

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

EDITORIAL:

O COMPLEXO DO ALEMÃO E OUTROS COMPLEXOS

A questão da segurança pública esteve em evidência durante todo o ano de 2007. Diversos episódios ocorridos no Rio de Janeiro, relacionados ao enfrentamento do crime, bem como o debate público motivado pelo filme “Tropa de Elite”, reclamam uma análise detida, vez que emblemáticos para a compreensão do estado da arte das políticas de segurança pública em todo País.

Muito nos ensinam as operações especiais nos morros cariocas que consistem em incursões diurnas, em horários escolares e comerciais, fazendo dos cidadãos que ali vivem vítimas potenciais do fogo cruzado. Em junho, uma mega-operação policial ocorrida no Morro do Alemão vitimou 19 pessoas. Já em outubro, na comunidade da Coréia, uma operação com características semelhantes deixou o saldo 16 pessoas mortas, propiciando, inclusive, a filmagem da perseguição de um jovem negro, e sua execução sumária por policiais que sobrevoavam o local, cenas que foram veiculadas em rede nacional, em horário nobre.

Em comum, esses episódios revelam: 1) a adoção do método de confronto aberto contra os traficantes de drogas nas intervenções policiais; 2) a acusação recorrente, por parte dos moradores, de que civis não ligados ao tráfico são mortos pelas forças policiais; 3) a divulgação oficial de que todos os mortos seriam criminosos; 4) o apoio das autoridades a tais ações, sob a justificativa de que o crime deve ser tratado com pulso firme em prol da garantia da ordem pública.

No entanto, a opção pelo confronto aberto consagra um método de intervenção policial cujo resultado inevitável é a morte de criminosos, moradores locais e policiais, autorizando indagar-se por que o desespero e a exposição dos cidadãos pobres que vivem nas áreas de intervenção são tratados como efeitos colaterais de uma guerra, enquanto sabemos que essa mesma batalha, se travada nas áreas em que vive a classe média e classe alta, geraria clamor infundável.

Na argumentação do governo carioca, o poder de fogo dos traficantes é muito superior ao disponível às forças de segurança, o que justificaria as incursões periódicas como uma estratégia para reduzir a quantidade de drogas e armas à disposição dos criminosos.

Alguns sérios problemas surgem desta opção. O primeiro se refere à própria delimitação do objeto de intervenção, circunscrito às favelas. Se partirmos da constatação de que o armamento pesado utilizado por traficantes não é produzido artesanalmente e que a grande quantidade de drogas não é refinada em estabelecimentos locais, concluiremos que a dinâmica que sustenta o tráfico de drogas não tem origem nesses aglomera-

dos urbanos. Apesar da inegável inserção de agentes do tráfico nestas áreas, o próprio alvo da intervenção parece equivocado, na medida em que os grandes fornecedores permanecem com sua estrutura de distribuição de armamento e drogas inalterada, capaz de abastecer qualquer aglomerado que não esteja sob intervenção policial.

O segundo problema decorre do primeiro. Ao proceder tal delimitação territorial na atuação policial, a Secretaria de Segurança Pública carioca transforma as favelas em verdadeiros campos de batalha, ignorando a necessidade de uma planificação estratégica e geo-referenciada, em nome da lógica da guerra, cujo objetivo deixa de ser a proteção dos moradores e a garantia de suas vidas,

O problema fica ainda mais complexo quando a população brasileira parece cada vez mais receptiva à violência estatal, o que é reforçado pelas repercussões do filme “Tropa de Elite”. Para além do desmantelamento da noção de cidadania, a aceitação dessa lógica corrói a própria essência do Estado Moderno, vez que confere ao Poder Executivo, no “front de batalha”, a autorização para julgar quem é e quem não é o inimigo, e aplicar sua pena. Já o Poder Judiciário e o Ministério Público tendem a se irrogar equivocadamente a função de combater a criminalidade, olvidando-se de sua função de prover julgamentos justos, a partir da garantia do cumprimento das leis e dos direitos fundamentais. Por fim, o Poder Legislativo, a quem caberia o delineamento de uma verdadeira política de segurança pública, se deixa seduzir pelas soluções imediatistas voltadas à produção de leis antigarantistas, contribuindo para o esvaziamento do espaço da boa política em prol do espaço da pena.

O compromisso do IBCCRIM de defender intransigentemente o Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais impõe que se almeje o aprofundamento do debate, de complexidade singular, para que não mais se confundam políticas de segurança pública com polícia, e que se aprimorem as instituições que compõem as forças de segurança brasileira bem como as que integram o sistema de justiça.

Que o exemplo do Rio de Janeiro, tão longínquo e tão próximo, nos sirva de combustível para a elevação desse debate, valendo lembrar as atuais palavras de Gilberto Gil e do saudoso Cazuzza:

*“Estranho teu Cristo, Rio
Que olha tão longe, além
Com os braços sempre abertos,
mas sem proteger ninguém.”⁽¹⁾*

NOTA

(1) Trecho da letra da canção “Trem para as estrelas”.

- **EDITORIAL:**
O COMPLEXO DO ALEMÃO E OUTROS COMPLEXOS 1
- **O PROGRAMA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA COM CIDADANIA**
Pedro Vieira Abramovay e
Luiz Guilherme Mendes de Paiva 2
- **DELITOS SEM BENS JURÍDICOS?**
Ana Elisa Bechara 4
- **A IRRETROATIVIDADE DO NOVO ART. 2º, § 2º, DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E A APLICAÇÃO DO ART. 112 DA LEP**
Roberto Delmanto 6
- **A INCONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS (MUITAS VEZES) PERENES RESULTANTES DE UM PROCESSO CRIMINAL**
Marcel Del Bianco Cestaro 6
- **PENITENCIÁRIAS - “A QUESTÃO DA LOCALIZAÇÃO II” - A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA ALTERNATIVA**
Wilson Edson Jorge 8
- **O INQUÉRITO POLICIAL É MERA PEÇA INFORMATIVA?**
Fábio Motta Lopes 10
- **DA (NECESSIDADE DE) FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE RECEBE COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**
Plínio Leite Nunes 11
- **SIGILO BANCÁRIO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONFLITO ENTRE PROVA CRIMINAL E PRIVACIDADE**
Rosimeire Ventura Leite 13
- **BUSCA E APREENSÃO DIGITAL: PROVA PENAL ATÍPICA**
Diego Fajardo Maranhã L. de Souza ... 14
- **A LEI 8.038/90 E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**
Augusto Jobim do Amaral e
Ricardo Jacobsen Gloeckner 16

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **RESOLUÇÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL QUE REGULAMENTA A TRANSFERÊNCIA DE PRESOS PARA AS PENITENCIÁRIAS FEDERAIS E DISCIPLINA A EXECUÇÃO PENAL** 1129
- **EMENTAS**
- Supremo Tribunal Federal 1131
- Superior Tribunal de Justiça 1132
- Tribunais Regionais Federais 1133
- Tribunais de Justiça 1135

O PROGRAMA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA COM CIDADANIA

Pedro Vieira Abramovay e Luiz Guilherme Mendes de Paiva

Em sua edição de novembro, este **Boletim** publicou o artigo “O ‘novo’ programa nacional de segurança pública”, tecendo algumas críticas ao Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci, lançado pelo Presidente da República em agosto deste ano.

Todo processo de crítica a uma política pública é importante, seja na fase de sua formulação, seja na fase de avaliação de seus resultados, seja por meio da proposta de mudanças. É por acreditar nisso que o Ministério da Justiça organizou mais de quarenta colóquios, reunindo inúmeros atores sociais — defensores públicos, movimentos de moradia, intelectuais, acadêmicos, juízes, promotores, parlamentares e instituições policiais, entre outros, para o processo de formulação do Pronasci. As contribuições que se originaram nos colóquios foram incorporadas, melhorando de forma substantiva o projeto apresentado.

É em homenagem a esse espírito crítico que se deve, portanto, analisar e ponderar algumas das questões levantadas por ocasião do mencionado artigo, que principia afirmando que o Pronasci “*parte de uma premissa parcialmente correta*”. Para tanto, vale, de nossa parte, apontar essas premissas para que se possa avaliá-las.

A primeira delas é a de que a violência no Brasil é um problema complexo, de múltiplas causas e que, portanto, exige soluções complexas. A segunda é a de que há experiências de políticas públicas de segurança muito bem sucedidas no Brasil e no exterior, e que o Governo Federal deve multiplicar essas experiências e não procurar soluções miraculosas para enfrentar o problema. A terceira premissa é de que os governos não podem mais tentar repartir o problema da violência entre as competências da federação de maneira estanque: as soluções são locais (e é por isso que falamos sempre nos exemplos de sucesso de Bogotá, Nova Iorque, Chicago e Diadema e não da Colômbia, dos EUA ou do Brasil), mas, como afirma a Constituição, o dever é de todos — deve haver, portanto, um enorme esforço de cooperação federativa para se avançar positivamente na questão.

A partir disto é que se deve compreender o fato do Pronasci se apresentar com 94 ações a serem desenvolvidas pelos

próximos quatro anos. Tais ações não serão, evidentemente, impostas ou aplicadas de maneira indistinta em todo o país, mas se trata de um “cardápio” oferecido pelo Governo Federal para a construção de soluções locais consistentes, pactuadas com os Estados e Municípios.

Dentro desta lógica, o governo se propõe a dividir o problema em três frentes: penitenciária, policial e territorial (áreas periféricas das grandes metrópoles, onde se concentram os maiores índices de violência do país).

O enfrentamento do caos penitenciário brasileiro sempre foi uma pauta exclusiva dos defensores de Direitos Humanos (e esta ótica não pode nunca deixar a centralidade do problema), mas não se pode olvidar que, desde o processo de super-encarceramento vivido pelo Brasil ao longo dos anos 90, ele também se tornou uma questão de Segurança Pública. O presídio hoje não apenas deixa de promover a ressocialização do apenado, mas é, sobretudo, um elemento criminógeno. As organizações criminosas controlam boa parte de nosso sistema penitenciário e recrutam para suas fileiras presos que muitas vezes cometeram delitos menos graves, fazendo com que os presídios se tornem centros da criminalidade no Brasil.

Se a abolição da pena privativa de liberdade ainda é uma utopia, o problema do cárcere permanece como uma questão a ser resolvida. Afinal, a melhoria das condições dos presídios é alvo de repúdio por setores conservadores da sociedade, mas deveria ser defendida como meta a ser perseguida por um Estado democrático e social. Assim, um programa de segurança pública que se pretenda sério não pode deixar de priorizar a questão penitenciária, desde que com um enfoque diferente do mero aprofundamento deste modelo de construções de verdadeiros depósitos de gente que só têm feito agravar o problema.

O Pronasci traz a idéia de remodelar o sistema, passando pela construção de mais de 30 mil vagas em unidades especiais. Essas unidades, voltadas para jovens de 18 a 24 anos e também para mulheres (a meta é zerar o déficit de vagas em presídios femininos), terão um forte enfoque educacional, com salas de aula, biblioteca, salas de computação e locais

para prática esportiva, de maneira a cumprir o preceito do artigo 3º da Lei de Execução Penal, que assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

O Ministério da Justiça tem consciência que, mesmo reformulando o paradigma penitenciário no Brasil, é fundamental um esforço para que se inverta a lógica de aprisionamento que predomina atualmente, encarcerando, sobretudo provisoriamente, pessoas que não deveriam estar presas. Metade da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios. Muitos deles aguardam uma condenação a uma pena alternativa. Como forma de lidar com esta situação absurda, o governo federal está empenhado na aprovação do Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, que estabelece uma série de medidas cautelares alternativas à prisão e limita a possibilidade de prisão preventiva a crimes com pena máxima acima de 4 anos.

Aliás, não se trata de um projeto isolado. Faz parte de uma profunda reforma do Código de Processo Penal, também tratada de forma prioritária pelo Pronasci. Pode-se, ante ao limitado espaço, dizer que a reforma pretende adequar o Código de 1941 à realidade constitucional de 1988, conferindo maior agilidade ao processo e respeitando as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A segunda frente de atuação do Pronasci é policial. Felizmente, já há consenso entre os especialistas em segurança pública sobre a necessidade de se ter uma política específica para as polícias. O Programa apresenta uma série de medidas nesta área, sendo a principal delas o Bolsa-Formação, cujo objetivo inicial era o de estabelecer um piso salarial para policiais (para ilustrar o problema, basta dizer que há alguns Estados do país nos quais o salário dos policiais é de cerca de R\$ 800,00, com as óbvias conseqüências sobre a eficiência e motivação dos servidores). A oposição da maior parte dos governadores, aliada à necessidade de se construir um programa nacional de formação de policiais — condição para que se permita uma mudança estrutural das polícias no país —, levaram ao desenho atual do programa, que concederá bolsas de até R\$ 450,00 para policiais e agentes penitenciários que freqüentarem cursos de formação certificados pela Secretaria

Nacional de Segurança Pública.

Ainda com relação à questão policial, o Executivo encaminhou outros três projetos de lei que alteram os marcos legais nesta área. O Projeto de Lei nº 1.937/07 regulamenta o § 7º do art. 144 da Constituição Federal, constituindo em lei o Sistema Único de Segurança Pública, construído ao longo de toda gestão do ministro **Márcio Thomaz Bastos** e que vem sendo muito bem sucedido ao possibilitar um trabalho integrado entre as instituições policiais federais e estaduais. O Projeto de Lei nº 1.949/07 estabelece a Lei Geral das Polícias Cíveis, com o objetivo de finalmente estabelecer uma lei nacional que padronize a atividade das polícias judiciárias estaduais. E, finalmente, o Projeto de Lei nº 1.952/07, que cria um novo regime disciplinar para a Polícia Federal e que pretende ser um modelo de legislação para o enfrentamento da corrupção policial.

Por fim, aquilo que vem causando maior polêmica no Programa: o foco territorial nas áreas periféricas das 11 regiões metropolitanas mais violentas do país. Há uma clara desinformação no debate ao se atribuir ao Programa a criação de projetos sociais. Deve-se deixar bem claro: *todos os projetos do Pronasci são projetos de segurança pública.*

O que o Programa faz é reconhecer que nenhuma política de segurança pode ser aplicada em comunidades nas quais os direitos básicos dos cidadãos não são respeitados (ou nem reconhecidos) pelo próprio Estado. Partindo desse princípio, considerou-se que o Governo Federal deve concentrar programas sociais nas áreas em que será focada a política de segurança. Para isso, além da coincidência de áreas beneficiadas pelos programas de urbanização do PAC e as áreas do Pronasci, o Ministério da Justiça fará destaque orçamentário para que outros ministérios possam investir nessas áreas, além das previsões iniciais. Assim, o Ministério da Cultura construirá novos pontos de cultura, o Ministério da Educação abrirá mais vagas nos programas de Educação de Jovens e Adultos, o Ministério da Saúde aumentará o número de equipes de agentes de saúde. Essa lógica se estende a todos os ministérios parceiros, e assim se explica a presença de toda a área social do governo. Afinal, as políticas sociais são de competência dessas pastas, e por elas serão aplicadas.

