

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

QUINZE ANOS DE IBCCRIM; QUINZE ANOS DE BOLETIM

Neste mês de outubro, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — IBCCRIM** — completará seu 15º ano de existência. O aniversário, como não poderia deixar de ser, inspira reflexão sobre os projetos desenvolvidos e os resultados obtidos nessa década e meia, assim como impõe reflexão sobre os rumos do Instituto nos anos por vir.

Como foi observado com propriedade em artigo publicado na edição comemorativa do 10º aniversário do **IBCCRIM**⁽¹⁾, lembrar as origens, o quando e o porquê da criação do Instituto é tarefa essencial para que se possa avaliar em que medida foram atingidos os objetivos vislumbrados por seus noventa e dois fundadores, no já longínquo 14 de outubro de 1992.

O **IBCCRIM** surgiu na esteira da abertura democrática do País, com o advento da Constituição de 1988. Naquele ano de 1992, assistiu-se a um inédito *impeachment* do então Presidente da República e ao massacre do Carandiru — eventos que motivaram a fundação de uma entidade que pudesse fomentar a defesa dos direitos e garantias constitucionais e que pudesse verdadeiramente encampar a luta por um efetivo Estado Democrático e Social de Direito, pautado no valor da dignidade da pessoa humana.

Nos quinze anos que seguiram a fundação, o **IBCCRIM** cresceu, ganhando alcance e dimensões nacionais. Biblioteca; boletim; cursos; seminários internacionais; revista; monografias; *site*; estudos e projetos legislativos; iniciação científica; pós-graduação; mesas de estudos e debates; coordenadorias regionais; comissões para discussão de temas de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e política criminal; programas de televisão — todos esses foram e são projetos executados como forma de mobilizar e agregar aqueles que partilham dos ideais do Instituto; como forma de disseminar esses ideais, na constante busca pela consolidação do Estado Democrático e Social de Direito.

Ao longo do caminho até aqui percorrido, este **Boletim** desempenhou um papel fundamental. Nascido com o próprio **IBCCRIM**, foi ele (**Boletim**) o primeiro veículo de divulgação de idéias; o primeiro foro para as discussões; o primeiro instrumento para divulgação do Instituto para além do Estado de São Paulo e para a própria divulgação das diversas realidades nacionais no que diz respeito à aplicação das leis penais e processuais penais.

Na última década e meia, o mundo evoluiu, tornando-se, a cada dia, mais tecnológico. Essa realidade não foi ignorada pelo **IBCCRIM**, que se modernizou também, estabelecendo novos canais de comunicação. *Site* e programas de te-

levisão foram criados nos últimos anos, revelando-se ágeis e profícuos mecanismos para divulgação de idéias.

O **Boletim**, todavia, sobreviveu a essa revolução tecnológica e, ainda hoje, é identificado como “a cara” do **IBCCRIM**. Quinze anos depois, ainda alcança os mais diversos recantos do Brasil e milhares de pessoas — muitas delas, mesmo nos dias atuais, sem possibilidade de acesso à *internet*.

Evidentemente, assim como o próprio Instituto, o **Boletim** procurou modernizar-se. Suas quatro páginas iniciais foram transformadas em vinte, nas quais são divulgados artigos de doutrina. Outras oito páginas complementam a publicação, trazendo aos associados repertório com os mais recentes dos julgados dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados. O conteúdo do **Boletim** tornou-se acessível também pelo *site* do **IBCCRIM**.

Ao longo desses quinze anos, buscou-se sempre divulgar, por intermédio do **Boletim**, artigos sobre mais diversos temas de interesse para as ciências criminais e que refletissem questões atuais afetas à aplicação do direito e do processo penal e às práticas legislativas.

Alguns espaços no **Boletim** foram criados, outros foram extintos, na tentativa de dinamizar a publicação, adequando-a ao tempo presente. Jamais se perderam de vista, contudo, as origens e os porquês de se ter criado o periódico, tampouco as origens e os porquês da existência do próprio **IBCCRIM**.

Por meio de erros e acertos — e, como não se poderia deixar de lembrar, com a incansável ajuda de dezenas de colaboradores que comungam de um ideal e dos próprios leitores — o **Boletim**, há quinze anos, procura refletir a essência deste Instituto, porque é dela indissociável.

Ao se fazer, assim, um balanço do tempo passado e uma projeção do que se espera para o futuro, pode-se afirmar que nosso maior e constante desafio será sempre o de atualizar o **Boletim**, sem perder, jamais, o compromisso com a missão a ele originalmente atribuída.

Que o **Boletim** possa ser, portanto, por anos e anos mais, um fecundo instrumento para a divulgação de idéias e para o debate democrático. Que possa contribuir sempre para a luta por uma sociedade melhor, tão almejada desde os primórdios do **IBCCRIM**.

NOTA

(1) “IBCCRIM + 10”, **Boletim IBCCRIM**, ano 10, edição especial, outubro 2002, pp. 03-04.

EDITORIAL:	
QUINZE ANOS DE IBCCRIM;	
QUINZE ANOS DE BOLETIM	1
UMA COMO HISTÓRIA DO IBCCRIM	
Ranulfo de Melo Freire	2
IBCCRIM: 15 ANOS	
Sérgio Salomão Shecira	2
IBCCRIM, O INSTITUTO DA	
INTERDISCIPLINARIEDADE,	
A CAMINHO DA	
TRANSDICIPLINARIEDADE	
Alvino Augusto de Sá	4
TEZE ANOS DE	
SEMINÁRIO INTERNACIONAL:	
O IBCCRIM E O MUNDO	
Carlos Vico Mañas	5
BODAS DE CRISTAL	
Nilo Batista	6
IBCCRIM - INSTRUMENTO DE PAZ	
José Carlos Dias	6
IBCCRIM: UM AGENTE	
TRANSFORMADOR (AVE, IBCCRIM!!)	
Maurício Zanoide de Moraes	7
OS 15 ANOS DO IBCCRIM E DO	
PROCESSO PENAL BRASILEIRO	
Antonio Scarance Fernandes	8
ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA... OU	
A LUTA PELO ESTADO DE DIREITO	
Geraldo Prado	9
O IBCCRIM E OS MOVIMENTOS	
DE RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL	
Alexandre Wunderlich e	
Salo de Carvalho	10
O LAPSO TEMPORAL PARA	
A PROGRESSÃO NOS CRIMES	
HEDIONDOS COMETIDOS	
ANTES DA LEI Nº 11.464/2007	
Alberto Zacharias Toron	11
O AMANHÃ QUE JÁ SE FAZ TARDE	
Marco Antonio R. Nahum	12
DIREITO PENAL MÍNIMO	
E PROCESSO PENAL	
Cláudia Cruz Santos	13
O TRIBUNAL PENAL	
INTERNACIONAL E O CASO	
DAS CRIANÇAS SOLDADOS	
Sylvia Steiner	14
IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO	
PARCIAL DA SENTENÇA PENAL	
CONDENATÓRIA DIANTE DE VÍCIO	
NA FIXAÇÃO DA PENA	
Marcio Bártoli e Mariângela Lopes	15
A LEI 11.464/2007 E A	
PROGRESSÃO DE REGIME NOS	
CRIMES HEDIONDOS E A ELE	
EQUIPARADOS	
Maria Thereza Rocha de Assis Moura	16
PATERNALISMO, MORALISMO	
E DIREITO PENAL: ALGUNS	
CRIMES SUSPEITOS EM	
NOSSO DIREITO POSITIVO	
Heloisa Stellita	17
MEIAS REFLEXÕES SOBRE O	
ESTADO ATUAL DO DIREITO	
PENAL BRASILEIRO	
Fabio Roberto D'Ávila	19
COMBINAÇÃO DE LEIS SUCESSIVAS	
- A SUPERAÇÃO DE UM MITO	
René Ariel Dotti	20
NORMAS CONSTITUCIONAIS	
CRIMINALIZADORAS	
Alberto Silva Franco	22
INTERROGATÓRIO POR	
VIDEOCONFERÊNCIA - UM	
OUTRO PONTO DE VISTA	
Tatiana Viggiani Bicudo	23

UMA COMO HISTÓRIA DO IBCCRIM

Ranulfo de Melo Freire

Juiz em comarca do interior de São Paulo — diretor do fórum, uma, duas vezes — sempre me tive na conta de razoável conhecedor do universo da prisão (mais tarde vai aflorar a razão dessa frase). Passa o tempo e me vejo aposentado e perplexo, embora eu me acreditasse com razões que justificavam a aposentadoria, quase temporã, que busquei. Havia duas razões para não voltar à advocacia, meus primeiros anos de formado: atividade das mais nobres entre as que mais o sejam, faltam-me dons que vejo sobejar nesse, naquele, advogado; e não se pode meio-advogar. Professor — que bem ou mal sempre fui — sou, hoje, analfabeto de pai e mãe, por nem saber se tenho e-mail.

Estava eu dois, três dias, nessa mamparra — ir ao teatro ou ir para o nosso sítio, em Ventania (Alpinópolis, MG) — quando o secretário da Justiça do Governo Montoro, **José Carlos Dias**, me surge em casa, na companhia de três, quatro juizes (meus amigos) e me diz, mais ou menos, o seguinte: vim buscá-lo, porque é a pessoa de que preciso para me ajudar na questão de presos.

“Estagiei-me” na Funap — Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso — criada pelo governador Paulo Egydio, ou melhor, por seu secretário da Justiça, prof. **Manoel Pedro Pimentel**, ou melhor, por sua mulher, d. Carmen, ao convencer o marido de que as presas estavam fazendo crochê, tricô, bordados, costuras caseiras e precisavam transformar isso em dinheiro; também os presos não queriam ficar só naquele “artesanato de cadeia”, bonito, mas que não dava nem para o cigarro. Falavam em fazer sapato, bola. Trabalho produz idéia; idéia, reivindicação: e tem-se o “Projeto Jus”.

Secretaria, que administra a política da carceragem, vive, normalmente, dias difíceis.

A do Governo Montoro, mais ainda, em razão de duas razões: 1º) não é incomum entender que o “lugar de preso é na cadeia”; que “preso não é nenhum santo” e que “na cadeia, até, se come melhor do que muita gente”; 2º) ser secretário da Justiça **José Carlos Dias** defensor pertinaz dos direitos humanos. Consta que, já na posse do Se-

cretário, o titular anterior, em grosseira ironia, assacara que a Casa iria assistir a recuperação do preso, com a vítima de mãos dadas com seu estuprador...

José Carlos Dias não se deu por achado: tendo sob sua responsabilidade um presídio com mais de sete mil presos (Casa de Detenção), cumpria-lhe estabelecer, de pronto, um contato com eles, tão numerosas e variadas são as demandas do encarcerado. Optou-se pela eleição de representantes — o que pareceu medida estapafúrdia até para o prof. **Manoel Pedro Pimentel**, o inspirado criador da Funap; foi categórico ao dizer que essa iniciativa era imprudente, perturbadora e afrontosa ao sistema prisional, geradora de conflitos entre presos e autoridades, já que o cumprimento da pena em regime fechado não comporta qualquer intervenção democrática (RT 568). **José Roberto Antonini**, promotor de Justiça, assessor do Gabinete do Secretário, ocorreu com um também fundamentado texto, mostrando que não se estava incidindo em nenhuma errônia (RT 657/386).

Consciente de meu papel; experiência haurida na advocacia e na magistratura; afeição pelo tema — desembarquei, com armas e bagagem no “projeto”. Em duas frentes: na contratação de advogados, são dezenas e dezenas de currículos; atestados; telefonemas oriundos de pessoas e escritórios, os mais autorizados; entrevistas. De outra parte, é o acompanhar os advogados, toda a semana, à Penitenciária, à Casa de Detenção, aonde íamos viver o mundo dos presos, com reivindicações que iam dos problemas concernentes à execução da pena ao trato da comida azeda.

Mas, quando eu houvera de saber que nada sabia da vida de um encarcerado? Minha ignorância, porém, não impede eu apor uma vírgula no diálogo de **Platão** (*A República*, Gulbenkian, 3ª ed., pp. 146 e segs.) com o pleito de que o juiz — o quanto mais — saiba, por ver, vivenciar — o mundo do cárcere. Coisa similar ao que o mestre aspirou para os médicos — contatos desde criança, com doentes “eles mes-

mos a sofrerem de todas as enfermidades”. Poder-se-ia figurar o médico de **Platão** aos gemidos no corredor de nossos hospitais, com outros doentes; e um juiz, promotor, presos umas semanas no anonimato de uma enxovia!

Iniciei esta fala, insinuando que não era jejuno na questão penitenciária. À medida que os fatos se incorporavam à narrativa, mingou-me a força dessa convicção e passei, então, a compulsar a maçooca dos prontuários dos presos da Funap (páginas e páginas sobre nulidades, erros de cálculo da pena, mudança de regime); multifários pedidos: razoáveis e razoáveis. Com os advogados, era um aprender, era um ensinar.

Nesta altura, é de mister (é) esclarecer que não estou a falar da Funap, mas, sim, dos quinze anos do **IBCCRIM**, Instituto não de Direito Penal, mas de Ciências Criminais: Direito Penal, sob o crivo da Constituição, com as achegas da Criminologia, Sociologia, Política, Antropologia.

Nestes quinze anos, o **IBCCRIM** logrou grandes vitórias: restaurou-se o princípio da progressão da pena; de parceria com a Associação Juizes para a Democracia e outras entidades, alcançou-se que a Vara de Execução das Penas e Corregedoria de Presídios fosse preenchida por concurso, o que vale dizer, magistrado no gozo de todas as garantias constitucionais. Seja na discussão de projetos, seja na crítica às leis — o **IBCCRIM** esteve a postos na defesa dos princípios do Estado Democrático e Social do Direito. Basta ver, como ilustração, inúmeros artigos de seu **Boletim** — da diretoria a associados — escalpelando os vícios, as afrontas à Constituição de parte do RDD, infausta iniciativa do Governo Alckmin e hoje, ao que parece, enferma a aguardar que a Justiça, ao tê-la por inconstitucional, sancione a sua escuridade.

Quero anotar por último que mandei meu currículo para o Núcleo de Pesquisa do Instituto, onde — com uma, outra falta (justificada) — pretendo estagiar.

Ranulfo de Melo Freire

Desembargador aposentado do TJ/SP

IBCCRIM: 15 ANOS

Sérgio Salomão Shecaira

Três lustros é tempo suficiente para dar o que pensar. O egoísmo dos pais é projetar nos filhos a continuidade da própria vida. Meu filho nasceu no mesmo ano de 1992 e eu quase o vejo como homem. Ele já tem seus sonhos profis-

sionais e se empenha para realizá-los. Suas opiniões são marcantes e as decisões são quase definitivas. Daquilo que eu projetei para ele, muito mudou. A revivescência dos sonhos pessoais não realizados é o que pretende fazer aque-

le que dá a vida. Mas o que os fundadores do Instituto projetaram para ele? Será que se sonhava tanto para a nossa entidade?

A primeira sede do Instituto funcionava em uma sala alugada, com um compu-

tador cedido e com uma única funcionária. Eram poucos os associados, não mais de cento e cinquenta. Quando passei a participar das reuniões, uma única pessoa se encarregava da confecção do **Boletim**. Recebia os artigos e levava para casa para diagramá-los. Em determinado mês tirou férias. Sem problemas! Os associados receberam o Boletim alguns dias depois do que era a praxe... Os seminários internacionais não constavam da nossa agenda. A coleção de monografias não estava nos projetos de ninguém. A primeira biblioteca não tinha mais do que alguns poucos livros doados pelos próprios diretores. Faziam-se cursos de atualização para cada nova lei que surgisse. E não foram poucas. Como trabalharmos na área penal sem a Lei dos Crimes Hediondos, dos Juizados Especiais, do Código de Trânsito ou da Lei de Drogas, para falar das poucas que me ocorrem agora?

Nossos projetos eram, já na época, de resistência. Lutava-se contra o recrudescimento do sistema punitivo. Pugnava-se pela manutenção do Estado Democrático de Direito e pelo irrestrito respeito à dignidade do ser humano. Objetava-se contra a pena de morte, no fatídico ano em que 111 presos foram massacrados no pavilhão nove da Casa de Detenção (que hoje virou jardim, o chamado **parque do povo**, em dulcificante e irônico batismo: fica o nome “povo” pois é ele o comum destinatário da prisão). Enfim, dos muitos projetos difusos, ninguém podia imaginar que o nosso rebento assumiria tal grandeza. Nenhum ser humano poderia imaginar que o filho crescesse a tal ponto de transformar-se na mais pujante entidade de fomento ao estudo das ciências criminais do Brasil, entidade reconhecida internacionalmente. Dos cento e pouco sócios, quase todos eles militantes, chegamos aos cinco mil, todos beneficiários dos inúmeros serviços prestados pela entidade.

Mas quais lições os anos nos deixaram? Erramos? Onde? Devemos mudar?

Pepetela, autor angolano, no vibrante livro *Geração da Utopia*, inicia sua obra com a seguinte frase: “*Portanto, só os ciclos são eternos*”. Fazia ele uma prova oral de aptidão à Faculdade de Letras de Lisboa quando, ao ser argüido, inicia sua resposta com a frase. Foi repreendido pelo examinador porquanto, embora de um país lusófono, não sabia o óbvio: não se começa uma frase com a palavra **portanto**, que deve se utilizar como conclusão de um raciocínio.

Nos primeiros anos do **IBCCRIM**, não aceitávamos as reformas pontuais do Direito Penal ou Processual Penal. Lutávamos pelas mudanças globais, pois entendíamos que só um Código que instituisse um sistema fechado e orgânico poderia superar a quase permanente crise que se instalara no sistema de controle social formal.

Lutávamos — até mesmo — para transplantar o sistema português de reforma penal: a adoção do (nem tanto) democrático sistema de Lei Delegada. O executivo e seus juristas fariam o Código, primeiro o penal e depois o processual, para se ter chancela posterior do congresso. Havendo maioria parlamentar o sistema estaria modificado. Queríamos evitar as infundáveis discussões polêmicas sobre tópicos pontuais como aborto, eutanásia etc.

Não fizemos a reforma global. Enquanto isso, reformas pontuais foram se avolumando, de sorte a desfigurar o sistema legal punitivo. Quinze anos viram acontecer duas novas Leis de Drogas; uma Lei de Trânsito; uma Lei do Crime Organizado; modificações na Lei de Crimes Hediondos; Lei de Tortura; Lei contra discriminação racial; leis modificadoras da parte especial do CP e do CPP. Enfim, sobre tudo se legislou, sem que se observassem quaisquer paradigmas penais de proporcionalidade e legalidade e, quase sempre, maximizando a intervenção punitiva.

Talvez devêssemos repensar o tema. Enfrentar a realidade segundo a qual, sem uma sólida maioria parlamentar, será impossível uma democrática reforma penal global. Talvez devêssemos implementar o ideário do Direito Penal mínimo, da mínima intervenção, da luta contra a pena privativa de liberdade (sempre a primeira e única solução) bem como de um Direito Penal puramente simbólico. Enfim, há que se pensar na consagração dos valores sociais e democráticos do Estado de Direito, em permanente luta pela erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais. Creio que seja este o momento, quinze anos depois do nosso primeiro **Boletim**, enfrentar de peito aberto a luta política por reformas pontuais que implementem um Direito Penal garantista e protetor dos interesses mais relevantes da comunidade.

Quinze anos foram necessários para termos influído na formação de uma geração de estudiosos, de doutrinadores e pesquisadores na Academia, desembargadores e ministros no Judiciário, na formação de uma doutrina democrática que produz frutos no âmbito da própria criação legislativa. Talvez seja interessante lembrar as possibilidades descortinadas com nosso acesso ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária para que o processo de modificação da legislação em vigor possa, gradativamente, ser adequado aos interesses da maioria por meio da implantação do ideário democrático do **IBCCRIM**.

Se só os ciclos são eternos, é o momento de enfrentarmos o desafio de mudança do conteúdo do ciclo. Portanto.

Sérgio Salomão Shecaira

Presidente do **IBCCRIM** (biênio 97/8)
e presidente do CNPCP



DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Marcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Sergio Salomão Shecaira

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Ávila 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 Tybiriçá

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 Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

IBCCRIM, O INSTITUTO DA INTERDISCIPLINARIEDADE, A CAMINHO DA TRANSDISCIPLINARIEDADE

Alvino Augusto de Sá

O IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais é o Instituto da interdisciplinariedade. Seu discurso é o da interdisciplinariedade, numa caminhada de conquista e defesa do Estado Democrático de Direito, da justiça para todos e da igualdade de todos perante a Justiça. Esta caminhada pressupõe um conhecimento profundo, não só das leis e suas doutrinas, mas também da realidade humana, em todo seu drama e complexidade, um conhecimento necessariamente interdisciplinar.

