismo jurídico, contemporaneamente se sabe da impossibilidade de dissociar o Direito dos fenômenos que marcam a evolução da sociedade. A lei já não é bastante em si e a justiça não mais se dobra à primazia das formas. Em suma, legalidade e legitimidade são conceitos que não podem ser confundidos, emergindo esta não mais da cega obediência a formalidades, mas da adequação entre a lei — sua criação, interpretação e aplicação — e os valores que fundam e evoluem com determinado corpo social, refletindo os interesses da coletividade que o compõe.

O papel de mera estrutura ordenadora ficou no passado, cabendo hodiernamente ao Direito a condição de ativo instrumento de transformação social. Por um lado, perdem força as formas, tão absolutas enquanto permaneceu a crença numa neutralidade passiva dos que criavam e aplicavam o Direito; por outro, ganha a busca pela justiça e sua mais equânime distribuição.

A emergência de um novo constitucionalismo anunciou o progressivo declínio do positivismo a partir da segunda metade do século passado. Em razão do surgimento de novas demandas sociais, a rigidez das leis e o engessamento de seus intérpretes acabaram suplantados pela regência plástica dos princípios, normas que se mostram capazes de conferir equilíbrio e unicidade ao ordenamento jurídico, por possibilitarem uma aplicação proporcional da lei à realidade concreta, harmonizando o Direito com a evolução e complexidade da sociedade dita pós-moderna. Desabando a estrutura vertical que se apoiava em mera legalidade, a fixidez totalitária da *gaiola de ferro* de métodos que marcou a Modernidade acabou sendo rompida por transformações drásticas na tecitura social, cujos laços não mais se fundam e sustentam nas autoridades incontestes de outrora. Nessa dinâmica, com o aumento quantitativo e qualitativo das demandas por cidadania e respeito aos direitos fundamentais⁽²⁾, somente se pode concluir que a contenção das individualidades horizontalmente situadas depende agora de um reconhecimento da legiti-

midade das normas que lhes são impostas.

Observa-se, pois, que as regras deram lugar aos princípios, num movimento de superação da forma pelo conteúdo, o que bem se evidencia no caráter instrumental que contemporaneamente se confere ao processo.

Assim como o Direito deve servir à realização dos valores da cultura de que irradia, de modo a assegurar seu equilíbrio e manutenção, devem as formas processuais ser instrumento de efetivação dos direitos materiais. Não mais se admite que o conteúdo se perca em razão de vícios formais, do que decorre a atual relativização das causas de nulidade do processo, tão caras aos positivistas.

No que concerne a seus reflexos sobre o direito processual, a evolução narrada produziu efeitos em todas suas vertentes. E, na condição de protagonistas dessa dinâmica de adequação do valor conferido às formas, emergem princípios como o da instrumentalidade e efetividade do processo, neste abrangido o princípio da celeridade, positivado como direito fundamental no art. 5º, LXXVIII, da CF.

Contudo, de se destacar que o presente estudo detém-se na importância da plena aplicação desses princípios ao processo penal, mais especificamente no que concerne ao interesse de agir, enquanto condição legitimante da ação penal. Neste ponto do debate, cabe afirmar que a *condição legitimante* que se atribui ao interesse de agir deve-se justamente ao fato de em seu âmbito serem analisadas a necessidade e a utilidade do processo, tendo em vista os fins que lhe confere o Direito.

Não há como se aplicar uma pena criminal sem o devido processo, razão pela qual, em sede de interesse de agir, sua *necessidade* é presumida. Contudo, no âmbito da *utilidade*, muito ainda há para se discutir, mesmo porque é de sua constatação que

se conclui pela legitimidade da submissão de alguém à persecução penal em juízo.

A esse respeito, ensina :
“No âmbito específico do processo penal [...] desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade”
 (Curso de Processo Penal. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 84/85).

Como cediço, serve o processo penal ao exercício da coerção punitiva pelo Estado (*jus puniendi*), que detém seu monopólio, tratando-se de verdadeira — e indispensável, como afirmado — garantia do indivíduo contra eventuais abusos por parte do poder público. Sabe-se, ainda, que a forma por excelência do exercício dessa coerção dá-se com a aplicação da pena privativa de liberdade, à qual a doutrina atribui finalidades de prevenção especial e geral, tanto positiva quanto negativa.

Porém, considerando-se o esvaziamento dos objetivos de inclusão que se vinculavam à pena privativa de liberdade — especialmente observado a partir da década de 80 do século passado —, aqui se toma essa sanção penal tão-somente em seu viés retributivo. Conforme bem apontado por , os ideais de reintegração social foram substituídos por uma *“nova penologia”*, que mais diz de uma *“reciclagem de detritos sociais”*.

Deve-se considerar, portanto, que a análise do interesse de agir como condição da ação no processo penal passa necessariamente pelo exame, no caso concreto, da

necessidade e, principalmente, da utilidade desse instrumento para a aplicação, ao autor do crime, de uma pena que represente efetiva retribuição pela lesão causada à vítima e à sociedade.

2. Sobre a falta de interesse de agir – ou ilegitimidade do processo – nos casos em que cabível o perdão judicial

Expostas as considerações introdutórias, cabe agora tratar da situação específica a cuja abordagem aqui se dedica, qual seja, da possibilidade de o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, nos casos em que verificar cabível o perdão judicial, deixar de oferecer denúncia, requerendo o arquivamento do caderno investigatório por falta de interesse-utilidade.