É fundamental esclarecer que o Programa não se coaduna com a lógica de defesa de investimentos sociais em áreas periféricas como mera política de redução da violência. É essa lógica que defende que a construção da Sala Julio Prestes, no centro de São Paulo, é política de cultura, enquanto a construção

de um teatro no Capão Redondo é política de segurança. O Pronasci parte da premissa inversa: para que se possa realizar uma política de segurança focada em áreas de periferia, é necessário que o Estado cumpra o seu papel de reconhecimento da cidadania daquelas comunidades, implementando políticas verdadeiramente emancipatórias. Isso não é política de segurança, mas é seu pressuposto.

Nesse sentido, há de se destacar a criação de três programas de segurança pública — o Mulheres da Paz, inspirado nas *promotoras legais populares*; o Protejo, que identifica jovens a um passo da cooptação pela criminalidade organizada; e o Reservista-Cidadão, que busca atrair os jovens recém saídos do serviço militar obrigatório, disputados pelo tráfico por seus conhecimentos bélicos. Tais programas, apesar da previsão de bolsas, não têm por objetivo o aumento de renda de seus beneficiários, mas viabilizar a criação de uma rede comunitária que possa ampliar os espaços de resolução não violenta de conflitos.

Há uma série de outros pontos que podem ser mencionados: o forte enfoque de gênero, a contratação da Fundação Getúlio Vargas para a avaliação e monitoramento independente do Programa, o apoio aos projetos de lei sobre remissão por estudo, organizações criminosas, lavagem de dinheiro e Defensoria Pública. Também se poderia chamar a atenção para o fato de que o Pronasci impulsiona um debate sobre segurança pública que não passa pelo aumento da abrangência do controle penal, pela elevação de penas ou pela redução de garantias individuais.

Acreditamos, no entanto, que o que foi colocado até agora permite que o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania seja discutido sobre bases concretas. O Ministério da Justiça tem plena consciência de que este é, necessariamente, um programa em construção e que, assim, será moldado durante sua implementação. Para isso, devemos nos colocar absolutamente permeáveis ao debate público. Só não abriremos mão da confiança irrestrita na possibilidade de se construir um país mais seguro com respeito integral aos Direitos Humanos e no caminho — determinado pela nossa Constituição — de uma sociedade livre, justa e solidária.

Pedro Vieira Abramovay

Advogado, atualmente ocupa a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

Advogado, mestre em Direito Penal pela USP, é chefe de gabinete da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1ª VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2ª VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2ª SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2ª TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Márcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Sergio Salomão Shecaira

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Heloisa Estellita

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhoretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc:

Flávia D'Urso,

Glauber Callegari

Renata Flores Tybirigá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Mauricio Genofre

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koemer

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

DELITOS SEM BENS JURÍDICOS?

Ana Elisa Bechara

A teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a um dado bem jurídico afirmaram-se, ao longo do tempo, como critérios de delimitação não só da matéria de incriminação, como dos próprios contornos da respectiva tutela. Essa herança do Iluminismo refuta modelos de estado autoritários, permitindo-nos afirmar a legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

A par de referida constatação quanto à função de delimitação da noção de bem jurídico, são conhecidos os impactos trazidos pela denominada sociedade de risco no âmbito jurídico-penal, em especial no que se refere à antecipação da tutela de bens jurídicos supra-individuais de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo, por meio da tipificação crescente de crimes de perigo abstrato, mormente sob forma de crimes de cumulação e de mera desobediência.

Adotou-se, assim, uma técnica legislativa assumidamente casuística, que tende a considerar o Direito Penal cada vez mais como instrumento de controle acessório ao Direito Administrativo. Nessa linha, os tipos penais assemelham-se, na sua forma, às normas de intervenção da Administração Pública, distanciando-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração. As normas penais transformam-se em instrumentos de administração de situações particulares, de “emergências” concretas.

Nesse Estado de prevenção dos riscos sociais, que conflita diretamente com o Direito Penal do fato, expande-se a esfera de discricionariedade das próprias decisões judiciais, que assumem caráter programático e político semelhante às leis.⁽¹⁾ Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a configuração do bem jurídico, que perde sua densidade. Chega-se a discutir, na atualidade, a própria importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim, no estabelecimento da função do Direito Penal. Diante desse processo de evolução (ou involução) da Ciência Penal, indaga-se se seria, ainda, de se vedar a incriminação de condutas para a proteção de algo que não bens jurídicos. Em outras palavras: há delitos sem bens jurídico-penais?

Uma análise detida da legislação penal atual demonstra que, de fato, essa opção de criminalização existe e vem sendo adotada de forma crescente.

Luís Greco noticiou a “moda” alemã de refutar o conceito político-criminal de bem jurídico.⁽²⁾ Para tanto, menciona o

autor, a título de exemplo, os maus-tratos praticados contra animais domésticos (art. 32 da Lei Federal n. 9.605/98). Ante a impossibilidade de identificação do bem jurídico tutelado pela norma, haveria, no entender de **Claus Roxin**, três alternativas: afastar a tutela penal do fato; expandir o conceito de bem jurídico para compreender também a situação concreta (o que dilataria excessivamente o conceito de bem jurídico, a ponto de permitir a incriminação de outras situações, de cunho exclusivamente ético, moral ou religioso, como o homossexualismo); ou reconhecer exceções à idéia de bem jurídico como objeto necessário da incriminação em casos de especial fragilidade ou sentimento social envolvido (denominados delitos de comportamento).⁽³⁾

A última alternativa, à qual parece aderir **Roxin**, soa perigosa, antes de tudo porque prescinde da verificação de lesividade e, assim, do próprio referencial da pessoa humana, revelando caráter exclusivamente funcional sistêmico. Admitir delitos sem bens jurídicos acaba por levar à aceitação de um Direito Penal não mais vinculado à proteção subsidiária de bens jurídicos, o que implicaria a consideração funcionalista de **Jakobs** da missão do Direito Penal enquanto instrumento de proteção da vigência da norma.

Toda sociedade é um sistema concreto de relações entre pessoas, e não, como pretende o funcionalismo sistêmico, simplesmente um sistema de regras de comportamento alçadas a um nível superior. As normas de conduta são, antes de tudo, produto das relações interpessoais humanas. E reside justamente aí a origem dos bens jurídicos. Assim, a tarefa de determinação de merecimento de proteção penal haverá de se desenvolver a partir da superação de discursos ideológicos, analisando-se a realidade do objeto a ser protegido e sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, e, portanto, com a satisfação direta ou indireta de uma necessidade humana.⁽⁴⁾

Assim, o sistema normativo haverá de estar a serviço de algo distinto de si mesmo: haverá de relacionar-se ao mundo fático. Os indivíduos reais são a causa dos valores e eles devem refletir seus efeitos nas normas.⁽⁵⁾

A esse ponto, deve-se diferenciar a noção de bem jurídico da noção de função, que encerra atividades administrativas do Estado, referentes ao controle sobre determinado setor da vida ou de seu próprio organismo. A função não existe por si mes-

ma, sendo caracterizada pela instrumentalidade e dependência de uma relação e de suas variáveis. Dessa forma, funções não têm caráter de universalidade, sendo submetidas a critérios de oportunidade. Bem jurídico é um valor vinculado direta ou indiretamente à pessoa humana. Mas não é só. É preciso que esse valor apresente substancialidade, de modo a fundamentar um procedimento de demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. E, justamente por isso, o bem jurídico penal desempenha uma função de validade e eficácia da norma.⁽⁶⁾ A inserção da lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico como pressuposto da incriminação torna, desde logo, incompatível com um Direito Penal democrático a elevação de uma função do Estado à categoria de seu objeto de proteção penal.⁽⁷⁾ É a experiência histórica nos mostra que a negação do conceito do bem jurídico, ou sua formalização desprovida de conteúdo valorativo, permitem o exercício abusivo e autoritário do *ius puniendi* pelo Estado, trazendo prejuízos à própria condição humana.

Ora, o conceito de Estado Democrático de Direito não se resume à instituição formal da divisão de poderes, implicando mais do que mero Estado de legalidade. Referido modelo deve corporificar em si a proteção da liberdade e do desenvolvimento pessoal e político dos cidadãos e a moderação e juridicidade de todo o exercício do poder público.⁽⁸⁾ Daí deduz-se que a norma penal apenas é justificável na medida da sua necessidade à proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade e da dignidade humana.

A despeito de todo o exposto, são indiscutíveis as dificuldades práticas vivenciadas pelo operador do Direito Penal no contexto atual de insegurança social, no qual se demanda ao Estado a adoção de medidas de controle cada vez mais exacerbadas, ao menos de forma aparente. Contudo, tais soluções não parecem estar — antes de tudo, porque se verifica que concretamente não possuem eficácia — na conversão automática de normas administrativas em tipos penais. O Direito Penal não se presta a servir de instrumento exclusivo de garantia de funções da Administração.

Isso não significa afirmar que o Direito Penal não possa estar também voltado à proteção da vigência da norma. Referido fim soa legítimo, mas continua a ser inferior e complementar à finalidade maior de tutela subsidiária de bens jurídicos,⁽⁹⁾ que estão ínsitos nas normas por representarem interesses suscetíveis de universalização.⁽¹⁰⁾

Assim, mesmo diante do desenvolvimento social atual e das tentações voltadas a novas incriminações, a existência de um bem jurídico e a demonstração de sua lesão ou colocação em perigo constituem, ainda, pressupostos indeclináveis do injusto penal. De forma mais direta: o bem jurídico ainda é irrenunciável, como núcleo negativo e crítico do Direito Penal, conferindo-lhe sua missão.

NOTAS

- (1) **BARATTA, Alessandro.** "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 2, n. 5 – jan. 1994, p. 12.
- (2) "Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 12, n. 49, julho-agosto 2004, pp. 97 e ss.
- (3) **GRECO, Luis.** *Princípio da Ofensividade...*, ob. cit., p. 109.
- (4) **HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.** *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El Objeto Protegido por la Norma Pena)*. Barcelona: PPU, 1991, p. 161.
- (5) **MIR PUIG, Santiago.** "Limites del normativismo en derecho penal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 15, n. 64, 2007, p. 215.
- (6) **TAVARES, Juarez.** *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 205 e ss. No mesmo

sentido, v. **Luigi FERRAJOLI.** *Derecho y Razón*. 2ª ed., trad. **André Ibeñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Tarradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés.** Madrid: Trotta, 1997, p. 467.

- (7) **MATA BARRANCO, Norberto; MATA BARRANCO, Ignacio.** "La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual", in: *Dogmática y Lei Penal*. Livro em homenagem a Enrique Bacigalupo. **Jacobo López Barja Quiroga e José Miguel Zugaldía Espinar** (coord.). Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 487.
- (8) **RUDOLPHI, Hans-Joachim.** "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", trad. **Enrique Bacigalupo.** *Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Ano 04, ns. 5 a 8. Buenos Aires: Depalma, 1975, pp. 329-347.
- (9) Nesse sentido, conforme esclarece **Rafael Alcácer Guirao**, "o que permite ao cidadão participar das relações sociais e desenvolver livremente os seus fins pessoais é a efetiva existência desses bens e não a mera confiança na continuidade dessa existência. É o fato de estar vivo e não a confiança em que continuará vivo". "Proteção de bens jurídicos ou proteção da vigência do ordenamento jurídico?", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, n. 4, out/2005, p. 554
- (10) **CAMARGO, Antonio Luís Chaves.** *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 126.

Ana Elisa Bechara

Doutora em Direito Penal pela USP
e advogada criminalista

EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**, a se reunirem em **Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária**, a realizar-se no dia 13/12/2007, às 10:00 horas em primeira convocação, se houver quórum, ou às 10:30 horas em segunda convocação com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte

Ordem do Dia:

Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária

- 1) Alteração do Estatuto Social nos pontos que seguem:
 - a) alteração do artigo 2º para melhor adequação da descrição das finalidades do Instituto;
 - b) permissão de abertura de filial, sucursal ou agência;
 - c) extinção do Conselho Fiscal;
 - d) adequação da situação das pessoas jurídicas colaboradoras do Instituto;
 - e) demais alterações para fins de melhor organização dos artigos do Estatuto.
- 2) Aprovação de contas do Instituto;
- 3) Apresentação de relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2007;
- 4) Apresentação de propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2008;
- 5) Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

São Paulo, novembro de 2007.



Alberto Silva Franco
Diretor Presidente



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 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 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andre Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana
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) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

"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: 15.000 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	

A IRRETROATIVIDADE DO NOVO ART. 2º, § 2º, DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E A APLICAÇÃO DO ART. 112 DA LEP

Roberto Delmanto

O art. 33, § 2º, do Código Penal, com redação dada pela reforma de 84 (Lei nº 7.209 daquele ano), prevê que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma **progressiva**”.

O art. 112 da LEP (Lei nº 7.210/84) dispõe, a seu turno, que caberá “a transferência para regime menos rigoroso” quando o condenado, atendidos outros requisitos legais, “**tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior**”.

Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), passou-se a proibir a progressão de regime para os delitos nela elencados, preceituando o art. 2º, § 1º, que a sua pena “**será cumprida integralmente em regime fechado**”.

Após longo debate doutrinário e jurisprudencial sobreveio o histórico julgamento, em 23.02.06, do HC nº 82.959-7/SP pelo Pleno do STF que, por maioria de votos, em v. acórdão relatado pelo íncrito min. **Marco Aurélio**, decidiu pela **inconstitucionalidade** do referido art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

No mesmo aresto, a Excelsa Corte, à unanimidade, “*explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional*” (p. 727 e última do acórdão). Gera-

rá, portanto, conseqüências jurídicas para as penas até então **não extintas**.

Como reação a essa decisão, sobreveio menos de um ano depois, em 28.03.07, a Lei nº 11.464, que deu nova redação aos §§ 1º e 2º da Lei nº 8.072/90, estabelecendo, quanto aos crimes hediondos e aos a eles equiparados, que sua pena “**será cumprida inicialmente em regime fechado**” (§ 1º) e que “**a progressão de regime ... dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**”.

Em face dessa alteração legislativa, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em v. aresto da sua 5ª Turma, no julgamento do REsp. nº 939.817/SP, ocorrido em 19 de junho último, relatado pelo eminente min. **Gilson Dipp**, aplicou o novo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 para fato anterior a 29.03.07, data da publicação e entrada em vigor da Lei nº 11.464, ressaltando que “*a questão restou dirimida para estabelecer o regime inicialmente fechado de cumprimento de penas*” para os crimes hediondos. Reconheceu, portanto, a retroatividade de lei penal mais **benéfica** (novo art. 2º, § 1º), não abordando o aresto a questão do novel art. 2º, § 2º.