A interdisciplinariedade supõe uma “abertura de espírito” e flexibilidade de pensamento, de idéias e conceitos, bem como uma atitude de busca de novos rumos, nas tentativas de mudança da realidade. Significa um diálogo entre disciplinas através de uma rede de vasos comunicantes, que vai possibilitar um sistema de retro-alimentação de cada disciplina, de forma a levar à construção de sínteses mais complexas na compreensão da realidade. No entanto, segundo **Ismael Assumpção** (in FAZENDA, I., 1997, pp. 23-25), a interdisciplinariedade não só é um modo de conhecimento, mas um modo de ação, supõe uma **atitude** perante o outro, numa relação inter-subjetiva, e uma **atitude** perante o mundo, numa relação dialética. Portanto, supõe uma atitude de diálogo entre as idéias e uma atitude de compromisso de intervir na realidade, respeitando toda sua complexidade e contradições. A partir do que diz **Sandra L. Ferreira** (idem, 1997, pp. 33-35), graças à interdisciplinariedade, as pessoas se **emancipam** relativamente às suas idéias e suas convicções e se transformam, crescem e amadurecem em sua visão do mundo e em sua forma de atuação no mesmo.

O IBCCRIM é um Instituto cuja bandeira tem sido a da defesa da cidadania, do Estado Democrático de Direito, da democracia e da justiça para todos, sobretudo para os mais vulneráveis e desprotegidos. Valoriza a reflexão crítica sobre os institutos legais e instituições, sobre os problemas que afligem nosso País, recorrendo a diferentes enfoques disciplinares e teóricos. Igualmente sempre tem sido um espaço de comprometimento com a realidade, de projetos de ações, no qual as pessoas dialogam entre si e confrontam seu diálogo com a realidade.

O Direito Criminal trata de profundos conflitos humanos. Trata do crime, que deve ser entendido, não só como expres-

são de um conflito pontual entre agressor e ofendido, mas também, particularmente, na chamada criminalidade de massa (**Hassemer**), como expressão de um antagonismo histórico entre excluídos e excludentes. Entretanto, não há como se refletir sobre esses conflitos e planejar ações de intervenção para minorá-los se não for interdisciplinarmente, enfrentando-se o autoritarismo das leis, o tecnicismo do Direito e a seletividade de todo o sistema penal.

No entanto, se o crime é expressão de um antagonismo histórico, há que se reconhecer que a execução penal, por si mesma, especialmente a da pena privativa de liberdade, em nada contribui para a resolução de tal antagonismo; muito pelo contrário, é mais provável que venha acirr-lo. A resolução do antagonismo não pode prescindir do diálogo. É no diálogo que as partes em conflito reconhecem mutuamente seus direitos e deveres.

Trata-se, porém, no caso, de diálogo entre partes conflitantes em sua história, seus valores, sua ética e visão de vida. Conflitos de valores, de ética e de visão de vida para cujo enfrentamento e possível “resolução” não há que se esperar necessariamente milagrosas “sínteses”, ao nível de uma utópica interdisciplinariedade, mas um confronto maduro, refletido, de compreensão e aceitação mútuas, graças a uma preocupação por “ler” e entender os valores e a ética do outro de acordo com a ótica do outro, a qual emana de sua história. Ora, para este confronto, a interdisciplinariedade é imprescindível, mas não basta. Há que se caminhar rumo à transdisciplinariedade.

Segundo **Rodrigues** (2000), a transdisciplinariedade implica um alargar e ultrapassar as fronteiras impostas pelas disciplinas, supondo grandes desafios: desafio para criar, para rever princípios, para conviver com o que se opõe à nossa racionalidade, levando-nos a uma releitura de nossa própria história e a rever os valores que mantêm nosso saber. Ela não nos leva necessariamente a novas sínteses, mas ao diálogo e convivência com os contrários, o que é mais difícil do que a negação de valores ou do que a síntese. A transdisciplinariedade possibilita a visão conjunta dos contrários, a sua compreensão, sem negar nem a um, nem a outro. Ela nos leva a “conviver com as diferenças, com a insegurança e o incerto” (**RODRIGUES**, 2000, p. 131).

“A partir das colocações de **Rodrigues**, passo a entender que a transdisciplinariedade (...) supõe uma revisão de nossa própria história, nossos valores e de nossa ética, não no sentido de negá-los, mas de reconhecer-lhes os limites, os questionamentos, a relatividade, no sentido de repensá-los par a par com o contraditório oferecido por outros valores e outras formas de pensar a ética, no sentido de repensá-los à luz de outras histórias, de outras subjetividades” (**SÁ**, 2007, p. 179).

Vejo no IBCCRIM uma caminhada rumo à transdisciplinariedade. Tal como a Universidade, ele tem tudo para exercer uma forte liderança no sentido de buscar incrementar e aprofundar o diálogo, o intercâmbio entre a sociedade e o cárcere (**BARATTA**, 1990), entre a sociedade e os internos da Fundação Casa, entre excludentes e excluídos. Um intercâmbio, diz **Baratta**, no qual o encarcerado se re-descubra cidadão e a sociedade se re-encontre com seus próprios conflitos. Um intercâmbio que supõe um ultrapassar as fronteiras do que comumente se entende por crime, criminoso, delinquente, por cárcere e por homem encarcerado. Inversamente do que parece óbvio a muitos, a inclusão social passa a ser pré-requisito para a tal “ressocialização”, já que (na criminalidade de massa) a exclusão social foi o pré-requisito para a “rebelião” às normas sociais.

Por tudo isso, vejo o IBCCRIM como o Instituto da interdisciplinariedade, que caminha rumo à transdisciplinariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, A.** (1990). “Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado”, in **OLIVEIRA, E.** (coord.). *Criminologia Crítica (Forum Internacional de Criminologia Crítica)*: 141-157. Belém: CEJUP.
- FAZENDA, Irani.** *Práticas Interdisciplinares na Escola*. 4ª ed., S. Paulo: Editora Cortez, 1997.
- RODRIGUES, Maria Lúcia.** “Caminhos da transdisciplinariedade: fugindo às injunções lineares”. *Serviço Social & Sociedade*, ano XXI, nº 64, novembro de 2000: 124-134, 2000.
- SÁ, Alvino Augusto de.** *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Alvino Augusto de Sá

Doutor em Psicologia Clínica, professor de Criminologia da Faculdade de Direito da USP, membro do Conselho Diretivo da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, psicólogo (aposentado) da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo

TREZE ANOS DE SEMINÁRIO INTERNACIONAL: O IBCCRIM E O MUNDO

Carlos Vico Mañas

Quinze anos de **IBCCRIM** e o Seminário Internacional chega à sua 13ª edição. O momento parece ser de balanço e de reflexão.

De início, a perplexidade. Como foi possível chegar até aqui? Nem de longe aqueles poucos idealizadores do Instituto sonhavam vôos tão altos. As perspectivas eram muito mais modestas. O desejo consistia apenas em dispor de um centro em que se pudesse debater a problemática penal em todas as suas vertentes e, na medida do possível, interferir nos destinos da política criminal brasileira (melhor seria dizer na sua instituição), sempre sob a bandeira da defesa da dignidade da pessoa humana e, por consequência, da necessidade de efetiva implementação de um Direito Penal pluralista e democrático, submetido às garantias constitucionais do cidadão.

Os projetos, como sonhos juvenis, começaram a aparecer. Da necessidade de dispor de um veículo de divulgação de nossos propósitos, surgiu este **Boletim**, hoje indispensável para a atualização de todos que atuam na área. Do singelo exemplar inicial, de reduzida circulação, chegamos à sua moderna concepção atual, com tiragem nunca esperada. E as iniciativas se sucederam. Aparentemente utópicas, tornaram-se realidade. Já não havia no Brasil uma revista especializada. Mãos à obra. E aí está a **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Agora bimestral e, inacreditável, em seu número 67, com periodicidade absolutamente respeitada. Era preciso publicar obras que, por algum mistério insondável, não atraíam o interesse do mercado editorial. Veio à lume a coleção de monografias, cujos volumes são distribuídos gratuitamente para os quase cinco mil (5.000!) sócios. As bibliotecas nacionais estão desatualizadas. Vamos criá-la de acordo com os nossos interesses. E o associado passou a dispor do melhor acervo do País. A lista de intervenções é grande e foge à finalidade desta reflexão.

O que importa é a constatação de que não se pode ficar de braços cruzados. Tudo ocorreu por obra da dedicação desinteressada e profícua de inúmeros colaboradores espalhados pelo País afora. Se o Estado não o faz, vamos fazê-lo. A universidade foi sucateada, vamos substituí-la. Talvez esta seja a maior lição fornecida. A sociedade civil, mobilizada, pode suprir a deficiência estatal e produzir cultura e conhecimento científico, livre de vinculações e interesses partidários.

E assim também surgiu a idéia do Seminário Internacional. Partiu-se da constatação de que estamos na periferia do mundo. Por isso, desejando alargar o saber e dispondo de recursos, o destino do estudioso brasileiro só poderia ser o hemisfério norte. Da mesma forma, o que aqui se produzia de qualidade

ficava restrito aos nossos limites. Era preciso mudar tal situação, ainda que timidamente. Enfim, vive-se a era da globalização.

Esta a proposta do Seminário Internacional. Conhecer aqui mesmo o que os outros fazem. E a eles mostrar o que fazemos. Passados treze anos, o saldo da troca é inestimável. Ao menos entre os estudiosos das ciências criminais, o Brasil é hoje muito mais respeitado. Não foram poucos que se mostraram surpresos com a nossa capacidade empreendedora, revelando nada conhecer igual. E não é para menos. Que outro país poderia arregimentar, em cada evento, cerca de novecentas pessoas interessadas em discutir, sem qualquer apelo comercial, os temas de nossas especialidades?

Os frutos colhidos são igualmente significativos. Depois de conhecerem a seriedade e a independência do **IBCCRIM**, diversas universidades e entidades estrangeiras o escolheram como parceiro na celebração de convênios. Basta citar o exemplo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A centenária academia, tão presente na história brasileira, este ano brindou o instituto com inesperada homenagem. Além disso, a cada biênio, seus professores aqui ministram curso de especialização em Direito Penal Econômico.

Também não é demais lembrar alguns dos grandes nomes internacionais que estiveram conosco nestes treze anos: **Jorge de Figueiredo Dias, Eugenio Raúl Zaffaroni, Francisco Muñoz Conde, Raúl Cervini, Klaus Tiedemann, Juan Bustos Ramirez, Carlos Romeo Casabona, Manoel da Costa Andrade, Julio Maier, Alessandro Baratta, Peter Hünerfeld, Luigi Ferrajoli, Sergio Moccia, Jesús-María Silva Sanchez, José Faria Costa, Ana Messuti, José Luis Guzmán Dalbora, Lolita Anyar de Castro, Francesco Palazzo, Luis Fernando Niño, Stella Maris Martinez, Carlo Enrico Paliero, Antonio Vercher Noguera, Carlos Petit, Cornelius Pritwitz, Bernard Schünemann, José Joaquim Gomes Canotilho, Hans-Joachim Hirsch, Fiona Macaulay, Boaventura de Sousa Santos, Santiago Mir Puig, Luís Arroyo Zapatero, Alejandro Aponte e Eduardo Galeano.**

A relação, meramente exemplificativa, já dá a dimensão que adquiriu o seminário no contexto internacional, sem contar que se presta a permitir a convivência de professores, profissionais e estudantes de todos os rincões deste país, por si só continental.

Dessa forma, cumpre o **IBCCRIM** o seu papel de ser entidade nacional, sem voltar as costas para o mundo.

Carlos Vico Mañas

Desembargador do TJSP e presidente da Comissão Organizadora do 13º Seminário Internacional do **IBCCRIM**



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 Stanziola 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	

BODAS DE CRISTAL

Nilo Batista

Aparentemente, é pouco tempo. Que são quinze anos perante aquele longo percurso que, cavalcando um hipopótamo, talvez o delirante **Braz Cubas** em busca da origem dos séculos? No entanto, olhados de perto esses três lustros impressionam. Em todos os cento e oitenta meses do período circulou em todo o país um boletim: textos breves, mas densos e criativos, tematizavam as más notícias que o *Diário Oficial* publicara, expandindo o poder punitivo. Em todos os sessenta trimestres do mesmo período veio à lume um novo número de uma bela revista; e de 2004 para cá, sua circulação tornou-se bimestral. Se o sujeito não estiver aposentado, não há tempo para respirar entre um número e o próximo! E aquela biblioteca fantástica, onde se

consegue consultar todas as revistas especializadas do mundo? O que dizer do seminário anual, que convoca juristas e criminólogos a debater as feridas abertas dos sistemas penais no capitalismo de barbárie? Para além de tudo isso e da transdisciplinariedade que faculta à pesquisa empírica desmentir os discursos legitimantes do arrocho penal, dos cursos que atraem a juventude acadêmica para um destino libertário, enfim de todas essas importantes iniciativas, para além de tudo isso pode-se já discernir um eixo teórico — amplo e pluralista, compartilhado e debatido — sinalizando aquilo que se chama “escola”. Sim, existe hoje uma “escola de São Paulo” ou uma “escola paulista” — decidirão soberanamente sobre o nome os colegas da garoa — e

é intrigante perceber que uma sociedade civil, com parte substancial de seus membros “infiltrados” na Academia, foi a principal responsável não só pela mobilização intelectual como pela presença política que demarcam a existência, sempre em movimento, de uma “escola”. Tenho inúmeros amigos entre os diretores e ex-diretores do **IBCCRIM**, porém na figura admirável de **Alberto Silva Franco** — seu eterno Presidente de Honra e atual presidente — estou certo de poder homenageá-los a todos. Quinze anos! Bodas de cristal! O tempo pode ter sido pouco, mas a obra foi muita.

Nilo Batista

Professor titular de Direito Penal da UERJ, UFRJ e Universidade Cândido Mendes

IBCCRIM - INSTRUMENTO DE PAZ

José Carlos Dias

Para que serve o **IBCCRIM**? A pergunta formulada assim de forma tão direta e toska talvez merecesse uma longa dissertação sobre os objetivos, fins, tudo o que vem escrito nos estatutos e talvez que tenham conduzido seus construtores a transformar o papel em obra, numa dinâmica estonteante, talvez mais, muito além do que tenham cogitado. Desculpo-me assim pela forma até mesmo bizarra como início este texto, mas propositadamente formulada como se estivéssemos diante de uma pesquisa perante o mundo laico do Direito.

Impressiona-me constatar a rapidez com que o **IBCCRIM** já fixou sua imagem, com a certificação do respeito inquestionável, levando-se em conta realizações, eventos e a formação de uma ideologia garantista na sua marcante trajetória para precisar um Direito Penal tanto mais atuante quanto menor, mais enxuto, quanto “mais mínimo”, na procura de caminhos que sejam alternativas seguras para alcançarmos a ordem e a justiça. O **IBCCRIM** não se contentou em estabelecer-se unicamente na raia jurídica em que as entidades ligadas ao mundo do Direito porfiam em academicamente e ortodoxamente permanecer. Assim é até mesmo nos centros universitários de onde se deveria esperar uma expectativa de universalidade muito mais intensa.

Qual o significado de seus congressos internacionais, cada ano mais importantes e mais transformadores? Acentue-se que não estamos a falar de conclave ou colóquios destinados somente à eficiente reciclagem profissional, ainda que também cumpram tal papel, mas têm sido estrutu-

rados com gana de aprimoramento científico e doutrinário, com instigação de trabalhar o Direito e reconstruí-lo no enfrentamento de velhos tabus e na proposta renovadora e inovadora de temas nascentes ou nascituros. E o que é mais instigante: vendo e discutindo o Direito e a Justiça num contexto universal, não departamentalizado, como costumam ser os encontros jurídicos. E não é fácil, convenhamos, acompanhar a evolução da ciência do Direito num mundo em que o progresso coeteja com a desordem, com a sofisticação presente no aprimoramento da cultura e em novos métodos de delinquência.

O **IBCCRIM** não só pelo que produz nos congressos, mas pelo *Boletim*, pela *Revista*, pela Biblioteca, pelo núcleo de pesquisa, por suas comissões, tem contribuído de maneira muito efetiva neste processo de transformações para que o direito não se emoldure entre estantes e escaninhos, mas interfira no chamado mundo globalizado e desumanizado. A importância do **IBCCRIM** se mede pelo que representa para contribuir com núcleos universitários que infelizmente apresentam déficit na alimentação de material de estudo e consulta. O **IBCCRIM** quer ver além, por isso nasceu e cresceu, por isso deu certo, mas não se contém e por não se contentar com o muito que já tem feito, quer ir adiante. **IBCCRIM** é, sem exagero, instrumento poderoso para o aprimoramento da justiça. Lancemos o olhar em torno. E o que vemos? Espíritos se armam na proporção direta da violência, o comportamento de parcela ponderável da mídia a alimentar-se do escândalo, a regalar-se com o chacoalhar

de algemas como castanholas, transformando as mentes, deformando-as para que assumam a luta santa contra o mal. E vai de roldão até o direito de defesa açoitado, muitas vezes, por mãos que antes pregavam a postura do respeito à lei e seus fundamentos essenciais. O advogado é patrulhado por aceitar causas impopulares, por postular cumprimento de direitos e respeito a garantias de seus constituintes. Isto quando não são equiparados a bandoleiros ou quadrilheiros por “aliviarem” ou tentarem aliviar seus clientes de exageros penais. E assim agem não só jornais, revistas e a mídia eletrônica, não são só os canais de televisão e rádios que comunicam mensagens popularescas, na sintonia da ideologia da lei e da ordem, do Direito Penal do pânico. São políticos das tribunas, às vezes são representantes do Ministério Público ou juízes, quer quando no exercício do ofício monocrático, quer quando integrantes das Cortes, em seus diversos graus. Juntam-se a tais personagens também advogados em descompasso com as normas éticas que o compromissam ao direito de defesa. Ainda bem que não são todos os profissionais do Direito que assim agem, mas infelizmente vão ganhando corpo aqueles e aquelas que se sentem acuados a dizerem sim à violência de Estado na repressão à violência marginal. A nossa casa foi construída por princípios sustentados por figuras admiráveis do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Polícia e da Advocacia. A nossa história está esculpida por lições trazidas do exercício cotidiano dos mistérios próprios de cada uma de tais funções. E essa conjugação de olhares tem sido

a responsável pela coincidência de posturas inspiradas pela democracia e que querem se estruturar numa Justiça correta, eficiente e humana, numa polícia onde a corrupção seja combatida de forma constante, onde o respeito aos direitos humanos seja garantia de respeito aos presos, a partir de uma política penitenciária estruturada com tal argamassa.

Assistimos, sem explicações e desculpas, à pirotecnia macabra de lares serem conspurcados sob pretexto de que alguns papéis devem ser procurados e apreendidos, de escritórios de advocacia violados, arquivos devassados, geralmente em patente descompasso entre o bem jurídico atingido e aquele que buscaria a diligência tutelar, com a busca da prova, de licitude pelo menos duvidosa. Contra tais abusos nos posicionamos, sem que deixemos de reconhecer, porque imperioso que se ressalve, ser absolutamente inadmissível a conduta de alguns advogados que enxovalham o diploma de bacharel e a categoria profissional à qual pertencem, ao transformarem seu ambiente de trabalho em oficina de preparação ou ocultação de crime.

Qual é o centro de reflexão adequado para o pensamento jurídico moderno no plano penal, constitucional, na tutela dos direitos fundamentais? Qual é o centro

adequado para serem estruturadas as premissas para o pensamento lógico do justo que há de se balizar por ponderações, longe de radicalismos e deturpações próprias dos cacoeiros das profissões, distante de juizites, promotorites e advocatites?

Sem dúvida, tal espaço de convivência, de descontração e trabalho existe efetivamente, cada vez mais, no **IBCCRIM**, onde todos prozeiam a linguagem do cotidiano jurídico, isto assim no dia-a-dia, no testemunho de pessoas como nosso presidente **Alberto Silva Franco**, seu fraterno e igualmente sábio **Ranulfo de Melo Freire**. O **Alberto** é maestro que não impõe partituras, mas sabe como reger e ordenar a música que dos instrumentos nasce. Em sua orquestra onde se cruzam velhos e jovens, experientes e novatos, onde as comissões se multiplicam, propostas se fazem e refazem, onde a pressa do bem fazer se mescla com o equilíbrio da construção ponderada.