Nada mais plausível e viável, fundando-se tal possibilidade em argumentos análogos àqueles nos quais se arrima a possibilidade do pedido de arquivamento com base na conclusão acerca de uma futura prescrição a partir da pena ideal. Em ambas as hipóteses — no caso do perdão judicial e da prescrição pela pena ideal —, fica “*demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente*”.

Afinal, como claramente define o art. 121, § 5º, do CP, tratando da hipótese de homicídio culposo, o perdão judicial corresponde à possibilidade de o juiz “*deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária*”. Ou seja, diz o dispositivo da inutilidade da pena estatal diante de uma conduta cujas consequências, por si só, já representem castigo ou sanção suficiente a seu agente provocador, de gravidade tal que torna até mesmo desnecessária a intervenção punitiva do Estado. E, se inútil a pena, inútil o processo enquanto instrumento que se destina a viabilizar sua aplicação⁽⁶⁾.

O que se deve destacar é que aqui se filia à posição de..., segundo o qual o perdão judicial não se trata de mera faculdade do juiz, mas, sim, de “*Direito Penal público subjetivo de liberdade*”. Nessa esteira, pode-se concluir que assiste ao promotor de justiça, enquanto titular da ação penal, a possibilidade de requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças informativas em constatando que as circunstâncias que animam o caso concreto se subsumem àquelas em que se permite o perdão judicial, com base na ausência de interesse-utilidade de agir. Não concordando o juiz, poderá se socorrer do previsto na última parte do art. 28 do CPP e, assim, remeter o inquérito ou as peças de investigação ao procurador-geral de Justiça, que “*oferecerá a denúncia, designará outro órgão para oferecê-la, ou insistirá no pedido de ar-*

quivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Entendimentos contrários ao acima exposto terminam por afrontar princípios processuais como, dentre outros, o da instrumentalidade e da efetividade. De certa forma, pode-se concluir que processos deflagrados em condições ensejadoras do perdão judicial — ou seja, em que não há interesse de agir devido à inutilidade do processo — são natimortos. Por essa razão, acabam determinando gastos desnecessários para o Estado e maior sobrecarga da justiça penal, já tão criticada em razão de um alardeado acúmulo de processos. Ante tal consideração, pode-se, em última instância, afirmar que a tese ora desenvolvida contribui reflexamente para a efetiva realização do disposto e programado no art. 5º, LXXVIII, segundo o qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

3. Considerações finais

A crise de legitimidade atravessada pelo sistema penal reclama intervenções certas por parte dos operadores do Direito no sentido de adequar o funcionamento dessa estrutura aos princípios constitucionais e interesse público. Conforme exposto, o legalismo de formalidades absolutas já não condiciona a atuação de advogados, promotores ou juízes, aos quais hoje cabe a função maior de amoldar a lei aos ideais constitucionais e à dinâmica social, sempre visando à efetivação da justiça. O pós-positivismo deu vida à lei morta que caracterizava o positivismo jurídico, animando o Direito com um espírito transformador.

“*Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção — e não mais de simples revelação —, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade*” (

... Curso de Processo Civil. Volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 46).

Se tudo é proibido, nada é proibido, motivo pelo qual o excesso de leis incriminadoras explícito ao ponto de revelar a ineficácia do sistema penal brasileiro exige uma postura crítica dos juristas, que são responsáveis pelo resgate de sua legitimidade, logo, de sua credibilidade⁽⁸⁾. Seja pelas vias processuais, seja através da aplicação de princípios próprios ao direito material, deve-se lutar pela mínima intervenção penal, a cujos drásticos efeitos somente devam ser submetidos casos que representem violação a interesses essenciais à vida em sociedade, considerada sua

condição de *ultima ratio*. E, dentre esses, certamente não se inclui o caso dos agentes de cujas condutas decorrem efeitos tão danosos a si próprios a ponto de tornar inútil a punição estatal⁽⁹⁾.

Nesses moldes, retomando o fio processual da questão inicialmente proposta, fecha-se o estudo com o devido destaque à importância da apuração da utilidade do processo enquanto condicionante da legitimidade da *persecutio criminis in iudicio*. Um processo que não é meio eficaz ao alcance dos objetivos que o justificam é inútil e, por conseguinte, jamais será legítimo. Contemporaneamente pode-se afirmar, portanto, que o interesse de agir é verdadeira *condição constitucionalizante da ação penal*, vez que manifesta o caráter instrumental do processo na conformação do Direito aos ideais constitucionais e à dinâmica social. Harmoniza, assim, a mútua interferência entre essas inseparáveis instâncias, caracterizando-se como uma das formas essenciais à garantia de uma sintonia entre o Direito e o compasso de evolução da sociedade.

NOTAS

- (1) Expressão cunhada por Max Weber.
- (2) YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- (3) WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- (4) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 85.
- (5) Não se cuida aqui, como se pode verificar, da forma de perdão judicial de que trata a Lei nº 9807/99, em seu art. 13.
- (6) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- (7) JESUS, Damásio E. de apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 774. Por esse mesmo fundamento, ainda com Damásio, acompanhado por Luiz Flávio Gomes, Maurício Antônio Ribeiro Lopes e Rogério Greco (GRECO, ob. cit., p. 774), também se entende pela extensão das hipóteses em que cabível o perdão judicial a práticas que se enquadrem nos arts. 302 e 303 do CTB. Aliás, transferindo-se a abordagem da questão para o âmbito das condições da ação — portanto, para a atuação ministerial —, torna-se até mesmo desnecessária tal colocação, pois, sob tal enfoque, dispensável seria uma expressão autorização legal para cada caso em que possível a aplicação do perdão, bastando a previsão da possibilidade de se deixar de aplicar a pena em razão de sua inutilidade, para o que bastam os moldes dispostos no art. 121, § 5º, do CP.
- (8) Há quem cogite que o Brasil já tenha superado a marca de 5.000 condutas tipificadas.
- (9) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda da Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Domingos Barroso da Costa

Bacharel em Direito pela UFMG; especialista em Criminologia pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas/Acadepol-MG e em Direito Público, pela Unigranrio/Praetorium; mestrando em Psicologia pela PUC/Minas

ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE FINAL, DA LEI Nº 7.492/86: NORMA PENAL EM BRANCO, CIRCULARES BACEN E SUCESSÃO DE NORMAS NO TEMPO: POSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DO COMPLEMENTO?