Quanto a este, entendemos que, para fatos anteriores a 29.03.07, o prazo para progressão de regime dos crimes hediondos e equiparados deverá ser aquele previsto pelo art. 112 da LEP, qual seja, o de 1/6 (um sexto), não fazendo esse dispositivo distinção

entre condenados primários e reincidentes. Isto, tratando-se de processos com penas ainda não extintas até 23.02.06, conforme explicitado pelo Pleno do STF no aresto citado, já que, obviamente, para penas extintas não há que se falar em progressão de regime.

Com efeito, se a inconstitucionalidade do antigo § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos foi declarada, o dispositivo a ser aplicado para os fatos ocorridos antes de 29.03.07, data da entrada em vigor Lei nº 11.464, haverá de ser, necessariamente, o do art. 112 da LEP.

Caso contrário, estar-se-ia dando efeito retroativo a um dispositivo penal **maléfico** (novo § 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos), o que é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, tanto a nível constitucional (CF, art. 5º, XL) quanto ordinário (CP, arts. 1º c/c 2º, parágrafo único).

Nesse sentido, bem decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento do Agr. Exec. 700119978907, ao assentar, quanto à Lei nº 11.467/07, que “*tratando-se de lei mais gravosa, resta mantido o prazo comum do art. 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, 1/6*”, conforme acórdão citado no **Boletim IBCCRIM** de agosto de 2007, p. 1.112.

Roberto Delmanto
Advogado criminalista

A INCONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS (MUITAS VEZES) PERENES RESULTANTES DE UM PROCESSO CRIMINAL

Marcel Del Bianco Cestaro

Para falar do assunto, podemos citar como exemplo, entre outros, a Lei Municipal nº 7.369/69, que versa sobre o serviço de transporte de passageiros por meio de táxi na cidade de São Paulo, dispondo que esta atividade somente poderá ser exercida mediante prévia e expressa autorização da prefeitura, a qual outorgará ao interessado Termo de Permissão e Alvará de Estacionamento. Ocorre que o artigo 5º da Lei 7.329/69, em seu parágrafo único, alínea “a”, veda ao condenado pela prática de crime doloso a possibilidade de se inscrever no Cadastro Municipal de Empresas de Táxis, e deste modo, cria impedimento para que este possa participar, na qualidade de sócio, de empresa com esta destinação social. No mesmo sentido, o artigo 9º, § 1º,

alínea “a”, da citada lei, faz a mesma exigência para que o motorista profissional consiga realizar sua inscrição no Cadastro Municipal de Condutores de Táxis.

Em conseqüência disto, comparecem à Defensoria Pública, diariamente, muitas pessoas que não conseguem obter o alvará para atuar no ramo de transporte individual de passageiros em razão do mencionado óbice legal, ainda que já tenham cumprido a pena imposta há muito tempo, tendo em vista que a lei não estabelece um prazo dentro do qual a condenação por crime doloso impediria a obtenção da inscrição.

É inconteste que tais dispositivos violam diretamente princípios estabelecidos na Constituição Federal, sendo constados vícios de natureza formal e material.

I - Da inconstitucionalidade formal

A Constituição Federal brasileira, ao adotar como forma de Estado o federalismo, conferiu às pessoas políticas autonomia para exercerem atividades administrativas, legislativas e tributárias. Todavia, esta autonomia não é absoluta, pois cada entidade deve atuar dentro dos limites de sua competência. O critério utilizado para a repartição de competências é estabelecido pela Constituição Federal de acordo com o âmbito de abrangência da matéria.

Deste modo, cumpre à União dispor sobre as matérias e questões em que haja predominância do interesse geral nos termos do artigo 22, da Constituição Federal. Dentre tais matérias, está a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal.⁽¹⁾ Assim, cumpre priva-

tivamente à União legislar sobre matéria penal, competência esta que abrange todo o conjunto de medidas que disciplinam o direito de punir do Estado, seja definindo condutas criminosas e impondo uma sanção, seja dispondo sobre os limites e aplicação das normas incriminadoras.

Ocorre que a Lei Municipal 7.329/69, ao impedir que o cidadão condenado por crime doloso possa explorar a atividade de transporte de passageiros por meio de táxi, está extrapolando a esfera de competência atribuída aos municípios,⁽²⁾ uma vez que tal impedimento nada mais é do que verdadeiro efeito secundário da condenação, e como tal integra o conceito de norma penal.

A norma penal pode ser vista sob dois aspectos: o sentido estrito e o sentido amplo. Pelo primeiro, são aquelas que definem os tipos penais e cominam as respectivas sanções. Já no sentido amplo, normas penais são aquelas que possuem conteúdo explicativo, fornecendo princípios gerais para aplicação das penas como, por exemplo, os dispositivos referentes à fixação da reprimenda, ou então, aquelas que não consideram como ilícitos ou isentam de pena o autor de fatos aparentemente típicos. É, portanto, nesta categoria que se enquadram os dispositivos acima mencionados, os quais são de competência privativa da União.

Ao vedar a inscrição no Cadastro Municipal de Condutores de Táxis para os já condenados por crime doloso, a lei municipal cria verdadeiro efeito secundário da condenação, como os previstos nos artigos 91 e 92, do Código Penal. Assim, o condenado por crime doloso, além de ter de cumprir a pena prevista no tipo penal em que foi incurso, terá de se submeter às restrições impostas pelos mencionados artigos da Lei Penal, como, por exemplo, perder, em favor da União, o produto do crime. Ainda, de acordo com a Lei 7.329/69, não poderá, nunca mais, ser taxista na cidade de São Paulo, já que a lei é municipal.

Patente ser um efeito secundário da condenação, o que evidencia o caráter penal da norma e sua conseqüente inconstitucionalidade, por ofender competência privativa da União, já que estamos diante de uma lei municipal, que, inadvertidamente, acabou por tratar de matéria penal, ainda que de forma indireta, restringindo direitos, de forma perene, do condenado por crime doloso.

Importante salientar que o princípio do devido procedimento legislativo é corolário do princípio da legalidade, um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio. Por conseguinte, a lei elaborada em desacordo com os ditames do procedimento

legislativo estabelecido na Constituição Federal, seja porque desrespeitou determinado *quorum* de aprovação, seja porque versou sobre matéria de competência de outra pessoa política, como ocorre no caso em estudo, já é, desde sua elaboração, inconstitucional.

II - Da inconstitucionalidade material

Além de formalmente inconstitucional, a Lei Municipal nº 7.329/69 também viola as garantias expostas na Constituição Federal, na medida em que ofende os princípios da humanidade, da culpabilidade e da isonomia.

Pelo princípio da humanidade, qualquer ato normativo que traga em seu bojo dispositivos de natureza penal deve atentar para a idéia de humanização das penas criminais, o que significa dizer que a lei não poderá punir qualquer pessoa além dos limites da razoabilidade. Seguindo este raciocínio, o legislador constituinte, no artigo 5º, inciso XLVII, vedou a aplicação de penas que ofendam a dignidade humana, dentre elas a de caráter perpétuo. Desta forma, constitui violação à Constituição Federal todo dispositivo penal que estenda determinado efeito da pena de forma permanente, *ad aeternum*.

Conforme visto, a proibição de exercer atividade profissional em razão da prática de crime doloso constitui efeito secundário da condenação e, como tal, deve incidir dentro de um determinado limite temporal a ser fixado de acordo com a culpabilidade do agente.

Os efeitos da condenação previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal não são perenes, já que, ou possuem um fim em si mesmos, se esgotando com a sanção exposta (*v.g.* perda dos instrumentos do crime, produto ou qualquer valor advindo da prática criminosa), ou podem cessar por meio da reabilitação criminal, conforme possibilita o artigo 93, parágrafo único, do Código Penal.

Todavia, a lei municipal em comento não estipulou o período de tempo no qual a condenação por crime doloso continuaria surtindo efeitos, ao contrário do que fez o Código Penal. Tal circunstância constitui flagrante inconstitucionalidade, pois atribui caráter perpétuo aos efeitos

da pena, fazendo com que um condenado por crime doloso seja impedido pelo resto de sua vida de exercer a profissão de taxista na cidade de São Paulo.

A lei municipal em comento desrespeita a Constituição e estigmatiza o condenado, indo contra a sistemática prevista na Lei de Execução Penal, que, em seu artigo 202, determina que, após cumprida ou extinta a pena, não se fornecerá qualquer notícia sobre a condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração. Assim, cumprida a reprimenda, devem

É certo que nenhuma pessoa deve ser discriminada por condutas anteriores, ainda mais quando a atividade profissional pretendida não guardar nenhuma relação com o crime anteriormente cometido. Trata-se do princípio da culpabilidade, do qual se extrai que a censura penal deve ser aplicada diante de um fato concreto e não em razão da personalidade do agente.

também cessar os efeitos secundários da condenação, entre eles a vedação imposta pela lei municipal.

Além disso, é certo que nenhuma pessoa deve ser discriminada por condutas anteriores, ainda mais quando a atividade profissional pretendida não guardar nenhuma relação com o crime anteriormente cometido. Trata-se do princípio da culpabilidade, do qual se extrai que a censura penal deve ser aplicada diante de um fato concreto e não em razão da personalidade do agente. Os efeitos da condenação não devem acompanhar uma pessoa por toda sua vida, mas devem atingi-la somente na exata medida de sua culpabilidade, atendendo assim, à verdadeira função da pena. Nestes termos, possibilitar ao indivíduo condenado por certo crime a chance de se reinserir na sociedade é dever do Estado em respeito ao Regime Democrático de Direito.⁽³⁾

III - A questão do sigilo dos dados do Sistema do IIRGD

Em que pese o já mencionado artigo 202 da Lei de Execução Penal determinar o sigilo automático dos dados relativos a processos nos quais as penas aplicadas já foram extintas, a prática no Estado de São Paulo mostra que, muitas vezes, o dispositivo legal é desrespeitado. Primeiro, porque o sigilo dos dados, na maioria das vezes, não é feito automaticamente como manda lei, mas depende de provocação do interessado, gerando um procedimento que pode demandar longa espera. Segundo, porque mesmo com o sigilo já formalizado, não há controle sobre a freqüente violação de tais dados por empregadores e agências de empregos.

Mencionada situação constitui flagran-

te violação aos direitos fundamentais do sentenciado que já cumpriu sua pena integralmente, eis que perfaz verdadeiro efeito secundário perene da pena aplicada. Em outras palavras, o cidadão que já foi condenado em um processo penal no Estado de São Paulo encontra sérias dificuldades para obter o sigilo dos dados do processo que ostentou depois de ter extinta sua punibilidade. Quando consegue realizar tal feito, ainda sim, percebe que seus eventuais empregadores têm acesso aos dados que deveriam ser sigilosos, dificultando sobremaneira a obtenção de uma ocupação e o conseqüente retorno ao convívio social.

Tendo em vista esta inaceitável situação, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem determinado a exclusão definitiva dos dados de processos criminais nos quais o réu foi absolvido ou teve extinta sua punibilidade, sem anterior condenação.⁽⁴⁾ Isto porque, tanto o revogado artigo 748, do Código de Processo Penal, quanto o artigo 202, da Lei de Execução Penal, não impedem a exclusão desses registros pelo simples fato de mencionados artigos legais tratarem do sigilo de dados no caso de cumprimento ou extinção da pena, ou seja, quando efetivamente houve condenação. A exclusão dos dados, mais do que não violar os dispositivos legais do Cód-

igo de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, dá eficácia plena ao princípio constitucional do estado de inocência. Por outro lado, a negativa de alguns juízes em proceder desta maneira sob o argumento de respeito à lei processual penal, acaba por violar de maneira frontal o princípio constitucional mencionado, sendo tal decisão, além de ilegal, inconstitucional e em total dissonância com que se espera de uma prestação jurisdicional efetiva, que pacifique a sociedade e possibilite a plena efetividade dos direitos fundamentais do cidadão.

A exclusão dos dados nos casos aqui tratados é a única maneira daquele que não foi condenado em um processo penal deixar de ser estigmatizado em virtude de algo que não cometeu. Nem se diga que o sigilo dos dados do processo impede tal constrangimento, eis que a prática tem demonstrado, a cada dia — e isso é notório —, que os empregadores acabam tendo acesso aos dados sigilosos, o que, por si só, exclui muitas chances de emprego.

Quanto àqueles que foram condenados, mas já cumpriram a pena imposta pelo Estado, não se pode proceder da mesma maneira, tendo em vista a exigência do já citado artigo 202, da Lei de Execução Penal. Por outro lado, não se pode admitir que uma passagem criminal iso-

lada, cuja sanção imposta pelo Estado já foi cumprida, se torne um óbice eterno e intransponível, impedindo o recomeço de uma vida em sociedade. Assim, para se efetivar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, não se pode negar a possibilidade de eventual exclusão de dados quando for patente e provada a violação ao sigilo, prestigiando-se, nesse passo, as normas constitucionais que informam o restante do ordenamento jurídico, cabendo ao aplicador da lei sempre lhes conferir a devida efetividade.

NOTAS

- (1) Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.
- (2) Artigo 30 da Constituição Federal.
- (3) Nesse sentido, merece destaque o disposto no artigo 5º, n. 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”
- (4) “Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Inquérito Policial arquivado. Absolvção. Processo penal. Cancelamento de registro na folha de antecedentes. Possibilidade. Recurso Provido” (Recurso em Mandado de Segurança nº 15.634-SP, rel. min. **Hamilton Carvalho**).

Marcel Del Bianco Cestaro

Defensor Público atuante na 9ª Vara Criminal do Fórum Central e membro colaborador do Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo

PENITENCIÁRIAS – “A QUESTÃO DA LOCALIZAÇÃO II” - A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA ALTERNATIVA

Wilson Edson Jorge

Tivemos a oportunidade de abordar o assunto acima no **Boletim** nº 120, ano 10, Novembro de 2002. Nele procuramos demonstrar que a política de localização das penitenciárias praticada pelos governos do Estado de São Paulo apresentava insuficiências em vários exemplos, basicamente: por localizar as penitenciárias longe da origem dos presos, dificultando os contatos com sua família; por não ter uma política de terras adequada às demandas das instalações do Estado, optando por terrenos pouco adequados mas de sua propriedade; por depender de prefeitos, principalmente nas localizações no interior do Estado, na cessão de terrenos destinados aos edifícios prisionais, muitas vezes em áreas inadequadas; por se sujeitar a pressões, atualmente ocorrendo na grande maioria dos municípios, contra a localização de presídios em seus territórios.

A necessidade de voltar a esse assunto (por isso o II do título) nos parece importante pelo recente anúncio do governador **José Serra** (v. o jornal *O Estado de*

S.Paulo, 15/10/07, p. C1) da implantação de 44 novos presídios até o ano de 2010, com capacidade para 30 mil detentos. Das informações na reportagem, ressaltam-se: “Um dos principais desafios será convencer os prefeitos receberem as unidades” e, contraditoriamente: “Muitas vezes os terrenos cedidos ficavam em lugares impróprios, o que levava o governo a ser alvo de ações na Justiça e a gastar mais na construção.”