Lembro-me bem que, quando no Ministério da Justiça, acudiu-me a idéia de ir ao **IBCCRIM** para rogar apoio e luzes para a formulação de reformas essenciais e indispensáveis à Justiça e ao Direito, especialmente um diagnóstico sincero e sério sobre o sistema penal brasileiro. Queria falar e ouvir sobre políticas públicas de segurança e justiça, sobre execução da pena,

alternativas às sanções penais e que alcançassem os resultados de equação da paz social. E não deu outra: O **IBCCRIM** se fez presente na comissão por mim composta, presidida por **Miguel Reale Junior**, para elaboração de diagnóstico do sistema penal brasileiro. **Alberto Silva Franco**, no desempenho de tais funções, participou de reuniões e promoveu encontros. E, com que entusiasmo, fui pessoalmente levado por ele a conhecer a experiência do CIC da zona norte de São Paulo, onde se ensaiava um esforço, iniciado por **Belizário dos Santos Junior**, então secretário da Justiça, e reproduzido em outras áreas da cidade de São Paulo. Tal experiência fascinante fiz por difundir por diversas partes do País, como parte do plano nacional de segurança para garantir o acesso do pobre à Justiça, sem intermediários, na mediação de conflitos, autêntica pedagogia dos aflitos e injustiçados.

Cumprir sem dúvida o **IBCCRIM** uma missão importante, dentro e fora da família forense que o fez nascer. É a missão de mantê-la unida e pronta para servir. Daí o título que dei a este texto: o **IBCCRIM** é instrumento de paz.

José Carlos Dias

Ex-secretário da Justiça, ex-ministro da Justiça e advogado criminal

IBCCRIM: UM AGENTE TRANSFORMADOR (AVE, IBCCRIM!!)

Maurício Zanoide de Moraes

Qualquer estudioso das Ciências Criminais e a maioria absoluta dos operadores do Direito na área penal e processual penal não terão dúvida em indicar o **IBCCRIM** como o fator mais inovador e solidificador de uma doutrina legitimamente nacional nas últimas décadas.

Isso é uma verdade incontestável não apenas porque esse Instituto produz ciência e conhecimento nas áreas criminais com uma qualidade e constância nunca antes vista na história brasileira, conforme se pode constatar por meio de sua revista, de seu boletim, de seu sítio na Internet, de centenas de cursos e eventos regionais, nacionais e internacionais, de suas várias publicações de esmerada qualidade e rigor técnico e de seu pioneirismo em formar um núcleo de pesquisa conjunta de direito e ciências sociais voltado aos estudos criminais. Tampouco é uma verdade incontestável não apenas pelo fato de ter a biblioteca de ciências criminais mais moderna e informatizada do País, com algumas centenas de revistas jurídicas de dezenas de países ou, ainda, e principalmente, pelo fato de ter milhares de associados espalhados por todos os Estados da Federação e, muitos, no Exterior.

Embora todos os aspectos citados já fossem significativos para que o **IBCCRIM**

ocupasse o lugar de maior pólo de desenvolvimento científico na área dos estudos criminais, o que realmente garante seu reconhecimento como agente transformador no cenário nacional e latino-americano é, sem dúvida, o fato dele ter se tornado um pólo crítico e vivo de idéias e anseios democráticos. Fonte e divulgador de idéias e ideais que mesmo os que o rejeitam — por ciúmes, despeito, sentimentos feridos ou crença em algo diverso como o melhor para a sociedade — são obrigados a se dedicar ao estudo para se qualificarem ao debate técnico e respeitoso de teses jurídicas.

Esse é o verdadeiro mérito do **IBCCRIM**: ter feito com que todos, adeptos fiéis ou opositores ferrenhos às suas idéias e ideais, melhorassem, estudassem e se transformassem em pessoas mais preparadas e atentas às mudanças do mundo e do Brasil.

O **IBCCRIM** nunca desejou ser o arauto de verdades absolutas. Muito ao contrário. Ele surgiu, vive, revive e se aperfeiçoa exatamente para combater as verdades absolutas que vigiam incontestes até sua criação.

Não foram poucas as lutas, batalhas e guerras vividas e vencidas durante esse período, não foram menos significativas as derrotas sofridas, mas o que forma o amál-

gama **ibccrimiano** é o respeito, a fraternidade e a solidariedade que torna todos o **IBCCRIM** e o **IBCCRIM** é a representação de todos.

O que muitos não entendem é como ele dá certo e cresce vicejante e ininterruptamente há 15 anos, em um país como o Brasil. Aqui vai a receita de quem viveu, vive e ainda viverá de modo intenso os bons combates desse Instituto: muito amor, muito estudo, muita abnegação, muito trabalho e, principalmente, nada — MAS NADA MESMO — de interesse pessoal ou de desejos personalíssimos. O **IBCCRIM** não é ninguém, é um ideal.

O **IBCCRIM** dá certo há 15 anos e dará por muitos outros lustros vindouros, porque o sentimento de todos que o integraram durante todo esse período sempre foi o mesmo: lutar e trabalhar para o bem comum, a defesa da Constituição, um Estado Democrático e Social de Direito e a melhoria e formação de uma Ciência Criminal melhor e, tipicamente, brasileira.

Que DEUS abençoe a todos que lutam por ideais!! Que DEUS te abençoe sempre, **IBCCRIM!!!!**

Maurício Zanoide de Moraes

Doutor e professor de Processo Penal da USP, advogado e ex-presidente do **IBCCRIM**

OS 15 ANOS DO IBCCRIM E DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antonio Scarance Fernandes

São quinze anos de vida do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ainda estão presentes em nossa mente as imagens da reunião realizada no antigo Fórum Criminal que deu origem ao Instituto. As pessoas ali presentes. As manifestações acaloradas sobre a importância, a necessidade, os objetivos da nova entidade. A esperança desde então alimentada a respeito de uma efetiva contribuição ao aprimoramento do sistema criminal pelo aperfeiçoamento de suas normas, pelo entrelaçamento de idéias nos debates doutrinários, pelo estudo de direito comparado, pela análise crítica dos pronunciamentos dos tribunais. Enfim, um sonho de que a Justiça Criminal pode ser melhorada. Agora, pode-se, com certeza, afirmar que o Instituto cumpriu, e muito bem, a sua missão. Expressou nestes quinze anos o pensamento nacional em matéria criminal nos artigos escritos em suas revistas, nas manifestações em seu boletim mensal, nos cursos realizados em todo o país, nos Seminários anuais e em todos os eventos que patrocinou. Trouxe a nós o pensamento da doutrina estrangeira. Por isso, a todos os que, nesse período, colaboraram com o instituto devemos nós, estudiosos e operadores do Direito Criminal, render sincero pleito de gratidão.

Nessa minha homenagem, quero ressaltar um aspecto: a contribuição do material produzido pelo Instituto como importantíssima fonte de pesquisa para se conhecer a evolução do processo penal brasileiro.

Muito se debateu nas revistas e nos boletins sobre a investigação pelo Ministério Público. Reproduziram eles as três idéias principais que se formaram: é a investigação tarefa exclusiva da polícia, conforme dispõe a Constituição Federal; pode o Ministério Público investigar em virtude de suas atribuições constitucionais e legais consoante autorizam suas leis orgânicas; embora possa o Ministério Público investigar, falta um corpo de leis regulamentador de sua atuação e dos direitos da pessoa investigada. Foram retratadas as diferentes manifestações dos tribunais. Contudo, até hoje, o tema continua em aberto, e, por meio dos informes do Instituto, continuaremos acompanhando o que de novo acontecerá.

Outro assunto constante nos escritos do Instituto e nos debates que promoveu foi o sigilo do inquérito em relação ao advogado. Pode-se constatar que os pronunciamentos se repartiram entre os que defenderam a necessidade do segredo para melhor apuração dos fatos e os que sustentaram a impossibilidade de cercear ao defensor do investigado o acesso aos autos do inquérito. Os tribunais, conforme acórdãos selecionados pelos cooperadores do Instituto, afirmaram que não se pode subtrair o acesso do advogado ao inquérito. Entre-meiou-se a essa discussão disposição da Lei

do Crime Organizado que autorizava atuação direta pelo juiz na investigação, autorizando-o a guardar completo sigilo do que fosse descoberto. Foram diversas as manifestações contrárias a esse inusitado dispositivo, muitas expostas nos boletins mensais. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da regra que instituía o juiz inquisidor. Quanto ao sigilo do inquérito para o advogado, apesar de assegurar ao defensor o acesso aos autos, ressaltou a existência de atos próprios de investigação que devem ser realizados em segredo, como a interceptação telefônica, a busca e apreensão.

Veio a Lei das Interceptações Telefônicas e com ela discussões sobre o alcance do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, porque a lei admitiu a interceptação em sistemas de informática e telemática, com pronunciamentos no sentido da inconstitucionalidade da norma ou da necessária atualização do preceito constitucional ao desenvolvimento das comunicações entre pessoas, principalmente em virtude do uso do computador.

Falando em computador, mister uma comparação. Nesse tempo de vida do **IBCCRIM**, assim como ele se tornou importante veículo de armazenamento de idéias e de manifestações da doutrina e dos tribunais, repositório necessário de consulta de todos os que operam na área criminal, o computador tornou-se relevante veículo de comunicação entre as pessoas e de armazenamento de dados essenciais sobre as suas vidas privadas. Revela o largo repositório do **IBCCRIM** a incerteza a respeito da proteção que deve ser dispensada aos dados dos computadores, pois a salvaguarda representada pelo inciso XII, do art. 5º, não foi suficientemente clara, nem se revelou adequada.

Pretendeu a Constituição que a proteção aos dados, assim como à correspondência e às comunicações telegráficas, fosse absoluta. Contra essa intenção, conspirou a realidade que mostrou serem inevitáveis os conflitos entre valores constitucionais, exigindo que, para solucioná-los, se aplicasse o princípio da proporcionalidade. A máxima proteção pretendida mostrou-se menor do que a dispensada às interceptações telefônicas, pois, em relação a estas, exige-se prévia lei e prévia autorização judicial.

A falta de clareza do inciso XII, do art. 5º, a respeito da proteção dispensada aos "dados" levou a discussão sobre o que era resguardado: o sigilo da comunicação de dados ou o sigilo dos dados em si mesmos. Os últimos acórdãos do Supremo encaminharam-se para a afirmação de que o objeto de proteção é a comunicação dos dados, mas, com isso, esvaziava-se a garantia constitucional. De que adianta proteger a comunicação por computador se o conteúdo dessa comu-

nicação não é salvaguardado? Certamente, nos próximos anos, o Instituto ainda continuará, nas suas revistas, nos seus boletins, discutindo e debatendo o assunto.

Importante registro deve ser feito sobre o tratamento dado ao tema da prisão processual. Nessa trajetória de quinze anos, o Instituto informou a todos nós sobre a significativa mudança de pensamento dos tribunais superiores. De início, eles afirmaram simplesmente que a restrição da prisão para apelar constante do art. 594 do CPP estava em consonância com a Constituição. Todavia, aos poucos, a mudança foi se operando. O Superior Tribunal de Justiça começou a exigir a verificação da cautelaridade da prisão em cada caso. Agora, o Supremo Tribunal Federal questiona a constitucionalidade da vedação. Para nós, houve erro no enfoque do tema. O problema vai além da análise da cautelaridade, pois a restrição para apelar representa na realidade impedimento ao duplo grau de jurisdição, em franco antagonismo com o que prevê a Convenção de Costa Rica.

Também merece realce o fato de o Supremo Tribunal Federal ter rompido com uma tradição antiga de não se afirmar a inconstitucionalidades de lei em matéria processual penal, sendo poucos os registros em contrário. Dois exemplos amplamente noticiados pelo Instituto podem ser lembrados. Após a revogação da Súmula 146, tentou-se, por meio de alteração do Código de Processo Penal, reintroduzir no ordenamento regra que prolongasse a competência originária de tribunais para período posterior à cessação do exercício do cargo pelo acusado; o Supremo afirmou a inconstitucionalidade da regra. Depois, declarou, ainda que em decisão incidental, a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime na Lei dos Crimes Hediondos, forçando a que, por nova lei, fosse ela admitida.

Foram muitos e intermináveis os debates sobre a ilicitude da prova, sobre a viabilidade de ser aplicado o princípio da proporcionalidade, sobre a admissibilidade da prova derivada, sobre a admissibilidade, da testemunha anônima, da videoconferência. Aliás, sobre esta, afirmou, recentemente o Supremo Tribunal Federal, conforme notícia o último **Boletim** do **IBCCRIM**, a sua inadmissibilidade, principalmente por faltar uma lei que a regule.

Para debate de todos os temas sucintamente analisados e de muitos outros, o **IBCCRIM** prestou sua inestimável contribuição, representando nestes seus quinze anos a história viva do processo penal brasileiro. Parabéns.

Antonio Scarance Fernandes

Professor titular de Direito Processual Penal da USP,
procurador de Justiça aposentado e
advogado criminalista

ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA... OU A LUTA PELO ESTADO DE DIREITO

Geraldo Prado

Honrado com o convite do **IBCCRIM** para publicar artigo na edição comemorativa dos quinze anos ininterruptos de existência do **Boletim** eu aceitei o desafio certo de que não haveria melhor momento e melhor público para compartilhar incertezas que me incomodam profundamente.

O **IBCCRIM** tem entre as suas metas a defesa do Estado de Direito e o sentimento que hoje me aflige diz exatamente com o risco acentuado a que se submete o Estado de Direito — ou a sua idéia, apenas parcialmente implementada — nos dias atuais.

Inicialmente, quero chamar a atenção para a reportagem publicada pelo jornal *O Globo*, em 18 de novembro de 2004 (p. 15), cuja manchete é a seguinte: “Com os nervos à flor da pele: medo da violência leva cariocas a botarem em cheque valores básicos do Estado de Direito”.

Bem se vê, pela manchete, o sentimento difuso acerca das questões relacionadas à violência e como as pessoas em geral supõem que estas mesmas questões devem ser enfrentadas. Não é necessário ser um atento acompanhante da história recente do Rio de Janeiro para perceber que a superficial compreensão dos graves problemas que se refletem na violência cotidiana tem dado margem ao implemento de soluções simplistas, que cuidam de definir as “hordas de bárbaros” que, nesta ótica, terminam sendo considerados inimigos da sociedade!

Aqui é como na velha história: não dá para saber o que vem antes, se o Direito Penal do inimigo, como (pobre) formulação teórica, ou se a prática do extermínio de “indesejáveis” sociais e da invisibilidade e exclusão dos grandes segmentos carentes e vulneráveis de nossa população!

O olhar crítico flagra a maldosa confusão entre violência, crime e pobreza e nota o esforço de disfarçar a responsabilidade e os nexos de causalidade expressos pela hegemonia de uma globalização que exulta com resultados financeiros à sombra das massas de despossuídos condenados a serem clientes do Sistema Penal. O pensamento e a prática de **Nilo Batista**, **Juarez Cirino dos Santos**, **Eugenio Raúl Zaffaroni**, **Massimo Pavarini** e outros não deixam a crítica dormir e permitem, que bom!, que as consciências não se acomodem diante do que parece ser a explicação única e universal da crise social, apresentada diariamente pelos meios de comunicação social.

Apesar disso, a política criminal contemporânea, no Brasil, tem sido marcada pela brutalidade e pelos objetivos de segregação, em retrocesso bem denunciado pelos criminólogos críticos, mesmo quando se tem como referência o funcionamen-

to do Sistema de Justiça Criminal formal no período de nosso último regime autoritário (**Nilo Batista**).

Os números não deixam mentir! A publicação dos dados consolidados do Sistema Penitenciário do Brasil (p. 34) revela que em 2005 havia 296.919 presos (102.116 provisórios) e que no ano de 2006 o número passou para 339.580 (112.138 provisórios). Somente no Rio de Janeiro (p. 40) a evolução do encarceramento registra que em 2003 havia 18.562 cumprindo pena e que em 2006 este número pulou para 28.104.

A opção pelo encarceramento soma-se a disposição de brutalizar a repressão e as informações do Ministério da Justiça destacam que, por hora, 7 (sete) jovens entre 18 e 29 anos entram nas prisões brasileiras (jornal *O Globo* de 29 de junho de 2007). O alvo preferencial continua sendo a juventude popular, moradora da periferia!

Bem, daí às mortes a granel é um pulo! Que o diga o Complexo do Alemão! Não à toa a Anistia Internacional tem denunciado a “politicagem” sobre segurança no Brasil.

O que espanta neste quadro é o estado de quase completa letargia que toma conta dos profissionais do Direito, como se as questões relacionadas à segurança pública não dissessem respeito à cidadania e como se as mortes e encarceramento multiplicados não fizessem parte de um programa político. Programa, diga-se de passagem, escolhido e implementado diariamente com a colaboração, no mínimo por omissão, dos atores com formação e atuação no campo do Direito!

Encarcerar pessoas em massa, fazer ouvidos de mercador às vozes das famílias da periferia que reclamam pelos mortos — com mortes que atingem também, inevitavelmente, os agentes das forças de segurança pública que recebem a tarefa de estar na linha de frente do “combate” — fechar os olhos à informação de que apenas na área do citado Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, 2% das crianças estão em atividade de trabalho, contra a média brasileira de 0,6 % (Censo IBGE), tudo isso, em realidade, encerra, determina ideologia.

Como sublinha **Elisabeth Roudinesco** (*Filósofos na Tormenta*, Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 10), citando **Michel Foucault** e **Gilles Deleuze**, cuida-se aqui da dominação de um “*fascismozinho ordinário, íntimo, desejado, querido, admitido, celebrado por aquele mesmo que ora é seu protagonista, ora sua vítima*”. Em verdade, o neoliberalismo despolitizou as graves questões da vida em sociedade e, com a vitória da ideologia do individualismo possessivo, limpou o terreno para tornar supérfluos os próprios regimes políticos autoritários. O

fascismo dominante hoje se expressa na vida cotidiana e em aspectos prosaicos desta mesma realidade e, assim, dispensa os aparatos do poder.

No campo jurídico as mesmas regras sujeitam-se, cada dia mais, a interpretações que limitam o exercício dos direitos individuais ou reservam este exercício tão-somente a determinados grupos sociais. A prática hermenêutica tornou-se aliada importante na ação de disfarçar e esconder o caráter político das escolhas jurídicas. Ética e direitos fundamentais são invocados contra as classes e os grupos sociais eternamente subjugados! O papel emancipador do Direito dá lugar à invocação da ordem e, curiosamente, a retórica da paz social é construída em cima da reivindicação de mais punição e sacrifícios!

Há que se fazer aqui uma *mea culpa*. A teoria do garantismo, organizada pela pena brilhante e sensível de **Luigi Ferrajoli**, exerce função estratégica na defesa do caráter emancipador que o Direito da modernidade deve ter. É preciso, porém, que se compreenda que o garantismo consiste em teoria do Direito, teoria normativa (ou neonormativa, como prefere **Perfecto Ibañez**) ou nova teoria pura do Direito, como salienta **Jose Luis Martí Mármol**.

No plano do formalismo jurídico ainda imperam mitos e o alcance da defesa dos direitos individuais a partir de categorias formuladas sobre estes mitos tende a ser bastante limitado! Assinalar a função contramajoritária dos direitos fundamentais sem destacar, simultaneamente, o mito da representação majoritária implica em deixar fora das vistas práticas democráticas outras, para além da combalida, porém indispensável, representação parlamentar.

No início dos anos 70, na Itália, diversos pensadores e, entre eles, muitos magistrados comprometeram-se com a transformação social, se reuniram em um Congresso que consagrou o uso alternativo do Direito. Como vários destes magistrados têm esclarecido, tratava-se ali de defender posição antagônica aos entendimentos das cortes italianas, que teimavam em aplicar as regras jurídicas em manifesta contradição com a Constituição. Por óbvio que naquela ocasião dominava a interpretação/criação do Direito a partir de conceitos construídos sob o império da ideologia fascista e era contra isso que se rebelavam os jovens partidários do uso alternativo do Direito. Do momento em que a cultura da efetividade dos direitos fundamentais — e de sua real universalidade — difundiu-se, esta posição de luta, constituída pelo uso alternativo do Direito, esmaeceu. Afinal, o direito encontrava-se agora ao lado da democracia e estavam dadas as condições para

erigir-se o Estado de Direito.

Creio eu que hoje o domínio destes pequenos fascismos, a que se referiu **Roudinesco**, com reflexos na política criminal do enfrentamento como fundamento da “paz social”, está a exigir uma nova tomada de posição. As interpretações/criações progressistas das normas no campo do Direito e do Processo Penal, salvo raras e honrosas ex-

ceções (expressadas em decisões recentes dos tribunais superiores), têm escasseado e dado lugar ao implemento de políticas exclusivamente repressivas. Reprime-se o direito, sob o disfarce de se reprimir o crime! O Direito Penal do autor, que, em última análise, resulta da aplicação do Direito Penal do inimigo é aceito francamente. E o Estado de Direito está em risco.

É preciso lutar pelo Estado de Direito! Parafraseando **Ihering**, a luta é o meio de que se serve o Estado de Direito para consolidar-se. Devemos lutar por ele se quisermos conquistá-lo.