Anderson Bezerra Lopes

O presente artigo busca fazer algumas considerações sobre a possibilidade de retroatividade dos efeitos da norma penal em branco de acordo com sucessivas alterações no complemento administrativo do tipo penal, especificamente em relação ao art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86⁽¹⁾, sobremaneira quando o acréscimo for mais benéfico ao indivíduo. Isso porque, conforme o mandamento de retroatividade da lei penal mais benigna, contido no art. 2º do Código Penal, a norma posterior (ao fato) mais favorável sempre deve ser aplicada a fatos anteriores para beneficiar o réu.

Ocorre que a questão se torna crítica quando em jogo as normas penais em branco, eis que são caracterizadas por constantes mudanças em seu complemento administrativo, sendo que surge a dúvida sobre a possibilidade (ou não) da retroatividade de seus efeitos para atingir fatos cometidos sob a égide de complemento revogado.

Muito ilustrativo é o exemplo utilizado por

para demonstrar a espinhosa situação que pode ser gerada:

“(...) imaginemos a hipótese de alguém que, em 2001, tenha mantido depósito no exterior em valor equivalente a R\$ 50.000,00 à mínima de declaração ao Bacen (exigida, nos termos da Circular/Bacen nº 3.071/01, para depósitos superiores ao equivalente a R\$ 10.000,00), sendo que, em 2002, na forma da Circular/Bacen nº 3.181/03, os depósitos inferiores ao equivalente a R\$ 300.000,00 passaram a estar dispensados de declaração ao Bacen. Seria possível, com base nisso, falar-se em retroatividade do complemento administrativo que, ante a natureza de norma penal em branco do art. 22 da Lei nº 7.492/86, poderia beneficiar o agente?”

Mas, em que pese os ponderados argumentos dos ilustres autores⁽²⁾, ousamos discordar no tocante à possibilidade de retroatividade do complemento administrativo do art. 22, parágrafo único, *in fine*, sempre que o conteúdo da Circular do Banco Central for mais benéfico ao indivíduo em relação àquele em vigor ao tempo de cometimento dum fato supostamente subsumível àquele tipo penal.

É indiscutível que o art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, é norma penal em branco, pois de conteúdo incompleto, vago, lacunoso. O complemento necessário a esta norma deve ser ditado pelo

Banco Central do Brasil, uma vez que a repartição competente de que trata o artigo não pode ser a Secretaria da Receita Federal do Brasil. A não declaração de valores ao Fisco é tratada em outra lei (Lei nº 8.137/90).

A respeito da expressão “sem autorização legal” contida no tipo em comento, bem descreve:

“Norma penal em branco: é preciso tomar conhecimento da legislação específica, que regulamenta a saída de moeda ou divisa para o exterior e a manutenção de depósito fora do Brasil.”

Esta legislação, no caso de pessoa física que mantiver conta e numerário em banco sediado no exterior, está prevista nas Circulares do Bacen, as quais descrevem a forma, limites e condições de declaração de bens e valores detidos no exterior.

Sendo assim, as Circulares de nºs 3.384, 3.071, 3.181, 3.225, 3.278, 3.313 e 3.345 dispõem sobre o *modus operandi* a ser observado por aqueles que mantêm (ou mantiveram) valores no exterior, bem como estabelecem prazos e limites de exoneração.

Nesse contexto, apenas para efeitos de ilustração, veja-se aquilo que estabelecia o art. 2º, III, da Resolução 2.911, sobre as penas para quem mantivesse bens e valores sem declará-los ao Bacen:

“Art. 2º O não-cumprimento das disposições fixadas no caput do artigo anterior sujeita as pessoas físicas e jurídicas à aplicação de multa pelo Banco Central do Brasil de acordo com as seguintes ocorrências:

(...)

III - não-fornecimento de informação - 50% (cinquenta por cento) do valor previsto no art. 1º da Medida Provisória 2.224, de 2001, ou 5% (cinco por cento) do valor da informação que deveria ter sido prestada, o que for menor.”

Ocorre que, indiretamente, a sucessora Circular nº 3.181 estabeleceu uma manifestação *abolitio criminis* temporária quando, em seu art. 7º, prescreveu:

“Art. 7º A declaração relativa aos valores de qualquer natureza, aos ativos em moeda e aos bens e direitos detidos fora do território nacional será considerada não-fornecida ao Banco Central do Brasil, para efeitos do inciso III do art. 2º da Resolução 2.911, de 29 de novembro de 2001, a partir de:

I - 10 de março de 2003, para a declaração tratada pela Circular 3.071, de 7 de dezembro de 2001, relativa à data-base de 31 de dezembro de 2001; II - 1º de agosto de 2003, para a

declaração tratada por esta Circular, relativa à data-base de 31 de dezembro de 2002.”