É importante assinalar que entre as quatro regiões citadas na reportagem como as mais problemáticas pelos déficits atuais de vagas, três são muito próximas ou ligadas à Região Metropolitana de São Paulo: Carapicuíba-Cotia, Campinas-Indaiatuba, Votorantim. Ressalta-se também na reportagem a declaração do secretário **Antonio Ferreira Pinto** de que “... a idéia é regionalizar o sistema para que o preso fique em unidades perto da família” e que o Estado em vez de esperar a cessão de lotes, pretende desapropriar terrenos. “São locais próximos de redes elétricas, de água, esgoto, sem grandes necessidades de terraplenagem.”

O que se pode depreender daquelas declarações envolvendo a política de edificações prisionais é que o Estado de São Paulo irá implantar uma quantidade impressionante, mas necessária, de novos presídios, face ao déficit crescente de vagas, mas sem nenhuma alternativa mais ampla para a política de implantação que possa ser contraposta e avaliada face à atual, que termina por ser bastante casuística. Segundo aquela reportagem acima citada, as novidades, bem-vindas, são que o Governo do Estado pretende não mais aceitar terrenos inadequados dos prefeitos, passando a adotar uma política de aquisição de terrenos melhor localizados e que irá atender às demandas regionais com a implantação de novos presídios nas próprias regiões, o que parece algo de absoluto bom senso. Porém, observa-se que o secretário, ao caracterizar os terrenos a serem desapropriados, salienta que os mesmos deverão estar providos de redes elétricas, de água, esgoto, sem grande necessidade de terraplenagem. Ora, tais terrenos, devidamente equipados com infra-

estrutura, só existem em cidades, o que implicará em custos de desapropriação altos, comparados, por exemplo, a terrenos rurais, em princípio sem aquelas infra-estruturas. Voltaremos a essa alternativa.

Não se fala na reportagem citada dos déficits em vagas prisionais da Região Metropolitana de São Paulo que contém praticamente metade da população do Estado. Não se fala também em uma política de localização para o futuro, a médio e longo prazo, já que entram atualmente 6 mil presos no sistema prisional do Estado.

Diante de tal quadro, onde fica explícita uma política de localização sem alternativas que pudessem indicar soluções mais vantajosas, consideramos importante apresentar uma alternativa com solução de localização diferenciada e mais vantajosa para enfrentar os problemas crescentes ou que vêm permeando as políticas de localização do setor prisional, praticadas pelos progressivos Governos do Estado.

Essa proposta alternativa de localização se baseia nas seguintes premissas:

- Adotar a concentração e não a dispersão de edifícios prisionais pelo território do Estado. Essa concentração favorece amplamente uma política de grande porte como a do Governo do Estado, que implica na implantação de 44 novos estabelecimentos em prazo razoavelmente curto.
- O território da Região Metropolitana de São Paulo não oferece mais terrenos adequados ou suficientes para satisfazer seus déficits atuais e futuras demandas de novas vagas penitenciárias, tanto pelos altos custos dos terrenos, como pela predominância de altas declividades que caracterizam as áreas ainda não urbanizadas — o que implica em novos e vultosos custos para sua adequação física às edificações. A alternativa de soluções verticais, ocupando terrenos menores, precisaria de uma avaliação criteriosa que ainda não foi feita.
- Os custos de terrenos urbanos adequados às penitenciárias não só serão altos, como terão valores crescentes. Qualquer política de implantação a longo prazo que precise ser concebida desde já exige a criação de uma reserva de terrenos, de forma que seu custo não se torne proibitivo, com as valorizações crescentes, inclusive por efeito da ação do próprio Estado, no caso, construindo novas penitenciárias.

Isso considerado, a proposta alternativa de localização dos presídios tem as principais seguintes características:

- A implantação concentrada de presídios, contiguamente, favorecendo economias de escala e de aglomeração ad-

vindas dessa concentração, isto é, construindo uma série de presídios e seus serviços, de forma planejada, em uma mesma área contínua fisicamente.

- A localização desses complexos penitenciários próximos das áreas urbanas de onde procederão os presos a eles destinados e os funcionários do complexo. Essa proximidade pode significar de 1 a 1,5 horas de viagem do local ao centro das aglomerações urbanas consideradas.
- Os terrenos a serem desapropriados, devidamente selecionados, estarão em áreas hoje rurais, mas favoráveis em relação aos custos de implantação, acessibilidade a rodovias regionais, topografia favorável, proximidades de redes de energia, disponibilidade de água (de superfície ou subterrâneas).
- É fundamental um estudo inicial que selecione áreas adequadas e que compare os custos de implantação com a alternativa de terrenos urbanos, considerando os custos de desapropriação, de implantação (inclusive os custos de infra-estrutura). No caso da alternativa concentradora, será importante calcular os custos das penitenciárias ou das edificações prisionais sucessivas, pois os custos unitários diminuirão nas unidades seguintes pelas economias de aglomeração e de escala que incidirão no complexo.
- Serviços a serem implantados, como por exemplo, o tratamento de esgotos que tem sido um elemento crítico para a aprovação dos órgãos ambientais, poderá estar equacionado para o conjunto de penitenciárias do complexo, com uma implantação modular, progressiva. A aprovação do conjunto de módulos seria global, liberando as implantações seguintes da repetição do processo de aprovação.
- Os grupos de residências que estão obrigatoriamente vinculadas a cada penitenciária, do diretor mais outros funcionários de funções estratégicas, poderão constituir conjuntos maiores, viabilizando a implantação de serviços e facilidades a seus habitantes.
- Os contingentes da Polícia Militar também poderão estar agregados, em

parte, garantindo melhores condições de segurança para cada unidade prisional do complexo.

- Itens onerosos como muralhas ou outros separadores físicos de segurança poderão ser comuns a duas unidades, facilitando a implantação e diminuindo seus custos.
- O custo de implantação do canteiro de obras, caso seja localizado em área estratégica, diminuirá sensivelmente a partir da implantação progressiva das penitenciárias.

A proposta alternativa de localização de penitenciárias, ou seja, da localização concentrada, será fundamental para a solução dos déficits de vagas na Região Metropolitana de São Paulo e suas cercanias. Insistimos

que, para esse caso, não será possível uma solução que procure resolver caso a caso a implantação daqueles edifícios, o que levaria a um desgaste superior em recursos e em logística.

Por outro lado, a decisão do Governo do Estado em realizar investimentos maciços para o setor levará a uma maximização das vantagens da alternativa de localização

A proposta alternativa de localização de penitenciárias, ou seja, da localização concentrada, será fundamental para a solução dos déficits de vagas na Região Metropolitana de São Paulo e suas cercanias. Insistimos que, para esse caso, não será possível uma solução que procure resolver caso a caso a implantação daqueles edifícios, o que levaria a um desgaste superior em recursos e em logística.

concentrada, pois os módulos implantados a curto e médio prazo possibilitarão a obtenção, sem maiores delongas, daquelas vantagens. O complexo próximo à Região Metropolitana de São Paulo poderá abrigar, pelo menos, 20 penitenciárias, ou poder-se-á optar por dois complexos menores. O número de penitenciárias por complexo dependerá da consideração de outras variáveis, porém seu porte deve ser pensado para um número próximo daquele citado.

De qualquer forma, consideramos fundamental que haja um posicionamento desse Governo em face de alternativas de localização como essa que apresentamos como condição de aprimoramento da política penitenciária. Isso não significará atrasos nem maiores investimentos, mas a chance de uma nova contribuição e resultados mais favoráveis para enfrentar os imensos problemas envolvidos na área prisional.

Wilson Edson Jorge

Professor titular do Departamento de Projeto da FAU da USP. Pesquisador e autor de projetos prisionais para o Estado de São Paulo.

O INQUÉRITO POLICIAL É MERA PEÇA INFORMATIVA?

Fábio Motta Lopes

Parte da doutrina tem sustentado que o inquérito policial, apesar de estar carregado de provas que são definitivas,⁽¹⁾ não passa de *mera* peça informativa,⁽²⁾ linha que também vem sendo adotada pela jurisprudência.⁽³⁾ Não obstante, trata-se de “crença infundada”,⁽⁴⁾ conforme se passa a mostrar.

Existe no inquérito policial, efetivamente, instrução criminal, provisória ou definitiva. Do contrário, questiona **Pitombo**, não haveria como justificar o recebimento ou a rejeição da acusação, as buscas e apreensões, as perícias e os atos decisórios de arquivamento do procedimento.⁽⁵⁾

Sabidamente, as provas colhidas na etapa preliminar, se não confirmadas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não devem servir de base a uma condenação. A unilateralidade das investigações realizadas pela Polícia Judiciária não permite uma decisão condenatória amparada, unicamente, no inquérito policial.⁽⁶⁾

Na prática, contudo, os atos realizados nessa fase podem possuir relevância na futura relação processual, principalmente porque, em muitos casos, influenciam, subjetivamente, o magistrado que julgará.

Adverte **Gomes Filho** que “*não se tem notícia de decisão excluindo peremptoriamente a possibilidade de utilização dos elementos do inquérito como prova, mesmo no plenário do Júri*”.⁽⁷⁾

Coutinho, aliás, vai além e afirma que, diariamente, réus são condenados no Brasil “*a partir de juízos formados com base na prova do inquérito policial*”.⁽⁸⁾ Como explica **Lopes Júnior**, ainda está em voga “*condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito policial*”.⁽⁹⁾

No caso específico do Tribunal do Júri, os jurados decidem com base em qualquer elemento que esteja inserido nos autos, tanto do processo, quanto do inquérito policial, inclusive.⁽¹⁰⁾

É em razão dessas circunstâncias que **Gomes Filho** apregoa a impossibilidade da utilização dos dados colhidos na fase preliminar como prova ou, ao menos, a fixação de requisitos mínimos para que possam ser admitidos na formação do convencimento do juiz.⁽¹¹⁾

Ao analisar o sistema argentino, **Edwards** leciona que “*el sumario de prevención es de capital importancia para la suerte procesal del imputado, ya que allí se compilan la mayoría de los elementos de convicción, que servirán de fundamento a la acusación, con un control judicial mínimo y con una escasa participación de la defensa*”.⁽¹²⁾

É sabido que a maioria das provas que servem para lastrear a acusação é colhida

durante o inquérito policial. Assim, o expediente também acaba delimitando o que será discutido em juízo, não se avançando durante a instrução criminal, em regra, além daquilo que restou colhido na etapa preliminar, circunstância que, por si só, evidencia a sua importância.

Em suma, a quase totalidade das denúncias oferecidas pelo MP é baseada em inquéritos policiais. Em virtude disso, afirma **Guimarães Júnior** que, “*no fim das contas, é a Polícia Judiciária, e não o Ministério Público, quem mais influencia as causas que chegam às Varas Criminais e aos Tribunais*”.⁽¹³⁾

Como se não bastasse, uma pessoa investigada pode ser atingida em seus direitos (pessoais e reais) logo que a Polícia Judiciária instaura um inquérito policial.⁽¹⁴⁾ A investigação criminal, ensina **Prado**, “*representa, por si só, uma espécie de poder capaz de afetar gravemente o patrimônio de direitos da pessoa investigada*”.⁽¹⁵⁾

Mas isso não é tudo. Mesmo que não se restrinja a liberdade de locomoção do investigado ou que não seja imposta qualquer outra medida restritiva de direitos fundamentais (violabilidade de domicílio, interceptação telefônica, quebra de sigilo de dados, financeiros e fiscais, bloqueio de contas bancárias, seqüestro de bens etc.), a simples instauração de uma investigação criminal lhe gera angústia e lhe impõe o rótulo de criminoso no meio social em que vive, ainda que se demonstre, posteriormente, que não estava envolvido na infração penal sob apuração.

É em virtude desses fatores que também deve incidir na fase preliminar o sistema de controle das atividades processuais (freios e contrapesos), a ser exercido por advogados (na defesa dos direitos fundamentais dos investigados), pelo Poder Judiciário (no controle da legalidade dos atos de polícia judiciária e na autorização de medidas cautelares) e pelo Ministério Público (no exercício do controle externo da atividade policial).

Dessa maneira, em respeito ao *status dignitatis* dos investigados e às garantias mínimas que devem ser estendidas aos que são submetidos a uma investigação criminal, deve-se afastar a idéia de que o inquérito policial não passa de um “*mero ato administrativo*”.⁽¹⁶⁾ Afinal, respeitar a dignidade

humana não gera óbice a um trabalho de investigação eficiente.⁽¹⁷⁾

Na realidade, trata-se de procedimento carregado de significação, especialmente quanto às provas produzidas em caráter cautelar e em definitivo, como, *n.g.*, os exames de corpo de delitos, que atrelam o “*julgamento do meritum causae*”.⁽¹⁸⁾ Além das perícias, as apreensões e as vistorias também são exemplos de atos de instrução não provisórios, ainda que realizados na fase preliminar.⁽¹⁹⁾

Traz-se à colação a lição de **Jardim**, por

bem destacar a importância da investigação criminal: “*O inquérito policial, além de fornecer justa causa à acusação penal, destina-se à apuração das infrações penais com todas as suas circunstâncias*

e desempenha em nosso sistema processual uma função da maior relevância, pois permite ao titular da ação fazer uma imputação individualizada e certa, evitando-se processos prematuros e absolutamente infundados.”⁽²⁰⁾

Semelhante é, ademais, a posição de **Gomes Filho**, que afirma que o inquérito policial não serve somente para propiciar uma denúncia ou uma queixa. Possui o procedimento, igualmente, finalidades determinantes para o juízo de admissibilidade da acusação, para a adoção de medidas cautelares e pode servir de subsídio para a condenação, desde que haja confirmação das provas indiciárias na instrução judicial, ou para a absolvição do acusado.⁽²¹⁾

Assim, à luz do exposto, deve ser revista a posição que afirma que o inquérito policial não passa de “*simples peça de informação*”. Talvez a investigação criminal até seja *mera* peça informativa, mas apenas para aqueles que não figurem como suspeitos da prática de uma infração penal. Para os investigados, certamente, ela não o é. Em alguns casos, aliás, basta que se tenha um homônimo na lista de investigados para se verificar a força de uma investigação criminal e a importância que se deve dar à fase pré-processual.⁽²²⁾

NOTAS

(1) Nesse sentido: **TOVO, Paulo Cláudio**. “Democratização do Inquérito Policial”. *Estudos de Direito Processual Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 200.