Geraldo Prado

Desembargador do TJRJ e professor adjunto de Processo Penal da UFRJ e Unesa

O IBCCRIM E OS MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL

Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho

O **IBCCRIM** fez e faz história. Indiscutivelmente é o mais importante e destacado Instituto de Ciências Criminais da América Latina, portador de grande fidedignidade, de seriedade e de idoneidade acadêmica singular, tudo conquistado nesses quinze anos de atividades. É, pois, de suma relevância para todos os penalistas, processualistas e criminólogos brasileiros.

Desnecessário seria sublinhar o papel de alto relevo nos cenários nacional e internacional, que ocupam as publicações **Revista Brasileira de Ciências Criminais** e **Boletim** mensal, o tradicional Seminário Internacional, o *site* e todos os eventos e pesquisas científicas que, ao longo do tempo, vêm sendo realizados. Todas essas práticas acadêmico-científicas cumprem papel de relevância incomparável, fundamentalmente por possibilitar amplo espaço plural de discussões sobre temas emergentes das ciências criminais.

Contudo, o que muitas vezes não é percebido, é a importância política e o papel cívico que Institutos como o **IBCCRIM** têm na sociedade civil, no plano das políticas legislativas e, sobretudo, na crítica ao sistema criminal como instrumento de controle social. Neste quadro, os Institutos nacionais vêm ocupando espaço e preenchendo vazios deixados por entidades estatais de defesa dos direitos humanos, mormente porque se sabe que, na maioria das vezes, o próprio Estado, através das agências de punitividade (executivas, legislativas e judiciárias), é o agente violador.

No momento em que o sistema criminal atravessa a mais séria das crises, e quando reconhecidamente na sociedade complexa da “coisificação” do homem floresce o dilema entre “efetividade *versus* garantias”, surgem inúmeras proposições “de última hora” que não têm passado ao largo do olhar crítico dos sócios e partícipes do **IBCCRIM**. A realidade é que o Estado tem procurado novas formas de resolução de conflitos, e ao mesmo tempo que se pleiteia eficácia no/ do Direto Penal e do Processo Penal⁽¹⁾, se está a gerar profunda minimização de garantias individuais.

Por essa razão política, que tem como alicerce o sólido compromisso de defesa da Constituição da República, é que se deve destacar o papel dos Institutos brasileiros

nos últimos anos: o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**, o **Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC/RS)**, o **Instituto Carioca de Criminologia (ICC)**, o **Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN)**, **ILANUD/Brasil**, o **Instituto Manuel Pedro Pimentel**, a **Associação Internacional de Direito Penal (AIDP-Grupo Brasileiro)**, o **Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)**, a **Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP)**, o **Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC)**, o **Instituto Paranaense de Estudos Criminais (IPEC)** e tantos outros que lutam pela defesa de política criminal constitucional. Destaca-se, ainda, o **Movimento Antiterror**⁽²⁾ e os **Movimentos dos Juizes e Promotores para a Democracia**, que vêm realizando notável papel em defesa das liberdades públicas e dos direitos e garantias individuais.

A união dos Institutos e dos Movimentos tem produzido visível contraponto ao discurso punitivo, à ideologia repressivista de determinados movimentos de política criminal — *vg.* Tolerância Zero, Movimento de Lei e Ordem, Direito Penal do Inimigo —, levantando a bandeira da luta contra a barbárie estatal que vem sendo praticada em matéria legislativa penal nos últimos anos, mormente a partir da década de noventa, e legitimada pelos Poderes Executivo e Judiciário.

O horizonte de projeção do Direto Penal estatal deve restar limitado à racionalidade de seu poder punitivo. Do contrário, impera o arbítrio, a tirania e o abuso de poder. Daí a importância da afirmação de Movimentos políticos de resistência teórica e prática que visam maximizar garantias e limitar o poder a fim de evitar e/ou minimizar violações aos direitos fundamentais, propondo clara política de redução dos danos causados pelo sistema penal/penitenciário.

Claro exemplo é a publicação organizada pelo professor **René Ariel Dotti**, *Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura*⁽³⁾, cujo conteúdo vem destacando a importância de movimentos intelectuais em favor do Direto Penal democrático. Esse é o fundamento maior da existência e da união de todos os Institutos interessados na construção de saber penal pautado pela ética de responsabilidade na defesa dos princípios constitucionais penais e processuais penais.

Por isso, nesse momento festivo em que o **IBCCRIM** comemora 15 anos de luta, é necessário sublinhar a importância da congregação e harmonia entre os Institutos e Movimentos para que juntos possam traçar estratégias de controle legislativo e de imposição de limites ao rigor penal.

A missão é dar sequência ao trabalho de resistência em nossas práticas profissionais diárias e em nossas análises e incursões acadêmicas. O objetivo é o de reafirmar cotidianamente nosso discurso “*despudoradamente garantista*”, como salienta **Amilton Bueno de Carvalho**⁽⁴⁾, sem temor de ser incompreendido ou procurando elaborar discurso de fácil digestão (pausteurizado).

A par da realidade forense e dos retratos de violência que são trazidos constantemente ao debate, é fundamental celebrar a conquista de espaços de discussão e encontro. Mas igualmente é necessário continuar caminhando em busca da democratização radical do sistema de justiça criminal, com a diminuição da sua seletividade, brutalidade e opressão.

Assim, fica o alerta ao discurso utilitarista. A busca pela eficácia no âmbito da jurisdição penal enfrenta impeditivos de ordem legal e, mais do que isso, limites constitucionais que são defendidos pelos Institutos nacionais ao longo do tempo. Então, não importa quem seja o “inimigo” da vez a ter as baterias punitivas voltadas contra si. O Direto Penal, a partir da Constituição da República de 1988, possui (ou pelo menos deveria possuir) fundamento democrático que permite que seja lícito e possível continuar defendendo os direitos e as garantias de todos.

Parabéns ao **IBCCRIM**, e que siga atento, pois “*quando a razão dorme, surgem os monstros*” (*Goya*).

NOTAS

- (1) Sobre o mito da eficácia, ver a incisiva crítica de **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais”, In: **Wunderlich, A.** (org.), *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*, RJ: Lumen Juris, 2002, pp. 139-147.
- (2) O Movimento Antiterror é composto por um grupo de operadores do Direito formado por advogados, defensores públicos, magistrados, membros do Ministério Público, delegados e professores de Direito Penal e Direito Processual Penal de diversas unidades federativas do País, todos comprometidos com a defesa

do Estado Democrático de Direito e com a manutenção dos princípios fundamentais da República, consagração da lei que estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado – Lei nº 10.792/03. O Movimento nasce a partir do encontro de um grupo de operadores das áreas penal, processual penal e penitenciária que objetivaram a organização de idéias para um “plano nacional de reação intelectual” contra projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional que mutilam princípios e regras do sistema criminal vi-

gente em favor da legislação de pânico. “O Movimento Antiterror pretende, com a sensibilidade e a consciência de cidadãos que há muitos anos se dedicam ao estudo dos problemas da violência e da criminalidade e também com o entusiasmo e o coração dos estudantes que sempre advogam a causa da dignidade do ser humano, proporcionar ao país e à nação um material de reflexão para a adoção de novos caminhos em favor da segurança popular e da eficiência na administração da justiça” (“Carta de princípios do Movimento Antiterror”, *Revista de Estudos Criminais*, pub. ITEC/PUCRS, POA: Notadez, nº 10, 2003, pp. 07-19.)

(3) *Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura*, Curitiba: Juruá, 2005, 101p.

(4) *Garantismo Aplicado à Execução Penal*, RJ: Lumen Juris, 2007, p. IX.

Alexandre Wunderlich

Professor coordenador do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da PUCRS e presidente do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

Salvo de Carvalho

Professor titular de Direito Penal e Criminologia da PUC/RS, membro da Comissão Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC/RS e coordenador de Pesquisa do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

O LAPSO TEMPORAL PARA A PROGRESSÃO NOS CRIMES HEDIONDOS COMETIDOS ANTES DA LEI Nº 11.464/2007

Alberto Zacharias Toron

Tem sido motivo de tormento para os presos e seus advogados a questão de saber se em relação aos crimes hediondos, quando se trata de progressão de regime prisional, é possível computar-se o prazo de 1/6 da pena para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 11.464/07. Alguns juízes e tribunais, ignorando que o dispositivo constante do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, que impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, fora julgado inconstitucional pelo Pleno do STF no HC nº 82.959/SP, rel. min. Marco Aurélio (DJ 1º/9/2006), afirmam que a progressão só é possível nos termos da nova lei que a instituiu, isto é, após o cumprimento de 2/5 da reprimenda.

Luiz Flávio Gomes, abordando o tema de forma pioneira, salientou que “quanto aos crimes ocorridos até o dia 28.3.07 reina a regra geral do art. 112 da LEP (exigência de apenas um sexto da pena, para o efeito da progressão de regime). Aliás é dessa maneira que uma grande parcela da Justiça brasileira (juízes constitucionalistas) já estava atuando, por força da declaração de inconstitucionalidade do antigo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, levada a cabo pelo Pleno do STF, no HC 82.959” (“Lei 11.464/07: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos” - disponível em: <http://www.lfg.blog.br>, 3 abril. 2007). Sim, porque tratando a nova Lei de norma processual penal com reflexos penais, “em sua parte prejudicial (novatio legis in pejus) só vale para delitos ocorridos de 29.3.07 em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento da pena para o efeito da progressão 2/5 ou 3/5 só tem incidência nos crimes praticados a partir do primeiro segundo do dia 29.3.07” (“Lei 11.464/07: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos” - *idem*).

Sobre essa matéria, o Superior Tribunal de Justiça, em magnífica decisão monocrática da min. Maria Thereza de Assis Moura decidiu que o novo critério temporal estabelecido pela Lei nº 11.464/07 só se aplica aos crimes praticados após a sua vigência, permanecendo o prazo de 1/6 para os delitos anteriores: “Com o advento da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime prisional aos

condenados pela prática de crimes hediondos é permitida após o cumprimento de 2/5 da pena, em se tratando de réu primário, ou 3/5 nos casos de reincidência, lapsos aplicáveis somente aos casos supervenientes à sua vigência, em razão do maior rigor” (RHC 21.055/PR, DJ 04/06/2007).

Na mesma linha, colocam-se as liminares concedidas pelos ministros Laurita Vaz e Felix Fischer: “A exigência do cumprimento de dois quintos (2/5) da pena imposta, como requisito objetivo para a progressão de regime aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, trazida pela Lei nº 11.464/07, por ser mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar o réu” (Liminar no HC 85.098/RJ, DJ 04/06/2007).

“Impende ressaltar que, nesses casos, uma vez afastada a aplicação desta norma, voltou a regular a hipótese, mesmo em se tratando de crime hediondo, o art. 112 da LEP, que prevê como requisito objetivo, para a progressão de regime, o cumprimento de um sexto (1/6) da pena. De outro lado, a nova Lei — 11.464/07 — que veio a dar nova redação ao art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, a par de possibilitar a progressão de regime, estabeleceu, para tanto, prazos mais rigorosos. A propósito, no que interessa, eis o teor da novel legislação: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, 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.” Assim, estabelecido o confronto entre esta lei e a regra prevista na LEP, a nova regra não se mostra mais benéfica, não podendo, dessa forma, retroagir. Por fim, vale destacar que muito embora a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Plenário da Suprema Corte tenha ocorrido incidenter tantum e não pela via abstrata, tal circunstância não tem o condão de inviabilizar o entendimento aqui sustentado. Isso porque, em que pese não observado o contido no art. 52, X, da Constituição Federal, a Lei 8.072/90, na parte que regulamentava a vedação à progressão de regime, já não tinha mais aplicação, em qualquer situação, conforme jurisprudência pacífica do Pretório Excelso e desta Corte. Dessarte, inviável se revela utilizá-la como parâmetro para determinar a retroativi-

dade de lei posterior que, lembre-se, em confronto com a norma que até o início de sua vigência disciplinava a matéria — a Lei de Execuções Penais — não se mostra mais benéfica. Desse modo, tenho que a aplicação da nova regra, estabelecida pela Lei 11.464/07, somente ocorrerá nos fatos ocorridos após a sua vigência. Ante o exposto, concedo a liminar e determino seja observado o prazo estabelecido na LEP no que se refere ao requisito objetivo para obtenção do benefício da progressão de regime, assim como determinado na decisão proferida, em sede liminar, no HC 79.391/RS” (Liminar na Rcl 2543, rel. min., DJ 2/08/2007).

Agora, em magnífica decisão monocrática (HC nº 92.477), o grande constitucionalista Gilmar Mendes, deferindo liminar em habeas corpus, na linha dos precedentes citados e salientando que o modelo adotado na Lei nº 8.072/90 fazia “tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos”, reafirmou a inconstitucionalidade do referido dispositivo, pois “não permitia que se levasse em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização”. E, no que concerne ao lapso para a progressão de regime, registrou: “É dizer, ao momento da condenação, o cumprimento da pena cominada pelo Juízo de origem submetia-se ao regime estabelecido pela antiga redação do § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, o qual, por sua vez, estabelecia como requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime prisional o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena. No caso concreto, vislumbra-se, ao menos em tese, possível violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (Constituição Federal, art. 5º, inciso XL)”.

Portanto, de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, o artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, introduzido pela Lei nº 11.464/07 não se aplica aos apenados que praticaram o fato delituoso antes de 29 de março de 2007.

Alberto Zacharias Toron

Advogado, ex-presidente do IBCCRIM, diretor do Conselho Federal da OAB e professor licenciado de Direito Penal da PUC/SP

O AMANHÃ QUE JÁ SE FAZ TARDE

Marco Antonio R. Nahum

No ano de 1947, **Welzel** já afirmava que, do ponto de vista ético-social, a tarefa primária do Direito consiste na proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e só por inclusão na proteção dos bens jurídicos particulares.

De outro lado, **Jorge de Figueiredo Dias**⁽¹⁾ afirma que “*não é função do Direito Penal, nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral*”. Esta concepção é absolutamente inadequada às sociedades democráticas e pluralistas de nossos dias, caracterizadas por um pluralismo ético-social. Por isso, na perspectiva de um Direito Penal ligada ao conceito material de crime, há que se lhe atribuir uma “função teleológico-funcional racional”, cuja legitimidade se encontra no exercício do Direito Penal como estratégia de uma ampla política social, que há de possuir, também, como elemento essencial de validade material, os pressupostos e princípios do Estado Democrático de Direito estabelecidos na Constituição.

Por isso as regras do sistema jurídico traçam normas de conduta que servem à concretização de fins estabelecidos nos princípios constitucionais⁽²⁾, o que exige, necessariamente, um vínculo de homogeneidade formal e material entre elas e a Constituição.

Por sua vez, este vínculo material de validade entre um princípio constitucional e a norma fundamentada possui um “*espaço de indeterminação*” (caracterizado pela eleição de valores) cuja demarcação de conteúdo fica “*sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete*”⁽³⁾.

“Normas ético-sociais”, “soberania”, “cidadania”, “dignidade da pessoa humana”, “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” etc. são expressões abertas (“topoi”) impossíveis de representarem um consenso definitivo e uniforme entre os estudiosos do direito.

Deficiência da ciência ou dos doutrinadores? Não. Isto apenas evidencia a ininterrupta evolução dos valores da sociedade, cuja dinamicidade, por certo, não significa transformação uniforme numa mesma direção. Ao contrário, o choque das idéias democráticas sugere um movimento helicoidal, com “aparentes” idas e vindas, consequência de teses e antíteses que geram a síntese. Aqui a beleza do direito. O que “é” hoje pode “não ser” amanhã.

Porém, ainda assim, há conquistas inexoráveis nesta evolução dialética. São dogmas conquistados que se tornam “cláusulas pétreas” e que não permitem retrocesso na eterna busca da liberdade e da dignidade do ser humano. Não é o direito que im-

põe estas premissas a si próprio. Como regras estruturantes da sociedade, o direito há que resguardar as “conquistas pétreas”. Por isso são estabelecidos os dogmas jurídicos. Por isso há consenso quanto aos pressupostos estruturantes do Estado Democrático alcançado e refletido na Constituição.

No Brasil, essas conquistas acabaram por criar nossos Códigos Penal e de Processo. Esta mesma evolução social fez com que, em 1984, fossem promulgadas as Leis 7.209 e 7.210. Pelo mesmo motivo, em 1988, uma nova Constituição foi promulgada.

Claro, como as regras do sistema jurídico traçam normas de conduta que servem à concretização de fins estabelecidos nos princípios constitucionais⁽⁴⁾, nem toda regra pré-estabelecida nos Códigos Penal e de Processo Penal foi “recepcionada” pelo novo sistema constitucional.

Não suficiente, ainda surgiram o processo globalizador, a sociedade de risco e, como consequência, os “excluídos”. Este novo momento impõe aos operadores do direito nacional um desafio que se apresenta, aparentemente, contraditório: 1) dar dignidade a uma “soberania” que se mostra frágil em relação ao capital multinacional; 2) manter a dignidade de seus cidadãos, ainda que porventura “excluídos”.

A contradição aparente está em que o capital multinacional globalizador exige da nação um sistema jurídico que lhe seja favorável. Em Direito Penal, de maneira singela, isto significa “calar os “excluídos”. Assim, as regras de natureza penal deverão ser, por um lado, brandas em relação ao capital internacional e, de outro lado, severas com os cidadãos, a fim de que não “afugentem o capital volátil”.

A contradição deixará de existir se, em relação ao primeiro desafio, basicamente, se estabelecer regras de proteção “*aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*” (art. 1º, IV, da CF) sem que, radicalmente, sejamos “periféricos” ao “mundo globalizado”; e, em relação ao segundo desafio, se estabelecer regras de proteção ainda maior “*à cidadania*” e “*à dignidade da pessoa humana*” (em especial ao “excluído”) sem que, necessariamente, sejamos obrigados a adotar os princípios do “movimento da lei e da ordem”, filho bastardo do processo globalizador.

Entretanto, parece, caminhamos em sentido contrário. Na tentativa de “atualizar” nosso sistema jurídico penal fizemos uma legislação secundária já tão extensa que se chega a ponto de cogitar uma “nova” Consolidação das Leis Penais”. As incoerências materiais entre a CF e o sistema jurídico “remendado” (ou seja, a inconstitu-

cionalidade das normas infraconstitucionais) mostra-se cada dia mais evidente. Nosso sistema jurídico perdeu sua uniformidade e proporcionalidade⁽⁵⁾. Ideologicamente, os doutrinadores se “digladiam” e a jurisprudência dos Tribunais Estaduais elabora uma “verdadeira Torre de Babel”.

Não bastasse, nossa desatualização sistêmica em temas emergentes (experiências científicas com embriões humanos; aborto quando a mãe sofre risco de vida etc.) e inclusive aqueles outros conseqüentes da sociedade de risco (autoria e relação de causalidade; tipicidade; culpabilidade etc.) também são motivo de manifestação de toda sociedade, em especial daqueles que compõem sua parte laica, assim como dos movimentos sociais dos “excluídos”.

Portanto, a evolução da sociedade está a exigir uma completa e coerente reforma do sistema jurídico nacional, que não pode ser impedida pela paralela “luta dialética” que se trava dentro do campo proporcionado pelo “*espaço de indeterminação*” cuja demarcação de conteúdo fica “*sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete*”.

Não obstante, é certo que o processo globalizador impõe, cada dia mais, os princípios do “movimento da lei e da ordem”. A mídia os favorece. Com medo de se tornar “excluído”, de maneira (no mínimo) egoísta, o “incluído” até os aprova. Porém, sabe-se, esses princípios não refletem aquilo que o momento atual da evolução da sociedade está a exigir. Pior: não diminuem os índices de criminalidade. Nefasto: acabarão por desmoralizar o Direito Penal pela ineficácia.

Os grandes estadistas surgem nas crises de suas sociedades. O Brasil está a exigir que os estudiosos do direito tenham a postura dos grandes estadistas. Urge um novo sistema jurídico. Impõe-se um movimento nacional por uma Lei Delegada que permita esta atualização, antes que seja tarde demais. Chegará um momento em que a sociedade não perdoará nossa omissão. O amanhã será tarde.

NOTAS

- (1) *Direito Penal. Parte Geral*. 2004: Coimbra Editora, pp. 106/107.
- (2) **Luiz Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos**. *A Nova Interpretação Constitucional*, 2ª ed., Editora Renovar, p. 340.
- (3) *Idem, ibidem*, p. 341.
- (4) *Idem, ibidem*, p. 340.
- (5) **Alberto Silva Franco**, em *Crimes Hediondos*, mostra esta desproporcionalidade, com precisão.