Como se vê, houve um permissivo normativo do Banco Central para que os possuidores de depósitos não declarados no exterior tivessem a chance de regularizá-los até determinada data, pois, só a partir deste marco, passaria a incidir a tipificação administrativa punível. Ou seja, não haveria o ilícito cambial se o indivíduo não dispunha de valores naqueles novos períodos anotados. Como a ocorrência do ilícito penal depende da existência da irregularidade administrativa, é certo que não é possível a punição de quem já não detinha valores não-declarados até as datas estipuladas pelo Bacen como limite para declaração.

Se esse benefício foi conferido àqueles que estavam em situação irregular ao tempo de edição da norma, o que dizer então de quem já não possuísse mais qualquer valor nesse novo período? Cremos que esses indivíduos não podem ser acionados criminalmente, exatamente pelo fato de não subsistir a punição administrativa, da qual a criminal depende. Portanto, tal como na situação onde o complemento posterior estabelece limite pecuniário maior para dispensa da declaração obrigatória, aqui estamos diante duma “anistia declaratória”, a qual também deve beneficiar o indivíduo.

Em verdade, trata-se de *lex mitior* que favoreceu aqueles que não haviam declarado os valores a seu tempo. A esse respeito, aponta:

“A regulamentação do art. 2º, III, da Resolução 2.911, que trata do não cumprimento dos prazos dispostos nas Circulares 3.071, 3.181 e 3.225, traz consequências tanto na esfera administrativa quanto na esfera criminal. Neste sentido, as declarações serão consideradas não-informadas a partir de 10 de março de 2003, para a declaração tratada pela Circular 3.071, em 1º de agosto de 2003, para a declaração tratada por pela (sic) Circular 3.181 e em 1º de agosto de 2004, nos termos da Circular 3.225.

Ou seja, no caso da Circular 3.071 que prevê o prazo de 2 de janeiro a 31 de maio de 2002 para declaração, com a nova regulamentação, só poderá cometer a infração penal e administrativa em 10 de março de 2003. Respectivamente, no caso da Circular 3.181, mesmo tendo estabelecido o prazo para declaração de 10 de março a 31 de maio de 2003, o informante só poderá ser responsabilizado penal e/ou administrativamente a partir de 1º de agosto de

2003. No mesmo sentido, refere-se a Circular 3.225, determinando que só em 1º de agosto de 2004 é que os informantes poderão ser responsabilizados pela não informação.”

Portanto, a subsunção do fato à conduta típica só se realiza com a realização daquilo que prevê a norma administrativa emanada do Banco Central.

Se tal norma confere novos prazos para que o agente informe a existência de conta não albergada pela cota de exoneração, então aquele que não mais possui valores na conta sequer deve ser acionado penalmente. O máximo que se pode exigir é a prestação tributária correspondente. Nessa esteira, calha lição de sobre os efeitos do complemento da norma penal em branco:

“Concluindo, as leis penais em branco não são revogadas em consequência da revogação de seus complementos. Tornam-se apenas temporariamente inaplicáveis por carecerem de elemento indispensável à configuração da tipicidade.”

Se há temporária *abolitio criminis* para aqueles que estavam em situação defasada, visto que poderiam regularizar os depósitos mantidos acima da cota de exoneração, houve total descriminalização em relação àqueles que já não possuíam numerário em conta no exterior.

Vale fazer um breve paralelo com questão idêntica que permeia as discussões sobre Estatuto do Desarmamento. Os artigos 30 e 32 do mencionado diploma previam um prazo de 180 dias para que os possuidores de armas de fogo regularizassem a situação ou as entregassem à Polícia Federal. No entanto, tal prazo foi prorrogado diversas vezes, constituindo clara situação de *abolitio criminis* temporária, fato reconhecido pela própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁽⁷⁾.

A questão da retroatividade (ou não) das normas penais em branco, em razão da revogação de seus complementos, passa pela aplicação dos arts. 2º ou 3º do Código Penal. No caso do primeiro dispositivo, haveria a aplicação retroativa pelo fato de o complemento da norma adquirir caráter de norma penal material, tal como defende :

“A disposição extrapenal de que se entretence a norma penal em branco (...) impregna-se do cunho penal, como parte que passa a constituir a figura delituosa. E, por isso, a retroatividade benéfica se impõe.”

Se a possibilidade de incursão numa norma penal depender tão-somente do alvitre dum órgão do Poder Executivo, então restarão esvaziados os mais comezinhos postulados do Direito Penal, o resumido a cabresto da política econômica do governo de plantão.

Esse pode ser considerado um posicionamento notadamente garantista, sendo que seu contraponto é apresentado por

, para quem ao complemento da norma penal em branco se aplica o art. 3º do Código Penal. Acrescentando, assevera que o complemento da norma penal em branco “pode ter aqueles caracteres que lhe dão ultra-atividade”.

No entanto, cremos que a melhor posição sobre o tema seja aquela proferida por , os quais analisam a possibilidade de

retroatividade a partir da natureza jurídica da norma penal em branco, se homogêneas ou heterogêneas, tal como vimos anteriormente. A norma penal branco retroagirá quando seu complemento advier da mesma fonte legislativa da norma principal, ou seja, no caso de remissão normativa. Isso porque, nessa situação, o complemento adquire o mesmo *status* da norma material, podendo ser tranquilamente aplicado o art. 2º do Código Penal.