(2) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. *Prática de Processo Penal*. 18ª ed., Saraiva: São Paulo, 1996,

- p. 3. Do mesmo autor, ainda: *Processo Penal*. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 199.
- (3) STF, HC 68.041/RJ, rel. min. **Sydney Sanches**, DJU de 22.02.91; STF, HC 73.037/RJ, rel. min. **Carlos Velloso**, DJU de 21.06.96; STF, HC 77.770/SC, rel. min. **Néri da Silveira**, DJU de 03.03.00; STF, RE 136.239/SP, rel. min. **Celso de Mello**, DJU de 14.08.92; STJ, HC 60.702/SP, rel. min. **Gilson Dipp**, DJU de 18.12.06; STJ, HC 64.616/PR, rel. min. **Laurita Vaz**, DJU de 11.12.06; STJ, HC 55.500/PR, rel. min. **Felix Fischer**, DJU de 20.11.06; STJ, HC 50.692/RJ, rel. min. **Hamilton Carvalhido**, DJU de 04.09.06.
- (4) Expressão usada por **SAAD, Marta**. "Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, nº 166, set. 2006, p. 6. A respeito do assunto, a própria autora (**SAAD, O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. São Paulo: RT, 2004, p. 164) afirma que não existem apenas atos de investigação no inquérito policial, "mas também atos de instrução, visto que servem ao convencimento do juiz".
- (5) **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes**. "A Polícia Judiciária e as Regras Orientadoras do Processo Penal". In: *A Polícia à Luz do Direito*. São Paulo: RT, 1991, p. 39. Do mesmo autor, na mesma esteira e afirmando que seria "simplificar, ao excesso, a realidade sensível" dizer-se que o inquérito policial é "mera" peça de informação: *Inquérito Policial: Novas Tendências*. Belém: CEJUP, 1986, pp. 16 e 21.
- (6) Nesse sentido: STF, HC 67.917/RJ, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, DJU 05.03.93, p. 2.897; STF, RE 69.904/SP, rel. min. **Barros Monteiro**, RTJ nº 59, p. 789.
- (7) **GOMES FILHO, Antônio Magalhães**. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, pp. 144-5, nota 34.
- (8) **COU TINHO, Jacinto Nelson de Miranda**. "O Sigilo do Inquérito Policial e os Advogados". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 18, abr.-jun. 1997, p. 131.
- (9) **LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima**. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 234.
- (10) **LOPES JÚNIOR**, *op. cit.*, p. 235.
- (11) **GOMES FILHO**, *op. cit.*, p. 145-6. Na mesma linha: **TOVO, Paulo Cláudio**. "O inquérito policial em sua verdadeira dimensão". In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, v. I, p. 150; **LOPES JÚNIOR**, *op. cit.*, pp. 234-7.
- (12) **EDWARDS, Carlos Enrique**. *El Defensor Técnico en la Prevención Policial*. Buenos Aires: ASTREA, 1992, p. 138.
- (13) **GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes**. "Dominus Litis?". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, nº 65, abr. 1998, p. 11.
- (14) **HADDAD, Carlos Henrique Borlido**. "O Novo Interrogatório". *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 99, set. 2005, p. 51.
- (15) **PRADO, Geraldo**. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 132.
- (16) Na linha de que o inquérito policial é um procedimento com alta importância: **KOERNER, Andrei; MELHEM, Célia Soibelman; SCHILLING, Flávia**
- "A Garantia dos Direitos Fundamentais no Processo Penal: A implementação do controle do inquérito policial pelo Ministério Público do Estado de São Paulo". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 28, out.-dez. 1999, p. 266; **PÉCEGO, Antônio José F. de S.** "Polícia Judiciária: Persecução Penal, Defesa e Sigilo". *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, nº 88, mar. 2000, p. 9.
- (17) **PINTO, Adilson José Vieira**. "O Inquérito Policial à luz dos Direitos e Garantias Individuais da Constituição Federal de 1988". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 27, p. 253.
- (18) **TUCCI, Rogério Lauria**. "A Polícia Civil e o Projeto de Código de Processo Penal". In: *A Polícia à Luz do Direito*. São Paulo: RT, 1991, p. 107.
- (19) **QUEIJO, Maria Elizabeth**. "Principais Instituições do Processo Penal Brasileiro e Elaboração Legislativa de Novo Código de Processo Penal: Inquérito Policial". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 697, nov. 1993, p. 271.
- (20) **JARDIM, Afranio Silva**. *Direito Processual Penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 45.
- (21) **GOMES FILHO**, *op. cit.*, p. 144.
- (22) *Vide*, por exemplo, recente situação envolvendo, injustamente, ministro da Suprema Corte.

Fábio Motta Lopes

Mestrando em Direito pela Ulbra, especialista em Direito Penal e Processo Penal, professor de Direito Penal da Unisinos, professor da Academia de Polícia do RS e delegado de Polícia no RS.

DA (NECESSIDADE DE) FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE RECEBE COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Plínio Leite Nunes

Já se foi o tempo em que decisões judiciais imotivadas e desprovidas de válida e convincente fundamentação eram admitidas pela ordem jurídica. Felizmente, no atual estágio da ciência jurídica e da própria ciência jurídico-penal contemporâneas isso já não se mostra possível. No Brasil, há inclusive disposição expressa quanto à obrigatoriedade da fundamentação de todas as decisões emanadas do Poder Judiciário, sob pena de nulidade. É o que se extrai, com efeito, do comando do art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece de modo incisivo que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)". Trata-se, com efeito, do sublime princípio da necessidade de motivação das decisões judiciais.

Neste sentido, pode-se aqui invocar um sem-número de razões que justificam e legitimam o direito, reservado ao acusado, e o dever, imposto aos órgãos jurisdicionais, de que toda decisão deve ser racionalmente motivada. Em primeiro lugar, porque o jurisdicionado tem direito a saber "como" e "por que" chegou o magistrado a esta ou aquela conclusão, independentemente de que lhe seja favorável ou não. Depois, para que possa impugnar, se entender injustificado, os fundamentos

da decisão na instância Superior, como expressão do princípio do *duplo grau de jurisdição*. Também para que possa saber o porquê de sua tese, eventualmente levantada, ter sido rechaçada. Por fim, como forma de o jurisdicionado e a própria sociedade fiscalizarem a atividade jurisdicional.

Como acentua **Aury Lopes Júnior**,⁽¹⁾ "a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão (...)". Na mesma esteira, aliás, é a conclusão de **Luigi Ferrajoli**,⁽²⁾ para quem "a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação da lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre o convencimento e provas". Mais adiante prossegue o mestre italiano: "Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre o convencimento e provas, a motivação carrega também o valor 'endoprocessual' de garantia de defesa e o valor 'extraprocessual' de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou de-

mocrática da função judiciária."

Apesar disso, tem-se visto — com certa perplexidade — a *relativização* do princípio da motivação das decisões judiciais, que segundo a própria Constituição Federal deve ser comum e aplicável a todos os provimentos que emanem dos órgãos que prestam tutela jurisdicional. Dita *flexibilização* ao dever de fundamentação tem sido aplicada, como produto de uma verdadeira "epidemia jurisdicional", às decisões que recebem a comunicação da prisão em flagrante. De fato, não são poucos os casos em que os magistrados se limitam a simplesmente "tomar ciência" da prisão do atuado e, sem nenhuma alusão à conveniência de se lhe manter a custódia provisória, restringem-se a consignar: "aguarde-se o inquérito".

Essa prática, infelizmente, tem sido bastante comum no cotidiano forense, inclusive avalizada por inúmeras decisões dos tribunais brasileiros. Tem-se argumentado, nesse sentido, que o ato que recebe a comunicação não tem caráter *decisório*, posição com a qual, no entanto, e com o devido respeito das opiniões em contrário, não concordamos.

Dúvida não há que a simples existência de um processo criminal, por si só, já é suficiente a caracterizar situação de cons-trangimento ao acusado. Também não se

pode negar que, na atualidade, as instituições públicas encontram-se sobrecarregadas sem que, em contrapartida, estejam dotadas das condições necessárias para conduzir e concluir satisfatórias investigações, elaborar peças denunciativas providas com um mínimo de conteúdo fático-jurídico suficiente à garantia do contraditório e ampla defesa etc. etc. Acresça-se a este quadro — que já não é dos melhores — a sobrenatural quantidade de demandas que hoje abarrotam as estantes do Judiciário, o que faz com que mesmo os mais devotados magistrados não consigam, embora assim fosse desejável, deter-se com o tempo necessário ao exame de inúmeras e inúmeras peças flagrantiais que se lhes chegam diariamente.

Não obstante, certo é que a deficiência estrutural da máquina estatal não pode, sob nenhuma hipótese, justificar a prática hoje freqüente de se manter a prisão em flagrante mediante despachos desprovidos de um mínimo de conteúdo jurídico tendente a justificar a necessidade da custódia provisória do autuado, até então simples autuado.

Para nós, inclusive com o apoio no que incisivamente estabelece o art. 93, IX, da Carta Republicana, deve sim o magistrado, ao receber a comunicação do auto de prisão em flagrante de um cidadão, fundamentar, de modo adequado e convincente, a necessidade de se lhe manter a custódia provisória. Aliás, não haveria razão para exigir-se, na Constituição Federal, a necessidade da comunicação da prisão em flagrante ser *imediatamente* encaminhada à autoridade judicial (CF/88, art. LXII).

Correta, neste sentido, a orientação de **Aury Lopes Jr.**⁽³⁾ ao tratar especificamente da natureza processual da prisão em flagrante. Bem o lembra o renomado processualista que “*uma vez efetivada a prisão em flagrante, com a conseqüente lavratura do auto respectivo, a peça policial será enviada ao juiz competente. Esse juiz, à luz do disposto no art. 310 do CPP, deverá decidir se homologa ou não a prisão em flagrante. Assim o julgador atua de forma sucessiva, em dois momentos: 1º momento: analisa o aspecto formal da prisão em flagrante, sua legalidade ou ilegalidade. Se legal, homologa; se ilegal, deverá relaxá-la. 2º momento: homologando a prisão em flagrante, deverá, sempre, enfrentar a necessidade ou não da prisão preventiva. Se necessária e cabível, poderá decretá-la (desde que tenha sido postulada sua decretação). Do contrário, deverá conceder a liberdade provisória, nos termos do art. 310, caput ou parágrafo único (conforme o caso). Em qualquer caso, a decisão deverá ser motivada*”. Assim, também, o entendimento de **Afrânio Silva Jardim**⁽⁴⁾ ao sustentar que “*a prisão em flagrante so-*

mente poderá subsistir se ficar constatada, em decisão fundamentada, a existência dos requisitos do art. 312 sem o que a sua manutenção será desnecessária e, por conseguinte arbitrária e ilegal.” No mais, acresce o douto jurista: “*Diante do que se viu, sustentamos que a nova regra jurídica (Lei 6.416/77 que introduziu o parágrafo único ao art. 310, do CPP) criou mais que uma simples faculdade para o órgão jurisdicional, vez que passou a ter o acusado o direito subjetivo processual de ver sua prisão mantida ou não através de decisão fundamentada.*”

Em uma palavra: verifica-se que o entendimento que mais se concilia aos propósitos da moderna ciência jurídico-penal é o de que, na sempre autorizada lição de **Banacloche Palao**, o flagrante — ou *la detención imputativa* — não é uma medida cautelar pessoal, mas sim *pré-cautelar*, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.⁽⁵⁾

Sem embargo, consoante iterativa jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, a custódia cautelar do imputado, exceção em nosso ordenamento jurídico, apenas pode ser decretada (ou mantida) quando fundada em elementos concretos, objetivos e atuais que demonstrem, de forma cristalina, a presença dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, constantes do art. 312, do CPP. É neste sentido, aliás, a orientação firmada pelo Pretório Excelso no julgamento do HC 80.719/SP, relator o eminente ministro **Celso de Mello**, DJ 28-09-2001, bem como no do HC 84.662/BA, relator o ministro **Eros Grau**, DJ de 22.10.2004.

Ao que tudo indica, nesse contexto, é que a tendência atual no Superior Tribunal de Justiça, sobretudo no âmbito de sua 6ª Turma, é a de reafirmar não só a obrigação da motivação das decisões judiciais, aí incluindo-se a decisão que recebe a comunicação do flagrante, como, também, a exigência de que a imposição ou manutenção de uma prisão cautelar deva respaldar-se em algumas das hipóteses hospedadas no art. 312, do CPP. De conferir-se, neste caso, o precedente firmado no

HC nº 40761/SP, 6ª Turma, relator o ministro **Nilson Naves**, DJ de 22.05.2006. Na espécie, a Corte firmou orientação no sentido de que “*sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (CPP, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação. Desse modo, “Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do habeas corpus*”.

Por tudo isso, e particularmente considerando que, hoje, o réu já não é mais considerado como mero objeto do processo, e sim titular de direitos e obrigações, e que dentre os direitos que a lei (leia-se: Constituição Federal) lhe confere no âmbito da estrutura dialética do processo penal-judicial está o de exigir — sempre — a larga amplitude da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, especialmente daquelas que gravam o direito à liberdade individual.

de individual, no âmbito do processo que, por definição constitucional, deve ser o resultado da conjunção das garantias do contraditório e da ampla defesa, somos pela obrigatoriedade de que a decisão que recebe a comunicação do flagrante seja efetivamente motivada, seja para o fim de apresentar elementos que justifiquem a custódia preventiva do autuado, seja para conceder-lhe a liberdade provisória, como prevê o art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

NOTAS

- (1) **LOPES JR., Aury**. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 254.
- (2) **FERRAJOLI, Luigi**. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 498.
- (3) Cf. **JR., Aury Lopes**. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Ob. cit., p. 216.
- (4) Cf. **JARDIM, Afrânio Silva**. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 252.
- (5) Cf. **PALAO, Banacloche**. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. **Santiago Sentis Melendo**. T. II. Buenos Aires, 1950, p. 77.

Plínio Leite Nunes

Advogado criminalista e pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Católica de Pernambuco

SIGILO BANCÁRIO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONFLITO ENTRE PROVA CRIMINAL E PRIVACIDADE

Rosimeire Ventura Leite

SIGILO BANCÁRIO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONFLITO ENTRE PROVA...

O sigilo bancário insere-se no sistema de normas de proteção à privacidade do indivíduo, tendo como fundamento mais distante a própria idéia de personalidade. O objetivo é resguardar as informações pessoais daqueles que utilizam os serviços das instituições financeiras ou equiparadas, protegendo-os contra revelações indevidas. No entanto, a quebra do sigilo bancário, não raro, é instrumento imprescindível para uma persecução penal eficiente, sobretudo em crimes mais graves, de repercussão internacional, representando, pois, um importante meio de obtenção de prova. Convém, assim, analisarmos o problema da possível colisão entre a privacidade protegida pelo sigilo bancário e o interesse na produção da prova no processo penal.

O tema do sigilo exige, a todo tempo, o enfrentamento de conflitos de interesses que inevitavelmente surgem nos relacionamentos humanos e jurídicos, notadamente quando se reconhece a Constituição como um texto aberto, composto não só por regras, mas também por princípios. De fato, a admissão do caráter principiológico do texto constitucional favorece o aparecimento de colisões entre princípios ou valores de idêntica hierarquia e que incidem sobre um mesmo caso concreto, trazendo dificuldades para a atuação do intérprete.