Marco Antonio R. Nahum

Desembargador do TJ/SP e ex-presidente do IBCCRIM

DIREITO PENAL MÍNIMO E PROCESSO PENAL MÍNIMO

(BREVÍSSIMA REFLEXÃO SOBRE OS PAPÉIS PROCESSUAIS PENAIS DO ESTADO PUNITIVO, DO AGENTE DO CRIME E DA SUA VÍTIMA)

Cláudia Cruz Santos

Em um Direito Penal mínimo cuja função seja a tutela estritamente subsidiária de bens jurídicos essenciais, compreende-se facilmente que caiba ao Estado a promoção através do processo penal da defesa desses valores vistos como estruturantes pela comunidade. Ainda que os bens jurídicos protegidos pela norma penal incriminadora tenham um referente primeiramente individual — como sucede com o grosso das incriminações do dito Direito Penal clássico ou de Justiça —, a sua defesa através da Justiça Penal Estadual radica na ideia de que se trata, em última análise, ainda de valores que a comunidade deve garantir no seu próprio interesse, *no interesse do todo (mais do que no interesse de todos e, sobretudo, à luz de uma determinada visão do que é o interesse do todo)*. O Estado surge assim, através do seu aparelho punitivo penal, em primeira linha como o representante da comunidade — o que poderia, pelo menos sob certa perspectiva, levar a um questionamento da sua neutralidade, se for da defesa do interesse colectivo que essencialmente se trata, *contra a ameaça demonstrada na conduta do agente* —, e não como o representante dos interesses concretos do concreto ofendido pela prática do crime.

Esta concepção da Justiça Penal Estadual — em regra apresentada como um extraordinário avanço civilizacional relacionado com o abandono da vingança privada e vista como um progresso no sentido da igualdade na medida em que a decisão do conflito passa a caber a um terceiro imparcial que aplica uma norma geral e abstracta — é vertida em vários princípios estruturantes, *maxime* nos princípios da oficialidade e da legalidade da promoção processual penal (com particular vigor nos países ditos de tradição penal europeia continental, por muito que este conceito se tenha nas últimas décadas baralhado). Ora, parece inequívoco que um processo penal assim configurado supõe uma estrutura essencialmente bilateral, assente em uma relação principal entre o Estado punitivo, por um lado, e o agente do crime, por outro lado (e pode considerar-se que é assim mesmo num sistema, como o português, em que o ofendido tem a faculdade de se constituir assistente no processo, assumindo assim as vestes de sujeito processual, na medida em que aquele sempre mantém — com excepção, numa determinada perspectiva, do que sucede nos crimes particulares — uma posição acessória face às autoridades judiciais). Compreende-se portanto bem que, tendo como pano de fundo este cenário, a reparação dos danos vários sofridos pelo ofendido não constitua finalidade autónoma do processo pe-

nal (assim como se tem afirmado, de forma dominante, não constituir um fim ou função da pena criminal).

Todo este acervo de ideias — porventura das mais sólidas no pensamento penal — tem sido objecto, com crescente vigor a partir da década de setenta do século passado, de um questionamento profundo, ainda que nem sempre estruturado e sistemático. O recrudescimento da vitimologia (doravante menos centrada na compreensão das causas explicativas da vitimização de uns e não de outros e mais preocupada com a desconsideração da vítima pelas instâncias formais de controlo); a reflexão sobre a importância da reparação enquanto sanção penal autónoma ou mesmo enquanto finalidade da pena (ainda que para a rejeitar *qua tale*), que tanto ficou a dever aos estudos conducentes ao *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* de 1992; ou a afirmação por Nils Christie de que o Estado roubou o conflito, arrebatando-o às partes nele directamente envolvidas, constituem, todos eles, segmentos argumentativos que vão contribuindo para pôr em causa aquela Justiça Penal em que o Estado e o agente da infracção se enfrentam num processo que poderá culminar com a condenação deste numa pena que visa evitar a sua reincidência (em sentido muito lato) e reafirmar a validade da norma penal violada. Um processo, pois, sempre muito mais orientado no interesse do todo do que no interesse das partes, ainda que se sublinhe a necessidade de o processo ser *fair* e de no seu decurso se não desprotegerem os direitos fundamentais dos envolvidos.

Assim sendo, o que hoje se deve inquirir é se o Direito Processual Penal deve ser objecto de uma reformulação tão profunda que leve a um *alargamento das suas finalidades* (com a autonomização da necessidade de, através do processo penal, se lograr o ressarcimento dos danos de naturezas várias sofridos pela vítima, de molde a obter-se uma sua satisfação) e, conseqüentemente, a um *alargamento do leque daqueles que devem ser vistos como seus actores principais*. Num certo sentido, tratar-se-ia, pois, da admissão de um direito processual penal *menos mínimo, por força do alargamento das suas finalidades e dos seus sujeitos*.

Não é este, porém, o caminho que se julga que a Justiça Penal futura deve trilhar. Se consideramos que — num Direito Penal que se quer mínimo porque conhece os seus próprios desvalores e reconhece a necessidade da sua autocontenção — qualificadas como crimes devem ser apenas as mais graves de todas as condutas, devemos reconhecer a dimensão pública — mesmo

que esta não seja a única dimensão do crime — de tais ofensas. E devemos compreender que a satisfação das necessidades preventivas que decorrem de tal lesão podem não ser inteiramente coincidentes com as aspirações ou necessidades particulares das vítimas. O que equivale a afirmar que a existência de uma Justiça Penal que é repressiva, sancionatória e estadual não pode parificar inteiramente os interesses comunitários, o interesse do agente do crime num tratamento justo e o interesse da vítima na reparação que subjectivamente considera adequada.

A defesa deste processo penal garantístico (que procura equilibrar a promoção do interesse público na ordem e na segurança com a liberdade e o respeito pelos direitos fundamentais) *supõe a defesa de um processo penal mínimo* (não nas suas garantias mas no seu âmbito de aplicação, nas suas finalidades e nas limitações que necessariamente supõe para a esfera de liberdade dos envolvidos) *que seja coerente com o sentido e o âmbito de um Direito Penal mínimo*. Daqui não decorre, porém, a incompreensão ou a desconsideração da necessidade de reparar os danos sofridos pela vítima do crime. O que se pretende significar é antes, em primeiro lugar, que são pensáveis soluções de maior participação da vítima no processo penal sem que este seja descaracterizado por um seu alargamento incoerente com a própria teleologia do Direito Penal. Refiro-me, a título de exemplo, à potenciação das soluções de consenso ao longo de todo o *iter* processual. Mas, em segundo lugar, o que se pretende deixar claro é que se não deve pedir à Justiça Penal aquilo que a Justiça Penal nos não pode dar. Sob pena de, para além de a desvirtuarmos, nos sujeitarmos a que ela em permanência nos decepcione. Assim sendo, julga-se que a reparação desejada pela vítima do crime terá mais adequado acolhimento em outras sedes — exteriores à Justiça Penal ainda que com ela concatenadas —, onde sobreleve um sentido assistencial. Sem nunca se desconsiderar o potencial da mediação penal enquanto instrumento de uma justiça restaurativa.

As várias formas de solução do conflito jurídico-penal fora das instâncias formais de controlo tornarão o Direito Penal mais subsidiário e a Justiça Penal mais mínima, contribuindo assim para um modelo de controlo social do crime mais humano e mais justo. Como sempre propugnou, ao longo destes 15 anos, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que com esta breve reflexão pretendo sentidamente homenagear.

Cláudia Cruz Santos

Assistente da Faculdade de Direito da Univers. de Coimbra

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O CASO DAS CRIANÇAS SOLDADOS

Sylvia Steiner

Convidada a escrever um artigo para a edição especial do **Boletim do IBCCRIM**, no seu 15 aniversário, decidi utilizar o espaço que me foi dado para dizer algo sobre o primeiro caso do Tribunal Penal Internacional⁽¹⁾, envolvendo os crimes de guerra de recrutamento e de utilização de crianças em conflitos armados⁽²⁾. Tendo atuado como juíza na fase preliminar do processo, posso tentar traduzir, em poucas palavras, o impacto que o recrutamento e a utilização de crianças em conflitos armados produz sobre milhares de crianças em diversas partes do mundo, e por isso previsto como um dos mais graves crimes contra a paz e a sobrevivência da humanidade.

Creio que se pode afirmar que, após a Segunda Guerra, a maior parte dos conflitos armados ocorreu e ocorre em situações de lutas internas ou regionais, ou seja, em conflitos de caráter não internacional. Como uma das consequências diretas desse fato, o perfil das partes envolvidas nesses conflitos também mudou. Hoje se pode constatar que a quase maioria das pessoas envolvidas nas hostilidades são civis, e a quase maioria das vítimas, também. Esse fator é fundamental para que se compreenda o fenômeno crescente do recrutamento de meninos e meninas, e de sua utilização como combatentes por grupos armados.

Para tornar mais claro esse cenário, vale a referência ao Relatório apresentado em 1996 pelo grupo de expertos nomeado pelas Nações Unidas através da Resolução 48/157, de 1993, intitulado “As repercussões dos conflitos armados sobre as crianças”⁽³⁾. Entre as conclusões do Relatório, afirma-se que os conflitos armados modernos são muito mais letais para as crianças, já que pouca ou nenhuma distinção existe entre combatentes e não combatentes, ou entre combatentes e civis. Estima-se que na década de 90 mais de dois milhões de crianças morreram em consequência direta de conflitos armados.

A partir do Relatório Machel, como é conhecido, foi criada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a função de Representante Especial do Secretário Geral para Questões de Crianças e Conflitos Armados⁽⁴⁾. No último informe do secretário-geral ao Conselho de Segurança se apresenta uma relação de “partes” — no termo se incluem países e grupos armados — que utilizam crianças em hostilidades, e onde se vêem presentes outras infrações e abusos cometidos contra crianças. Segundo o mesmo informe, há atualmente provas que indicam que o recrutamento de crianças soldados e sua utilização como combatentes está começando a “migrar” dentro de certas regiões através das fronteiras. Outro fenômeno preocupante é o uso de crianças soldados por parte de grupos de mercenários⁽⁵⁾.

Nessa mesma direção, o relatório apresentado em 2004 pela ONG *Coalition to Stop*

the Use of Child Soldiers⁽⁶⁾ já havia documentado que o uso de crianças soldados persistia em mais de 20 países, nos quais meninos e meninas eram utilizados não somente por grupos e milícias, mas também por forças armadas governamentais⁽⁷⁾.

O primeiro caso enfrentado pela Câmara Preliminar do Tribunal Penal Internacional cuida exatamente da acusação contra um líder político e militar por alistamento, recrutamento e utilização de crianças no conflito armado que ainda prossegue no território da República Democrática do Congo⁽⁸⁾. De acordo com o relato preparado pela Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo (MONUC), apresentado em 2004 pelo secretário-geral ao Conselho de Segurança⁽⁹⁾, milhares de crianças com idades entre sete e dezessete anos foram recrutados à força, ou alistados “voluntariamente”, para lutar nos grupos armados ativos na região de Ituri. A partir do final de 2001, o conflito entrou em uma nova etapa de violência, com a intensificação dos ataques com motivações étnicas, nos quais facções rebeldes continuaram tirando proveito de antigos ressentimentos étnicos criados na disputa por terras e riquezas naturais. Em muitas dessas facções, mais da metade das milícias eram compostas por crianças. Todas as milícias recrutaram e treinaram crianças para utilizá-las em combates.

Ainda segundo o relatório, na maioria dos casos as crianças foram recrutadas à força, sequestradas de suas casas, dos mercados e escolas. Em entrevistas tidas com crianças soldados, apurou-se também que muitas aceitaram unir-se voluntariamente aos grupos armados seguindo a lógica da sobrevivência, por necessidades básicas, ou por desejo de vingar seus familiares mortos por milícias inimigas.

Uma vez recrutadas, eram enviadas a campos de treinamento, submetidas a condições extremamente difíceis, tais como privação de comida, castigos físicos que incluíam execuções sumárias, ameaças contra suas famílias e abusos sexuais. Quanto às meninas, além de submetidas às mesmas condições, eram muitas vezes designadas para atuarem como “esposas” dos comandantes do campo, ou para exercer tarefas domésticas ou de escolta de soldados e comandantes.

Na fase preliminar do procedimento foram admitidos como prova, além dos relatórios das Nações Unidas, da MONUC e de ONGs, os depoimentos de testemunhas, entre elas seis menores, todos recrutados à força e que participaram de ataques contra vilarejos habitados por membros de outras etnias.

Entre tais testemunhos, destaco o de uma das meninas, emblemático por refletir o denominador comum da participação de crianças em conflitos armados. Foi recrutada à força, retirada de sua casa diante de

ameaças contra sua mãe, e tinha então catorze anos. Passou pelo treinamento, e foi enviada a combater. Segundo seu treinamento, devia matar a todos os “inimigos” — pessoas de outra etnia, no caso os lendus — que encontrasse em seu caminho, não importava fossem soldados ou civis. Foi tomada como “esposa” de um dos comandantes do campo de treinamento. Foi ferida em combate. Passou depois por um dos centros de desmobilização de crianças soldados, criados para reintegrar essas crianças em suas comunidades de origem.

Com base nesse conjunto de provas, a Câmara Preliminar concluiu pela confirmação das acusações trazidas pelo promotor, e remeteu o acusado à Câmara de Primeira Instância, onde será julgado.

Concluo afirmando que os conflitos inter-étnicos resultam em desastres humanitários, e em abusos graves contra crianças, cada vez mais alarmantes. Nem sempre se sabe onde e porquê esses conflitos começam, nem quando e como terminarão. O que se sabe, de acordo com o último informe da representante especial do secretário-geral para Questões de Crianças e Conflitos Armados⁽¹⁰⁾, é que existem atualmente mais de 30 situações graves de conflitos armados em todo o mundo, nos quais mais de 250 mil crianças continuam sendo exploradas como crianças soldados.

NOTAS

- (1) O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, entrou em vigor em 1 de julho de 2002.
- (2) Caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06. Ver ICC website: www.icc-cpi.int.
- (3) UN, A/51/306 e Add. 1, 6/9/96. O Relatório foi posteriormente publicado por sua relatora, **Graça Machel**, na obra *The impact of war on children*, London: Hurst & Company, 2001.
- (4) UN, A/RES/51/77, de 20/02/77. Foi também estabelecido um sistema de informes anuais do secretário-geral ao Conselho de Segurança. Ver: Resoluções do Conselho de Segurança 1314 (2000); 1379 (2001); 1460 (2003); 1539 (2004); 1612 (2005). Informes periódicos são também apresentados à Assembleia Geral (Terceiro Comitê sobre Direitos da Criança) e ao Conselho de Direitos Humanos. Sobre o tema ver: www.un.org/children/conflict/spanish.
- (5) UN, A/61/529 — S/2006/826.
- (6) Ver: www.child-soldiers.org.
- (7) Importante notar que, de acordo com o Protocolo Facultativo da Convenção sobre o Direito da Criança, relativo à participação de crianças em conflitos armados, é considerado “criança” o menor de dezoito anos. Da mesma forma, a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho, que estabelece que os Estados devem abster-se de utilizar crianças menores de dezoito anos em conflitos armados, é que os atos de recrutamento e utilização de crianças é comparável às piores formas de trabalho infantil.
- (8) Segundo os artigos 8(2)(b)(xxvi) e 8(2)(c)(vii) do Estatuto de Roma, é considerado “criança” o menor de quinze anos.
- (9) UN, *Special Report on the events in Ituri*, January 2002-december 2003. UN, S/2004/573.
- (10) UN, A/61/275, 17 de agosto de 2006.

Sylvia Steiner

Juíza do Tribunal Penal Internacional, associada-fundadora do IBCCRIM e membro de sua primeira Diretoria

IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA DIANTE DE VÍCIO NA FIXAÇÃO DA PENA

Marcio Bártoli e Mariângela Lopes

Merece reflexão o entendimento que predomina nos tribunais no sentido de se considerar possível o reconhecimento de nulidade parcial de uma sentença condenatória que contenha falha de motivação na fixação da pena. Prevalece a orientação de que defeitos neste campo incidiriam somente na parte dispositiva da sentença, não afetando a sua própria validade⁽¹⁾.

Não há como se aceitar tal orientação prevalente nos tribunais. A natureza jurídica da sentença, por si só, já faz cair por terra tal entendimento, sugerindo imprescindível revisão dos questionamentos que envolvem tal matéria.

Recente acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal autuada sob o nº 912.687-3/0, enfrentou a tese prevalente, anulando totalmente a sentença que apresentava vício na fundamentação da pena.

A sentença é ato processual simples, único, indivisível, cujo pronunciamento se exaure em uma só manifestação. Por consequência, o ato jurídico deve ser interpretado como um todo. Deste modo, qualquer vício que recaia sobre ela, afeta-a por inteiro.

Segundo o artigo 381, *caput*, e incisos do Código de Processo Penal, a sentença, como ato único, é composta de três partes indissolúveis e inseparáveis: relatório, fundamentação e dispositivo. A sentença somente existe como ato válido se as três partes que a compõem estiverem em perfeitas condições.

O relatório se constitui em uma ordenada narração de tudo o que ocorreu no processo até aquela fase⁽²⁾.

A fundamentação se forma pela análise minuciosa de todo o processo e a resposta a todas as teses levantadas pelas partes em suas alegações.

O dispositivo é a parte derradeira, na qual o magistrado deve indicar os dispositivos normativos que estribaram a decisão. Em caso de sentença condenatória, é no dispositivo que o juiz deve calcular a pena, em conclusão a todos os argumentos apresentados na sua fundamentação, baseando-se nas regras constantes no artigo 387 e seguintes do Código de Processo Penal. O dispositivo é, portanto, a conclusão da decisão, o chamado núcleo da sentença.

Ausência de qualquer uma das partes ou falha na motivação em alguma delas levará à nulidade deste ato judicial como um todo. Não há como ser reaproveitada qualquer das partes⁽³⁾.

Com relação à falha na fundamentação na aplicação da pena, a regra se aplica com maior razão.

Conforme exposto, é no dispositivo que o juiz ou tribunal analisa a pena a ser apli-

cada ao condenado. O juiz, ao motivar a aplicação da pena, deve se socorrer da fundamentação anteriormente apresentada, já que as três partes da sentença se complementam. A gradação da quantidade de pena necessária e suficiente decorre diretamente da fundamentação utilizada para a procedência da acusação⁽⁴⁾.

Conforme ensinam **Grinover, Scarance e Magalhães**: *"A falta de dispositivo é causa de nulidade, pois constitui requisito essencial da sentença. Nem poderia ser diferente: é na parte dispositiva que o juiz aplica o direito ao caso concreto, aí exprimindo a vontade imperativa do Estado e fornecendo os limites para a posterior delimitação da coisa julgada. O dispositivo é, enfim, a verdadeira sede da decisão"*⁽⁵⁾.

Em relação à aplicação da pena, acrescenta **Magalhães** que: *"A falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, deve levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado"*⁽⁶⁾.

Qualquer falha na fundamentação da aplicação da pena levará à nulidade total da sentença. Não se pode aproveitar qualquer de suas partes, por se constituir em um ato único. Ensina **Maria Lucia Karam** que a ausência ou deficiência na fundamentação da pena contamina a sentença de modo irremediável, devendo ser reconhecida a sua nulidade para que outro ato seja proferido. Leciona a autora que não se pode admitir a simples complementação da sentença⁽⁷⁾.

A parte dispositiva é o principal tópico da sentença condenatória, por encerrar a própria síntese da decisão e por apresentar a conclusão do feito. Havendo falha na fundamentação do dispositivo, não há como se aproveitar o restante da sentença. Sentença sem dispositivo não é sentença. Trata-se de decisão substancialmente nula e não apenas parcialmente nula, segundo regra do artigo 564, III, "m", do CPP⁽⁸⁾.

A decretação da nulidade parcial da sentença penal condenatória por vício na fixação da pena tem sido equivocadamente utilizada pelos tribunais como estratégia para a manutenção, a qualquer custo, do decreto condenatório, com vistas a evitar a soltura do réu preso cautelarmente e o aperfeiçoamento da prescrição da pretensão punitiva.

Aproveitando-se parte da sentença condenatória, o tribunal tem argumento para não autorizar a imediata soltura do acusado preso, que correrá o risco de se ver preso, como condenado, sem conhecer a pena apli-

cada, pois a parte dispositiva estará desprovida de efeitos, por ser inválida.

Do mesmo modo, a sentença condenatória dita parcialmente válida é utilizada como meio para se evitar a inexistência da causa interruptiva da prescrição. Mantida a condenação, mantida estará a causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva.

No entanto, o artifício de se manter uma condenação ofende diversos princípios constitucionais assegurados a todos os acusados, entre eles o do devido processo legal, na medida em que todos têm direito a um processo válido, com respeito a todas as normas legais.

O ministro **Marco Aurélio** declarou voto vencido no julgamento do HC autuado sob o nº 73.987/RJ, em 11/03/1997, afirmando a impossibilidade de se aproveitar uma sentença que contenha vício na fundamentação, não podendo esta servir de causa interruptiva da prescrição: *"O provimento judicial, conforme enaltecido por uníssona doutrina, revela, em se tratando de uma mesma ação, um grande todo. Impossível falar-se em condenação sem pena. A lógica conduz, por isso mesmo, à insubsistência da tese de que é possível caminhar-se para a declaração de nulidade parcial. Atente-se para a circunstância de que somente a decisão condenatória recorrível é fator interruptivo da prescrição. Ora, o acórdão, tal como resultará da concessão parcial deste habeas, não se mostrará recorrível, porque incompleto, faltando-lhe o que revela materialmente, no campo das consequências, a condenação, ou seja, a própria pena que a caracteriza"*⁽⁹⁾.

Assim sendo, sentença sem dispositivo não é sentença. Ela não se constitui como um ato decisório. Portanto, não pode gerar qualquer efeito material, não podendo servir de argumento para a não soltura do réu preso cautelarmente ou para interromper a prescrição da pretensão punitiva.

NOTAS

- (1) Este tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido HC 73.884, min. **Carlos Velloso**; HC 73.987, min. **Maurício Corrêa**; HC 74.424, min. **Néri da Silveira**; HC 80.524, min. **Ilmar Galvão**; HC 81.021, min. **Maurício Corrêa**.
- (2) Segundo **Benedito Roberto Garcia Pozzer**: *"O relatório não contém decisões. Como historiador do procedimento, o julgador, por óbvio, irá expor os acontecimentos que entende importantes para a decisão que irá proferir"* ("Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro", monografia publicada pelo IBCCRIM, 2001, p. 133).
- (3) **Fernando da Costa Tourinho Filho** bem ressalta: *"Evidente que a lei, ao falar em nulidade, ante a ausência da sentença, não se refere, propriamente, à omissão daquele ato processual. Não se concebe uma condenação ou absolvição senão por meio de uma sentença. O juiz não pode julgar uma lide, a não ser pela sentença. Então, é claro que ela deve existir. Mas, muitas vezes, falta-lhe uma formalidade tal que a mutila, de tal sorte que a desfiguração equivale à sua própria ausência. Assim, uma sentença sem motivação; quando houver contradição entre o decisor, isto*

é, a parte conclusiva da sentença e a motivação; a ausência de relatório, a falta de autenticação; a falta de fundamentação no aplicar a pena etc.” (Processo Penal, vol. 3, 28ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 153).

- (4) Conforme **Nilo Barros de Brum**: “Poderíamos dizer que se a fundamentação exigida pelo terceiro requisito constitui o núcleo retórico da sentença, o dispositivo encerra seu núcleo decisório. É aqui que o juiz impõe qualitativa e quantitativamente a sanção penal, estabelece os limites objetivos da função sancionadora do Estado em relação ao réu ou, em outras palavras, determina o âmbito material de validade da sentença” (Requisitos Retóricos da Sentença Penal, São Paulo: RT, 1980, p. 5).
- (5) As Nulidades no Processo Penal, 9ª ed., São Paulo: RT, p. 240.
- (6) A Motivação das Decisões Penais, São Paulo: RT, 2001, p. 216.
- (7) “Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária”, *Boletim dos Procuradores da República*, ano V, nº 5, p. 25.
- (8) Ensinam **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scaran-**

ce Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho que se o vício se referir à não apreciação de todas as imputações constantes na denúncia, a solução deve ser a de considerar parte da sentença como inexistente, não sendo o caso de nulidade, baixando-se os autos novamente ao juiz prolator para que a complemente. Esta, segundo os autores, seria a solução que melhor se coaduna com o princípio da economia processual. Neste caso, os autos podem ser enviados ao juiz para que complemente a sentença, corrigindo a parte viciada: “A sentença pode, por falha, não apreciar todas as imputações da denúncia: o promotor acusa o réu da prática de dois crimes e o juiz só se pronuncia a respeito de um, ou são vários os acusados e o magistrado deixa de analisar algum. Subindo os autos ao tribunal, através de recurso do Ministério Público, em que é apontada a irregularidade, surgem duas possibilidades. A primeira consiste na anulação da sentença, vista como ato unitário e complexo. Melhor contudo outra solução que, além de corresponder à adequada aplicação do princípio da economia processual, está mais em consonância com a realidade dos autos: a

sentença é válida em relação ao que foi objeto de julgamento, não havendo, portanto, razão para ser anulada. Será dado provimento ao recurso para que o juiz complete a prestação jurisdicional, decidindo sobre os réus e fatos ainda não julgados. Essa última solução considera o caso como de inexistência parcial de decisão e não como hipótese de nulidade” (Nulidades no Processo Penal, p. 254).

- (9) Tal acórdão vencido foi citado no acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal autuada sob o nº 912.687-3/0, em que se anulou totalmente a sentença que continha vício na fundamentação, não se reconhecendo a causa interruptiva da prescrição.

Marcio Bártoli

Desembargador do TJ/SP

Mariângela Lopes

Advogada, professora de Direito Processual Penal e mestre em Direito Processual Penal pela USP

A LEI 11.464/2007 E A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E A ELE EQUIPARADOS

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

A controvérsia acerca da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos e nos a eles equiparados parece não estar ainda resolvida, mesmo com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Como é cediço, a Lei 8.072/90 em sua redação original estabelecia que a pena, por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e por terrorismo, deveria ser cumprida integralmente em regime fechado. Porém, o Supremo Tribunal Federal, em sua nova composição plenária, ao julgar, em fevereiro de 2006, o *habeas corpus* 82.959/SP, posicionou-se, por seis votos a cinco, no sentido da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional em tais casos, em acórdão assim ementado:

“Pena - Crimes hediondos - Regime de cumprimento - Progressão - Óbice - Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - Inconstitucionalidade - Evolução jurisprudencial — Conflita com a garantia da individualização da pena — artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal — a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”

Naquela ocasião o tribunal, por unanimidade de votos, explicitou que “a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências 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, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”.

Como bem asseverado por **Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes**, “uma grande novidade trazida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, neste importante e histórico julgamento, está em conferir, em sede de controle de constitucionalidade difuso, efeitos *ex nunc* (a partir da decisão de inconstitucionalidade) e *extensão erga omnes*, tornando uma eventual resolução do Senado Federal ato inócuo”⁽¹⁾.

Com efeito, embora o reconhecimento da inconstitucionalidade tenha se dado *incidenter tantum*, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em alargar sua extensão, para o fim de reconhecer a todos os condenados, cujas penas ainda não estivessem extintas, o direito à progressão de regime.

Tanto é certo que, a partir da referida decisão, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a conceder, até mesmo de forma unipessoal, ordens de *habeas corpus* para o fim de afastar o inconstitucional óbice à progressão, determinando aos juízos das execuções criminais que procedessem à análise dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes do art. 112 da Lei de Execuções Penais.

Logo após o julgamento do *leading case* pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei alterando a Lei 8.072/90, para tornar suas disposições compatíveis com a Constituição da República. Tal projeto, com as alterações feitas pelas Casas Legislativas, resultou na Lei 11.464, de 28 de março de 2007.

De acordo com a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, a pena por crime previsto nesse dispositivo será cumprida **inicialmente** em regime fechado, sendo que a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da reprimenda se o condenado for primário, e de

3/5 (três quintos), se reincidente.

Discute-se, agora, nos tribunais, se a nova disposição legal é mais benéfica ao apenado, porque, em assim sendo, deveria, em tese, ser aplicada desde logo, em sua integralidade, aos pedidos de progressão.

Alguns tribunais têm concedido, de forma reiterada, a progressão de regime, afastando o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena fixado em sentença transitada em julgado, porém impondo ao condenado o preenchimento do requisito objetivo previsto na lei nova. E o fazem sob o fundamento de que é ela mais benéfica ao permitir a progressão, até então vedada. Outros tribunais, por seu turno, têm entendido que o condenado, para requerer a progressão de acordo com o art. 112 da Lei de Execuções Penais, deve ter cumprido 1/6 da pena até a entrada em vigor da Lei 11.464/2007, ou então se submeter aos novos lapsos temporais nela previstos.

Com o devido respeito, penso que a matéria relativa ao **regime** de cumprimento de pena já havia sido resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do *habeas corpus* 82.959, na medida em que, como se viu, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, conferindo efeitos *ex nunc* (a partir da decisão de inconstitucionalidade) e *extensão erga omnes*, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos exigidos para a progressão.

Sob esse ponto de vista, o direito à progressão de regime já existia antes da entrada em vigor da Lei 11.464/2007, razão pela qual, quanto a esse aspecto, a nova disposição legal nada mais fez do que ratificar a possibilidade de progressão.

Porém, ao aumentar o lapso temporal exigido para a progressão em se tratando de

crimes hediondos e dos a eles assemelhados, de 1/6 para 2/5 (se primário) ou 3/5 (se reincidente), a nova disposição é, reconhecidamente, mais gravosa ao condenado, não sendo, portanto, aplicável aos crimes praticados antes de 28 de março de 2007, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Aliás, esse também foi o entendimento que se deu quando do advento da Lei 8.072/90 que, por ser mais prejudicial ao condenado, só foi aplicada aos crimes cometidos após a sua vigência, não se aplicando às execuções penais em curso.

A lição de **Alberto Silva Franco**⁽²⁾ é esclarecedora: “Em resumo, a regra do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar a execução penal em curso (a fim de perpetuar no regime fechado quem ainda, por falta de requisito temporal, nele se ache, ou a fim de fazer regressar ao regime fechado quem já se encontre no regime semi-aberto ou aberto), ou a que vier a ser iniciada em razão de fato criminoso ocorrido antes da vigência da nova lei (a fim de obstar o direito à progressão no regime penitenciário). O princípio da legalidade é o alicerce comum

que dá lastro às garantias do cidadão no campo penal, processual penal e de execução penal. Toda alteração legal que signifique um agravamento ou uma restrição ao princípio constitucional da legalidade deve ser rechaçada com veemência e, na área da execução penal, deve entender-se como alteração dessa ordem ‘tudo quanto se referir ao quantum, modo ou forma, de cumprimento da pena’ (**Cobo del Rosal e Boix Reig**, ‘Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador, Derecho Penal y Constitución’, Madrid: Edersa, 1982, p. 216).”

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“**Criminal. HC. Homicídio qualificado. Execução. Regime prisional. Crime cometido antes da vigência da Lei nº 8.930/94; Direito à progressão de regime. Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Ordem concedida.**

Evidenciado, nos autos, que o homicídio qualificado foi praticado pelo paciente antes da vigência da Lei nº 8.930/94, não pode recair sobre ele a vedação do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, sob pena de violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa”⁽³⁾.

Em síntese: a nova legislação estabeleceu sistema diferenciado para a progressão de regime, em caso de condenação por crime hediondo, impondo lapso temporal maior para a verificação do requisito objetivo necessário ao alcance de um regime menos rigoroso, o qual, entendendo, deve ser aplicado somente aos casos supervenientes à vigência da referida lei, por se tratar de norma penal, nesse ponto, mais gravosa, sobre a qual incide o princípio da irretroatividade *in pejus*, previsto no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República e no art. 2º do Código Penal.

NOTAS

- (1) Cf. “O STF foi além da progressão do regime prisional”, **Boletim IBCCRIM** v. 13, nº 161, pp. 2-3, abril 2006.
- (2) **Crimes Hediondos**. 5ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 286.
- (3) **HC nº 20.493/RS**, 5ª Turma, rel. min. **Gilson Dipp**, DJ de 13/05/2002.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Membro do **IBCCRIM**, professora doutora de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo e ministra do Superior Tribunal de Justiça

PATERNALISMO, MORALISMO E DIREITO PENAL: ALGUNS CRIMES SUSPEITOS EM NOSSO DIREITO POSITIVO⁽¹⁾

Heloisa Estellita

1. Sobre o paternalismo legal

O *paternalismo legal* tem por base o seguinte princípio antiliberal, assim apresentado por **Stuart Mill**: “É sempre uma boa e relevante (embora não necessariamente determinante) razão em suporte a uma proibição criminal que ela prevenirá dano (físico, psicológico ou econômico) ao próprio autor”⁽²⁾. **Mill** rejeita o mencionado princípio.

Feinberg, em seu extenso estudo sobre os limites morais do Direito Penal⁽³⁾, analisou o paternalismo legal no terceiro volume, denominado “dano a si mesmo”, no qual ele estabelece a seguinte distinção:

“1. **Paternalismo presumivelmente censurável**, que consiste em tratar adultos como se fossem crianças, ou crianças mais velhas como se fossem mais novas, forçando-os a agir ou deixar de agir de certas maneiras, seja

a. (**paternalismo benevolente**) para seu próprio bem, não importando seus próprios desejos na matéria (isto pode ou não ser censurável na última análise, que é a questão em jogo), ou

b. (**paternalismo não benevolente**) para o bem de outras partes (p. ex., professores ou gerentes de indústrias), não importando seus próprios desejos na matéria (geralmente entendido como censurável).

2. **Paternalismo presumivelmente não censurável**, que consiste em defender pessoas relativamente impotentes ou desamparadas ou vulneráveis de perigos externos, incluindo danos provenientes de outras pessoas quando as

partes protegidas não consentiram voluntariamente com o risco, e fazendo-o de maneira análoga, em motivação e vigilância, àquilo que os pais fazem para proteger seus filhos”⁽⁴⁾.

Em seu entendimento, o paternalismo legal (não liberal)⁽⁵⁾ propriamente dito é somente aquele descrito no item 1.a: *paternalismo benevolente presumivelmente censurável*, consistente em tratar adultos como se fossem crianças, ou crianças mais velhas como se fossem mais novas, forçando-os a agir ou deixar de agir de certas maneiras, para seu próprio bem, não importando seus próprios desejos na matéria. A censurabilidade de tal forma de tutela estatal está na sua colisão com a autodeterminação e autonomia da vontade de seres competentes, idéias que formam a base de um sistema liberal.

Importante é a distinção entre *leis paternalistas aplicadas a casos que envolvem uma só parte* (por exemplo, leis proibindo o suicídio, a automutilação, o uso de drogas) e *leis paternalistas aplicadas a casos que envolvem duas partes* (por exemplo, leis proibindo a eutanásia, o duelo, a venda de drogas), estas também conhecidas como *paternalismo indireto*.

Os casos envolvendo duas partes “são paternalistas quando o pedido de uma das partes (ou seu consentimento) para a ação da segunda parte não dá à esta licença para fazer o que aquela quer (ou está desejando) que seja feito. Se a segunda parte apesar disso executa o acordo, então ela terá violado a lei e será punida. A lei que

impede a primeira parte de ter o que ela deseja interfere em **sua** liberdade ao fundamento de que sabe o que é melhor para seu próprio bem. Por tal razão, a lei é paternalista relativamente à primeira parte ainda que o crime definido seja cometido pela segunda parte”⁽⁶⁾. Nestes casos, mesmo que as sanções não sejam aplicadas diretamente à primeira parte, “sua liberdade também está restringida pela lei, e suas escolhas, frustradas”⁽⁷⁾. O objetivo da lei é proteger a primeira parte quaisquer que sejam seus desejos sobre o assunto, e é, assim, paternalista relativamente a ela.

Para ambas as situações, chamadas por **Dworkin** de “*paternalismo puro e impuro*”, **Feinberg** prefere os termos *paternalismo direto e indireto*. O primeiro abarcando casos de uma só parte nos quais “as classes de pessoas cuja liberdade é restringida por meio da ameaça de punição é idêntica à classe de pessoas cujo benefício se pretende promover com tais sanções”⁽⁸⁾, e, como ele destaca, “quase todas leis paternalistas diretas são casos de uma só parte”⁽⁹⁾. O segundo, casos de duas partes, onde o bem estar de uma classe de pessoas envolve a restrição à liberdade de outras pessoas mediante a ameaça de pena⁽¹⁰⁾.

A diferença entre o *harm to others principle* (“princípio do dano a outrem”)⁽¹¹⁾ e o *paternalismo indireto* se reduz às consequências (ou não) do consentimento da “vítima”: “O princípio do dano a outros proíbe A de aplicar uma droga danosa a B sem o consentimento genuíno

de B, mas permite a A dar ou vender uma droga perigosa a B com o consentimento genuíno de B; enquanto o paternalismo indireto proíbe A de dar uma droga perigosa a B, dando ou não B o seu consentimento genuíno. Ao ignorar o consentimento de B, a lei paternalista desconsidera a sua opinião/julgamento e restringe sua liberdade *para o seu próprio bem*”⁽¹²⁾.

O consentimento genuíno de um adulto pode ser colocado sob suspeita e fornecer fundamentos para a criminalização sempre que for causado por uma desvantagem social, caso em que, afirma **Schünemann**, a criminalização estaria legitimada por um dever do Estado Social de impedir a exploração de seus cidadãos. Embora, neste caso, adverte ele, sempre haja o risco de que o Direito Penal se torne a *ultima ratio* de uma política social falida⁽¹³⁾.

2. Crimes suspeitos de paternalismo no Direito Penal brasileiro

Da legislação penal em vigor no Brasil, foram selecionados crimes suspeitos de paternalismo direto e/ou indireto. Como se sabe, os casos de paternalismo direto são mais fáceis de identificar, todavia, tentou-se também apontar alguns crimes que podem representar situações de paternalismo indireto, sempre tendo em mente que *outros fundamentos também podem lhes dar suporte ou legitimação*. É que quando se aborda o paternalismo indireto, é comum identificar outras razões fundantes da criminalização, ainda que igualmente acabem por não legitimar a punição sob o ponto de vista liberal.

É o que parece suceder com o crime de *rufianismo* (artigo 230, Código Penal brasileiro), caso em que a prostituição em si não é punida. Aqui, dois níveis de fundamentação parecem dar suporte ao crime: o primeiro é moralista e afirma que a prostituição é ruim; o segundo, contudo, é paternalista, porque a proibição, embora sendo dirigida àqueles que vivem dos proveitos da prostituição alheia, é estabelecida para proteger a prostituta de ter o que ela deseja, sob o fundamento de que o Estado sabe melhor o que é bom para ela, ou seja, “não ser uma prostituta”.

Quando falamos de paternalismo, direto ou indireto, em caso envolvendo uma ou de duas partes, devemos ter em mente a definição restrita de **Feinberg** acima mencionada e que **não inclui** o que ele chama de paternalismo benevolente, “que consiste em defender pessoas **relativamente desamparadas ou vulneráveis** de perigos externos, incluindo danos de **outras** pessoas quando as partes protegidas **não consentiram voluntariamente para o risco**, e fazendo-o de uma maneira análoga, em sua motivação e vigilância, aquilo que os pais fazem para proteger seus filhos”⁽¹⁴⁾.

2.1. Crimes suspeitos de paternalismo direto

Na Lei de Contravenções penais, os arti-

gos 59 e 60 parecem assentar-se, ainda que parcialmente, em bases paternalistas. Em ambos os casos, a pessoa punida é a mesma cujos interesses se procura proteger pela contravenção. A idéia é claramente paternalista já que pune sobre a base de que é ruim para alguém que se entregue à ociosidade ou à mendicância, muito embora razões moralistas também possam ser identificadas na base de ambas as contravenções⁽¹⁵⁾. O mesmo sucede com o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 que pune aquele que “*adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”.

2.2. Crimes suspeitos de paternalismo indireto

Se não temos muitos casos de paternalismo direto na legislação penal nacional, o mesmo não pode ser dito a respeito do paternalismo indireto⁽¹⁶⁾.

De saída, um fundamento de natureza paternalista indireta pode ser identificado no artigo 122 do Código Penal, na conduta de prestar auxílio para cometer suicídio, muito embora a conduta somente seja punida quando alguma espécie de dano sobrevenha⁽¹⁷⁾. Este é o campo da discussão sobre a eutanásia.

No crime de manter “casa de prostituição” (artigo 122 do Código Penal), muito embora seja claro o aspecto moralista, está contido também um componente paternalista, porque nega indiretamente à prostituta um lugar para exercer sua profissão baseado num raciocínio que pode ser assim expressado: “*como ser prostituta é ruim, proibindo alguém de lhe dar auxílio (tendo uma casa de prostituição), as pessoas podem ser demovidas da idéia de se tornarem prostitutas*”.

Este crime se encaixa na definição de *paternalismo legal moralista* de **Feinberg**, “(onde *paternalismo* e *moralismo* se justapõem via a vaga noção de ‘dano moral’): É sempre uma boa razão em suporte a uma determinada proibição que ela seja necessária para impedir danos morais (como opostos a danos físicos, psicológicos ou econômicos) ao próprio autor. (Dano moral é ‘dano ao caráter de alguém’, ‘tornar-se uma pessoa pior’, como oposto à idéia de dano ao corpo, à psique ou ao bolso de alguém)”⁽¹⁸⁾.

No crime de *rufianismo*, definido no artigo 230 do Código Penal, o paternalismo indireto reflete-se na figura do *caput* (“*tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exercça*”)⁽¹⁹⁾. Muito embora se possa identificar seu tom moralista já de saída, há também um fundamento paternalista na medida em que se busca impedir que a prostituta possa ter um “gerente”, ou de contratar alguém para lhe selecionar ou arrumar clientes que sejam confiáveis, por exemplo. A idéia implícita é a de que como a prostituição é ruim

(fundamento moralista), proibir alguém de ter lucro com ela é uma forma de impedir que alguém se torne uma prostituta, o que é melhor para esta pessoa (paternalismo indireto). O crime também parece adequar-se à definição de **Feinberg**, antes comentada, de *paternalismo legal moralista*.

Como ele destaca, “*em alguns casos envolvendo duas partes, ambas estão sujeitas a penas, ainda que a lei deseje proteger uma só, o solicitador ou comprador. Leis sobre prostituição que punem João e a prostituta satisfazem esta definição*”⁽²⁰⁾. Este não é o caso do Direito Penal brasileiro que não pune a prostituição em si mesma, o que, talvez, possa explicar a severidade das penas previstas para a parte, que é a *única* punida, nos crimes indicados acima e abaixo.

Os crimes de tráfico internacional de pessoas (art. 231, CP) e tráfico interno de pessoas (art. 231-A, CP) também se assentam, ainda que parcialmente, em razões paternalistas no que diz respeito às figuras do *caput*. As condutas descritas nos parágrafos, todavia, como também ocorre relativamente ao artigo 230 (*supra*), visam situações nas quais não há um consentimento genuíno e são, assim, legitimadas pelo princípio do dano ao outro (*harm to others principle*).

Quanto às condutas punidas no *caput* de ambos os artigos, ao fundamento moralista da proibição soma-se o paternalista quando se procura prevenir a prática da prostituição dentro do território nacional ou no estrangeiro. A idéia de fundo, também aqui, é a de que a prostituição é ruim (fundamento moralista), proibindo alguém de “*promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro*” (art. 231) ou praticar essas condutas dentro do território nacional (art. 231-A) é uma forma impedir que alguém se torne uma prostituta, para seu próprio bem (paternalismo indireto). O crime também parece adequar-se à definição de *paternalismo legal moralista*.

Os artigos 283 e 284 do Código Penal trazem mais duas hipóteses de paternalismo indireto. A pessoa que pratica o *charlatanismo* ou o *curandeirismo* é punida para proteger outras pessoas, que possam ser iludidas ou enganadas, ou até menos que isso, já que esse elemento não está previsto em nenhum dos tipos penais. Mas aqui o engano ou a ilusão não é intenso o bastante para causar a falta de consentimento genuíno na vítima, o que implica dizer que a norma contém uma presunção direcionada a adultos, tratando-os como se fossem crianças, como se fossem sempre ingênuos e frágeis quando expostos a tais práticas. Como assevera **Hirsch**, é extremamente injusto punir alguém exclusivamente para proteger adultos tratados como crianças⁽²¹⁻²²⁾.

Outras condutas que guardam aspectos paternalistas indiretos são as definidas nos artigos 50 e 58 da Lei de Contravenções Pe-

nais (jogo de azar e jogo do bicho), no artigo 4º, “a”, da Lei nº 1521/51, que pune a usura, e nos crimes relacionados ao tráfico de drogas (art. 33 e segs. da Lei nº 11.343/06).

Há também figuras mistas, suspeitas de paternalismo direto e indireto, definidas por **Feinberg** como casos de duas partes, nos quais “*ambas as partes são submetidas a sanções ainda que a lei se dirija à proteção de somente uma delas*”⁽²³⁾. Tal parece ser o caso do crime descrito no artigo 15 da Lei nº 9.434/97, que pune tanto o vendedor como o comprador de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, muito embora o objetivo da incriminação seja a proteção do vendedor. E aqui não nos parece que a questão seja simplesmente a da vedação de alienação da própria vida⁽²⁴⁾, de resto questionável sob diversos pontos de vista⁽²⁵⁾, mas também porque nem toda venda de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano implica em sacrifício da vida, e porque toda decisão que implique simplesmente em autolesão deve ser devidamente balanceada com a idéia de autonomia pessoal, igualmente inerente ao valor constitucionalmente central da dignidade humana, que está sempre em jogo quando falamos sobre o uso paternalista da sanção penal.

NOTAS

(1) Estas reflexões são oriundas dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do Grupo de Pesquisa financiado

CAPES-DAAD, projeto PROBRAL, que reúne pesquisadores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Departamento de Filosofia e Direito Penal Universidade Ludwig-Maximilianus, Munique, Alemanha, coordenados pelos profs. drs. **Miguel Reale Júnior** e **Bernd Schünemann**, tendo como integrantes **Luis Greco Filho**, **Marina Pinhão Coelho** e a ora autora; contando, ainda, com a colaboração, no Brasil, de **Helena Regina Lobo da Costa**, **Janaina Paschoal**, **Mariângela Magalhães** e **Renato Jorge Mello Silveira**.

- (2) **FEINBERG, Joel.** *Harm to self: The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986, v. 3, p. 4; todas traduções são livres.
- (3) O autor continua usando o termo *paternalismo* porque se tornou um *standard*, muito embora não concorde totalmente com seu emprego porque, em primeiro lugar, é em si pejorativo e, em segundo, conduz as confusões com o outras situações que também podem ser chamadas de paternalistas (**FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 4).
- (4) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 5.
- (5) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, pp. 6-7.
- (6) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 9.
- (7) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 9.
- (8) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 9.
- (9) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 9.
- (10) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 9.
- (11) Não nos parece que o *harm to others principle* possa ser simplesmente traduzido por *princípio da lesividade*. E que o *harm to others principle*, na concepção do autor, envolve da lesividade *a outrem* e o *princípio da lesividade*, como comumente definido, não traz consigo, necessariamente, essa idéia de alteridade.
- (12) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 10.
- (13) **SCHÜNEMANN, Bernd.** “O Direito Penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal”. Tradução de **Luis Greco.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 53, mar.-abr.2005, p. 35.
- (14) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 5.
- (15) Conferir os antecedentes históricos dessas contravenções em: **REALE JÚNIOR, Miguel.** *Paternalismo em Brasil*. São Paulo, 2007.

- (16) Este parece ser um fenômeno comum, como observa **Hirsch**: “*Enquanto o Direito Penal em vigor na Alemanha e em outros países raramente se utiliza de proibições diretamente paternalistas, recorre em maior extensão ao paternalismo indireto*” (**HIRSCH, Andrew von.** “Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?”, tradução de **Helena Regina Lobo da Costa.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 67, 2007, no prelo).
- (17) A matéria é abordada à exaustão por **Feinberg** (*Harm to self*, pp. 344 e segs.).
- (18) **FEINBERG, Joel.** *Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1990, v. 4, p. xx.
- (19) As condutas descritas nos §§ 1º e 2º visam situações nas quais não há um consentimento genuíno e são, assim, legitimadas pelo princípio do dano a outrem (*harm to others principle*).
- (20) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 9.
- (21) **HIRSCH, Andrew von.** *Op. cit.*, no prelo.
- (22) **Luis Greco** tratou do charlatanismo sob o ponto de vista do princípio da lesividade, concluindo pela falta de perigo relevante quando a vítima genuinamente consente à prática (**GRECO, Luis.** “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, jul.ago./2004, p. 124). O Supremo Tribunal Federal, pela pena de seu ilustre ministro **Cezar Peluso**, poderá vir a enfrentar a questão no HC 85.718.
- (23) **FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 9.
- (24) Cf. **AVILA, Gustavo Noronha;** **GAUER, Gabriel José Chittó;** **GUER, Ruth Mria Chittó.** “Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, nº 175, junho.2007, pp.17-19.
- (25) Cfr. a abordagem de **Feinberg** acerca do “enigma da escravidão voluntária” (**FEINBERG, Joel.** *Op. cit.*, v. 3, p. 71 e segs.).

Heloisa Estellita

Doutora em Direito Penal

MEIAS REFLEXÕES SOBRE O ESTADO ATUAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Fabio Roberto D’Avila

“Quase me culpo de estar escrevendo estas meias reflexões nesta hora em que dos confins da tarde sobe, colorindo-se, uma brisa ligeira. Colorindo-se não, que não é ela que se colore, mas o ar em que bóia incerta; mas como me parece que é ela mesma que se colora, é isso que digo, pois hei-de por força dizer o que me parece, visto que sou eu”

(**Fernando Pessoa,**
Livro do Desassossego)

Juntando-me a tantos outros colegas que, nesta especial data, comemoram a já longa e exitosa trajetória do **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, gostaria de prestar a minha sincera homenagem a todos aqueles que tornam até hoje possível este tão valioso espaço de reflexão. E fá-lo através de algumas palavras que, desejosas de aqui estar, não apenas têm na brevidade seu inafastável compromisso, como devem nela encontrar a sua maior qualidade, a qualidade de serem elas mesmas expressão de um refletir que se constrói, que a si próprio atribui forma, como inacabado problema que, à luz de diferentes tempos e sociedades, assume feições igualmente diversas. O presente escrito é, por esta precisa razão, nada mais do que ligeiras aproximações a

problemas do Direito Penal contemporâneo que, a cada dia, de modo mais intenso, reivindicam por urgente atenção de nossos penalistas.

A ciência jurídico-penal brasileira, já há algum tempo, tem tratado de forma descuidada, senão mesmo com algum desprezo, as questões relativas à ciência normativa do Direito Penal (dogmática penal), associando-a, no mais das vezes, a um espaço formal-positivista, incapaz de autocritica. E, como consequência, temos lamentavelmente vivenciado, no âmbito da teoria geral do crime, um contínuo afastamento de temas que, durante séculos, ocuparam o lugar central da estrutura teórico-dogmática do ilícito penal, vale dizer, das questões relativas ao fundamento e sentido da norma penal e sua respectiva sanção, ou ainda das questões relativas ao fundamento e sentido do próprio Direito Penal normativo.

A este contínuo esmorecer das interrogações perenes do Direito Penal acrescenta-se, por um lado, a contínua e acentuada tendência de elaborações teóricas mais preocupadas com o atendimento a fins pedagógicos ou mesmo mercadológicos, do que a fins propriamente científicos. E, por outro, o contexto jurídico-penal europeu que,

conquanto desfrute, e bem, de um certo ecletismo teórico, deixa transparecer, de forma clara, a sua saliente inclinação quer por teorias de acento marcadamente funcional, quer por elaborações de exacerbado positivismo.

É certo que, após a marcante experiência do finalismo de **Welzel**, o Direito Penal retomaria o caminho da normatividade, já uma vez assinalado pela teoria neoclássica do crime. E, por razões óbvias, é igualmente certo que um tal retorno não poderia ser senão um revisitar, agora comprometido com um outro tempo e um outro estado de coisas. Contudo, daí retirar uma obrigatória opção pelo funcionalismo penal ou mesmo pela volta ao positivismo jurídico, parece-nos um passo demasiadamente largo, mesmo quando apenas esporadicamente se percebe, no campo do Direito Penal comparado, vozes dissonantes a uma tal tendência.

O atual contexto jurídico-penal europeu, em especial, tem se demonstrado bastante fértil no que se refere ao surgimento de elaborações positivistas e principalmente de construções teóricas de feição funcional. Não incomuns, no que tange ao positivismo, são as proposições de autores que, como

Heinz Koriath, sugerem um ilícito penal desprovido de dimensão material. Para este autor, v.g., “do mesmo modo como o geômetra deve investigar não o material da sua figura, mas apenas a sua forma, deve o jurista colocar, em primeiro plano, o estudo das relações formais”⁽¹⁾. Ou seja, um ilícito penal que se perfaz e se esgota nos estritos limites da relação lógico-formal entre conduta e norma, sem qualquer margem para considerações de conteúdo.

Com ainda mais força, porém, despontam as teorias funcionais do Direito Penal. Nestas, a concepção oitocentista de **Franz von Liszt** acerca da por ele denominada “ciência conjunta do Direito Penal” (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*)⁽²⁾ — na qual se devia conceder prevalência à ciência normativa do Direito Penal (dogmática penal) sobre os interesses de política criminal, uma vez que à dogmática competiria a tarefa de assegurar as liberdades individuais diante dos interesses político-criminais de persecução penal⁽³⁾ — ganha uma nova conformação. A prevalência no âmbito da ciência conjunta passa a competir não mais à dogmática, e sim à política criminal, devendo os conceitos básicos do Direito Penal normativo serem, para além de penetrados ou influenciados, verdadeiramente “*determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema*”⁽⁴⁾.

Ora, independente de eventuais ganhos ou vantagens que, segundo seus defensores, tais orientações possam conferir ao atual estado da teoria geral do crime, os quais, certamente, não podem ser aqui criticamente considerados⁽⁵⁾, o fato é que não se trata, definitivamente, e como pensam alguns, de uma discussão meramente acadêmica, mas de compreensões que determinam toda e qualquer forma de expressão da normatividade penal, com incontáveis repercussões práticas.

E, se isso é verdade, furtar-se a um diálogo jurídico-penal de tal dimensão é o mesmo que se furtar à própria discussão acerca

dos rumos do Direito Penal contemporâneo. Mas não só. É também desprover a ordem jurídico-penal brasileira de elementos capazes de fundamentar, de forma lúcida e crítica, tanto uma eventual recepção teórica, quanto até mesmo a sua completa rejeição.

Neste preciso contexto, tratar a ciência normativa do Direito Penal (dogmática penal) como espaço materialmente acrítico de silogismos formais não é senão franquear, aberta e levemente, a entrada, no Direito Penal brasileiro, das mais diversas orientações teóricas, em que pese, muitas vezes, o seu manifesto desajuste com compreensões normativas já sedimentadas no nosso espaço de discursividade jurídica, não raramente constitucionalmente sedimentadas, ou mesmo inaplicáveis à realidade brasileira, por razões socioculturais.

E aqui retornamos ao nosso ponto de partida. O caminho para um posicionamento crítico e cientificamente fundado acerca dos rumos do Direito Penal contemporâneo, vale dizer, acerca do fundamento e sentido do Direito Penal como um todo, passa necessariamente pela ciência normativa do Direito Penal (dogmática penal). Não, certamente, por uma dogmática penal puramente silógica e acrítica, eis que a uma tal compreensão de Direito Penal já não há lugar em uma ordem jurídica constitucionalmente presidida. Mas sim por uma dogmática penal que, constitucionalmente orientada, desdobra-se, obrigatoriamente, em uma dimensão normativa também material, na qual o fundamento e o sentido que lhe forem atribuídos estarão sempre, invariavelmente, presentes.

Não bastasse isso, o revisitar da normatividade por um olhar crítico e cientificamente comprometido confere ao Direito Penal brasileiro iguais condições de contribuir positivamente na afirmação e desenvolvimento de elaborações atualmente não hegemônicas ou mesmo na proposição de horizontes alternativos para se pensar as coisas do Direito Penal contemporâneo, à luz de problemas especificamente brasileiros⁽⁶⁾.

Enfim — já agora encaminhando nossas palavras finais —, se, no nosso tempo, não queremos ser meros espectadores do curso que começa a tomar o Direito Penal brasileiro, temos de assumir como tarefa urgente e inafastável o voltar de olhos à ciência normativa do Direito Penal, na busca de recolocar, de forma cientificamente séria e responsável, as interrogações perenes da ciência penal. Interrogações que, muito embora, pela natureza das coisas, estejam sempre abertas, estarão sempre, na sua provisoriedade, a definir o nosso presente.

NOTAS

- (1) **KORIATH, Heinz**. *Grundlagen Strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 312.
- (2) Com a expressão “ciência conjunta do Direito Penal”, **Franz von Liszt** pretende reunir, sob um mesmo conceito, a criminologia, o Direito Penal normativo (dogmática penal) e a política criminal (ver **LISZT, Franz von**. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. 1, Berlin: Guttentag, 1905 (reimp. por Walter de Gruyter, 1970), pp. 290 segs., principalmente, 293 segs.
- (3) **LISZT, Franz von**. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. 2, Berlin: Guttentag, 1905 (reimp. por Walter de Gruyter, 1970), pp. 80 segs.
- (4) **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**. *Direito Penal. Parte Geral*, tomo 1, Coimbra: Coimbra Ed., 2004, pp. 32 segs.
- (5) Para uma crítica ao funcionalismo, ver o nosso “O espaço do Direito Penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 64, 2007, pp. 78 segs.
- (6) Sobre, v.g., a concepção onto-antropológica de Direito Penal, ver **FARIA COSTA, José de**. *O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, Coimbra: Coimbra Ed., passim; e **D’AVILA, Fabio Roberto**. “O inimigo no Direito Penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um Direito Penal de base onto-antropológica”, in: *Sistema Penal e Violência*, coord. por **Ruth Maria Chittó Gauer**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., pp. 95 segs.

Fabio Roberto D’Avila

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, pós-doutor pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main/Alemanha), bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (2006) e advogado criminal

COMBINAÇÃO DE LEIS SUCESSIVAS - A SUPERAÇÃO DE UM MITO

René Ariel Dotti

1. O caso concreto

Em julho de 1996, o acusado foi preso em flagrante trazendo consigo e guardando em sua residência 8 (oito) gramas de cocaína. Em face dos indicadores do art. 37 da Lei nº 6.368/76 (“*natureza e quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e antecedentes do agente*”), a autoridade policial classificou o fato no art. 16 do mesmo diploma (posse para consumo próprio), punido com detenção, e arbitrou fiança que foi prestada. Também foi liberado o auto-

móvel do acusado, onde ele se encontrava quando foi preso.

Allegando que a quantidade de droga apreendida configurava tráfico, o promotor de Justiça denunciou pelo crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76. A inicial foi recebida em outubro daquele ano⁽¹⁾.

Não sendo localizado, o réu foi citado por edital sem que houvesse o comparecimento a juízo. Foram suspensos o processo e o prazo prescricional (CPP, art. 366), em decisão de 16 de junho de 1997.

Seis anos após, foi decretada a prisão preventiva do ausente, no pressuposto de que

“a sua ocultação faz presumir que pretende furtar-se a (sic) aplicação da lei penal”. Foi efetuada a prisão⁽²⁾, revogada dias após pela falta de fundamentação e por haver prova de primariedade, bons antecedentes, ocupação profissional lícita e outros aspectos positivos.

Nos memoriais de julgamento, em agosto de 2007, o Ministério Público opinou pela desclassificação do ilícito para o art. 16 da Lei nº 6.368/76 enquanto a defesa, concordando com a imputação mais benigna⁽³⁾, opinou pela aplicação do inciso I do art. 28 da Lei nº 11.343/2006: “*Quem ad-*

quirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos da droga”.

2. Resistências à combinação da lei nova com a lei velha

Era antiga a resistência em admitir a combinação das leis em confronto para se aplicar as normas mais favoráveis no caso concreto. **Bento de Faria**, transcrevendo a doutrina de **Manzini** (*Trattato*, ed. de 1933, t. I, p. 332, nº 8), refere que na escolha concreta das referidas leis deve a mesma recair, numa ou noutra, “considerada integral e distintamente, não sendo admissível a aplicação simultânea das disposições mais brandas de ambas, salvo quando tal for, expressamente consentido”⁽⁴⁾. O mestre italiano, louvando-se em precedentes da Corte de Cassação, reafirma em texto publicado quase trinta anos após: “La sentenza affetta da siffatto vizio sarebbe annullabile per eccesso di potere”⁽⁵⁾.

Entre nós, **Hungria**, o líder intelectual do Código Penal de 1940, sustenta que não é possível entrosar os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma “terceira lei, *dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo*”. No mesmo sentido, **Helena Fragoso**⁽⁶⁾, **Jair Leonardo Lopes**⁽⁷⁾ e **Zaffaroni-Pierangeli**⁽⁸⁾.

O Código Penal não regula o assunto. No entanto, o Anteprojeto de 1963, elaborado por **Nelson Hungria**, proibia a fusão nos termos seguintes: “Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao caso vertente (art. 2º, § 2º)”. **Fragoso** apoiou aquele texto fundamentando-se no parágrafo único do art. 2º do Código Penal que, na época, assim dispunha: “A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”. E concluiu que não seria possível a utilização de parte de um todo⁽⁹⁾.

O Código Penal de 1969⁽¹⁰⁾, acompanhando a tendência da época, manteve a redação do Anteprojeto, apenas substituindo a expressão “caso vertente” por “fato”. O dispositivo foi conservado na Lei nº 6.016/73 (art. 2º, § 2º). A mesma restrição fora observada no Código Penal Tipo para a América Latina (1963/1971), art. 8º.

A jurisprudência tradicional se acomodara àquela crença, como se verifica pelo aresto do antigo Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro (14.07.1943): “É ilegal e contrário aos princípios reguladores do direito intertemporal, aplicar o juiz, ao mesmo tempo, a um só fato, a lei vigente ao tempo em que foi o delito praticado e a lei posterior, retroativa-

mente, sob pretexto de beneficiar o réu”⁽¹¹⁾.

Mas um precedente histórico surgiu com o acórdão do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte (29.10.1942), relatado pelos des. **Seabra Fagundes**, aplicando simultaneamente a revogada Consolidação das Leis Penais e o novo Código Penal (Dec.-lei nº 2.848/40 (em vigor a partir de 1º.01.42) porque ambas as disposições beneficiavam o réu⁽¹²⁾. Aquela pioneira e judiciosa orientação vingou na 1ª Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro (1943) para discutir o recente diploma.

3. A consagração de um critério evolutivo

Os doutrinadores e os juízes têm admitido sem mais reservas a combinação de leis sucessivas sempre que a fusão possa beneficiar o réu. Merecem destaque as judiciosas opiniões de **Bruno**⁽¹³⁾, **J.F. Marques**⁽¹⁴⁾, **Garcia**⁽¹⁵⁾, **Noronha**⁽¹⁶⁾, **Toledo**⁽¹⁷⁾, **Delmanto**⁽¹⁸⁾, **Damásio**⁽¹⁹⁾ e **Bitencourt**⁽²⁰⁾.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do ministro **Marco Aurélio**, decidiu: “Separáveis as partes das normas em conflito, possível é a aplicação do que nelas transpareça como mais benigno”⁽²¹⁾.

Em recentíssima decisão, relatada pelo desembargador **Oto Sponholz**, o Tribunal de Justiça do Paraná assentou que diante do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, “bem como nas lições doutrinárias mais modernas, pode o juiz tomar os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei nova, combiná-los e aplicá-los ao caso concreto, de modo a extrair o máximo de benefício resultante da aplicação conjunta das leis (normas) sucessivas”⁽²²⁾.

4. O endereço legislativo da solução

A solução para a controvérsia sobre a combinação das leis sucessivas tem um endereço legislativo certo: é no quadro das disposições constitucionais que consagram dois princípios fundamentais da aplicação da lei penal, quais sejam, a *irretroatividade da lei mais grave* e a *retroatividade da lei mais benigna*.

A Reforma de 1984, ao dar nova redação do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, levou em consideração a mudança do texto constitucional (ocorrida com as Cartas de 1946, 1967 e 1969), como se verifica pela Exposição de Motivos da nova Parte Geral, resguardando a aplicação da *lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena (item nº 9).

Nos dias correntes e diante da clareza da Constituição e do Código Penal, que tornam obrigatória a retroatividade da lei mais benéfica — e, por via de consequência, inaplicável a *lex gravior* aos fatos praticados antes de sua vigência — não mais se questiona a possibilidade do juiz fazer a integração entre a lei velha e a lei nova. Não há mais clima propício para se resistir ao impe-

rativo da fusão das normas penais que sejam mais benignas ao réu. Contra a antiga *superstição* e a preconceituosa exegese opõe-se o princípio de garantia individual da retroatividade da lei mais favorável (CF art. 5º, XL), que não se detém mesmo diante da *res judicata* (CP art. 2º, § 2º). E, para tanto, o magistrado nada mais faz senão aplicar o direito positivo ao fato submetido à sua jurisdição. Não está, com isso, “criando” uma nova lei⁽²³⁾.

NOTAS

- (1) Autos nº 1996.4852-5, da 11ª Vara Criminal de Curitiba.
- (2) São muito frequentes os casos em que o acusado não é localizado para receber a citação mas é encontrado para ser cumprido o mandado de prisão.
- (3) Foi sustentada, para tanto, a aplicação do art. 37 da Lei nº 6.368/76.
- (4) **BENTO DE FÁRIA, Antonio**. *Aplicação e Retroatividade da Lei*, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, Editor, 1934, pp. 42/43.
- (5) **MANZINI, Vincenzo**. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino: UTET, 1961, vol. 1, p. 361.
- (6) *Lições de Direito Penal - Parte Geral*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 107.
- (7) *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1996, p. 102.
- (8) **ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique**. *Manual da Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, São Paulo: RT, 1997, pp. 230/231.
- (9) **FRAGOSO, Heleno Claudio**. “A reforma da legislação penal - I”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (RBCDP), Guanabara: Ed. Universidade do Estado da Guanabara, 1963, nº 2, p. 56.
- (10) O Dec.-lei nº 1.004, de 21.10.1969, alterado pela Lei nº 6.016, de 31.12.1973, foi revogado pela Lei nº 6.578, de 11.10.1978. O CP 1969 nunca entrou em vigor.
- (11) Em **ALVES DA SILVA, Valentim**. *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, São Paulo: Max Limonad, vol. 1º, p. 38. *Idem*, Tribunal de Apelação de Santa Catarina, em 10.09.1943 (ob. cit. p. 41).
- (12) *Apel. Crim.* nº 2.342, em **Alves da Silva**, ob. cit., p. 40.
- (13) **BRUNO, Aníbal**. *Direito Penal - Parte Geral*, t. 1º, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 270.
- (14) **MARQUES, José Frederico**. *Tratado de Direito Penal*, 2ª ed., vol. 1º, São Paulo: Saraiva, 1964, pp. 210/211.
- (15) **GARCIA, Basileu**. *Instituições de Direito Penal*, 4ª ed., vol. 1, t. I, São Paulo: Max Limonad, 1959, p. 148.
- (16) **MAGALHÃES NORONHA, Edgard**. *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1985, atualizado por **Camargo Aranha**, vol. 1, pp. 89/90.
- (17) **ASSIS TOLEDO, Francisco de**. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 36/39.
- (18) **DELMANTO, Celso et alii**. *Código Penal Comentado*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7.
- (19) **JESUS, Damásio de**. *Direito Penal - Parte Geral*, vol. 1º, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 82/83.
- (20) **BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 168.
- (21) *HC* 69.033-5, *DJU* de 13.03.1992, p. 2.925, em **SILVA FRANCO, Alberto**. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 6ª ed., t. I, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 81.
- (22) 1ª Cam. Crim., Acórdão 21238, processo 0383559-0/01, *Embargos de Declaração Crime*, j. em 21.06.2007, publ. 03.08.2007, unânime. Acompanham o relator os juízes **Mário Helton Jorge** e **Luiz Osório Panza**.
- (23) **DOTTI, René Ariel**. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 275/276.

René Ariel Dotti

Professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná, co-redator dos anteprojotos que se converteram na Lei nº 7.209/84 (nova Parte Geral do CP) e Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), membro do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e advogado

NORMAS CONSTITUCIONAIS CRIMINALIZADORAS

Alberto Silva Franco

Nunca se deu muita importância, na doutrina brasileira, às obrigações de criminalização constantes da Constituição Federal. Um exame mais atento permitirá verificar que há, nessa matéria, diversidade de tratamento. De um lado, situam-se normas constitucionais de criminalização que se resumem a indicar determinados bens jurídicos (inc. XLI do art. 5º, § 3º do art. 225 e § 4º do art. 227) em relação aos quais o legislador infraconstitucional deve necessariamente assumir a tarefa de dar-lhes proteção penal. De outro lado, posicionam-se normas constitucionais de criminalização que, além da indicação da matéria a ser tutelada em nível penal, acrescenta expressas limitações quer de natureza penal, quer de caráter processual penal. Hipóteses significativas dessas obrigações de criminalização são os incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal. Tais normas constitucionais alavancam a criação de microsistemas fechados e autônomos, de origem constitucional, que se colocam ao lado do sistema penal geral e aberto, formulado pelo legislador ordinário.

Tome-se, para efeito de exemplificação, o inc. XLIII do art. 5º da CF. O legislador originário não apenas emitiu o comando criminalizador. Fez mais. Equiparou o denominado crime hediondo — tipo que ainda não constava da legislação penal ordinária — aos delitos de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo. E indo além, recorreu ao sistema penal e ao sistema processual-penal pré-existentes para deles importar regras restritivas que deveriam necessariamente acompanhar o processo criminalizador: não caberiam, então, as causas excludentes de punibilidade como a anistia e a graça, nem tampouco seria pertinente a fiança.

O legislador constituinte não privou o legislador ordinário do poder de desenhar as condutas típicas representativas de lesões mais ou menos graves, em relação aos bens jurídicos elencados na norma constitucional, nem o impediu de cominar sanções, de acordo com a danosidade social de cada uma dessas condutas. Mas não lhe deu o direito de diferenciá-las, sob o critério da especialidade. Todos os tipos que compõem o microsistema revelam sua condição de especiais em relação ao sistema penal geral, na medida em que não decorrem de uma livre avaliação, em nível de legislação ordinária, mas procedem de uma obrigação constitucional de criminalização. E o comando

constitucional não se restringe à formatação típica. O legislador infraconstitucional está submetido também às limitações penais e processuais penais inseridas no inc. XLIII do art. 5º da CF. Diante delas, não lhe compete aferir se tais limitações são pertinentes ou não. Encontra-se ele diante de um expediente comunicatório de deliberação de nível superior e só lhe cabe obedecer, incluindo, na composição típica, as restrições preestabelecidas. O ato de conformação às limitações não pode, contudo, ser compensado com o alargamento dessas limitações para efeito de excluir, radical e peremptoriamente, o eventual infrator de qualquer dos tipos, que compõem o microsistema, de outros direitos ou benefícios não relacionados na norma criminalizadora e que participam do sistema penal geral.

A Lei 8.072/90 não se ajustou corretamente ao inc. XLIII do art. 5º da CF. O legislador ordinário, em termos de restrições penais e processuais penais, foi muito além do que lhe autorizava a norma constitucional criminalizadora. No campo penal, incluiu a proibição do indulto e a vedação do regime prisional progressivo. No campo processual penal, suprimiu a liberdade provisória, por entender que o conceito de inafiançabilidade não significava, por si só, impedimento para a obtenção da liberdade provisória. Embora a Lei 8.072/90, como texto-matriz, tenha configurado no *caput* do art. 2º um tratamento igualitário no que tange às limitações penais e processuais penais, a todos os tipos componentes do microsistema, força é convir que leis posteriores, sobretudo, as que dizem respeito a drogas, estabeleceram outras limitações não incluídas nos incisos do art. 2º da Lei 8.072/90. Assim, a recente Lei 11.343/2006, revogatória de todas as leis anteriores sobre drogas, como se nada tivesse a ver com o microsistema criado pela norma constitucional criminalizadora, estabeleceu, no seu art. 44, um abusivo e ampliado rol de limitações não previstas no texto constitucional. Assim, os crimes referidos nos arts. 33, *caput* e § 1º e arts. 34 a 37 da Lei 11.343/2006 não seriam suscetíveis, além das restrições exorbitantes contidas no texto originário da Lei 8.072/90, o *sursis* e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Esses exageros só começaram a ser contidos, depois de quase dezesseis anos, pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7, ficou decidido que o legislador penal extrapo-

lou o encargo recebido da norma constitucional criminalizadora na medida em que, desprezando o núcleo essencial do princípio da individualização da pena, proibiu a progressão de regime em relação ao autores de crimes hediondos ou assemelhados. Ora, na medida em que tal proibição foi afastada com o reconhecimento de que o § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos era inconstitucional, tal conclusão, por força do *caput* do mesmo artigo 2º, é extensível aos crimes equiparados aos crimes hediondos. Por outro lado, a Lei 11.464/2007, ao eliminar do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, a locução *liberdade provisória* posicionou-se abertamente pelo respeito aos princípios constitucionais do justo processo legal, da presunção de inocência e da liberdade provisória, com ou sem fiança. É incontestável que a Lei 11.464/2007 deixou a nu a pouca compreensão do legislador da Lei 8.072/90 sobre a norma constitucional criminalizadora e seus respectivos limites. É indubitável, assim, que a proibição da liberdade provisória nos crimes a respeito de drogas foi derogada pela Lei 11.464/2007, por sua total inconsistência em nível constitucional. Destarte, passa o indulto a ser único tópico a ser excluído da Lei 8.072/90 para que o referido diploma legal se acomode corretamente ao microsistema do inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Vale observar que nada impede ao legislador ordinário exigir condições mais rigorosas para a fruição de direitos e benefícios provenientes do sistema penal geral, em relação a réus de crimes que fazem parte do microsistema. A Lei 11.464/2007 é um exemplo a respeito, na medida em que requereu para a progressão prisional percentuais mais gravosos de cumprimento de pena e, portanto, diversos dos que são preceituados para os criminosos comuns. Deste modo, não poderia ser inquinada de afronta à Constituição a determinação de requisitos mais severos para a concessão do *sursis* ou para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. O que não se pode, de forma alguma, admitir — e aí se lesionam os princípios constitucionais da isonomia e da própria individualização da pena na sua fase de aplicação judicial — é a exclusão pura e simples desses direitos e benefícios só e simplesmente porque o agente infringiu uma determinada tipologia criminal. O microsistema montado a partir da obrigação constitucional criminalizadora

tem, portanto, um *status* especial e não se confunde, de modo algum, com o sistema penal geral. Essa consideração tem também validade quando se constrói, por exemplo, o conceito de reincidência para efeito da progressão do regime. É evidente que a reincidência que aqui se alude não pode levar em conta todo e qualquer crime, como aplicação direta e ime-

diata do art. 63 do Código Penal, mas tão-somente os crimes que estruturam o microsistema estatuído a partir do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado
do Tribunal de Justiça de São Paulo

INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA – UM OUTRO PONTO DE VISTA

Tatiana Viggiani Bicudo

O voto do ministro **Cezar Peluso**, no HC 88.914, reconhecendo nulo o interrogatório realizado por videoconferência reacendeu os debates referentes ao interrogatório *on-line*.

Fundamentou o ministro relator a nulidade do processo nos seguintes aspectos:

1. que a legislação processual penal vigente não permite o interrogatório por videoconferência, sendo que o artigo 185, desse diploma legal, preceitua que o preso deverá ser levado à presença do juiz para o ato do interrogatório;

2. que o interrogatório é ato de defesa e, como tal, encerra o direito de o preso ser ouvido pelo magistrado que irá julgar a sua causa;

3. que o interrogatório realizado com o preso no presídio não está isento das interferências administrativas ali exercidas, não sendo assegurada a liberdade do interrogado em se manifestar sobre sua acusação;

4. que o interrogatório por videoconferência torna asséptica a justiça, fazendo a atividade de julgar mecânica e insensível;

5. que o interrogatório por videoconferência viola a publicidade que deve impregnar todos atos do processo.

Ouso discordar dos argumentos trazidos à tona pelo eminente ministro em relação ao interrogatório *on-line*.

Em primeiro lugar, embora concorde com a argumentação de que não cabe ao Judiciário ficar adstrito aos problemas administrativos, há que se ponderar que em dezembro de 2006 a população carcerária no Estado de São Paulo era de cerca de 145 mil presos⁽¹⁾, sendo que muitos desses respondiam a processo na Capital. É certo que a Secretaria de Administração Penitenciária enfrenta um problema de gestão, na medida em que foram esvaziados os distrito policiais e não há número de vagas suficientes nos centros de detenção provisória na Capital, havendo a necessidade de transferência de presos para a grande São Paulo e mesmo para o interior.

Neste ponto, falar em interrogatório na presença do juiz é entender que o interrogatório será feito por carta precatória e, portanto, não será realizado pelo magistrado responsável por julgar o processo. Além disso, dada à crise que vive o Judiciário no País, muitas vezes, o interrogatório por carta precatória demora meses, quando então o acusado será entrevistado por um juiz diferente daquele que julgará o seu caso.

Em contrapartida a isso, o interrogatório por

videoconferência, que vem sendo utilizado por várias Varas Criminais da Capital, garante que o acusado seja interrogado tão logo a denúncia seja recebida. Vale lembrar que nas Varas Criminais da Capital tem-se respeitado o direito de o acusado ser ou não interrogado por videoconferência, pois a primeira indagação que o magistrado do caso lhe faz é se ele gostaria de ser levado ao Fórum para ser interrogado ou se prefere ser interrogado por videoconferência. Somente após o aceite do acusado àquele ato passa então o julgador a interrogá-lo.

Outro argumento do voto com o qual discordo é o fato de se declarar asséptica e mecânica a decisão do juiz que julgou o caso a partir do interrogatório por videoconferência. Entendo, ao contrário do douto ministro, que o que torna o julgamento humano é a maneira com a qual o juiz se porta diante das provas colhidas por ele, ou seja, se ele consegue conceber que está julgando um ser humano igual a ele e não um amontoado de papéis. Isso, ao meu ver, não se adstringe à presença física do acusado, mas à forma pela qual um ser humano julga o outro.

Também no tocante à publicidade, não vejo que haja coibição desse princípio constitucional, uma vez que a sala de audiência está aberta ao público que poderá assistir e acompanhar o interrogatório *on-line*.

Por fim, não compreendo haver impedimento legal ou mesmo lesão às normas procedimentais determinadas pelo Código de Processo Penal, uma vez que como bem define o *Dicionário Aurélio*, *em presença* de significa **à vista de; diante de**, o que certamente ocorre no interrogatório *on-line*, quando o acusado está na vista do julgador e diante dele.

Desta forma, entendo que a Legislação Paulista neste tema não afronta o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, sendo o interrogatório por videoconferência somente uma outra forma de apresentação do acusado ao juízo, como uma extensão digital da sala de audiência.

NOTA

(1) Dados extraídos do site da SAP.

Tatiana Viggiani Bicudo

Promotora de Justiça e doutora em Filosofia
de Direito pela USP

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 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

■ 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

O MUNDO JURÍDICO ESTÁ EM FESTA!

PARABÉNS, IBCCRIM, PELOS SEUS 15 ANOS.

Integrado

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais completa 15 anos na defesa dos direitos humanos, das minorias marginalizadas e do Estado Democrático de Direito.

Nesta trajetória vitoriosa, quem ganha diariamente é a nossa sociedade, que pode contar com o trabalho jurídico sério e de altíssimo nível do IBCCRIM.

Desde o começo, o Instituto conta com o apoio da Editora Revista dos Tribunais, por meio de parcerias nas suas publicações - o *Boletim do IBCCRIM* (desde o primeiro exemplar) e a *RBCCRIM* (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*) -, bem como em patrocínio de eventos.

Parabéns, IBCCRIM! A Editora Revista dos Tribunais sente muito orgulho em fazer parte desta história.

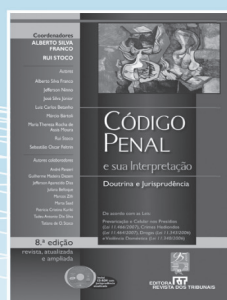
Em breve, mais uma realização desta parceria:

13º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM, de 8 a 11 de outubro de 2007, no hotel *Gran Meliá Mofarrej*, em São Paulo.

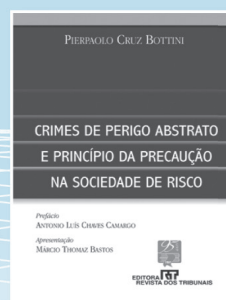
LANÇAMENTOS DA EDITORA RT NO 13º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM



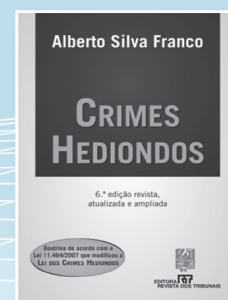
Dimitri Dimoulis



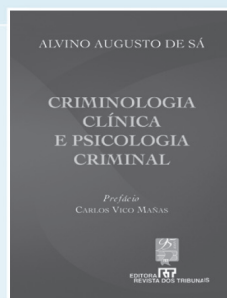
Coords.: Alberto Silva Franco e Rui Stoco



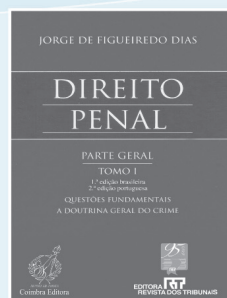
Pierpaolo Cruz Bottini



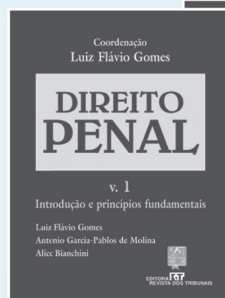
Alberto Silva Franco



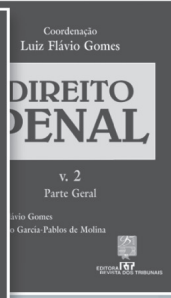
Alvaro Augusto de Sá



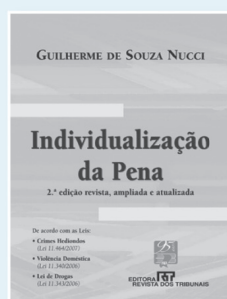
Jorge de Figueiredo Dias



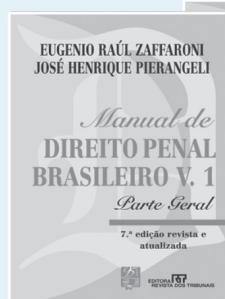
Coord.: Luiz Flávio Gomes



Santiago Mir Puig



Guilherme de Souza Nucci



Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli



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