Hipótese diversa ocorrerá quando o complemento emanar de fonte normativa diversa, quando será necessário identificar seu caráter, se excepcional ou temporário. Poderá ser aplicada a regra da retroatividade caso o complemento demonstre ser temporário, trazendo consigo a característica da auto-revogação, sob pena de conferir a uma norma penal variabilidade tamanha que a torne incompatível com a própria ideia de *ultima ratio* do Direito Penal. Dizemos isso, pois, se a possibilidade de incursão numa norma penal depender tão-somente do alvitre dum órgão do Poder Executivo, então restarão esvaziados os mais comezinhos postulados do Direito Penal, o resumido a cabresto da política econômica do governo de plantão.

Por último, há que se reconhecer que, sendo o complemento uma norma dotada de excepcionalidade, quando a legislação é editada em situação de anormalidade econômica ou social, aí sim cremos ser aplicável o art. 3º do Código Penal, segundo o qual a norma não poderá retroagir para beneficiar o indivíduo. Somente nesses casos de extrema necessidade, quando a alteração do complemento tender ao restabelecimento d’alguma catástrofe econômica ou social.

NOTAS

- (1) Dispõe o Art. 22: “Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”
- (2) SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Ob. cit., p. 156.
- (3) Para esse autores: “a superveniência de norma complementadora benéfica (lex mitior) não deve, a rigor, retroagir seus efeitos a supostos fatos anteriores, na forma do art. 3º do CP (ultra-atividade da norma complementadora)”; contudo ressaltam que: “A aplicação da regra da irretroatividade do complemento benéfico, entretanto, não nos impede de verificar, sempre diante da análise de um caso concreto, a persistência da ofensividade da conduta frente à nova regulamentação editada.” Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. Ob. cit., pp. 157/158.
- (4) NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.079.
- (5) CARNEIRO, Camila Tagliani. “Uma visão crítica do crime de manutenção de depósitos no exterior”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 350, 22 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5389>. Acesso em 30 jun. 2008 - p. 13.
- (6) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.
- (7) Tome-se como exemplo o julgado seguinte: “Habeas corpus. Penal. Estatuto do Desarmamento. Posse ilegal de arma (artigo 16 da Lei 10.926/03). Abolição Criminis temporária. Extinção da punibilidade. Trancamento da ação penal. 1. Consoante o entendimento desta Corte, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (artigos 30, 31 e 32 da Lei 10.926/03), a descriminalização temporária ocorre exclusivamente em relação às condutas delituosas relativas à posse de arma de fogo. 2. Não se pode confundir a posse de arma de fogo com o porte de arma de fogo. Segundo o Estatuto do Desarmamento, a posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo, enquanto que o porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou do local de trabalho. 3. Na espécie, o ora paciente restou denunciado pela posse ilegal de arma (art. 16, da Lei nº 10.926/03). Nesse contexto, a hipótese de abolitio criminis temporária alcança a sua conduta praticada, tornando-se, pois, viável o acolhimento da pretensão ora deduzida. 4. Ordem concedida para trancar a ação penal movida em desfavor do paciente” (STJ, 5ª T., HC 48.710/RJ, v.u., rel. min. Laurita Vaz, j. 23.05.06, DJ 19.06.06).
- (8) GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 1ª ed., v. I, t. I, São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 155.
- (9) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed., v. I, t. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.129.
- (10) JESUS. Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 10ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 88.
- (11) CARVALHO, Américo Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1990, pp. 162/163.
- (12) “A norma penal em branco e sua validade temporal”, in *RJTJSP* 85/28-29.

Anderson Bezerra Lopes

Advogado criminal, pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL: O REGULAR GERENCIAMENTO DO PROCESSO EXECUTIVO COMO FORMA DE AMENIZAR O PASSIVO SOCIAL E FINANCEIRO CAUSADO PELO EXCESSO NA EXECUÇÃO.

Marcos Rondon Silva

“En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia”

Uma das emanções do *due process of law* é o princípio da celeridade, ou o direito a duração razoável do processo, reconhecido primeiramente na Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁽¹⁾ também regula a matéria (art. 8º). A Emenda Constitucional 45 inseriu expressamente, no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII (*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*).

Conforme leciona ⁽²⁾, a garantia citada tem plena aplicação nos processos executivos de pena, havendo a necessidade, inclusive, de uma sintonia mais fina no que pertine ao gerenciamento do processo, de modo a que não seja o apenado prejudicado em seus direitos⁽²⁾.

Esta é a razão pela qual, no âmbito do processo executivo de pena, os poderes instrutórios do juiz sobrelevam-se, de modo a poder o magistrado determinar o quanto necessário para o resguardo dos direitos do executado, gozando de plena iniciativa para provocar os procedimentos admissíveis em sede executiva. Nesse sentido, o item 174 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal:

*“174. A legitimidade para provocar o procedimento se estende para além da **iniciativa judicial**, cabendo, também, ao Ministério Público, ao interessado, ao Conselho Penitenciário e às autoridades administrativas invocar a prestação jurisdicional em face da natureza complexa da execução.”*

Ora, essa dotação instrutória especial é conferida ao magistrado exatamente para que este impeça a ocorrência de desvios e/ou excessos na execução penal. Tanto é assim que a LEP diz competir ao juiz, dentre outras competências, a de *“zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança”* (art. 66, VI).

Desse modo, na dicção legal, o juiz é guardião do correto cumprimento da pena. Nesse sentido, é seu dever, percebendo que se aproxima o lapso temporal que possibilita o deferimento de quaisquer dos benefi-

cios da LEP, aviar o quanto entender necessário para verificar se o

conta ⁽³⁾, de modo que, com o implemento do lapso temporal, já contem os autos com o quanto necessário para a sua decisão. Só atuando com esta necessária proatividade é que o magistrado, zelando pelo correto cumprimento da pena, evitará, como é seu dever, a ocorrência de excessos na execução penal.

Nesse contexto é que deve ser levada em conta a regra constante da LEP no sentido de que compete ao magistrado *“inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade”* (art. 66, VII). Como ensina

(grifo nosso):

“Cabe ao juiz da Execução velar pela manutenção da legalidade em todas as etapas do cumprimento da pena, tendo a possibilidade de atuar de ofício, mesmo no plano administrativo, através da expedição de ordens de serviço, provimentos e portarias, respeitada a sua competência (...). Assim, seja para decidir acerca dos institutos jurídicos próprios da Lei de Execução Penal, seja para adotar medidas tendentes a preservar a legalidade de todas as fases de cumprimento da pena, torna-se indispensável a presença do juiz nos estabelecimentos prisionais (...)”

Ora, se pode (e deve) atuar o juiz de ofício até mesmo no plano administrativo, com vistas a garantir os direitos do recluso, quanto mais não o deverá fazer no plano jurisdicional, de modo a evitar qualquer tipo de excesso na execução da pena! Como diz ⁽⁴⁾, *“Se a jurisdição é o instrumento através do qual o Estado se apropria do conflito do sujeito lesado para resguardar a racionalidade da pena, esta deve operar de maneira otimizada na execução, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados”*.

Contudo, a experiência diária daqueles que militam na execução penal, em especial da Defensoria Pública, é que, ao reverso, muitas vezes, o magistrado dá causa, paradoxalmente, ao excesso, ao permitir, em razão de sua

demora na prestação jurisdicional, a permanência do preso em regime mais rigoroso por tempo maior do que permite a lei.

Nunca é demais ressaltar que o magistrado, quando permite tais situações, além de desdenhar de direito e garantia fundamental do apenado, albergados na Constituição Federal e em Tratado Internacional, afronta a dispositivos orgânicos e de conduta ética⁽⁵⁾.

Infelizmente, o cotidiano da Defensoria Pública em Mato Grosso — que certamente não constitui exceção em relação às outras Defensorias — revela, em muitos casos, certo desprezo de representantes do Poder Judiciário no tocante a assegurar ao apenado a garantia da duração razoável do processo. São frequentes os *habeas corpus* manejados pelo Núcleo Estadual de Execução Penal da Defensoria Pública perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso invocando a garantia do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, unicamente com vistas a incitar a atividade do juiz de primeiro grau que, provocado a manifestar-se acerca de ⁽⁶⁾ a que o apenado já faz jus, queda-se inerte, ou não atua com a solércia esperada.

A demora do Poder Judiciário, além de ensejar, dependendo do caso concreto, direito a indenização⁽⁶⁾, pode ser causadora de espantoso passivo social e financeiro. Com efeito, cada unidade prisional pode ser avaliada como geradora de um passivo social e financeiro. O passivo social recai sobre o apenado, sua família e comunidade e guarda relação com a noção de tempo social⁽⁷⁾. Como diz ⁽⁸⁾, o tempo no cárcere, *“lento, longo, improdutivo, dessocializante, despersonalizante, estigmatizante e desumano”*, é dotado de verdadeiro caráter crimínogeno. Além disso, fluem em notável descompasso os tempos dentro (congelado) e fora (hiperveloz) do cárcere. Quanto ao passivo financeiro, causa verdadeiro espanto observar o quanto a permanência indevida do apenado no regime fechado impacta negativamente os cofres públicos.

De fato, em pouco mais de um ano de atividades⁽⁹⁾, e apenas atendendo à popu-

Se pode (e deve) atuar o juiz de ofício até mesmo no plano administrativo, com vistas a garantir os direitos do recluso, quanto mais não o deverá fazer no plano jurisdicional, de modo a evitar qualquer tipo de excesso na execução da pena!

lação prisional da Capital e da cidade vizinha de Várzea Grande, o Núcleo Estadual de Execução Penal já apurou a permanência indevida no regime fechado equivalente a 65.738 dias, correspondendo a um gasto indevido de R\$ 2.629.080,00. As cifras são espantosas, sobretudo levando-se em conta que foram atendidos apenas cerca de 35% da população prisional⁽¹⁰⁾.

Com efeito, 65.730 dias equivalem a 180 anos de prisão indevida no regime fechado. Admitindo-se que o percentual de casos em que se verifica a permanência indevida no fechado seja constante — mas a tendência é de crescimento — a projeção para 100% da população prisional apenas de Cuiabá e Várzea Grande seria de 187.822 dias, ou 514 anos, com um gasto indevido para os cofres públicos de R\$ 7.511.657,00⁽¹¹⁾!

Conclui-se, pois, que a demora processual, além de prejudicar o apenado, afeta toda a coletividade. De qualquer sorte, como visto nos parágrafos acima, qualquer passivo, seja social, seja financeiro, será grandemente amenizado se o processo executivo de pena for regularmente gerenciado, com o magistrado atendendo, normalmente e no prazo razoável, a seus deveres processuais e fiscalizatórios, de modo a evitar excesso na execução penal.

NOTAS

- (1) O Brasil aderiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969) através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.
- (2) **NICOLITT, André Luiz.** *A Duração Razoável do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- (3) “Da Importância da Fiscalização Permanente e das Visitas Mensais aos Estabelecimentos Prisionais” In: *Execução Penal – Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*, **PINTO, Felipe Martins** (org.). Curitiba: Juruá, 2008, pp. 309/310.
- (4) **CARVALHO, Salo de.** *Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 184.
- (5) De fato, a ausência de solécia por parte do magistrado contraria dois dos deveres a si impostos pelos incisos II e III do art. 35 da Lei Complementar 35/79, verbis: “II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais.” Além disso, ao dar causa à demora processual, fere também o Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo plenário Conselho Nacional de Justiça em 26.08.08, cujo art. 20 (Capítulo IV – Diligência e Dedicção) prescreve (os destaques são nossos): “Art. 20. **Cumpra ao magistrado zelar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.**”
- (6) Sobre a Responsabilidade Civil do Estado em razão da violação da garantia do art. 5º, LXXVII da CF, consulte-se **NICOLITT, André Luiz.** *A Duração Razoável do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 93/98. Consulte-se também **LOPES JR., Aury** e **BADARÓ, Gustavo Henrique.** *Direito ao*

Processo Penal no Prazo Razoável. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 120/123.

- (7) Sobre a noção de tempo social consulte-se **ELIAS, Norbert.** *Sobre o Tempo*. Editora Jorge Zahar.
- (8) **MORETTO, Rodrigo.** *Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: Controle do Espaço da Sociedade do Tempo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 101.
- (9) O Núcleo Estadual de Execução Penal executa o PAS – Programa de Assistência ao Segregado, que teve início em 15.08.2007, com sua instalação na Cadeia Pública de Várzea Grande-MT, que funcionou como unidade protótipo do programa.
- (10) O cálculo leva em conta um custo mensal de R\$ 1.200,00 por preso, de acordo com a SENASP – Secretaria Nacional de Justiça – MJ, in *Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2002. O custo no regime semi-aberto não é levado em conta, por duas razões: a) porque em Cuiabá e Várzea Grande na prática o semi-aberto é cumprido com as condições do aberto; e b) porque não há dados oficiais da Secretaria de Justiça e Segurança Pública acerca do custo mensal no regime semi-aberto.
- (11) Os dados continuam sendo levantados diariamente pelo Núcleo Estadual de Execução Penal da Defensoria Pública de Mato Grosso, a partir de uma plataforma digital — o PAS DIGITAL — de gerenciamento dos trabalhos executados pelo Núcleo. A meta é mapear os dados de todo o sistema prisional de Mato Grosso e, a partir deles, gerar informação e conhecimento que possibilitem a adoção de ações corretivas.

Marcos Rondon Silva

Defensor Público do Estado de Mato Grosso; coordenador do Núcleo Estadual de Execução Penal e pós-graduado em Ciências Criminais pela Unama e Instituto LFG e em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso

THE LAND OF THE FREE, THE HOME OF THE HUMAN RIGHTS⁽¹⁾

Ivan Luís Marques da Silva

Ontem, 22 de janeiro de 2009, no Salão Oval da Casa Branca, o 44º Chefe do Poder Executivo dos Estados Unidos da América, em seu segundo dia de mandato, assinou Decreto⁽²⁾ determinando o fechamento da prisão localizada na Baía de Guantánamo, no prazo máximo de 1 (um) ano, e a suspensão dos atos de tortura que até então eram legitimamente praticados, com base no *Patriot Act*.

Longe de ser um ato simbólico, Barack Hussein Obama já fez mais pelos direitos humanos em 48 horas do que George W. Bush em 8 anos.

Rasgando o discurso do medo em detrimento da segurança individual, a política internacional norte-americana dá uma guinada em sua atual trajetória e dá mostras da potencial compatibilidade que poderá ser construída com o restante dos países que buscam sua autoafirmação ao final da primeira década do século XXI.

Além de determinar a suspensão imediata da tortura de suspeitos, o fechamento do centro de detenção de Guantánamo, banir prisões secretas da CIA, Obama afirmou:

“Nós pretendemos vencer a luta contra o terrorismo, mas iremos vencer de forma que seja consistente com nossos valores e nossos ideais.”

Junto com a revogação do odioso Ato “Patriótico”, que dava sustentação às barbáries praticadas pelos militares na Base em Cuba, morre também a prova viva e positivada do estúpido Direito Penal do Inimigo, teoria que concebe os seres humanos como conceitos normativos à disposição dos governantes e legisladores que, como vimos, podem direcionar suas leis de forma paralela à escassez de sua inteligência e desprezar as legítimas conquistas na área do respeito entre povos e pessoas.

O país que, anos antes da Revolução Francesa, em Williamsburg, em 1776, já aprovava direitos e garantias em busca do oficial reconhecimento das liberdades inerentes aos seres humanos, volta a ser o berço dos direitos fundamentais.

Reza o artigo 12 da Declaração de Virgínia: “*Todas as ordens de prisão são vexatórias e opressivas se forem expedidas sem provas suficientes e se a ordem ou requisição nelas transmitidas a um oficial ou a um mensageiro do*

Estado, para efetuar buscas em lugares suspeitos, deter uma ou várias pessoas, ou tomar seus bens, não contiver uma indicação e uma descrição especiais dos lugares, das pessoas ou das coisas que dela forem objeto; semelhantes ordens jamais devem ser concedidas.”

Talvez os norte-americanos descubram que os ataques que sofreram não foram ações terroristas, mas sim reações terroristas. Alterando-se o discurso, altera-se a imagem e, felizmente, abre-se a possibilidade de retomar a busca pela paz internacional que estava totalmente fora de foco.

NOTAS

- (1) A terra das pessoas livres e a Casa dos direitos humanos.
- (2) *Review and disposition of individuals detained at the Guantánamo Bay naval base and closure of detention facilities* – Executive Order – Barack Obama – The White House – 2009, January 22.

Ivan Luís Marques da Silva

Mestre em Direito Penal pela USP, professor de Direito Penal e Processual Penal, coordenador-chefe no IBCCRIM e membro efetivo da Comissão de Direito Criminal da OAB/SP

PARTICIPE

POR ACREDITAR

PROGRAME NA SUA AGENDA!

O **15º Seminário Internacional do IBCCRIM** já tem data marcada. Em 2009, a 15ª edição do Seminário Internacional de Ciências Criminais acontecerá entre os dias 25 e 28 de agosto (de terça a sexta-feira), no Hotel Tivoli São Paulo – Mofarrej, na Alameda Santos, 1437, Jardins, São Paulo.

Já estão confirmados os seguintes professores internacionais: Agustín Jorge Barreiro (Espanha), Jorge de Figueiredo Dias (Portugal), José de Faria Costa (Portugal), Luigi Foffani (Itália) e Massimo Pavarini (Itália).

Fique de olho no portal do **IBCCRIM** e nas próximas notícias sobre o evento. Participe!

Para mais informações contate o Departamento de Cursos e Eventos por *e-mail*: eventos@ibccrim.org.br, telefone (11) 3105-4607 ramal: 140 ou 181 ou acesse o *site* do **IBCCRIM** www.ibccrim.org.br

15º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Confira, abaixo, os escritórios de advocacia que já aderiram a colaboração

do **15º Seminário Internacional do IBCCRIM!**

· Barandier Advogados Associados (RJ)

· Joyce Roysen Advogados (SP)

· Muylaert, Livingston e Kok Advogados (SP)

· Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)

Informações sobre patrocínio, colaboração ou apoio institucional devem ser obtidas na Seção de Comunicação do IBCCRIM, pelo telefone (11-3105-4607 ramais 123 ou 175)

ou *e-mail* comunicacoes@ibccrim.org.br

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM CRIMINOLOGIA

Reinício das aulas em 13 de fevereiro de 2009.

As aulas da Pós-Graduação serão ministradas quinzenalmente, às sextas-feiras, das 18h30 às 22h30 e, aos sábados, das 8h00 às 12h00 e das 14h00 às 18h00.

Lembramos que a biblioteca também ficará à disposição dos alunos no sábado.

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2009

Abertas as inscrições para a 8ª Edição do Laboratório de Ciências Criminais 2009, um programa de iniciação científica destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito.

Ao longo do curso serão abordadas questões atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal.

O Laboratório é gratuito para os alunos associados.

O regulamento para participar do Laboratório de Ciências Criminais já se encontra no *site* do IBCCRIM.

Mais informações podem ser obtidas no *site* do IBCCRIM www.ibccrim.org.br, pelo *e-mail* laboratorio@ibccrim.org.br ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 174.

MONOGRAFIA 50

Em março de 2009, o **IBCCRIM** lançará sua quinquagésima Monografia!

O tema está em discussão e será escolhido pelo Departamento de Monografias.

Tal publicação merece destaque, pois representa o marco de 12 anos ininterruptos de difusão científica, consubstanciada em obras de reconhecido valor, sendo muitas delas fruto de dissertações de mestrado e doutorado, apresentadas em renomadas universidades brasileiras e estrangeiras.

Os associados ao **IBCCRIM**, com a associação em dia, receberão o exemplar da Monografia nº 50 a partir da segunda semana do mês de março/2009.

COLABORADORES DO IBCCRIM PASSAM EM CONCURSO DA USP

Dois dos nossos colaboradores do Instituto foram aprovados em concurso para a cadeira de Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. O resultado, que saiu no dia 14 de janeiro de 2009, confirmou os nomes de Alamiro Velludo Salvador Netto, coordenador-adjunto de Projetos Legislativos e Helena Regina Lobo da Costa, coordenadora-chefe da Pós-Graduação do IBCCRIM, para as duas vagas oferecidas pela tradicional universidade paulista.

RENOVAÇÃO DA ASSINATURA DA RBCCRIM

Já estão disponíveis os valores para renovação da assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais** para o ano de 2009/nºs 76 a 81. Associados do **IBCCRIM** gozam de 30% de desconto e o valor total pode ser dividido.

A renovação poderá ser feita pela internet www.ibccrim.org.br na Seção Revista ou pelo Departamento de Vendas da RT: 0800-702-2433.

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ 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

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDFPF-MG

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

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

integrado

LINHA DE CÓDIGOS RT 2009 AGORA COM MAIS UMA OPÇÃO

A FONTE MAIS CONFIÁVEL DE CONSULTA DA SALA DE AULA AO STF

✓ **+ prático**



VADE MECUM RT UNIVERSITÁRIO*

Capa flexível
Formato: 13x17 cm
Brinde 3 em 1:
marca-páginas,
calendário e régua

*Contém:

- Constituição Federal na íntegra em todos os volumes;
- Súmulas selecionadas dos Tribunais Superiores;
- Notas remissivas práticas e objetivas;
- Tarjas com indicação que permitem fácil manuseio do produto;
- Atualização quinzenal gratuita até 03.11.2009, pela internet, mediante cadastro;
- Fitas marcadoras.

✓ **+ conteúdo**



VADE MECUM RT*

Capa flexível
Formato: 17x24 cm
Brinde 3 em 1:
marca-páginas,
calendário
e régua + capa plástica

✓ **+ focado**



MINICÓDIGOS RT*

Capa flexível
Formato: 13x17 cm

✓ **+ completo**



CÓDIGOS RT*

Cartonado
Formato: 17x24 cm

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

www.rt.com.br
0800 702 2433