Para **Robert Alexy**, a colisão de princípios não se soluciona no âmbito da validade, mas sim da verificação de qual dos princípios tem mais peso na situação concreta e sob determinadas condições. Observa-se, desse modo, uma “relação de precedência condicionada”, pela qual são identificadas as condições que permitem a preferência a um dos princípios. Por outro lado, caso as circunstâncias fossem outras, a solução também poderia ser diversa.⁽¹⁾

Em relação ao sigilo bancário, o problema das colisões se aplica plenamente. Com efeito, através do sigilo, procura-se preservar determinadas informações que dizem respeito à privacidade do indivíduo, a aspectos de sua vida que, embora não se circunscrevam ao núcleo mais fechado de sua intimidade, também não podem ser do conhecimento amplo de terceiros. Ocorre, porém, que, em determinados momentos, esta proteção pode colidir com outros interesses, sejam de outra pessoa, da sociedade ou do Estado.

A idéia de proporcionalidade teve aplicação inicialmente no Direito Admi-

nistrativo, transpondo-se em seguida para o Direito Constitucional, onde obteve especial utilidade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais,⁽²⁾ fornecendo subsídios para que não haja limitações arbitrárias à liberdade individual.

Embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, encontra o referido princípio fundamento no art. 5º, § 2º, do texto constitucional, pelo qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Quanto ao seu conteúdo, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Pelo *subprincípio da adequação*, examina-se a idoneidade e a aptidão da medida restritiva para atingir a finalidade pretendida. Já a *necessidade*, também chamada de princípio da exigibilidade, implica a consideração de que a medida seja a mais eficaz e a menos onerosa dentre as alternativas disponíveis. A restrição, portanto, deve ser indispensável, abrangendo um juízo de menor ônus possível. Por fim, quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, corresponde à verificação do equilíbrio entre a medida e o objetivo pretendido. Nesse sentido, destaca **Suzana de Toledo Barros** que “o princípio da proporcionalidade stricto sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido”.⁽³⁾

Para **Antonio Scarance Fernandes**, citando a doutrina de **Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano**, o princípio da proporcionalidade abrange pressupostos, requisitos intrínsecos e extrínsecos. Os pressupostos seriam a *legalidade* e a *justificação teleológica*, ou seja, qualquer medida restritiva deve ter por fundamento uma previsão legal, além de objetivar a concretização de valores presentes na ordem constitucional. No que tange aos requisitos intrínsecos, a restrição à garantia exige que se demonstre a adequação, a ne-

cessidade e a ponderação dos interesses em conflito, o que corresponde aos três subprincípios já analisados. No mais, os requisitos extrínsecos referem-se à judicialidade e à motivação, de maneira que a restrição deve partir de um órgão jurisdicional e ser motivada.⁽⁴⁾

Desta breve análise, constata-se que, diante das dificuldades em conciliar sigilo financeiro e prova no processo penal, o princípio da proporcionalidade revela-se como um importante instrumento de so-

Com o princípio da proporcionalidade, pode-se obter uma decisão mais justa, tendo sempre em vista o equilíbrio entre a eficiência do processo e as garantias do indivíduo, o que é imprescindível diante da dignidade dos valores que o processo penal abriga e que devem ser reforçados, sobretudo, em tempos de crise.

lução nestes casos de colisão de interesses. Trata-se de uma construção jurídica que auxilia o julgador a lidar com a complexidade crescente das demandas que lhe são apresentadas e com os obstáculos impostos pela própria legislação, que, muitas vezes, apresenta

conceitos abertos e resguarda valores potencialmente conflitantes.

O sigilo bancário não pode tornar-se um obstáculo intransponível para a obtenção da prova, o que seria privilegiar demasiadamente os interesses do indivíduo em detrimento da sociedade. Por outro lado, a busca da verdade tem igualmente os seus limites, sob pena de se conceder ao Estado poderes muito amplos. Nesse contexto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário propaga o sigilo financeiro como relativo, podendo ser quebrado quando presentes o fundamento legal e as razões suficientes para a medida, a qual deve ser excepcional e motivada.

Observando-se a idéia da proporcionalidade, é necessário ainda que a quebra do sigilo atenda aos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, além dos pressupostos e demais requisitos acima explicitados.

Assim, com o princípio da proporcionalidade, pode-se obter uma decisão mais justa, tendo sempre em vista o equilíbrio entre a eficiência do processo e as garantias do indivíduo, o que é imprescindível diante da dignidade dos valores que o processo penal abriga e que devem ser reforçados, sobretudo, em tempos de crise.

NOTAS

(1) Nas palavras do jurista alemão, “esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicional” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos*

Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 91-92).

(2) Observa Paulo Bonavides que “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. atualizada, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 395).

(3) BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitu-*

cionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 80.

(4) SCARANÇE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 56-59.

Rosimeire Ventura Leite

Doutoranda em Direito Processual, juíza de Direito (TJPB), professora (UEPB) e integrante do grupo de pesquisa “Eficiência e Garantismo no Processo Penal”, coordenado pelo prof. Antônio Scarance Fernandes (USP)

BUSCA E APREENSÃO DIGITAL: PROVA PENAL ATÍPICA

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza

A sofisticada criminalidade do século XXI utiliza-se da vanguarda tecnológica para o cometimento de crimes. Em contraponto à delinqüência de massas, tradicional e violenta, a criminalidade organizada, em especial nos crimes econômicos e por meio eletrônico, conta com recursos de tecnologia da informação de última geração para os atos de preparação e execução de delitos e a preservação de seu produto.⁽¹⁾ É nesse cenário que se antevê um novo método de obtenção de prova, a busca e apreensão digital, instrumental jurídico que permitirá a colheita de dados armazenados em mídias informatizadas sem a necessidade de apreensão de seu suporte físico, com ganhos tanto para o imputado quanto para o procedimento de investigação criminal.⁽²⁾

A prova penal, em sistemas de origem romano-germânica como o brasileiro, é o núcleo de todo o sistema processual e tem por função a busca da verdade. Diga-se verdade real, processual, histórica, atingível ou consensual, fato é que a verdade deve sempre ser tida como norte do procedimento penal, fim do qual a jurisdição deve tentar se aproximar no maior grau possível.⁽³⁾ E, tecnicamente, a prova realiza esse escopo através da “demonstração da verdade ou falsidade de um enunciado factual”,⁽⁴⁾ uma vez que “provar um fato não é mais que uma elipse, uma forma de dizer provar a hipótese de que os fatos tenham se sucedido” de determinada maneira.⁽⁵⁾

No delineamento do procedimento probatório, os códigos de processo penal historicamente têm optado por dois diferentes caminhos: ou estabelecem a regra da taxatividade dos meios de prova e de obtenção de prova, restringindo o material a ser levado a juízo estritamente àqueles previstos em lei, ou permitem plena liberdade probatória, autorizando a produção de quaisquer provas sem previsão

de procedimento específico, respeitadas as limitações constitucionais. O equilíbrio, no entanto, só é atingido quando se mescla um regime de meios de prova taxativos à possibilidade de serem utilizados outros meios não previstos pelo legislador, de acordo com certos parâmetros, tal como foi a solução adotada pelo Código de Processo Penal italiano de 1988.⁽⁶⁾

As provas atípicas surgem em antagonismo às provas típicas. Estas são todos os meios de produção e obtenção de prova catalogados e regidos por lei, enquanto as provas atípicas ou inominadas sequer foram cogitadas pelo legislador, não tendo sido, de outro lado, expressa ou tacitamente vedadas.⁽⁷⁾

O Código de Processo Penal brasileiro apenas tangencia o tema das provas atípicas. Em seu art. 155, dispõe que somente quanto ao estado das pessoas serão “observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. O Código de Processo Civil, aplicado por analogia com base no art. 3º do CPP, enfrenta de maneira mais clara a questão, aceitando as provas “ainda que não especificadas neste código”.⁽⁸⁾ O Código de Processo Penal Militar admite de modo ainda mais evidente a possibilidade das provas atípicas.⁽⁹⁾ De parte da doutrina, registre-se por todos que “há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de

prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições”.⁽¹⁰⁾

A prova atípica deve ser distinguida da prova irritual, que se verifica quando a legislação prevê um determinado procedimento para o meio de prova que, por alguma razão, não é observado. Nesse caso, trata-se de irregularidade no próprio procedimento probatório, não se admitindo que a violação de um rito seja sanada com recurso ao conceito de prova atípica.

Deve-se verificar a subsistência do elemento de prova de acordo com as regras gerais de nulidades do próprio Código.

A prova atípica também não se confunde com a prova anômala. Nesse caso, tem-se um meio de prova típico sendo utilizado para atingir uma finalidade própria de outro meio de prova típico, verdadeira *truffa delle etichette*.⁽¹¹⁾

No delineamento do procedimento probatório, os códigos de processo penal historicamente têm optado por dois diferentes caminhos: ou estabelecem a regra da taxatividade dos meios de prova e de obtenção de prova, restringindo o material a ser levado a juízo estritamente àqueles previstos em lei, ou permitem plena liberdade probatória, autorizando a produção de quaisquer provas sem previsão de procedimento específico, respeitadas as limitações constitucionais.

São provas típicas, dentre outras, a prova documental, o testemunho, o reconhecimento de pessoas e a prova pericial. É prova irritual, por exemplo, a perícia assinada por apenas um perito oficial. A prova anômala mais conhecida é a juntada de declarações escritas colhidas unilateralmente pela parte, sob o pretexto de prova documental, para atingir o fim clássico de uma prova testemunhal. E provas atípicas seriam todas as demais que não vêm referidas pelo ordenamento, como a gravação

entre presentes realizada por particular, o reconhecimento fotográfico ou o “*apontamento em audiência*”.⁽¹²⁾

A busca e a apreensão são meios de obtenção de prova típicos que visam a preservar a fonte de prova para que, posteriormente, venha a ser introduzida no processo e possa ser valorada pelo órgão jurisdicional. O rito trazido pelo artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal é bastante específico: haverá busca domiciliar ou pessoal com o fim de localizar e apreender a pessoa ou coisa constante do rol legal, de acordo com os procedimentos ali previstos.

Ocorre que, em tempo presente, é cada vez mais rotineiro presenciarmos operações policiais em que dezenas de computadores são apreendidos apenas com o escopo de serem capturados os *dados* armazenados em seus discos rígidos. Em se tratando de grupos organizados, criminalidade econômica e financeira ou delitos virtuais, como a propagação de pornografia infantil, é factível que dados da mais alta importância para a constituição do quadro probatório estejam armazenados remotamente, em servidores situados em outras cidades, estados ou até mesmo países. Esses dados estariam disponíveis apenas nos breves momentos em que acessados pelo investigado, sendo quaisquer vestígios locais eliminados imediatamente, o que tornaria inócua a busca e apreensão tradicional. Numa atividade de ação controlada, também poderia ser de interesse do órgão de investigação ter acesso aos dados do crime sem que o investigado percebesse, fazendo coleta periódica de informações à distância, por meio de acesso virtual, até o melhor momento do ponto de vista da formação da prova. Do lado do imputado, uma busca digital permitiria que continuasse de posse de sua estrutura de informática, já que a apreensão prolongada de computadores e milhares de arquivos pode inviabilizar irreversivelmente a atividade econômica de uma empresa.

Tecnologia para a concretização da busca e apreensão digital existe e está à disposição dos órgãos de investigação. Sob o aspecto jurídico, verifica-se que no velho continente já existe uma *Convenção sobre o Cibercrime*, aprovada em Budapes-

te, em 23.11.2001, prevendo expressamente a busca e apreensão de dados informáticos armazenados em sistemas ou, alternativamente, do suporte físico que os contenha. Além disso, prevê-se a possibilidade de recolhimento em tempo real dos dados relativos ao tráfego virtual, o que permite superação de óbices de Direito Internacional, já que a interceptação ocorreria na rede de telecomunicações do país investigante e asseguraria o material probatório que poderia ser ocultado em servidores remotos. Em estágio também avançado nessa área, os Estados Unidos possuem uma divisão de *Cybercrime*, vinculada ao Departamento de Justiça,

encarregada da investigação de crimes que utilizam meios eletrônicos.⁽¹³⁾

O Código de Processo Penal brasileiro, datado de 1941, está mais de meio século distante dessa nova realidade. A busca e apreensão tradicional, como visto, não é capaz de assegurar o melhor resultado em se tratando de provas ou crimes cometidos por meio eletrônico.

A abertura trazida pelas provas atípicas, perfeitamente compatíveis com nosso sistema processual, é o caminho indispensável para que, mediante circunstanciada autorização judicial, os órgãos encarregados da investigação criminal empreendam buscas e apreensões digitais de maneira a reprimir delitos pouco visíveis, mas altamente nocivos aos interesses da sociedade. Uma legislação específica para esse procedimento, bem como diretrizes genéricas para as provas atípicas positivadas no Código de Processo Penal, seriam novidades expressivas no projeto de modernização da legislação processual.

Conclui-se que a flexibilidade trazida pelas provas atípicas é um importante fator de eficiência do processo penal. Como vaticina **Ennio Amodio**, quem sabe assim teremos no futuro “*um homogêneo equilíbrio entre liberdade e legalidade da prova de maneira a satisfazer a exigência do garantismo juntamente com o interesse do pleno esclarecimento dos fatos delituosos*”.⁽¹⁴⁾

NOTAS

- (1) A dicotomia entre criminalidade de massas e criminalidade organizada é explorada por **Winfried Has-**

semer, “Segurança Pública no Estado de Direito”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5, jan./mar. 1994, pp. 55-69.

- (2) Diante da delimitação do estudo proposto, parte-se da premissa de que é constitucionalmente legítima a limitação do direito individual à tutela da privacidade e dos dados diante de ordem judicial devidamente fundamentada, com base no princípio da proporcionalidade. Entende-se que a Constituição Federal não alberga direitos absolutos, sendo possível ao Poder Judiciário afastar pontualmente determinados direitos fundamentais no caso de um direito contraposto preponderante. A medida sugerida, com base nesse ponto de partida, não violaria, pois, o art. 5º, XII, da Constituição Federal.
- (3) **LARONGA, Antonio**. *Le Prove Atipiche nel Processo Penale*. Milano: Cedam, 2002, p. 2.
- (4) **TARUFFO, Michele**. “Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali”, in: *Decisione Giudiziarie e Verità Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 11.
- (5) **GASCÓN ABELLÁN, Marina**. *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 83.
- (6) CPP, art. 189. “*Prova não disciplinada pela lei. 1. Quando se postula uma prova não disciplinada pela lei, o juiz pode aceitá-la caso seja idônea a assegurar o acerto dos fatos e não prejudique a liberdade moral da pessoa. O juiz decide sobre a admissão, ouvidas as partes quanto à modalidade de produção da prova*” (tradução livre).
- (7) **GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, in: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2005, p. 314.
- (8) Código de Processo Civil, art. 332. “*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*”
- (9) Código de Processo Penal Militar, art. 295. “*É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares.*”
- (10) **BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy**. “Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha”, in: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2005, p. 344.
- (11) **TONINI, Paolo**. *La Prova Penale*. Milano: Cedam, 2000, p. 95.
- (12) Nos dois últimos casos, há divergência se não seria hipótese de prova irritual por desrespeito ao art. 226 do Código de Processo Penal. Também é importante destacar outras classificações mais específicas, como a *prova típica por analogia*, que seria aquela trazida pelo Código, mas que adota procedimento de um outro meio de prova, como o é o caso do reconhecimento de objeto ou coisa, e a *prova típica meramente referida*, em que a legislação apenas nomeia o meio de prova ou obtenção de prova sem trazer quaisquer normas procedimentais, do que são exemplos a reprodução simulada dos fatos (art. 7º, CPP) e a infiltração policial (art. 2º, V, Lei 9.034/95).
- (13) <http://www.cybercrime.gov/>
- (14) **AMODIO, Ennio**. “Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo”, in: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p.9.

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza

Procurador federal em São Paulo, mestrando em Direito Processual Penal pela USP e integrante do projeto de pesquisa Eficiência e Garantismo no processo penal, coordenado pelo prof. Antonio Scarance Fernandes (USP)

A LEI 8.038/90 E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner

1. O então Inquérito 2245: estado da questão

Este pequeno artigo tem a intenção de suscitar algumas questões de caráter processual penal, com o recente julgamento de cerca de 40 réus, alguns deputados e senadores, realizado pelo STF em ação originária. Fato que ficou conhecido pelo escândalo gerado por uma extensa malha de corrupção que atingiu o governo Lula, conhecido como “mensalão”, como batiu a mídia.

Há pouco tempo, o STF julgou o recebimento de uma denúncia, oferecida pelo procurador-geral da República, composta de inúmeros fatos criminosos imputados a uma pluralidade de réus como, por exemplo, crimes de peculato, formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, supostamente cometidos por figuras de repercussão central no atual governo, nomeadamente José Dirceu (ex-ministro chefe da Casa Civil), Luiz Gushiken (Secretaria de Comunicação), Anderson Adauto (Secretaria de Transportes), Roberto Jefferson (deputado cassado), o empresário Marcos Valério de Souza, o publicitário Duda Mendonça, o ex-presidente do PT, José Genuíno, o ex-tesoureiro do PT, Delúbio Soares dentre outros. Após uma série de discussões e de debates, o STF acabou por receber a denúncia contra grande parte dos réus pelos crimes narrados na denúncia.

Encerrados os debates, o ministro relator **Joaquim Barbosa** assegurou que, uma vez publicado o acórdão de recebimento da denúncia, serão expedidas cartas de ordem, a fim de realização das diligências instrutórias. Esse é o breve relato do evento.

2. O princípio do juiz natural e a Lei 8.038/90: incompatibilidades lógicas

Como é cediço, o princípio do juiz natural, elencado na Constituição da República no art. 5º, LII, que assevera: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, trata de uma das garantias mais elementares do indivíduo. Tal garantia é a de que, primeiramente, não haverá tribunal de exceção. Essa é a face mais visível do princípio do juiz natural. No entanto, não esgota a sua extensão semântica. O juiz natural da causa é aquele expressamente determinado por uma norma do ordenamento, anteriormente ao fato criminoso. A existência de uma autoridade a quem incumbe o julgamento, de forma prévia ao cometi-

mento do ilícito penal, determina a fixação de uma competência, entendida desde **Manzini** como a “medida da jurisdição”. A competência ou o “poder de dizer o direito”, dentro de uma determinada esfera, por vezes territorial, por vezes relativa à matéria passível de julgamento, é uma condição de validade dos atos jurídicos processuais realizados no curso da ação penal e, inclusive, mesmo da fase de investigação preliminar.

É através da afirmação do princípio do “juiz natural” ou do “juiz legal” que se procura sancionar, de forma expressa, segundo **Figueiredo Dias**, o “direito fundamental do cidadão a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente”.⁽¹⁾ Os atos judiciais que não obedecerem à competência processual poderão (leia-se deverão) ser declarados como inválidos. Em outras palavras, a desobediência ao disposto nesse artigo constitucional acarretará a nulidade dos atos, deixando estes de gerar efeitos. No entanto, seriam apenas os atos decisórios nulos? Os atos instrutórios poderiam ser enquadrados no âmbito normativo da norma do art. 5º, LIII da CR?

Evidentemente, apesar de expressamente não haver a previsão de que os atos instrutórios seriam uma dimensão do princípio do juiz natural, a instrução do processo e todos os seus atos são, sem sombra de dúvidas, abarcados pelo princípio invocado. É importante destacar ainda que grande parte da doutrina, amparada no princípio da instrumentalidade das formas, prescreve que todos os atos processuais que puderem ser salvos deverão os ser de alguma maneira.

Trata-se, evidentemente, de um princípio (o da instrumentalidade das formas) arraigado numa concepção civilística de processo. A teoria das nulidades, em matéria penal, necessita se separar dos conceitos absolutamente inadequados como distinção entre nulidade absoluta e relativa, demonstração de prejuízo por parte do réu (*pas de nullité sans grief*), taxatividade (*pas de nullité sans texte*) e convalidação do ato defeituoso (instrumentalidade das formas). Também é necessário, se se quiser fazer jus ao sistema constitucional de garantias, abandonar da mesma forma que os itens anteriores, a concepção da nulidade como sanção processual (inapropriadamente trasladada do *Code de 1804*) ou ainda, como uma tentativa de manutenção do atual sistema, com novas máscaras,

denominado de tipo constitucional.

De qualquer sorte, entendido o processo penal, assevera **Fazzalari**, como procedimento em contraditório,⁽²⁾ ou ainda, desde **Ferrajoli**, diante do princípio da estrita legalidade em matéria processual,⁽³⁾ as cartas de ordem a serem expedidas pelo STF desafiarão o princípio do juiz natural? Dispõe o art. 9º, § 1º da Lei 8.038/90 que “O relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro do Tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem”. Da mesma forma, o Regimento Interno do STF em seu artigo 239 e § 1º: “Art. 239: A instrução do processo obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal. § 1º O relator poderá delegar o interrogatório do réu e qualquer dos atos de instrução a juiz ou membro de outro Tribunal, que tenha competência territorial no local onde devam ser produzidos.” É constitucionalmente aceitável que o relator de um processo originário no STF, corte de suprema tutelada constitucional, possa delegar sua competência (de cognição-instrução, por suposto, de julgamento)? Tal dispositivo, à luz do princípio do juiz natural, seria legítimo?

E não se diga que oportunamente se está a levantar tal óbice simplesmente para “safar X ou Y”, em favor de uma pseudodemagógica impunidade, de qualquer acusação e atravancar o processo em sua desabalada busca de eficiência (anti-garantista, por óbvio!) ou quiçá na sua busca pela “verdade dos fatos”. Por certo, tal assunto de ressonância (inter) nacional apenas ajuda a trazer, uma vez mais, à luz a chaga de nosso processo penal brasileiro, que teima em ser permeado pela *força normativa da constituição* (**Hesse**).⁽⁴⁾

À evidência, percebe-se que se se entender os atos instrutórios regidos à luz do princípio do juiz natural, essa delegabilidade do ato, via carta de ordem, é no mínimo, ilegítima. Inválida e viciada, portanto. Esse procedimento cria uma espécie de sistema *sui generis* de sistema processual, que fica entre o sistema escalonado e o sistema de juiz único. De regra, nos sistemas escalonados, existe um juiz de instrução responsável pela produção da prova bem como pela admissibilidade da acusação, com o reenvio da peça acusatória para julgamento na fase oral (*juicio oral*), como é conhecido nos sistemas de língua espanhola.

Nos sistemas de juizado único, um determinado juiz é responsável pela admis-

sibilidade da acusação, pela coleta da prova e pelo julgamento. No procedimento de ação penal originária perante os tribunais superiores, especialmente à vista da manifestação do STF, que modalidade de sistema se verifica? Veja-se a que ponto se pode chegar: o tribunal superior julga a admissibilidade da acusação; uma vez recebida, determina a órgãos inferiores que sejam responsáveis pela coleta da prova. Percebe-se que os juízes de hierarquia inferior não podem questionar a ordem, nem se impor contrariamente ao recebimento da denúncia. Como se trata de “cartas de ordem”, apenas recebem e executam as ordens do tribunal superior. Uma vez encerrada a instrução, devem enviar o expediente ao tribunal superior para julgamento. O magistrado, isento de algum contato com a prova, lêia-se testemunhas e até mesmo o interrogatório do réu, poderá passar a julgar alguém que quicá apenas verá o rosto nas páginas de qualquer periódico.

No julgamento perante o tribunal, onde não existe o duplo grau de jurisdição no que tange ao mérito (cabendo apenas os recursos especial e extraordinário), o acusado não possui garantia alguma com relação ao exame da prova por parte do tribunal. Frise-se, talvez estejamos falando aqui não em ausência de duplo grau, mas, talvez, de ausência de cognição mesma quanto à matéria de prova, se considerarmos que ela virá pronta ao relator. Um dos pontos da proposta de reforma do sistema processual brasileiro é a extinção dos julgamentos de mérito, na modalidade devolutiva, por parte dos tribunais. Juiz que instrui acaba ficando mais próximo da prova, dizem os defensores desta corrente. No caso em tela, o tribunal superior não instrui o processo, apenas julga depois de produzida a prova. Mas os juízes ou tribunais inferiores não detêm a legitimidade para o exame da admissibilidade da acusação. Um sistema híbrido, que fica a meio caminho do juizado de instrução e do juizado único é a consequência do art. 9º, § 1º da Lei 9.038/90.

Assim, de acordo com o princípio do juiz natural, poderiam ser reputados válidos os atos judiciais delegados e depois (re)introduzidos mais adiante, na fase de julgamento? Os atos judiciais, para conservar a validade, não apenas devem ser julgados pela autoridade competente, mas processados perante ela. Levado em conta que uma das características da jurisdição é a indelegabilidade, transportando-se tal circunstância para o conceito de competência, é constatável o nítido descompasso da Lei 9.038/90.

A ação penal originária, de competência dos tribunais superiores, possui junto

ao seu procedimento, um certo objetivo, que é oferecer determinadas garantias ao acusado. No momento em que se admite a delegação de atos instrutórios à instância inferior, tais garantias restam solapadas. Frise-se que a “inteligência” do dispositivo alhures exposto, alavanca um pesado déficit cognitivo, motor essencial para que se produza o procedimento em contraditório, medida esta que se dá, não raro, em regimes de urgência ou em acor-

do com o princípio da eficiência, que aporta em sede constitucional, movido pelo *establishment* neoliberal. Enfim, mais uma ode aos *meios eficientes* (Hayek).⁽⁵⁾

A “delegação de atos indelegáveis”, que por certo não é outra coisa senão uma violação dos atos processuais a ser praticados, já que somente perante a autoridade competente é que se poderá falar em condições específicas de validade da sentença. A decisão, que brota de um processo no qual a instrução se dá perante um juiz destituído do poder-dizer (isto é, com referência ao juizado de instrução, sem a verificabilidade da procedência da denúncia, em momento instrutor próprio), soma-se a uma futura decisão de mérito, na qual o primado das hipóteses sobre os fatos, enunciada por **Cordero**⁽⁶⁾ em bom e alto tom, desde há muito, confirma a regra. As provas a ser produzidas, diante de um juiz monocrático, no mérito, pouco ou nada significam. Isso porque o julgamento em pauta se encontra revestido, impregnado pelo imaginário jurídico de que o que é rápido e eficiente é o melhor.

Se examinarmos a genealogia do princípio do juiz natural, veremos que da história desta fórmula surgem três idéias: reserva legislativa relativa à competência, órgãos que constituam um sistema legalmente definido, e instituídos com anterioridade ao fato.⁽⁷⁾ Não basta que seja ordinário o juízo (pertencentes a uma tipologia legalmente constituída), mas ressalte-se que é proibida qualquer expressão eufemística, que vá adjetivar a jurisdição, apenas como embuste a sua função latentemente excepcional.

Nem mesmo o automatismo de certas práticas ou cláusulas (cartas de ordem?) pode sacar o magistrado naturalmente

constituído pela lei do confronto com a causa examinada, não menos diz o art. 8º nº 1 do Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias (...), por um juiz competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formulada contra ela (...)” (g.n.). Na esteira de **Maier**, indubitável a decorrência proibitiva elementar de que juízos (cortes ou magistrados sin-

De nenhuma forma se quer obstar ortodoxamente que possa haver práticas rotineiras de delegações, oitivas de testemunhas por carta precatória ou rogatória, por simples lógica processual. O que se está a opor é a maneira escoreita, como se quer que um ato de defesa primordial (o interrogatório, ou mesmo qualquer “outro ato de instrução”, como refere a lei) possa ser feito longe das vistas do julgador da causa.

gulares) legalmente determinados competentes a exercer a jurisdição (consistente em matéria penal na comprovação — positiva ou negativa — do delito) possam avocar ou delegar dissimuladamente sua atribuição.⁽⁸⁾

De nenhuma forma se quer obstar ortodoxamente que possa haver práticas rotineiras de delegações, oitivas de testemunhas por carta precatória ou rogatória, por simples lógica processual. O que se está a opor é a maneira escoreita, como se quer que um ato de defesa primordial (o interrogatório, ou mesmo qualquer “outro ato de instrução”, como refere a lei) possa ser feito longe das vistas do julgador da causa. Óbice posto, no mesmo sentido, de forma muito semelhante, pela mesma corte ao chamado interrogatório *on-line* (por videoconferência) no último dia 14 de agosto em decisão histórica de relatoria do ministro **Cezar Peluso** (HC 88.914). Vez mais se indaga: poderá se aceitar que o interrogatório (natureza clara de manifestação do exercício de defesa, mormente com as alterações da Lei 10.792/2003, única oportunidade não raro na qual o interrogado se dirige diretamente àquele que decidirá sobre sua responsabilidade, ou seja, tomará decisão da mais profunda importância) ou mesmo qualquer outro ato de instrução possa ser alijado de forma corriqueira ao juiz do caso penal a uma jurisdição que não tem a mesma competência material?

Não bastasse o catálogo, imenso embora não taxativo, de gravames e flexibilizações garantísticas no jogo processual, possibilidade estabelecida pelo diploma legal até então em comento, é de sinalizar que problemas podem advir de um incidente processual qual-

quer, ocorrido durante a instrução.

Provas ilícitas, seqüestro de bens e outras espécies de constrições, quando suscitadas, poderão gerar a necessidade de revisão pelo Supremo Tribunal Federal novamente. De duas uma: se admitindo o “recurso” para o STF, vai por água abaixo a justificativa da delegação de cartas de ordem, vez que o possível trâmite pode causar ainda maiores delongas do que o seu julgamento diretamente perante o tribunal originariamente competente; ou, de outro lado, negar o recurso seria ampliar, inclusive delegar, ao juiz de primeira instância, o poder-dever de ser o “guardião” da Constituição, como a tradição jurídica denomina o STF. Esta última alternativa é inconcebível. O STF estaria delegando, além da sua competência, o exame constitucional de questões incidentais. Assim, a possibilidade de recurso ao STF, pela infringência de algum dispositivo constitucional, pelo juiz a quem foi delegada a instrução, verifica-se insofismável para que ao menos se atenuem tais práticas delegatórias.

Vê-se um claro problema, como quer **Roxin**, de competência móvel,⁽⁹⁾ com grave déficit de legalidade, de mínima previsibilidade no que tange ao pilar do devido processo legal e principalmente ao direito de defesa do acusado. E se existe a necessidade de um regime de competência legal relativamente detalhado, esta razão se dá justamente para que a cada fato punível esteja previsto um órgão de decisão judicial determinado, no qual não fique qualquer possibilidade de que a pessoa do juiz possa eleger arbitrariamente quando ela se dá, segundo critérios nem um pouco objetivos.

NOTAS

- (1) **DIAS, Jorge de Figueiredo.** *Direito Processual Penal. Clássicos Jurídicos.* 1ª ed. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 322.
- (2) **FAZZALARI, Elio.** *Istituzioni di Diritto Processuale.* Padova: CEDAM, 1994, pp. 85-86.
- (3) **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal.* Tradução de **Perfecto Andrés Ibáñez et al.** Madrid: Trotta, 1995, pp. 537-548.
- (4) **HESSE, Konrad.** *A Força Normativa da Constituição.* Tradução de **Gilmar Ferreira Mendes.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 9.
- (5) Vide a matriz do referencial neoliberal **HAYEK, Friedrich A.** *Direito, Legislação e Liberdade.* Tradução **Anna Maria Capovilla.** São Paulo: Visão, 1985, pp. 52-53.
- (6) **CORDERO, Franco.** *Guida alla Procedura Penale.* Torino: Utet, 1986, p. 51.
- (7) **CORDERO, Franco.** *Procedura Penale.* Torino: Guiffre, 2003, p. 114.
- (8) **MAIER, Julio B.J.** *Derecho Procesal Penal. Tomo I – Fundamentos.* 2ª ed., 3ª reimpr., Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., pp. 763-774.
- (9) **ROXIN, Claus.** *Derecho Procesal Penal.* Tradução da 25ª edição alemã de **Gabriela E. Córdoba** e **Daniel R. Pastor.** Revisada por **Julio B.J. Maier.** 1ª ed., 2ª reimpr., Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2003, p. 31.

Augusto Jobim do Amaral

Advogado, especialista e mestre em Ciências Criminais (PUC/RS), doutorando em Altos Estudos Contemporâneos (Coimbra) e professor da UCS e da Ulbra

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Advogado, especialista e mestre em Ciências Criminais (PUC/RS), doutorando em Direito (UFPR) e professor do IPA/IMEC

PARTICIPE POR ACREDITAR

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU IBCCRIM APROVADA POR UNANIMIDADE PELO MEC

O *Diário Oficial da União* publicou, na quarta-feira, dia 14 de novembro de 2007, a decisão unânime, exarada pelo **Ministério da Educação**, favorável ao credenciamento do curso de **pós-graduação lato sensu do IBCCRIM em Criminologia**.

As informações sobre o curso, bem como oferta de matérias, cronograma, inscrição e avaliação serão publicadas no site www.ibccrim.org.br, conforme orientação da Comissão de Pós-graduação do **IBCCRIM**.

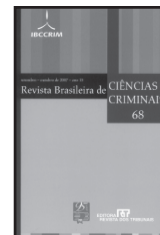
NO AR: TV IBCCRIM!

Preparada mesmo para as conexões de banda larga com baixa taxa de transferência, a **TV IBCCRIM** entrou no ar no dia 1º de novembro pelo portal www.ibccrim.org.br e, por meio dela, você já pode acessar de onde quiser, em qualquer horário e segundo suas próprias disponibilidades, todas as produções de vídeo do **IBCCRIM**, que trazem consigo o desafio de produzir Ciências Criminais de modo crítico e pluralista, integrando idéias e conhecimentos, democratizando e simplificando o estudo interdisciplinar em um ambiente digital, com o padrão de qualidade das publicações do **IBCCRIM** que você já conhece.

Já estão no ar os programas **Faces da Violência** com os temas *Meninos de Rua* e *Insegurança Pública* e **Diálogos IBCCRIM**, com aulas de Carlos Vico Manãs e Alberto Silva Franco, abordando “A idéia de Intervenção Penal Mínima” e “A idéia de Crimes Hediondos”, respectivamente. Os DVDs destas aulas também estão disponíveis para empréstimo na Biblioteca. Fique atento à programação. Acesse www.ibccrim.org.br e conheça mais sobre a nova **TV IBCCRIM!**

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 68 – SETEMBRO-OUTUBRO/2007

- *A Incidência do Crime de Frustração à Legislação Trabalhista como Instrumento de Terror ao Empresariado* - **Eduardo Reale Ferrari**
- *Aborto Inseguro: É Necessário Reduzir Riscos* - **José Henrique Rodrigues Torres**
- *Domínio por Organización. Estado de la Discusión* - **Kai Ambos**
- *El Derecho Penal “Moderno”: Sobre la Necesaria Legitimidad de las Intervenciones Penales* - **Raúl Pariona Arana**
- *¿Responsabilidad Penal de los Directivos de Empresa em Virtud de su Dominio de la Organización? Algunas Consideraciones Críticas* - **Carlos Gómez-Jara Díez**
- *Decisão Proferida por Justiça Incompetente: Nulidade ou Inexistência?* - **Danielle Souza de Andrade e Silva**
- *Aspectos Controvertidos sobre o Instituto da Prisão Preventiva* - **Diogo Tebet da Cruz**
- *A Recepção do Positivismo Criminológico no Brasil* - **João Paulo de Aguiar Sampaio Souza**
- *Uma Análise sobre a Crise na Segurança Pública de Maio de 2006* - **Paulo de Mesquita Neto e Fernando Sala**
- *A Suspensão do Prazo Prescricional no Art. 366 do CPP e suas Limitações Constitucionais: Crítica ao Recurso Extraordinário 460.971-1/RS* - **Mariângela Gama de Magalhães Gomes**



ASSINATURA RBCCRIM 2008

Associados **IBCCRIM** têm desconto de **30%** na assinatura anual da **RBCCRIM**, o que corresponde a uma economia de **R\$ 180,00** para a aquisição das edições de 2008. Sócios do Instituto pagam **R\$ 420,00** já com desconto, podendo este valor ser **parcelado** em até 5 X no cartão ou cheque. Para assinar antecipadamente os volumes nº 70 a 75 da edição 2008, ligue: (11) 3105-4607, ramal 125 ou, envie um *e-mail* para revista@ibccrim.org.br. Para conhecer índices e adquirir edições anteriores, consulte a área da revista no *site* do **IBCCRIM**. Assinaturas internacionais podem ser feitas pelos telefones (55-11) 5183-5377 e 5183-5205 ou pelo *e-mail*: atlantis@8415.com.br.

PARTICIPE

POR ACREDITAR

VISÕES DE POLÍTICA CRIMINAL ENTRE OPERADORES DA JUSTIÇA CRIMINAL DE SÃO PAULO

O **IBCCRIM**, através do seu **Núcleo de Pesquisa**, apresentou no **13º Seminário Internacional** a pesquisa “Visões de política criminal entre operadores da justiça criminal de São Paulo”.

Acesse a seção **Estudos e Pesquisas** do portal www.ibccrim.org.br e conheça o relatório preliminar clicando no link **Pesquisas Atuais** do **Núcleo de pesquisas**.

QUARTA-FEIRA, SEMPRE ÀS ONZE DA MANHÃ, É O FÓRUM QUE VEM ATÉ VOCÊ!

Participe do **Fórum IBCCRIM**, um espaço de discussões estritamente acadêmicas e científicas, acessível pelo portal www.ibccrim.org.br, sempre às quartas-feiras, das 11h00 às 12h00 (horário de Brasília). Confira na íntegra todas as perguntas respondidas por **Maurício Zanóide de Moraes** (*Provas Ilícitas*), **Édson Luís Baldan** (*O Delegado e a Justiça Criminal*), **Tatiana Bicudo** (*O Ministério Público e a Justiça Criminal*) e **Alvino Augusto de Sá** (*Reintegração Social do Condenado*).

Próxima Programação:

Dia: 05 de dezembro de 2007

Encontro com: Sergio Salomão Shecaira - Ex-presidente do IBCCRIM (gestão 1997-1998), atual presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

Conversa sobre: *Direito Penal Juvenil*

Dia: 12 de dezembro de 2007

Encontro com: Luciano Anderson de Souza - Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; coordenador de Pós-Graduação da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP; coordenador-adjunto do Departamento de Cursos do IBCCRIM; autor do livro “Expansão do Direito Penal e Globalização”, publicado pela Editora Quartier Latin).

Conversa sobre: *Direito Penal e Globalização*

Dia: 19 de dezembro de 2007

Encontro com: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal - Juiz de Direito em São Paulo.

Conversa sobre: *A Função Política do Tribunal do Júri*

Dia: 16 de janeiro de 2008

Encontro com: Alberto Silva Franco - Presidente do IBCCRIM (gestão 2007 e 2008)

Conversa sobre: *Crimes Hediondos*

Dia: 23 de janeiro de 2008

Encontro com: Theodomiro Dias Neto - Vice-presidente do IBCCRIM (gestão 2007 e 2008), advogado em São Paulo, professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (São Paulo), mestre pela Universidade de Wisconsin (EUA) e doutor pela Universidade de Sarre (Alemanha)

Conversa sobre: *Segurança Pública*

Dia: 30 de janeiro de 2008

Encontro com: Maria Thereza Rocha de Assis Moura - Professora doutora de Processo Penal na Faculdade de Direito da USP e ministra do STJ

Conversa sobre: *Direito de Execução Penal*

Dia: 13 de fevereiro de 2008

Encontro com: Gustavo Badaró - Mestre e doutor em Processo Penal; professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP; advogado Criminalista em São Paulo

Conversa sobre: *Prova por Videoconferência*

Importante: Não haverá Fórum nos dias 26 de dezembro de 2007, 02 e 09 de janeiro de 2008 e 06 de fevereiro (quarta-feira de cinzas) de 2008.

MAIS COMODIDADE PARA PAGAR A SUA CONTRIBUIÇÃO ASSOCIATIVA

Débito automático no Unibanco. Associados do **IBCCRIM**, que já contavam com a facilidade de fazer sua contribuição associativa através de débito automático nos bancos Bradesco, Itaú, Nossa Caixa Nosso Banco e Banco do Brasil, agora têm a opção de fazê-la também no **Unibanco**.

Para alterar a sua forma de pagamento para débito em conta, entre em contato com o Departamento Financeiro pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 141, ou envie um e-mail para financeiro@ibccrim.org.br

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

■ 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

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmeço

■ 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
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

■ 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 - SINDPPF-MG

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

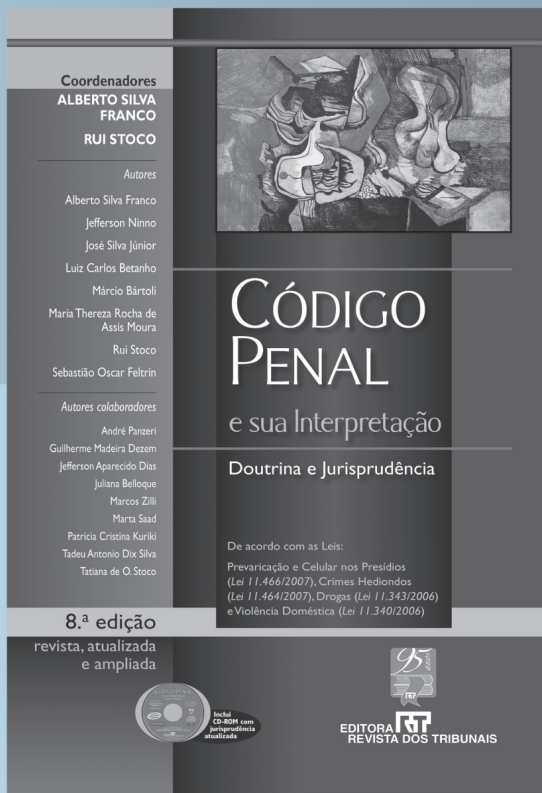
■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

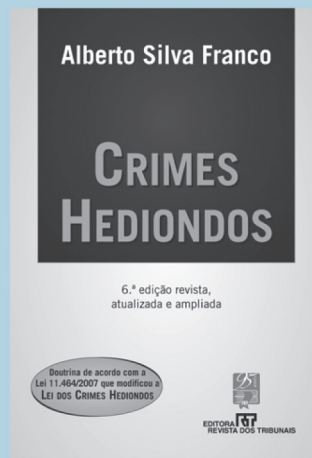
ATUALIZE-SE. CONHEÇA OS LANÇAMENTOS DA EDITORA RT



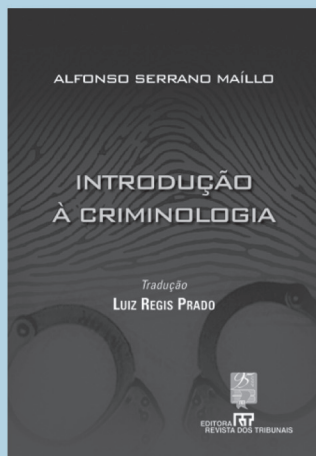
Alberto Silva Franco e Rui Stoco
1.824 páginas (Livro) e 4.316 páginas (CD-ROM) - R\$ 329,00

8ª edição revista, atualizada e ampliada
Mais informativa e prática

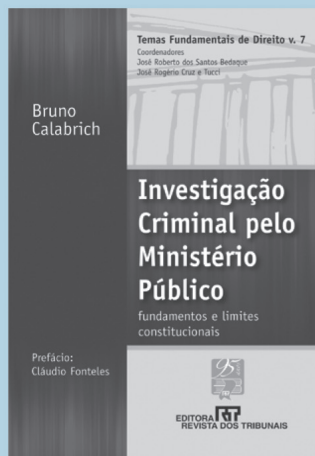
- › Livro de Doutrina
Edição com novo formato e novo projeto gráfico
- › CD-ROM com Jurisprudência
Busca por palavra, artigo e consulta no formato e-book



Alberto Silva Franco
606 páginas - R\$ 127,00



Alfonso Serrano Maíllo
Trad.: Luiz Regis Prado
368 páginas - R\$ 68,00



Bruno Calabrich
240 páginas - R\$ 43,00



Coord.: Luiz Flávio Gomes
378 páginas - R\$ 59,00

VOCÊ PODE CONFIAR NOS LANÇAMENTOS RT
Afim, esta marca já vem com 95 anos de experiência e tradição



EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR