

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: NOVA LEI, VELHOS PROBLEMAS

Passados mais de dez anos desde a entrada em vigor da Lei nº 9.296/96, volta à tona o debate a respeito da disciplina jurídica das interceptações telefônicas.

Não é de hoje que vozes se levantam em tom de crítica à Lei nº 9.296/96. Há muito se argumenta, por exemplo, com a inobservância, no texto legal, do critério de proporcionalidade entre a natureza da medida e os crimes que a comportam; com a ausência de regulamentação sobre a interceptação de outras formas de comunicação, e com o pouco rigor no que diz respeito à exigência de fundamentação do pedido a ser formulado às autoridades judiciárias.

Em 2003, comissão formada no Ministério da Justiça e presidida pela professora **Ada Pellegrini Grinover** redigiu anteprojeto de lei para alteração da disciplina do inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, buscando ultrapassar as deficiências apontadas na Lei nº 9.296/96.

Entre outras modificações, o anteprojeto previu rol taxativo de crimes cuja investigação possa ensejar o deferimento da medida; disciplinou as denominadas “gravações ambientais”; extinguiu a possibilidade de formulação de pedido verbal; limitou a execução da medida às autoridades policiais, submetidas a controle dos representantes do Ministério Público, e tipificou criminalmente, de forma mais ampla e minuciosa, condutas relacionadas à realização de interceptações clandestinas ou fora das hipóteses legais, e à indevida divulgação do conteúdo das conversas gravadas.

Depois de anos, a polêmica gerada com o “vazamento” de interceptações realizadas na operação “Xequê-Mate” fez que o anteprojeto — com as modificações que foram e estão sendo efetuadas pelo próprio Ministério da Justiça na atual gestão — voltasse a ter algum andamento.

As alterações que se procura instituir constituem inegável avanço na busca do necessário equilíbrio entre a execução dos meios de investigação criminal e a preservação da esfera de intimidade dos cidadãos. Todavia, não se pode deixar de advertir para o fato de que os progressos legislativos, por si, não representam garantia de efetividade nesse tema.

A despeito das deficiências apontadas, é certo que a disciplina jurídica das interceptações telefônicas, tal como estabelecida atualmente, não dispensa a autorização judicial para execução das medidas. Tampouco dispensa a observância dos requisitos de cautelaridade para o deferimento dos pedidos, os quais devem, assim, ser devidamente respaldados em elementos informativos concretos colhidos na investigação. É certo, ademais, que a disciplina vigen-

te não ignora a necessidade de se reprimir criminalmente os “grampos” telefônicos e a indevida quebra do segredo judicial.

Nada obstante, recorrentes e alarmantes são as notícias a respeito de interceptações ilegais, quer porque deferidas em desconformidade com as hipóteses e com a forma prevista na Lei nº 9.296/96, quer porque executadas sem qualquer tipo de autorização judicial. Tudo isso sem mencionar que o conteúdo em tese sigiloso das conversas gravadas estampa diariamente as páginas dos noticiários.

Nessa esteira, por exemplo, divulgou-se nos meios de comunicação, no último mês, a compra, pelo Ministério Público, de equipamento denominado “Guardião”, o qual já vem sendo utilizado pela Polícia Federal e pelas polícias estaduais na condução dos procedimentos investigativos.

Trata-se de “software” que permite a interceptação concomitante de centenas de linhas telefônicas. Mais especificamente, que permite a interceptação instantânea — independente de prévia autorização judicial específica, portanto — de quaisquer linhas que entrem em contato com aquela originalmente monitorada por ordem de juiz criminal.

A despeito da manifesta ilegalidade de tal sorte de procedimento — que devassa a intimidade de terceiros não necessariamente envolvidos na prática dos ilícitos investigados —, o uso de mencionado equipamento com essa finalidade, até onde se sabe, não vem sendo questionado.

Do mesmo modo, em que pesem os constantes “vazamentos”, não se tem notícia de qualquer iniciativa efetiva para coibir ou reprimir as divulgações indevidas — sobretudo na mídia — dos diálogos interceptados, como seria de se esperar caso não se fizesse letra morta do artigo 10, da Lei nº 9.296/96.

O que se percebe, pois, é uma franca banalização de práticas em desconformidade com a lei, que de tão recorrentes, sequer vinham gerando reação significativa, até que por elas fossem afetadas figuras públicas alvo das investigações.

Mais que modificações legislativas, verifica-se que o País carece, em verdade, de cultura de efetiva observância às leis. Muitos dos abusos noticiados em tema de interceptações telefônicas poderiam ser evitados independentemente de uma nova regulamentação da matéria — ainda que seja necessária e bem-vinda —, pelo simples cumprimento das disposições vigentes.

Sob essa perspectiva, portanto, novas leis não representam garantia da erradicação de velhos problemas.

Editorial

Índice

EDITORIAL: INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: NOVA LEI, VELHOS PROBLEMAS	1
INOVAÇÕES DECORRENTES DA LEI Nº 11.464/07 Carla Campos Amico	2
SISTEMA ACUSATÓRIO É EMENDATIO LIBELLI Paulo Queiroz	4
DA IMPOSSIBILIDADE DE OBRIGAR O CONTRIBUINTE A APRESENTAR, EM FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE CRIMES TRIBUTÁRIOS Maria Carolina de Melo Amorim	6
O CERCEAMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL DE SÃO PAULO Alessandra Teixeira	8
PREVENÇÃO DA TORTURA E O SISTEMA DE VISITAS A LOCAIS DE DETENÇÃO Celso Eduardo Faria Coracini	9
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE DA PEC Nº 26/02 Luciana Ramos e Carolina Ferreira	11
INICIATIVA GLOBAL CONTRA O TRÁFICO DE PESSOAS: UMA BRIGA PELAS CONSCIÊNCIAS Marina P.P. Oliveira	13
QUANDO DEVE TER INÍCIO A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA? (A VERDADEIRA QUESTÃO INERENTE AO JULGAMENTO DA ADIN 3.510 PELO STF) Gisele Mendes de Carvalho	15
DIREITO CRIMINAL AMBIENTAL - UMA PROPOSTA DE LEITURA Adilson Paulo P. do Amaral Filho	16
A FRAUDE ELEITORAL, DE LIMA BARRETO (1915) Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo	18
CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR PELA REABILITAÇÃO Eduardo Luiz Santos Cabette	19
Caderno de Jurisprudência	
DIREITO POR QUEM O FAZ: NULIDADE ABSOLUTA: NÃO CONCESSÃO DE TEMPO RAZOÁVEL PARA A ELABORAÇÃO DA TESE DEFENSIVA	1097
EMENTAS:	
Supremo Tribunal Federal	1098
Superior Tribunal de Justiça	1099
Tribunais Regionais Federais	1100
Tribunais de Justiça	1101

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, alterou a redação do inciso II e parágrafos 1º e 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, ao excluir a vedação da concessão de liberdade provisória e ao impor o início do cumprimento da pena em regime fechado, permitindo a progressão de regime aos crimes previstos no artigo 2º da Lei nº 8.072/90 (hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Em face da referida alteração foram reenumerados os parágrafos 2º e 3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 que, mantendo a mesma redação, passaram a ser os parágrafos 3º e 4º, que tratam, respectivamente, da possibilidade de o juiz conceder ao réu, fundamentadamente, em caso de sentença condenatória, o direito de apelar em liberdade; e do prazo diferenciado para a prisão temporária de 30 (trinta) dias que pode ser prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

A Lei nº 11.464/07 atende ao reclamo da doutrina processual penal que apontou para a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90 ao vedar a concessão de liberdade provisória, ampliando a restrição constitucional que apenas impedia a fiança (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLIII), e ao proibir a progressão de regime, descaracterizando a individualização da pena (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXVI) e retardando a reinserção social do apenado.

A alteração do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 já era esperada especialmente após o reconhecimento da inconstitucionalidade, por meio incidental, pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, da vedação de progressão de regime para os crimes hediondos (HC 82.959/SP, relator ministro Marco Aurélio, DJ 01/09/06).

Com a vigência da Lei nº 11.464/07, importa notar alguns reflexos das inovações por ela introduzidas no sistema processual penal, em especial no tocante às Leis nºs 9.455/97 e 11.343/06.

Para a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 1º, parágrafo 6º), devendo o início da pena se dar em regime fechado, salvo para “aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las” (artigo 1º, parágrafo 2º), admitindo-se, contudo, a progressão de regime.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 9.455/97, embora o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90 inclua a tortura como crime assemelhado ao hediondo, a matéria passou a ser regida pela lei específica que admitia a liberdade provisória sem fiança

e a progressão de regime de cumprimento da pena, afastando as limitações impostas pela Lei nº 8.072/90, ora alterada pela Lei nº 11.464/07.

A distinção entre as regras processuais atinentes à tortura e ao crime hediondo foram evidenciadas com a Súmula 698 do Supremo Tribunal Federal que estabelece: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.” Tal orientação sumular, contudo, a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959/SP, agora consolidada pela Lei nº 11.464/07, não mais se aplica.

Resta observar quanto à progressão de regime para o cumprimento da pena no crime de tortura, qual regra será adotada, a da Lei nº 11.464/07 ou o disposto na Lei nº 7.210/84 (artigo 112)?

Antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, considerava-se para a progressão de regime o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, conforme estabelecido na Lei nº 7.210/84, uma vez que a Lei nº 9.455/97, embora admitisse a progressão de regime de cumprimento da pena, não estabelecia regra específica para a sua operacionalização, e a Lei nº 8.072/90 vedava tal benefício.

Com o advento da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime de cumprimento da pena para os crimes praticados a partir da sua vigência, referidos no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, aqui se incluindo a tortura, deve ocorrer após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Isto porque, a similitude entre o crime de tortura e o crime hediondo, determinada pelos artigos 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, impõe que as regras processuais sejam observadas na seguinte ordem: não havendo disposição específica na Lei nº 9.455/97, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 8.072/90 (duração da prisão temporária, possibilidade de o réu apelar em liberdade e o tempo mínimo de cumprimento da pena para a progressão de regime) e, somente, na falta desta, é que se aplica a Lei nº 7.210/84.

No tocante à Lei nº 11.343/06, que disciplina o procedimento de repressão ao tráfico de drogas, para os crimes definidos nos artigos 33, *caput* e parágrafo 1º e 34 a 37, são vedados a liberdade provisória (artigo 44) e o direito de o réu apelar em liberdade, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória (artigo 59). Quanto à progressão de regime, a lei específica não fez referência expressa, aplicando-se ao tráfico de drogas o disposto na Lei nº

8.072/90, alterada pela Lei nº 11.464/07.

A restrição à concessão da fiança em relação ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins tem cunho constitucional (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLIII). Contudo, a vedação da liberdade provisória sem fiança seguiu a então orientação da Lei nº 8.072/90.

A Lei nº 11.464/07, ao modificar a Lei nº 8.072/90, eliminou a restrição à concessão da liberdade provisória sem fiança (artigo 2º, inciso II) para o crime hediondo e o assemelhado. Convém ressaltar que admitir a liberdade provisória descrita no artigo 310 do Código de Processo Penal em nada altera o quadro de violência desmedida que a sociedade enfrenta, mas possibilita ao magistrado aferir, no caso concreto e diante do princípio da presunção de inocência (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVII), quando, efetivamente, estão presentes os pressupostos e requisitos da prisão cautelar (Código de Processo Penal, artigo 312) para que ela, só assim, subsista.

Desta forma, diante da equiparação entre crime hediondo e tráfico de drogas prevista na Lei nº 8.072/90 (artigo 2º, *caput*) e na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII), o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, que restringiu expressamente a concessão da liberdade provisória sem fiança aos delitos descritos nos artigos 33, *caput* e parágrafo 1º e 34 a 37, não encontra mais apoio na sua origem (antiga redação do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90), devendo se adequar à alteração promovida pela Lei nº 11.464/07, para que o sistema processual penal mantenha a simetria.

No tocante à imposição de o réu recolher-se à prisão para apelar, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, o artigo 59 da Lei nº 11.343/06 retrocedeu ante a interpretação corrente do artigo 594 do Código de Processo Penal e o conteúdo expresso do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.072/90.

A restrição legal imposta à apelação pela Lei nº 11.343/06 afronta o princípio do duplo grau de jurisdição, ao condicionar o exercício do direito de recorrer ao prévio recolhimento à prisão, e descaracteriza a cautelaridade da prisão uma vez que para a sua imposição bastará a condenação, sem o trânsito em julgado, sendo despicenda a verificação do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Vale destacar que a Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”, não autoriza a imposição “automática” da prisão cautelar, que deve atender aos requi-

➔ sitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Desse modo, é possível a sentença condenatória determinar que o réu seja preso ou mantido na prisão enquanto pendente eventual recurso, desde que o caso concreto assim o exija, ou seja, desde que estejam presentes os requisitos autorizadores da segregação provisória.

Para preservar a razoabilidade no sistema processual penal, considerando que os crimes definidos nos artigos 33, *caput* e parágrafo 1º e 34 a 37 da Lei nº 11.343/06 são assemelhados ao crime hediondo, devem ser aplicadas àqueles as regras pertinentes à possibilidade de o réu recorrer em liberdade, à liberdade provisória, ao regime inicial de cumprimento da pena, à progressão de regime e à prisão temporária, estabelecidas na Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Os reflexos das inovações introduzidas pela Lei nº 11.464/07 não se circunscrevem ao âmbito das Leis nºs 8.072/90, 9.455/97 e 11.343/06. As **Leis nºs 9.034/95** (que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), **9.613/98** (que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores) e **10.826/03** (que dispõe sobre armas de fogo e munição), embora não tratem de crime hediondo ou assemelhado, foram pela Lei nº 8.072/90 influenciadas, possuindo dispositivos que vedam a concessão da liberdade provisória (artigos 7º, 3º e 21, respectivamente).

A partir da vigência da Lei nº 11.464/07, não mais havendo restrição à concessão da liberdade provisória sem fiança para o crime hediondo e assemelhado que, na hierarquia delitual, representam os crimes de maior gravidade, não se justifica a permanência da vedação genérica à liberdade

provisória prevista nas Leis nºs 9.034/95, 9.613/98 e 10.826/03. Nessas hipóteses, a necessidade da prisão provisória deve ser aferida no caso concreto e deverá subsistir quando presentes os requisitos da cautelariedade (instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e efetividade do processo).

Essas breves anotações propiciam concluir que a Lei nº 11.464/07 reconheceu que o simples recrudescimento de regras processuais, como a vedação genérica à liberdade provisória e à progressão de regime de cumprimento da pena, inaugurada pela Lei nº 8.072/90, em evidente afronta aos fundamentos da prisão cautelar e ao princípio da individualização da pena, em nada inibiu a prática de crimes ou minorou a sensação de impunidade no seio da sociedade, fomentando apenas o debate doutrinário e a divergência jurisprudencial sem qualquer efeito prático.

O tão almejado êxito do controle da criminalidade passa ao largo da mera edição de leis 'televisivas' sem sustentação constitucional, mas encontra-se estritamente vinculado à promoção de políticas públicas voltadas para a inserção social, para o fortalecimento das instituições responsáveis pela prevenção e repressão ao crime e para o incremento do sistema penitenciário. 

Carla Campos Amico

Promotora de Justiça da Comarca de Natal (RN), professora de Processo Penal da Universidade Potiguar, especialista em Criminologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e especialista em Processo Penal pela Universidade Potiguar e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte

PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA – SÃO PAULO/SP

"Políticas de Segurança Pública, Polícias e Ações de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil"

Realização: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP - Campus Guarulhos

Apoio: Organização Internacional do Trabalho – OIT

Parceiros Estratégicos: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Escritório das Nações Unidas para Crime e Drogas – UNODC e Ministério da Justiça (Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP) Departamento de Pesquisa,

Análise de Informação e Desenvolvimento de Pessoal.

Data: de 27 a 31 de agosto de 2007

Horário: das 08h30 às 18h00

Local: Campus Guarulhos da Universidade Federal de São Paulo, situado à Estrada do Caminho Velho, 333, Bairro dos Pimentas – Guarulhos, São Paulo.

Inscrições: apenas para policiais, gratuitas, até 10 de agosto de 2007

Mais informações: no Edital, disponível no sites www.ibccrim.org.br, www.forumseguranca.org.br, www.unifesp.br ou www.oitbrasil.org.br.

Contato: ataets@forumseguranca.org.br



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

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 e Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA: Sergio Salomão Shecaira

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Heloisa Estellita

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhorotto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Flávia D'Urso, Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriça

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana García 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

Parte da doutrina vem defendendo, nos últimos anos, a inconstitucionalidade da emenda e mudança do libelo⁽¹⁾ (CPP, arts. 383 e 384⁽²⁾), argumentando, fundamentalmente, que o juiz, ao condenar o réu por crime diverso do capitulado na denúncia, estaria fazendo as vezes de acusador, violando o sistema acusatório e, pois, agindo sem um mínimo de isenção. Isso significaria em termos práticos o seguinte: ou bem o juiz absolve o réu ou bem o condena como o órgão da acusação quer e propõe⁽³⁾.

Efetivamente, o Código de Processo, ao admitir, inclusive, que o juiz possa, de ofício, e indiretamente, “aditar” a denúncia (art. 384, *caput*), suprimindo omissão ministerial, ofende o sistema acusatório, pois o co-responsabiliza pela acusação, transferindo-lhe parte do ônus de acusar. Compete ao Ministério Público, por isso, promover a tempo o aditamento por iniciativa própria; se não o fizer, o juiz só poderá condenar nos termos da denúncia ou absolver, mas não poderá se substituir àquele órgão, razão pela qual é manifesta a incompatibilidade da *mutatio libelli* com o sistema acusatório.

O mesmo não ocorre, porém, quanto à *emendatio libelli* (CPP, art. 383), por cujo meio o juiz corrige ou simplesmente diverge da classificação jurídico-penal dada aos fatos articulados na denúncia.

Desde logo, porque, a pretexto de preservar o sistema acusatório, se está em realidade negando o direito à divergência: o juiz, se condenar, só poderá fazê-lo nos exatos termos da proposição ministerial (denúncia e/ou alegações finais), por mais equivocada que seja a definição jurídico-penal proposta. Com efeito, de acordo com esse entendimento, se o Ministério Público descrever, precisamente, um crime de roubo e o capitular, por erro, má-fé ou convicção pessoal, como furto, o juiz só poderá condená-lo por furto, ainda que o caso seja a toda evidência de roubo. Também o contrário está proibido: se narrar um furto e o capitular como roubo, não se poderia condenar senão por roubo; se o juiz entender que o caso é de furto, embora capitulado como roubo, então, deverá absolver (!). Não há meio termo. Ora, isso não é outra coisa senão a violação pura e simples dos princípios da legalidade e proporcionalidade: condenar por mais quando cabe o menos; condenar por menos quando cabe o mais; e absolver por puro formalismo quem se sabe culpado. Converte-se assim o processo num fim em si mesmo, fazendo prevalecer a forma sobre a matéria, perdendo-se de vista o seu fim último: possibilitar uma decisão minimamente justa.

Também por isso, a tese é antidemo-

crática, visto que, ao fomentar uma espécie de ditadura ministerial, dificulta ou impossibilita a existência de controles dos eventuais erros e abusos, negando, inclusive, a divergência indispensável às instituições que se pretendem democráticas. Afinal, o erro passa a ser praticamente incorrigível ou, ao menos, dificilmente corrigível, em virtude do engessamento que implica.

E ao criar uma espécie de interpretação *ex vi legis* (impositiva), parte-se de algum modo do pressuposto de que o direito já está previamente dado, especialmente com a denúncia e a participação do órgão da acusação, quando, em verdade, o crime é socialmente construído durante a ação penal inclusive, por meio dos elementos de prova produzidos na instrução, de modo a provar a prática de uma infração penal (típica, ilícita, culpável e punível) imputável objetiva e subjetivamente aos seus autores. Nesse contexto, a sentença penal é a culminação dos processos primários e secundários de criminalização (reação e interação social), porque o crime não é só o que a lei classifica como tal, mas também o que os promotores dizem, o que os advogados argumentam e o que os juizes decidem. Enfim: não existem fenômenos jurídicos, mas apenas uma interpretação jurídica dos fenômenos, razão pela qual, por meio da interpretação judicial, não se descobre um sentido ou um direito pré-existente; antes, cria-se por meio de um processo que não é meramente lógico-subsuntivo, e sim analógico, complexo.

Por isso não há violação ao sistema acusatório, nem necessariamente comprometimento da imparcialidade judicial — que pode ser disfarçada sob mil formas, porque, na *emendatio*, o juiz simplesmente dá a sua própria interpretação aos fatos, conforme é seu dever.

Finalmente, a pretexto de evitar que o juiz se converta em acusador, na verdade, se converte o acusador em juiz, ditando a este como pode interpretar/julgar/condenar, exatamente, apegando o papel do juiz. No fundo, se está a transformar, portanto, o juiz numa espécie de ventríloquo a serviço do órgão da acusação, por meio de uma divisão de funções excessivamente rígida, em que o Ministério Público, além de dono da ação penal, passa a ser também senhor da interpretação.

Não quer isso dizer, porém, que, no caso de *emendatio libelli*, não possa o processo ser eventualmente anulado, por ofensa ao contraditório e ampla defesa, a ser analisado caso a caso. É que haverá situações em que a emenda é de tal modo radical ou surpreendente que a falta ou deficiência da defesa será inevitável, a justificar a anulação, especialmente em vir-

tude da superprodução de leis penais, muitas das quais desconhecidas, total ou parcialmente. Assim, a evitar a anulação do processo, é conveniente que o juiz abra vista às partes a fim que se manifestem a respeito do assunto. ●

Notas

- (1) Nesse sentido: **Fauzi Hassan Choukr** (*Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005); **Aramis Nassif** (*Sentença Penal: O Desvendar de Themis*. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2005), entre outros. Criticamente sobre a *mutatio libelli*, **Eugênio Pacelli**. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Criticamente sobre a *emendatio libelli*, **Andrei Schmidt**. “Crítica ao Jura Novit Curia”, *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 13, n.º 157, p. 9, dez. 2005; e **Moysés Neto**. *A Questão da Denotação Jurídica em Luigi Ferrajoli: Capitulação do Fato e Filosofia da Linguagem*. Porto Alegre: Mimeo, 2006.
- (2) “Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.”
- (3) Na verdade, a tese principal, de violação do sistema acusatório e comprometimento total ou parcial da isenção, teria diversas outras implicações, tais como: 1) impossibilidade de prosseguir no processo do juiz que decretou medida constritiva contra o réu (*v.g.*, busca e apreensão, prisões, etc.); 2) impossibilidade de o juiz decretar qualquer medida constritiva de ofício; 3) impossibilidade de o juiz proceder ao interrogatório e inquirição de testemunhas diretamente, tarefa que deverá ser conferida ao órgão da acusação exclusivamente; 4) impossibilidade de o juiz recorrer de ofício de certas decisões; 5) impossibilidade de o juiz condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição em alegações finais; 6) impossibilidade de o juiz rejeitar pedidos de arquivamento; mas se o fizer, não poderá atuar na eventual ação penal; 7) impossibilidade de o juiz que proferiu sentença voltar a atuar no processo posteriormente anulado; 8) impossibilidade de o juiz requisitar inquérito de ofício; 9) impossibilidade de o Ministério Público recorrer nos casos em que pediu a absolvição por falta de interesse de agir; 10) etc.

Paulo Queiroz

Professor do UniCEUB e procurador regional da República em Brasília

CURSOS E EVENTOS

MESA DE ESTUDOS E DEBATES "Redução de Risco no Aborto Inseguro. Aspectos médicos e jurídico-penais"

Data: 31 de julho de 2007, (terça-feira), às 10h00

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

Expositores: José Henrique Rodrigues Torres (juiz e professor de Direito Penal da PUCAMP) e Anibal Faúndes (professor, pesquisador sênior e coordenador do Grupo de Trabalho sobre Aborto Inseguro e suas complicações da FIGO).
Vagas Limitadas!

Inscrições e informações: www.ibccrim.org.br ou (11) 3105-4607 ramal 124

CURSO DE PESQUISA SOCIAL DA JUSTIÇA CRIMINAL - SÃO PAULO/SP

Realização: IBCCRIM

Data: de 06 de agosto a 10 de dezembro de 2007, todas as segundas-feiras.

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

Horário: das 16h00 às 18h00.

Inscrições: até o dia 23 de julho de 2007.

Informações: pelo telefone (11) 3105-4607 Ramais 127 ou 140, pelos e-mails nucleo@ibccrim.org.br, curso@ibccrim.org.br ou pelo site www.ibccrim.org.br

Importante: O curso é gratuito para sócios do IBCCRIM.

I CONGRESSO SOBRE BOA GOVERNANÇA NO SISTEMA FINANCEIRO - GRAMADO/RS

Especialistas em Economia, Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador vão debater temas atuais ligados à boa governança no sistema financeiro nacional com discussões críticas e idéias divergentes em palestras e mesas-redondas.

Promoção: Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado - IIEDE

Apoio: IBCCRIM, AJURIS, ESA/RS

Coordenação científica: Fábio Medina Osório

Local: Hotel Serrano - Gramado, RS

Data: 10 e 11 de agosto de 2007

Informações: www.iiede.org.br

REFLEXÕES EM TORNO DOS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL- SÃO PAULO/SP

"Os rumos e os limites da repressão penal,
a partir das mais recentes e atuais inovações legislativas: Lei de Drogas,
RDD, Crime Organizado, Lei 'Maria da Penha', Crimes Hediondos e Biodireito"

Realização: Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP

Apoio: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

Programação:

02 de agosto: Ivette Senise Ferreireira - "Direito Penal e novos Direitos: Rediscutindo a legitimidade da intervenção Penal na Sociedade Moderna, diante das formulações da Bioética".

09 de agosto: Alberto Silva Franco - "Paradoxos de uma Repressão Penal impensada:
Ainda a tormenta dos Crimes Hediondos".

16 de agosto: Aury Celso Lopes Júnior - "Processo Penal, Tempo e Risco:
Quando a Urgência atropela as Garantias. O RDD e outras falácias".

23 de agosto: Maria Lúcia Karam - "Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado
Democrático de Direito: A saga contra o Crime Organizado."

30 de agosto: Salo de Carvalho - "Reformas Penais em Debate:
Em torno da Lei "Maria da Penha - Lei nº 11.340/06" e da nova
"Lei de Drogas - Lei nº 11.343/06"

Data: 02, 09, 16, 23 e 30 de agosto de 2007 (quinta-feira)

Horário: 19h00

Local: Escola Superior da Advocacia (ESA) da OAB-SP
Largo da Pólvora, 141, sobreloja, Liberdade, São Paulo, SP

Informações e Inscrições: (11) 3277-7392/3209-4936

Importante: Curso gratuito. Certificados para os participantes
que assistirem todas as palestras. Vagas Limitadas.

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 Jawsniker

10ª REGIÃO (SP):

Janaina Paschoal

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:

André 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 XI 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

<http://www.ibccrim.org.br>

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

boletim@ibccrim.org.br

DA IMPOSSIBILIDADE DE OBRIGAR O CONTRIBUINTE A APRESENTAR, EM FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE CRIMES TRIBUTÁRIOS

Maria Carolina de Melo Amorim

Maria Carolina de Melo Amorim

Com a criminalização das condutas antes relacionadas apenas às infrações tributárias, muito se passou a discutir acerca da ingerência do Direito Penal no Direito Tributário e vice-versa. Como ramos do Direito Público, não há dúvidas de que (Direito Penal e Direito Tributário) sempre se relacionaram. No entanto, com o advento de sucessivas leis tributárias que trazem, em seu bojo, normas de caráter penal (inclusive com previsão de extinção de punibilidade), coube aos tribunais definir, com maior rigor, o alcance e critério de cada ramo do Direito.

Dessa forma, embora as instâncias sejam independentes, tem-se que a ação penal, hoje, deve aguardar o término do procedimento administrativo tributário para iniciar-se (orientação do STF a partir do julgamento do *HC* nº 81.611/DF), entendimento que subordinou a ocorrência do fato típico à decisão da autoridade fiscal. A conduta tributária do parcelamento ou pagamento do débito também gera efeitos na esfera penal, desta feita por força da Lei nº 10.684/03 (artigo 9º), suspendendo a pretensão punitiva ou extinguindo a punibilidade do agente.

Com efeito, além das questões já suscitadas e exaustivamente discutidas pelos profissionais do Direito Penal, outras também merecem destaque, **a exemplo da obrigatoriedade de fornecimento de documentos e informações relacionadas às fiscalizações tributárias.** É que, ao tempo em que a norma tributária exige a apresentação das informações ao fisco durante o exercício da fiscalização tributária — e dessas informações, como se sabe, podem surgir provas não apenas do ilícito tributário, mas também do ilícito penal tributário —, o Direito Penal veda a obrigatoriedade da auto-incriminação do agente, hipótese consolidada, inclusive, através de dispositivo constitucional penal (art. 5º, LXIII, da CF/88).

Ora, quando a fiscalização tributária tornou-se a “apuração prévia” de condutas criminosas, denotando a possível ocorrência de crimes tributários para o posterior envio à autoridade ministerial, **a obrigatoriedade de apresentação dos documentos fiscais pelo contribuinte passou a afrontar o princípio penal de que ninguém é obrigado a apresentar prova contra si mesmo.**

E, ainda, como se não bastasse, alguns operadores do Direito vêm fazendo a inconstitucional interpretação do art. 1º, I

da Lei 8.137/90, erigindo à categoria de crime uma ação justificada e respaldada pela Constituição Federal.

O inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*”, prevê o princípio da vedação à auto-incriminação, regra derivada daquela segundo a qual ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo. É o chamado “*direito ao silêncio*”, que revogou a parte final do artigo 186, do Código de Processo Penal⁽¹⁾.

Segundo tal garantia, *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a acusar a si próprio), o poder público não pode interpretar o silêncio como prova ou indício da culpabilidade do agente, tampouco forçar o acusado a responder indagações ou apresentar documentos em seu desfavor, dispondo do réu como meio de prova. Baseado na presunção de inocência, proclamada no artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, conclui-se que, ante o silêncio do réu, não pode ser deduzida nenhuma conclusão que afronte o princípio *in dubio pro reo*. Sobre o assunto, a professora **Ada Pellegrini**⁽²⁾ comenta: “*O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar ou até mentir*”.

Não obstante o artigo constitucional, em sua expressão literal, refira-se **ao preso**, sua dicção tem alcance absoluto para atingir toda e qualquer pessoa sujeita a um procedimento criminal, seja como réu, indiciado ou investigado, não importando, ainda, a fase processual em que se encontre a investigação criminal. Essa é a orientação prevalente na doutrina⁽³⁾ e jurisprudência⁽⁴⁾ brasileiras.

O STF, no exercício da guarda e defesa da Constituição Federal, tem estendido a aplicação do direito ao silêncio àquelas pessoas que, na qualidade de testemunhas, se vejam impelidas a responder indagações que possam resultar em auto-incriminação, tornando-as futuras investigadas em procedimentos criminais. Nesse sentido, algumas liminares foram concedidas em *HC*'s preventivos para impedir a prisão (por crime de falso testemunho) das pessoas ouvidas como testemunhas nas Comissões Parlamentares de Inquéritos, mas que podem vir a ostentar, pela natureza do questionário a elas endereçado, a condição de acusados⁽⁵⁾, **restando definida, pois, que a condição de teste-**

munha não afasta a garantia constitucional do direito ao silêncio. Muito embora tal concessão venha causando revolta entre os parlamentares e críticas por parte da imprensa, ela é a mais fiel expressão da norma constitucional, garantidora ao cidadão da possibilidade de calar ou mentir para favorecer-se, vedando a obrigatoriedade da auto-incriminação.

A decisão acima comentada suscita outras conclusões. É certo que o cidadão, quando na condição de testemunha perante o Judiciário, Legislativo ou em Processo Administrativo Disciplinar, presta um serviço público de auxílio à Justiça. **Se, mesmo nessa condição — comprometendo-se com a verdade e figurando em outra posição que não a de acusado — também lhe é assegurada a garantia constitucional do silêncio para protegê-lo da auto-incriminação, o que dizer do contribuinte que está sendo submetido ao exercício fiscalizatório do Estado, exercício esse que redundará, se for o caso, em procedimento administrativo tributário e inquérito policial para apuração de crimes tributários em seu desfavor?**

Esclareça-se que a prerrogativa da não auto-incriminação é um direito do cidadão, e não apenas do acusado em processo penal, tampouco somente do custodiado. Nesse diapasão, seu exercício também é estendido ao contribuinte, em relação à apresentação de informações a ele prejudiciais. Comentando a discussão ora em enfoque, o professor **Ives Gandra Martins** aduz que, pretendendo o agente fiscal obter informações que possam implicar em crime tributário, tem o contribuinte o direito de ficar calado e, portanto, não prestar qualquer colaboração⁽⁶⁾.

Acrescente-se aos argumentos acima defendidos o fato de que a invocação da norma constitucional não pode redundar, por completa incongruência, na incidência em conduta típica da legislação infraconstitucional (a exemplo do art. 1º, I da Lei nº 8.137/90).

Na verdade, observando de forma minuciosa o tipo do artigo 1º, I, da lei de crimes tributários, e analisando a sua hipótese de incidência, tem-se que a simples conduta de “*omitir informações da autoridade fazendária*” (**inciso I**) não é suficiente para consumir o crime: há a necessidade de que a omissão tenha sido a forma encontrada para suprimir ou reduzir o tributo.

A questão ganha relevo e merece des-

taque a discussão, uma vez que a má interpretação do mencionado inciso I tem impulsionado os representantes do Ministério Público a acrescentá-lo no rol acusatório da denúncia por sonegação de tributos, ante a não colaboração do contribuinte com o fisco. Ora, o agente, ao invocar o inciso LXIII do artigo 5º da CF/88, não o faz para reduzir ou suprimir tributo, já que a fiscalização em exercício trata de períodos fiscais anteriores, ou seja, a conduta omissiva perante o fisco tem o condão de proteger a já realizada redução ou supressão de valores. A hipótese normativa penal, então, em tese, já ocorrera em momento anterior à fiscalização, e a negativa em colaborar com a fiscalização não se convalida em “nova” supressão de tributos, mas, quem sabe, resguardo das possíveis provas incriminatórias de supressão já anteriormente ocorrida, utilizando-se de permissivo constitucional.

No mesmo sentido, e para conciliar o dever de informar ao fisco e o direito ao silêncio, o professor **Hugo de Brito Machado** preferiu desposar do entendimento de que as informações cuja apresentação se faça obrigatória (e cuja negativa se configure o crime do artigo 1º, I da Lei 8.137/90) seriam aquelas necessárias tão-somente ao lançamento regular do tributo, **não quaisquer outras necessárias ao exercício da fiscalização tributária**. Para o autor, “o dever de informar precede a configuração do crime contra a ordem tributária. Cometido este, seu autor não tem o dever de prestar informação alguma, útil para a comprovação daquele cometimento, que configuraria auto incriminação”⁽⁷⁾.

Não obstante, voltando-se à legislação tributária, tem-se que os artigos 195 e 113, § 2º, do CTN determinam ao contribuinte o fornecimento de informações à autoridade fiscal, como **obrigação acessória** que pode vir a tornar-se (caso inadimplida) **obrigação principal tributária** relacionada à penalidade pecuniária.

No entanto, como é sabido, as normas constitucionais prevalecem sobre as demais, porque hierarquicamente superiores. Dessa forma, a legislação tributária reguladora da apresentação de documentos à fiscalização só é válida nos limites estabelecidos pela Carta de 1988.

Dessa forma, entendemos que qualquer interpretação das normas tributárias a admitir a obrigatoriedade de prestar informações ao fisco quanto a elementos de auto-incriminação do agente deverá ser encarada como óbice ao exercício do preceito constitucional, inclusive a que prevê o arbitramento de multa ante o descumprimento da aludida obrigação acessória. Ainda, o uso da prerrogativa constitucio-

nal, por si, não autoriza a interpretação pela incidência em outra norma penal. Se assim fosse, estaria também essa segunda norma (no caso, o inciso I do art. 1º da Lei 8.137/90) eivada de inconstitucionalidade.

Para resguardar a necessária apuração dos fatos geradores e o direito de fiscalizar, tem-se que omissão do contribuinte em apresentar a documentação fiscal permite ao fisco o arbitramento de valores, preços de bens ou serviços e presunções de operações de incidência de tributo, **desde que informações nesse sentido tenham sido obtidas por outros meios de apuração** (a exemplo da movimentação de estoques, registros em máquina de combustíveis, registros financeiros etc.).

Quanto à esfera penal, o descumprimento da obrigação acessória de apresentação de documentos e informações fiscais não pode ser tido como indício da prática da sonegação fiscal, muito menos ensejar a propositura de ação penal com arrimo no inciso I do artigo 1º da Lei 8.137/90, em razão do comentado direito ao silêncio e da proibição de que esse silêncio seja interpretado em prejuízo do réu. ●

Notas

- (1) Redação antiga: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa” Art. 186 CPP.
- (2) GRINOVER, Ada Pellegrini. “Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio”. In: *Ciência Penal I*, 15-31, Ed. Saraiva.
- (3) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 03, p. 239.
- (4) STF, HC 68.929 (DJU 28.08.1992, p. 13.453), sob a relatoria do min. Celso de Mello: “Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhes são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. Nemo tenetur se detegere. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. (...)”
- (5) O Supremo decidiu, nos autos do *Habeas Corpus* 88.703/MT, pela concessão de liminar para que o paciente tenha o direito de permanecer em silêncio durante depoimento como **testemunha** perante a CPI dos Bingos, em Cuiabá (MT). Nesse julgamento, o ministro **Cezar Peluso** afirmou que a garantia constitucional contra auto-incriminação se estende a todas as pessoas sujeitas aos poderes de instrução [das comissões de inquérito, naquele caso], ressalvando que, com relação aos fatos que não impliquem auto-incriminação, persiste o dever de prestar informações.
- (6) MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Crimes Contra a Ordem Tributária*, São Paulo: RT, 2002, p. 44.
- (7) MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes Contra a Ordem Tributária*, São Paulo: RT, 2002, p. 129.

Maria Carolina de Melo Amorim
Advogada criminalista em Recife (PE)

Maria Carolina de Melo Amorim

NOTAS

IBCCRIM RECEBE CERTIDÃO QUE DECLARA MANTIDO O TÍTULO DE UTILIDADE PÚBLICA FEDERAL.

O IBCCRIM recebeu em maio de 2007 uma Certidão confirmando a manutenção do título de **Utilidade Pública Federal**, que foi publicado no *Diário Oficial* em 17/08/2006.

Essa Certidão, emitida pelo Ministério da Justiça, constitui um dos mais emblemáticos pontos de direito para Instituições Não-Governamentais, e seu principal benefício é o reconhecimento, pelo aparato estatal, de que o IBCCRIM é, realmente, de utilidade pública. A Lei 9.249/95, em seu artigo 13, § 2º, dispõe que as doações, efetuadas por pessoas jurídicas a Entidade que possua o título de Utilidade Pública Federal, poderão ser abatidas do Imposto de Renda até o limite de 2% sobre o lucro operacional.

Tal dispositivo foi estendido às OSCIPs, por força da Medida Provisória de número 2.113-31, de maio de 2001.

Confira esta informação no site da Secretaria Nacional de Justiça: <http://www.mj.gov.br/snj/utilidadepublica/consulta.htm>

IBCCRIM É RECONHECIDO COMO ENTIDADE PROMOTORA DE DIREITOS HUMANOS

O IBCCRIM recebeu em maio de 2007 o **Certificado de Reconhecimento de Entidade Promotora de Direitos Humanos**, emitido pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. Esse título, que muito nos honra, é fruto do trabalho de todos aqueles que, nesses quase quinze anos, vêm se dedicando incansavelmente às atividades que amparam, sobretudo, os direitos das minorias e dos excluídos, assegurando a dignidade que é devida a toda pessoa humana.

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº66 MAIO-JUNHO – 2007

- *Prova e Sucedâneos da Prova no Processo Penal* - Antonio Scarance Fernandes
- *A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público* - Cezar Roberto Bitencourt
- *El Principio de Ne Bis in Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* - Dino Carlos Caro Coria
- *Quem é o Inimigo, Quem é Você?* - Paulo César Busato
- *A Tentativa na Autoria Mediata* - Rolf Dietrich Herzberg

A existência de um Estado Democrático de Direito pressupõe, entre as inúmeras conquistas e garantias individuais e coletivas, a mais ampla transparência das informações sobre as ações e o quadro de medidas que integram e definem esse Estado, na medida que revelam seu grau de lisura e, mais que isso, o grau de fidelidade e de cumprimento com compromissos assumidos pelos governos, eleitos democraticamente, frente à nação. Do mesmo modo, para que a própria noção de *política* se configure, tomando aqui por referência o pensamento do sociólogo **Francisco de Oliveira** (2000) a partir de sua leitura de **Jacques Rancière** (1996), é também imprescindível a problematização e polemização das questões sociais postas na arena do conflito, o que só ocorrerá com a medida primeira de sua publicização, sem a qual o debate é, no mínimo, cerceado.

Essa medida de publicização que estabelece ainda a dimensão do controle e da participação da sociedade num regime democrático, foi conquistada na história brasileira a partir das lutas e reivindicações que marcaram o fim do regime militar autoritário e sua transição à democracia nos anos 80, sendo os movimentos sociais que se formavam no período os principais protagonistas dessa conquista. A partir de então, além das diferentes experiências e dispositivos que executam, em amplo sentido, tal idéia de controle e participação social — conselhos comunitários, ouvidorias, orçamentos participativos — os próprios avanços da tecnologia da informação têm permitido a amplitude de cada vez maior da disponibilização de informação e das redes de comunicação por parte do Estado. Desse modo, as administrações dos governos democráticos em diversas partes do mundo têm-se apropriado, cada vez mais, das tecnologias que lhes permitem a produção e divulgação de dados para as coletividades, sendo a *Internet* o espaço preferencial de realização dessa “democratização da informação”.

Pois bem. Não obstante tal descrição, em parte otimista do nosso estágio de desenvolvimento democrático, vamos aos fatos que justificam este artigo. Desde janeiro de 2007, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo tem deliberadamente vetado o acesso a toda e qualquer informação referente ao sistema prisional paulista aos cidadãos de modo geral.

Os dados, que vinham até então sendo

consolidados, atualizados e disponibilizados sistematicamente pelas gestões antecedentes — número de presos por estabelecimento, por sexo, por regime, número de funcionários, capacidade das unidades/população, nomes de diretores das unidades, telefones e endereços — foram simplesmente retirados do respectivo *site* da Secretaria, onde eram alimentados e fornecidos, sem se proceder a qualquer justificativa.

Não cabe aqui fazer ilações sobre o significado e as razões políticas desse cerceamento, embora fazê-las não seja um exercício de análise muito complexo. O que se pretende é, antes, denunciar o sinal do arbítrio e da violação de direitos que tal medida, que perdura há sete meses, carrega, bem como apontar o quanto ela atinge uma pedra angular e especialmente cara ao regime democrático.

O crescimento da população carcerária não é uma realidade nova no país, assim como os efeitos nefastos produzidos por uma política de encarceramento massivo⁽¹⁾ levada a cabo em uma sociedade de capitalismo periférico como a nossa. É certo ainda que as responsabilidades por referida política, bem como seus efeitos — para se citar apenas a questão do déficit de vagas, a superlotação dos presídios e seus desdobramentos — não devem ser buscadas apenas na esfera do poder executivo, mas sobretudo junto ao sistema de justiça criminal que se destaca como o autêntico executor dessa lógica de *exceção* penal, no qual o uso desmedido do encarceramento sobressai como a única resposta aos conflitos sociais.

A questão é, nesse sentido, anterior, e diz respeito ao projeto de nação e de democracia que uma sociedade encampa, bem como o grau de tolerância à violação dos princípios que a sustentam. Pois há muito de sintomático no fato de que os dados sobre os quais o conhecimento venha sendo negado aos cidadãos não se refiram a outras áreas da administração do Estado como a economia, a saúde, o trabalho, e nem mesmo a segurança pública, domínios sobre os quais a sociedade já tem, há algum tempo, esforçado em apoderar-se. No caso, é novamente sobre o obscuro espaço da prisão que recai um novo ocultamento, reforçando-se continuamente a lógica de sua segregação por dispositivos infundáveis.

Não surpreende o fato de que o universo da prisão tenha permanecido, séculos após sua consolidação, como o espaço preferencial da exceção, do arbítrio e

do *contradireito* (usando o termo de **Foucault**, 1997), mas sim o fato de governos democráticos explicitarem essa opção de tratamento por medidas como a aqui denunciada. Mais grave ainda, no entanto, é que até o momento o Estado não tenha sido, formalmente ou não, questionado, notificado e responsabilizado por tal omissão, por parte daqueles que por lei teriam essa atribuição, por representantes políticos, pela imprensa, ou enfim, pela própria sociedade civil. Esse incômodo silêncio revela, assim, o esvaziamento da noção de *política* em torno da questão carcerária e a perda gradativa de seu conteúdo e da sua potência crítica e polemizável, potência essa que um dia pôde se constituir, ainda que não de modo eloquente, durante a experiência (re)democrática brasileira dos anos 80.

Se, voltando a **Rancière**, na ausência da política o que resta é “*a ordem da dominação ou a desordem da revolta*” (1996: 27) é certo que o sistema penitenciário hoje é um retrato eloquente desse postulado. A reversão desse quadro, ou ao menos sua subversão, depende do interesse e da capacidade de se cobrar o cumprimento da lei, o respeito aos direitos e o cumprimento das obrigações pelo Estado, frente a *todos* os cidadãos. Minha proposta é que comecemos exigindo, no caso, o mínimo: o amplo acesso a todos os dados sobre o sistema carcerário de São Paulo. 

Bibliografia

- FOUCAULT, Michel.** *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. Tradução de **Raquel Ramallete**. 16ª ed., Petrópolis: Vozes, 1997.
- OLIVEIRA, Francisco de.** “Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal”. In: *Os Sentidos da Democracia* (org. **Francisco de Oliveira** e **Maria Célia Paoli**). 2ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2000.
- RANCIÈRE, Jacques.** *O Desentendimento*. São Paulo: Editora 34, 1996.

Nota

- (1) A respeito, de modo ilustrativo, citam-se os últimos dados sobre a população carcerária fornecidos pelo Depen/MJ, apontando ao aumento de 67% de indivíduos presos em 4 anos, contando hoje o Brasil com 401.236 encarcerados, abrigando o Estado de São Paulo quase 40% desse total. In: “População carcerária cresce 67% em 4 anos”, *Folha de S.Paulo*, 27 de março de 2007.

Alessandra Teixeira

Presidente da comissão sobre o sistema prisional do IBCCRIM

PREVENÇÃO DA TORTURA E O SISTEMA DE VISITAS A LOCAIS DE DETENÇÃO

Celso Eduardo Faria Coracini

Celso Eduardo Faria Coracini

Não é novidade que a proibição da tortura tenha alcançado, nos últimos 50 anos, caráter de *ius cogens* no Direito Internacional⁽¹⁾, o que significa que a obrigação de coibir essa prática não depende de consentimento explícito por parte dos países, e nem de que seja encontrada sob a forma de lei escrita, não podendo tampouco ser derrogada por norma posta ou consuetudinária⁽²⁾. Apesar disso e do fato de ter aderido aos principais instrumentos internacionais e regionais que a proíbem, a prática da tortura no Brasil reconhecidamente persiste, de modo generalizado, em distritos policiais e prisões (*i.e.*, por agentes do Estado), como modo de extrair informações, forçar confissões, extorquir, ou como punição extra-oficial⁽³⁾, expondo-se, mesmo em matéria tão inequívoca, gritante descompasso entre lei e realidade.

A maior parte dos mecanismos tradicionais de acompanhamento da situação de direitos humanos criados em âmbito internacional ou regional (*e.g.* relatórios periódicos, queixas interestatais ou individuais, investigações, relatores especiais) caracteriza-se pelo aspecto reativo e, muitas vezes — por razões que fogem ao objeto deste texto — pouco eficaz⁽⁴⁾. A intervenção tardia ocorre muitas vezes quando as violações de direitos humanos já assumiram níveis dramáticos, prestando-se os mecanismos tradicionais para pouco, além de progressivamente conscientizar os Estados da necessidade de adotarem determinadas medidas e atenuar as consequências das violações.

Um dos poucos mecanismos eminentemente preventivos no âmbito internacional é o sistema de visitas a locais de detenção, voltado para a prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, introduzido pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura⁽⁵⁾, ratificado internacionalmente pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007⁽⁶⁾. A importância, conveniência e, sobretudo, a urgência de sua implementação é o que se deseja trazer à lembrança.

Pano de fundo no Brasil

Em seu segundo relatório periódico ao Comitê de Direitos Humanos (responsável pelo monitoramento da implementação do Pacto de Direitos Civis e Políticos), o governo brasileiro reconheceu, sete anos após a promulgação da Lei 9.455/97, a persistência da prática da tortura⁽⁷⁾. A distância entre a determinação legal e sua implementação também saltou aos olhos do Comitê sobre os Direitos da Criança⁽⁸⁾. De

sua parte, as últimas conclusões e recomendações do Comitê contra a Tortura (CCT)⁽⁹⁾ e o relatório de visita do relator especial sobre a Tortura⁽¹⁰⁾, que datam do início de 2001, expõem de modo abrangente o resultado de uma enraizada “cultura de brutalidade”, cuja transformação ainda esbarra na insuficiência das medidas estatais.

Note-se que o primeiro caso contra o Brasil conhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁽¹¹⁾ referiu-se ao tratamento de pessoas sob a custódia do Estado na Prisão Urso Branco, em Porto Velho, em 2002. Reiteradas manifestações de especialistas apontam que péssimas condições prisionais, tais como superpopulação carcerária, caracterizam *per se* tratamento desumano ou degradante⁽¹²⁾. Ainda na busca de temas em que o País tenha sido questionado perante a CIDH, o caso *Ximenes Lopes v. Brasil* referiu-se ao tratamento em uma clínica psiquiátrica (também local de detenção alcançado pelo Protocolo) no Ceará, e o caso *Nogueira de Carvalho v. Brasil* cuidou do assassinato de um advogado engajado em denúncias contra agentes estatais que seqüestravam, torturavam e assassinavam pessoas (embora o Brasil não tenha sido condenado, em vista do limitado conjunto probatório).

O objetivo do Protocolo Facultativo em apreço é o estabelecimento de “um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes” (art. 1º). A grande inovação desse sistema encontra-se, portanto, não tanto em dotar organismos com a necessária independência para realizar visitas, mas, notadamente, na interação entre o mecanismo doméstico e o mecanismo internacional.

Mecanismos internacional e doméstico de prevenção

O artigo 20 da Convenção contra a

Tortura previa a competência do próprio CCT, órgão primordialmente responsável por monitorar a implementação da Convenção, para investigar a prática sistemática de tortura ocorrida no território de um Estado-parte. No entanto, todas as medidas investigativas dependeriam da concordância do Estado investigado.

Em 1980, por proposta de Costa Rica, iniciou-se na Comissão de Direitos Humanos da ONU a discussão de um sistema preventivo de visitas a locais de detenção para o fim de prevenir a tortura. A sugestão enfrentou grande resistência sob o argumento de que feriria a soberania nacional, já que as visitas ocorreriam sem consentimento específico dos Estados para cada visita⁽¹³⁾.

É de se mencionar que, no plano regional, ao adotar sua Convenção sobre a matéria em 1989⁽¹⁴⁾, o Conselho da Europa instituiu o Comitê europeu para a prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, com competência para efetuar visitas regulares ou *ad hoc* a quaisquer locais de detenção. Considera-se sua atuação, desde então, de grande importância para a melhora nas condições de detenção entre os países-membros⁽¹⁵⁾.

Inspirados na experiência do aludido Comitê europeu, os governos finalmente concordaram que, após a entrada em vigor do Protocolo, seria criado um Subcomitê de Prevenção à Tortura (SPT), o mecanismo preventivo internacional, apto a realizar visitas regulares a locais de detenção nos Estados-partes⁽¹⁶⁾. A atuação do SPT, contudo, viria de certo modo complementar a atuação de organismos nacionais, que devem realizar a maior parte das visitas, e com cuja criação os Estados-partes também se comprometeram. Tal complementaridade⁽¹⁷⁾ se depreende, de um lado, da atribuição de aconselhamento, assistência e capacitação dos mecanismos preventivos domésticos (art. 11, *b*, Protocolo Facultativo) e, de

Um dos poucos mecanismos eminentemente preventivos no âmbito internacional é o sistema de visitas a locais de detenção, voltado para a prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, introduzido pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, ratificado internacionalmente pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007.

outro, da relevância que o intercâmbio de informações entre os mecanismos poderá assumir (arts. 12, *c* e 20, *e*).

A independência funcional e pessoal dos membros do SPT, e que deve necessariamente informar os mecanismos domésticos, vê-se refletida em uma série de prerrogativas (arts. 14 e 20), das quais cabe destacar o acesso irrestrito aos locais de detenção e a liberdade de escolher os locais de visita, sem aviso prévio, e as pessoas a serem entrevistadas reservadamente. Os organismos podem visitar aleatoriamente quaisquer locais de detenção alcançados pelo art. 4º do Protocolo (locais situados em território sob sua jurisdição e controle, o que é mais abrangente que a noção de território nacional). Ainda no que respeita à independência, é de se chamar atenção para a conveniência de que os mecanismos preventivos nacionais não sejam hierarquicamente vinculados ao órgão diretamente responsável pela administração de locais de detenção; antes, que se encontrem na escala mais alta possível da administração pública.

Por outro lado, um traço de sua atuação que deve ser enfatizado é a confidencialidade de seus relatórios.

O princípio de confidencialidade e o foco na prevenção

A exemplo da prática do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR), o SPT comunicará suas recomendações e observações ao Estado em caráter confidencial (art. 16). Isso por não ser atribuição do Subcomitê avaliar *a posteriori* casos concretos, mas prevenir novos casos de tortura. Assim, os propósitos da confidencialidade estão em adquirir credibilidade junto a agentes governamentais e facilitar a criação de um diálogo construtivo e contínuo com o Estado-parte, que será evidentemente instado a adotar medidas que corrijam circunstâncias facilitadoras de violação das disposições da Convenção.

Interessa lembrar, ainda a exemplo do CICR, que o CCT poderá divulgar o relatório caso haja recusa de cooperação por parte do Estado, ou caso ele não adote medidas para melhorar a situação, à luz das recomendações do SPT (art. 16, § 4). Resta ainda a faculdade de os Estados-partes autorizarem a divulgação do relatório (art. 16, § 2). No caso europeu, tornou-se prática comum publicar os relatórios do Comitê Regional acompanhados da posição do governo, a partir da pressão da opinião pública por transparência depois que o primeiro país adotou essa medida.

Note-se que a confidencialidade é, ao lado da imparcialidade, não-seletividade, universalidade e objetividade, um princípio orientador das atividades do SPT (art. 2, § 3).

Significado de submeter-se a mecanismos internacionais de acompanhamento

Muitas vezes se associa a noção de comunidade internacional com o poderio e política exterior de determinados países. Para compreender o que significa essa noção, é recomendável descer do pátio abstrato evocado por ela, até identificar o conjunto de Estados soberanos que constituem

essa comunidade, e, progressivamente, vislumbrar que, por detrás desses Estados, encontram-se interesses de um sem número de indivíduos. Estes, se bem que irmanados em diferentes culturas e acolhidos em seus quotidianos nos mais diferentes territórios, se bem que dotados de um poder relativo de autodeterminação, possuem determinados direitos inerentes a sua dignidade humana⁽¹⁸⁾. Não obstante o Direito Internacional Público ampliar progressivamente o espaço concedido ao indivíduo como sujeito de direito, são aqueles Estados os sujeitos por excelência do Direito Internacional. Apenas a partir do conhecimento público das atrocidades cometidas no interior de um Estado soberano, antes e durante a 2ª Grande Guerra, é que o Direito Internacional Público foi ramificado para, a partir de normas consuetudinárias e escritas, abrigar a proteção internacional dos direitos humanos, assunto que anteriormente se restringia à esfera do Direito Constitucional de alguns países. Em outras palavras, o argumento da soberania para repelir o acompanhamento da situação doméstica de direitos humanos, por mecanismos nascidos de normas aprovadas no âmbito das Nações Unidas ou de quaisquer tratados multilaterais aos quais o país tenha aderido, é e deve ser tido por absolutamente obsoleto⁽¹⁹⁾ e contrário aos próprios interesses de uma nação que preza seus habitantes.

O início de operação do SPT e, espera-se para breve, de mecanismos preven-

tivos domésticos, será extremamente útil para acessar a escala e evolução com que a tortura é praticada no Brasil, e sobretudo para exercer pressão sobre agentes públicos relevantes na adoção de medidas concretas que minimizem a possibilidade de sua ocorrência.

Apesar da vontade política demonstrada por frações do governo brasileiro na última década, o ritmo de adoção de quaisquer medidas em matéria de di-

reitos humanos parece padecer de lentidão natural, como se a pílula fosse demasiado amarga e a crença em sua capacidade, ínfima. Embora o Brasil tenha ratificado internacionalmente a Convenção das Nações Unidas

contra a Tortura em 28 de setembro de 1989⁽²⁰⁾, apenas cumpriu a obrigação imposta por seu art. 4º (assegurar “*que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal*”, incriminando-se também a tentativa e todo ato de cumplicidade ou participação) com a promulgação da Lei nº 9.455/1997. Quase dez anos se escoaram para que o óbvio — que aqueles que o dizem não se cansem de repetir... — se evidencie. O simples criminalizar está muito aquém de bastar para reduzir uma prática aviltante e injustificável. Nem basta para livrar o Estado do peso de sua omissão. O Plano contra a Tortura do Governo, elaborado em dezembro de 2005 e em fase de angariar adesão pelos Estados da Federação⁽²¹⁾, sugere medidas potencialmente benéficas. Diante da realidade nacional, somente cabe enfatizar que há pressa, muita pressa, em sua implementação, e que determinados conceitos de civilização e humanidade não valem mais do que o silêncio enquanto forem anunciados sem a seriedade de quem os constrói na realidade. O ser humano deve caminhar para a civilização e a humanidade, e não esperar passivamente que elas venham ao seu encontro. ●

Notas

- (1) Cf. *i.a.* M. C. Bassiouni, “Sources and content of international criminal law: a theoretical framework”, in Bassiouni (org.), *International Criminal Law: Crimes*, vol. I, 2ª ed., 1999, p. 41; A. A. Cançado Trindade, *Tratado de*

- Direito Internacional*: vol. III, 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003; **É. de Wet**, "The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law", *European Journal of International Law*, vol. 15, nº 1, 2004, pp. 97-121.
- (2) Corolário do caráter absoluto dessa proibição é a sua afirmação em todos os instrumentos internacionais e regionais de proteção de direitos humanos, e a expressa vedação de sua derrogação ou suspensão mesmo em tempos de emergência que ameace a existência da nação. Sobre tentativas recentes de desafiar essa proibição, cf. **M. Nowak**, "Challenges to the absolute nature of the prohibition of torture and ill-treatment", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 23, nº 4, 2005, pp. 674-688.
- (3) CCPR/C/BRA/2004/2 (11/4/2005), par. 136. Para as conclusões do Comitê, cf. CCPR/C/BRA/CO/2 (1/12/2005), § 12. Os documentos publicados por órgãos de acompanhamento de direitos humanos mencionados neste texto estão disponíveis em: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.
- (4) **V. M. Nowak**, *Introduction to the International Human Rights Regime*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2003, pp. 273-276.
- (5) Res. 39/46, Assembleia Geral da ONU, de 10/12/1984. O Protocolo Facultativo foi adotado pela Res. A/RES/57/199 da AG (09/01/2003), e entrou em vigor em 22/06/2006. Cf. **D. Long** e **N. Boeglin Naumovic**, *Optional Protocol to the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: A Manual for Prevention*. San José/Genebra: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Associação para a Prevenção da Tortura, 2004 (disponível também em português: www.apt.ch).
- (6) Desse modo, o Brasil se tornou o trigésimo segundo membro do Protocolo Facultativo. O instrumento conta atualmente com 57 signatários e 34 membros (cf. http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9_b.htm, acesso: 10/05/2007).
- (7) Cf. *supra*, nota 3.
- (8) CRC/C/15/Add.241 (3/11/2004), §§ 40, 41 e 64.
- (9) CAT 26ª sess., 16/05/2001, A/56/44, §§ 115-120.
- (10) *Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43*, UN Doc. E/CN.4/2001/66/Add.2 (30/03/2001). Cf. também: *Report of the Special Rapporteur, Theo Van Boven, Addendum*, UN Doc. E/CN.4/2004/56/Add.3 (13/02/2004), §§ 21-100; *Report of the Special Rapporteur, Manfred Nowak, Addendum*, UN Doc. E/CN.4/2006/6/Add.2 (21/03/2006), §§ 22-56.
- (11) Além disso, desde 26/07/2006 o país aceita a competência do CCT para conhecer de comunicações individuais sobre violações das disposições da Convenção contra a Tortura (art. 22), o que, desde que o país aceita a jurisdição da CIDH, tem valor simbólico em vista do valor não vinculante das observações do Comitê (enquanto a CIDH emite decisões vinculantes sob o Direito Internacional).
- (12) De modo abrangente, cf. **N. Rodley**, *The Treatment of Prisoners Under International Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- (13) **M. Nowak**, *supra*, nota 4, p. 91.
- (14) Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (26/11/1987).
- (15) Cf. **U. Kriebaum**, *Folterprävention in Europa: Die Europäische Konvention zur Verhütung von Folter und Unmenschlicher Oder Erniedrigender Behandlung oder Bestrafung*. Viena: BIM/Österreich, 2000.
- (16) O Subcomitê foi eleito em dezembro de 2006,

e se reuniu pela primeira vez em fevereiro de 2007.

- (17) "Complementaridade" não é, aqui, alusão ao princípio introduzido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional permanente, que condiciona o exercício de sua jurisdição à incapacidade ou omissão do Estado em promover a persecução penal dos crimes de sua competência. Tendo em vista os objetivos, de prevenção, do Subcomitê, não se deverá compreender a escolha dos países cujos locais serão visitados necessariamente como crítica à atuação dos organismos domésticos (inicialmente, de acordo com o art. 12, Protocolo Facultativo, o programa de visitas regulares será estabelecido por sorteio).
- (18) Cf. Declaração e Programa de Ação sobre Direitos Humanos adotados na Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena em 1993, a reafirmar a universalidade dos direitos humanos. Cf. **J.A. Lindgren Alves**, *Os Direitos Humanos como Tema Global*. São Paulo: Perspectiva, 2003, capítulos 2 e 3.
- (19) Por outro raciocínio, cf. **S. Mazina Martins**, "Soberania, fronteiras e inspeções da ONU", *Boletim IBCCRIM*, nov./2003, pp. 2-3.
- (20) A promulgação da Convenção no plano doméstico deu-se apenas pelo Decreto nº 40 de 15/02/1991.
- (21) "Plano de Ações Integradas para Prevenção e Controle da Tortura no Brasil", disponível em: www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/combate/tortura/sos, acesso em 10/05/2007.

Celso Eduardo Faria Coracini

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e doutorando pela Universidade de Viena

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE DA PEC Nº 26/02

Luciana Ramos e Carolina Ferreira

A morte bárbara do menino João Hélio, da qual participou um adolescente, comoveu o País e fez renascer o debate em torno da redução da maioridade penal. As Propostas de Emenda à Constituição (PEC nº 18/1999, 20/1999, 03/2001, 26/2002, 90/2003 e 9/2004), que tramitam no Congresso Nacional há anos, retornaram à berlinda, provocando polêmica entre as entidades e pessoas que lutam pelos direitos da criança e do adolescente e aquelas que privilegiam a lei e a ordem.

A mídia deu notoriedade ao fato, mobilizando a sociedade em favor da redução da maioridade penal, como solução ao problema da violência.

É, na verdade, uma solução ilusória para o caso e para a violência no País.

A idéia de redução da maioridade penal como fórmula de combate à violência e à criminalidade é antiga, vigeu no Brasil das Ordenações Filipinas até a Constituição de 1988, quando a imputabilidade penal aos 18 anos foi erigida à categoria de preceito constitucional e adotou-se a Doutrina da Proteção Integral. São conquistas resultantes de movimentos sociais nacionais e internacionais que não podem ser suprimidas por uma emenda constitucional, no calor da emoção.

As PEC foram objeto de um substitutivo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, em 26 de abril, sob a justificativa do pleno discernimento dos adolescentes menores de 18 anos e da necessidade de responder à comoção social.

A aprovação infringe cláusula pétrea,

visto que a maioridade penal aos 18 anos constitui garantia individual, especificada no art. 228 da Constituição da República, a qual, consoante o art. 60, § 4º, não pode ser objeto de abolição, senão pelo Poder Constituinte Originário. Nesse sentido, já decidiu o STF, no MS-AgR 24667/DF, que "a potencial inconstitucionalidade de querer promover a redução da maioridade fere vários dispositivos constitucionais, ensejando Mandado de Segurança"⁽¹⁾.

Prevê o Substitutivo análise subjetiva do "grau de discernimento da realidade" do acusado, para posterior condenação. No entanto, não determina qual tipo de exame será utilizado, havendo menção à lei posterior que regulamentará tais procedimentos. A norma projetada é de eficácia limitada e condicionada à

regulamentação por lei ordinária. Como, porém, estabelecer em lei critérios acerca do amadurecimento intelectual e emocional, de um maior de 16 anos e menor de 18? Lembre-se, ademais, que o exame criminológico, de certo modo assemelhado ao exame agora proposto, que era previsto na lei de Execução Penal, foi revogado pela Lei 10.792/2003, por não demonstrar eficácia⁽²⁾.

Sustenta-se que as transformações da sociedade, operadas com a globalização, alteraram os padrões biopsicológicos da idade, ou seja, o conhecimento e a percepção do mundo tem chegado aos jovens a uma velocidade maior e mais cedo. Contudo, tal conhecimento precoce não acontece com a maioria dos jovens brasileiros, que não dispõem de meios adequados de informação — a maior parte dos adolescentes que cometem ato infracional são analfabetos — porque o poder público não lhes disponibiliza educação e meios adequados de desenvolvimento intelectual e emocional, empurrando-os para a marginalidade.

A redução da maioridade penal não solucionará o problema da violência, muito menos a “adequação” destes meninos e meninas na sociedade, nos moldes que ela reputa adequados para alcançar a paz social. Em 2006, o número total de internos no sistema socioeducativo de meio fechado no Brasil foi de 15.426 adolescentes, sendo a maioria (10.446) na internação, seguidos da internação provisória (3.446) e da semiliberdade (1.234). Observa-se um aumento expressivo na taxa de crescimento da lotação do meio fechado no País entre os anos de 2002-2006, correspondendo a 28%. Consoante Saraiva, “a crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos”⁽³⁾.

Diante desses dados, questionamos: a internação ou a prisão resolvem o problema da segurança pública? Contêm a “criminalidade”? 60,04% dos adolescentes cumpridores de medidas socioeducativas não concluíram o ensino fundamental, o que nos remete a uma realidade em que as diferenças sociais são gritantes e

em que a maior parte da população não dispõe de condições mínimas de desenvolvimento humano. É imoral e ilegítimo reduzir a maioridade penal num país que não oferece condições concretas para que seus jovens cresçam e se desenvolvam. Primeiro, é preciso aumentar as oportunidades de educação, saúde e lazer para, depois, exigir “comportamentos socialmente adequados”.

Para Garcia Méndez há uma mistificação da realidade, herança de um velho pensamento social em considerar o adolescente que comete um ato infracional como um criminoso⁽⁴⁾.

A tese de que a redução da maioridade penal fará diminuir os índices de criminalidade por desabastecer o crime organizado da mão-de-obra dos menores não se sustenta diante da falta de alternativas para os jovens pobres e de perspectivas seguras para o futuro, tanto para jovens pobres e ricos.

Do ponto de vista ético estar-se-á punindo o jovem que não dispõe de qualquer força no crime organizado; ao contrário, a maioria funciona como “avião” — o leva-e-traz da droga — na única intenção de manter sua dependência. E estar-se-á transferindo a competência do juiz da Vara da Infância e da Juventude para o juízo criminal comum.

Submeter os adolescentes infratores ao sistema penal significa subjugá-los a um sistema de poder no qual, na lição de Zaffaroni, a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais⁽⁵⁾.

Considerando relação entre delinquência e contexto de socialização, como argumentar que houve uma opção pela marginalidade e responsabilizar individualmente o adolescente por decidir delinquir? A transgressão infanto-juvenil é produto da sociedade em que vivemos. Querer punir severamente jovens adolescentes — ou “buscar uma solução negociada”, conforme propõe a justificação à PEC nº 26/2002 — é reconhecer nossa incompetência para encontrar caminhos no-

vos de solução dos conflitos socioculturais e econômicos em que crianças e adolescentes se vêem inseridos. A consequência inevitável é apenas o agravamento da situação penitenciária brasileira.

Por isso, na linha de Kahn e de tantos outros, concluímos que “baixar a idade penal é baixar um degrau no processo civilizatório. Ao invés disso, propomos aumentar as oportunidades que a sociedade brasileira raramente concede aos seus jovens”⁽⁶⁾.

Lamentável que os senadores tenham apostado em mais repressão. Ainda há tempo para tomarem um outro caminho.

Notas

- (1) <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>
- (2) MORAES, Rodrigo Iennaco de. “A supressão do exame criminológico como (mais um) obstáculo à efetividade da execução penal: revisitando o paradigma behaviorista”. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005, nº 18, p. 141.
- (3) SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional, Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2002, p. 45
- (4) GARCIA MÉNDEZ, Emilio. *Por uma Reflexão sobre o Arbitrio e o Garantismo na Jurisdição Sócio-Educativa*. Buenos Aires-Belo Horizonte, fevereiro de 2000.
- (5) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- (6) KAHN, Túlio. [Http://www.mj.gov.br/sedh/dca/temas/reducao_maioridade_penal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/dca/temas/reducao_maioridade_penal.htm)

Luciana Ramos

Advogada no Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH), voluntária no Cedeca/DF e membro do Grupo “Sociedade, Controle Penal e Sistema de Justiça”, vinculado à Universidade de Brasília (UnB)

Carolina Ferreira

Advogada formada pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp) e membro do Grupo “Sociedade, Controle Penal e Sistema de Justiça”, vinculado à Universidade de Brasília (UnB)

POLÍTICA PREVENTIVA DE SEGURANÇA PÚBLICA FOI DESTAQUE DO FÓRUM “RELAÇÕES SOCIAIS VIOLENTAS” NA FSA (FUNDAÇÃO SANTO ANDRÉ)

Um ano após os ataques do crime organizado às forças de segurança do Estado de São Paulo, a Fundação Santo André trouxe o tema “Segurança Pública” à discussão no Fórum “Relações Sociais Violentas”, realizado, em 31 de maio de 2007, pelo INSEFUSA - Instituto de Políticas Públicas de Segurança na Sede da Fundação, em Santo André-SP.

O evento, que apresentou palestras e oficinas temáticas, contou com

a presença e participação do reitor, professor doutor Odair Bermelho, do coordenador-geral do INSEFUSA, professor Nelso Stepanha, do representante do IBCCRIM, Lucas C. Guimarães Diaz, da representante da Prefeitura de Santo André, Adriana Carvalho, e do deputado estadual Vanderlei Siraque. Foram palestrantes e debatedores os professores Guaracy Mingardi com o tema “Relações Sociais Violentas” e Maria Stela Santos Graciani com o tema “Justiça Restaurativa”.

INICIATIVA GLOBAL CONTRA O TRÁFICO DE PESSOAS: UMA BRIGA PELAS CONSCIÊNCIAS

Marina P.P. Oliveira

Marina P.P. Oliveira

INICIATIVA GLOBAL CONTRA O TRÁFICO DE PESSOAS: UMA BRIGA PELAS CONSCIÊNCIAS

A “Iniciativa Global contra o Tráfico de Pessoas”, lançada em março de 2007, pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) pretende chamar a atenção dos governantes e das sociedades do mundo inteiro para o drama da “escravidão moderna”. A escolha de 2007 como ano para a conscientização global sobre a gravidade desse crime foi motivada pela constatação do nível de violência empregado no tráfico de pessoas.

Segundo a Organização Não-Governamental (Ong) britânica “Free the Slaves”, houve uma desvalorização do trabalho escravo. Nos tempos do tráfico negreiro, há mais de 200 anos, os senhores chegavam a pagar US\$ 80 mil por um escravo, hoje o preço não ultrapassa US\$ 100. Isso torna a “escravidão moderna” muito mais cruel no tratamento dispensado às vítimas. Com um investimento inicial baixo, as redes criminosas conseguem obter lucros significativos — as estimativas apontam uma média de US\$ 30 mil por ano por pessoa traficada — levando a exploração a patamares cada vez mais acentuados, sem qualquer preocupação em preservar a vida ou a saúde dessa “mão-de-obra” descartável.

Diante de dados desse tipo, o UNODC percebeu a necessidade de mudar os parâmetros dessa discussão em nível global. Por isso, na sua primeira fase, a iniciativa busca conscientizar as populações sobre a vergonha da existência desse tipo “moderno” de escravidão.

É uma sinalização clara de que o enfrentamento ao tráfico de pessoas só poderá ser efetivo e ganhar o suporte financeiro e político necessário, quando a população entender que não é a lógica dos números que nos impele a tomar essa posição, mas é a dimensão humana dessa tragédia que nos diminui como civilização e como indivíduos.

A segunda etapa da iniciativa, prevista para começar em novembro de 2007, discutirá modelos concretos de intervenção na realidade. Mas sabe-se que para fazer a diferença entre o cenário atual, no qual muito se fala sobre o tráfico de pessoas, mas pouco se consegue no campo da responsabilização dos criminosos e da assistência às vítimas, será preciso um compromisso concreto dos

países na forma de expressivo investimento financeiro.

O convencimento dos Estados dependerá muito mais da maneira como mostramos as histórias de sofrimento e exploração das quais se tem notícia, do que da comprovação da existência de milhões de vítimas desse crime perverso.

A sociedade moderna é apaixonada por números, como se encerrassem verdades universais e incontestáveis. Sem um número capaz de provocar espanto, as causas ficam vazias de apelo para a mídia e para a sociedade em geral.

Ocorre que, muitas vezes, crimes contra a humanidade, como o tráfico de pessoas, não podem ter a sua importância e significado medidos por números.

Nos esforçamos e investimos recursos significativos para produzir estimativas sobre o número de pessoas vítimas do tráfico no mundo e no Brasil. Acabamos sempre falhando porque não conseguimos mostrar onde estão os supostos milhões de cidadãos vitimados pelo crime do tráfico. Com isso, perdemos a oportunidade de insistir no que realmente importa quando se fala de crimes contra os direitos humanos.

O tráfico de pessoas é grave porque grita na nossa cara a verdade sobre a sociedade global: gostamos de adotar discursos modernos e igualitários, mas na realidade somos cruéis, sectários, excludentes, medievais e preconceituosos. O fato de existir um único escravo no mundo dito moderno é uma vergonha indescritível para cada um de nós, pois prova o triunfo da barbárie sobre a civilização.

Mas, ao fazer o jogo dos números, da relação custo-benefício, deixamos, como organismos internacionais, como cidadãos, como acadêmicos e como gestores de política pública de segurança,

de enfrentar a complexidade do problema. Pior. Entramos num terreno onde muito provavelmente perderemos nossos melhores e mais fortes argumentos.

Isso porque o tráfico de pessoas deve ser enfrentando urgentemente pelo sistema penal, não porque atinge diretamente um número maior de cidadãos do que o tráfico de drogas ou de armas, mas porque a violência contida no ato

de exploração do tráfico é inominável e uma sociedade moderna não pode tolerar nem um, nem dois, nem três casos desses, que dirá mil e muito menos milhões, como afirmam as estimativas existentes sobre o tema.

O UNODC, ciente do seu mandato como guardião da Convenção con-

tra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e seus protocolos adicionais — um deles sobre o tráfico de pessoas e o outro sobre contrabando de migrantes — se propôs a liderar esse esforço global de discussão e de mobilização para o enfrentamento a esse crime.

O Brasil está posicionado para desempenhar um papel fundamental. Como resultado de uma série de projetos de cooperação técnica, entre eles o do UNODC, e do esforço do governo federal, foi criada uma “Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas”, por meio do decreto presidencial de número 5.948 de 26/10/2006. Em setembro, devem ser concluídos os trabalhos de elaboração do plano, no qual serão detalhadas as ações de confronto propriamente, bem como metas, prazos e órgãos responsáveis pela sua execução.

Se o governo brasileiro for além do esforço normativo e transformar essa política e o plano em medidas concretas de proteção à vítima, de prevenção e de repressão ao crime organizado, certamente teremos uma gama de “melhores práticas” para compartilhar com outros países.

O tráfico de pessoas é grave porque grita na nossa cara a verdade sobre a sociedade global: gostamos de adotar discursos modernos e igualitários, mas na realidade somos cruéis, sectários, excludentes, medievais e preconceituosos. O fato de existir um único escravo no mundo dito moderno é uma vergonha indescritível para cada um de nós, pois prova o triunfo da barbárie sobre a civilização.

Para isso, entretanto, é necessário comprometer recursos humanos e financeiros do governo federal, na quantidade necessária, a partir de 2008, ampliando em muito os patamares atuais de investimento. O sucesso da articulação e da integração entre governo, sociedade civil e organismos internacionais necessários para a efetivação das ações contidas na política e no plano também pode servir como exemplo.

Atualmente, o UNODC inicia um novo projeto de cooperação técnica na área de tráfico de pessoas e de contrabando de migrantes com a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (SNJ/MJ). O fato de o novo projeto ser executado por um dos três órgãos responsáveis pela coordenação da Política e do Plano Nacional, a SNJ/MJ, aumenta em muito a capacidade desse projeto de cumprir o papel maior da cooperação internacional que é o fortalecimento institucional do Estado.

Esse novo projeto, ainda em fase de captação de recursos, assim como o anterior, encerrado em agosto de 2005, se insere no âmbito do Programa contra o

Tráfico de Seres Humanos no Mundo, do UNODC. Os componentes fundamentais do trabalho são: coleta de dados, avaliação e cooperação técnica. Em parceria com o Instituto Inter-regional das Nações Unidas para Pesquisas sobre Delinquência e Justiça (UNICRI), o programa coleta informações sobre várias rotas de contrabando e métodos usados no tráfico de seres humanos por grupos criminosos. O UNODC também seleciona exemplos de melhores práticas.

Em novembro de 2007, quando deve ser iniciada a segunda etapa da “Iniciativa Global contra o Tráfico de Pessoas”, esperamos ter conquistado as consciências para a importância e a urgência do enfrentamento a esse crime.

Nesse combate, entretanto, precisa-

remos mobilizar não apenas o sistema penal, ao qual cabe a responsabilização, mas também o aparato de preven-

ção — com destaque para o sistema educacional. Será preciso, principalmente, trabalhar pela transformação das estruturas sociais, econômicas e culturais de uma sociedade global que cria, sistemati-

camente, legiões de cidadãos vulneráveis ao tráfico de pessoas e a outras violações de direitos fundamentais. Se formos bem-sucedidos e soubermos trabalhar em parceria, estaremos iniciando um novo ciclo de erradicação da escravidão, dessa vez, espera-se, em caráter definitivo. 

Marina P.P. Oliveira

Assistente de Projetos do UNODC

Marina P.P. Oliveira

SUPREMO DECIDE A RESPEITO DA EXIGIBILIDADE DA ARGÜIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA CONHECIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MATÉRIA PENAL

No dia 18 de junho de 2007, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu questão de ordem suscitada pelo ministro **Sepúlveda Pertence** no julgamento do agravo de instrumento nº 664.567-2/RS, interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em matéria criminal, sob o fundamento de ausência de argüição, pelo recorrente, da repercussão geral da matéria.

A questão de ordem foi suscitada a fim de que o Pleno pudesse analisar a exigibilidade, na esfera criminal, do requisito da repercussão geral — criado pela Emenda Constitucional nº 45 e agora previsto no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal —, tendo em vista que a Lei nº 11.418/06 alterou tão-somente a redação do Código de Processo Civil para nele regulamentar a matéria.

No julgamento, concluiu-se que o requisito constitucional da repercussão geral, com a regulamentação que

lhe foi dada pela Lei nº 11.418/06 e pela Emenda Regimental nº 21, do Supremo Tribunal Federal, datada de 30 de abril de 2007, é aplicável também aos recursos criminais.

Concluiu-se, outrossim, que a verificação acerca do preenchimento do requisito constitucional pode ser realizada tanto pelo juízo *a quo*, quanto pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao qual cabe, com exclusividade, decidir pela efetiva existência da repercussão geral.

Decidiu-se, finalmente, que a argüição dessa preliminar somente passa a ser exigível para os recursos interpostos a partir do dia 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, que alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A íntegra do voto proferido pelo ministro **Sepúlveda Pertence** está disponível para consulta no *site* do IBCCRIM: www.ibccrim.org.br

QUANDO DEVE TER INÍCIO A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA? (A VERDADEIRA QUESTÃO INERENTE AO JULGAMENTO DA ADIN 3.510 PELO STF)

Gisele Mendes de Carvalho

Gisele Mendes de Carvalho

O Supremo Tribunal Federal (STF) realizou, no último dia 20 de abril, audiência pública para discutir o uso de células-tronco embrionárias humanas em pesquisas científicas. A audiência surgiu a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 3.510, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), que aponta o artigo 5º da Lei de Biossegurança como inconstitucional.

A lei, que entrou em vigor em março de 2005, permite a utilização das células-tronco de origem embrionária resultantes dos processos de fertilização *in vitro*, e não utilizadas no respectivo procedimento, desde que os embriões sejam inviáveis ou, sendo viáveis, estejam congelados há três anos ou mais, na data de sua utilização (art. 5º, I e II, Lei 11.105/2005).

De acordo com o autor da ADIN, o procurador da República **Cláudio Fonteles**, o artigo viola direitos e garantias previstos na Constituição Federal, entre eles o direito à vida (art. 5º, *caput*, CF) e o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). A tese do procurador é a de que a vida começa na fecundação e, portanto, que todo embrião humano, inclusive aquele restante das técnicas de reprodução assistida, faria jus à proteção de tais direitos e garantias constitucionais, por ser considerado pessoa humana.

Instaurada a polêmica nestes termos — ou seja, a questão é saber quando tem início a vida humana —, uma série de cientistas foram convidados pelo relator e pela Procuradoria-Geral da República para participar da audiência. Os pesquisadores expuseram as conclusões de seus estudos sobre o assunto, com o fim de que contribuam para a futura decisão dos onze ministros, que compõem o STF, a ser dada proximamente.

Entre os cientistas convidados, alguns defenderam que a vida começa na fecundação; outros que tem início com a nidificação, processo em que o embrião migra para o útero materno; outros sustentaram que a vida principia quando se forma o sistema nervoso do novo ser.

O papel da corte limita-se, portanto, a dizer quando é o momento inicial da vida humana. Mas será que é mesmo essa a principal questão a ser resolvida? Ao que tudo indica, o debate gerará muitas controvérsias, e não só devido à divergência das opiniões mencionadas, mas, principalmente, porque, a meu ver, tanto o Ministério Público Federal quanto o STF insistem em situar a discussão em terreno equivocado, negligenciando o verdadeiro ponto central da polêmica: o importante não é determinar *quando começa*

a vida, mas sim *quando a vida humana deve ser protegida pelo Direito*.

Dito de outro modo, uma coisa é estabelecer quando tem início a vida humana (uma questão puramente biológica, e não jurídica) e outra muito diferente é decidir se esta deve ou não ser objeto de proteção jurídica (essa, sim, uma questão estritamente valorativa que só os tribunais, e não os biólogos, podem responder). Fazendo depender a resposta a essa segunda questão dos pareceres dos cientistas, o STF confunde dois planos muito distintos que nós, juristas, aprendemos a diferenciar desde o início da nossa carreira acadêmica: o mundo do *ser* e o do *dever-ser*; o *ontológico* e o *axiológico*⁽¹⁾.

Ao confundir ambos os planos, a resposta final, objeto da ação de inconstitucionalidade, fica ainda mais difícil de ser encontrada, pois, como bem argumenta **Gracia Martín**, “*toda pretensão de solucionar os problemas axiológicos com instrumentos ontológicos só pode gerar uma agraviação do problema axiológico*”⁽²⁾.

Portanto, não é porque a vida humana começa com a fecundação (questão, insistimos, puramente biológica) que ela deva ser protegida desde o seu início, pois, como recorda o mesmo autor, “*uma coisa é que exista vida nesse sentido, e outra coisa é que a existência desse substrato material determine sua proteção absoluta*”⁽³⁾.

Situada a questão no lugar correto, é dizer, no terreno jurídico, a resposta à problemática suscitada pela ADIN 3.510 pode ser encontrada com muito mais facilidade, pois então já não se trata de determinar se os embriões que não se destinam à procriação humana têm ou não direito à vida, mas sim se esse direito à vida deve ou não prevalecer quando entra em conflito com o direito à vida e à saúde que possuem outros seres humanos já nascidos. Como se sabe, as células-tronco têm a capacidade de se diferenciar em outros tecidos do corpo, como o muscular e o nervoso, e isso é o que tem atraído os cientistas, já que muitos estudos apontam que essas células podem ajudar no tratamento de doenças, como o mal de Parkinson e patologias do coração.

Pois bem, tendo em conta tudo isso,

constata-se que embora a Lei 11.105/2005 tipifique expressamente a utilização ilegal de embriões humanos (art. 24), não resta dúvida de que o seu uso para fins terapêuticos deveria figurar como causa de exclusão da antijuridicidade desse delito com lastro no estado de necessidade (art. 24, CP), já que se trata de proteger a vida ou a saúde de um ser humano já nascido, e no confronto entre esse bem jurídico e a vida de um pré-embrião *in vitro*, é evidente que o primeiro, que tem maior valor, deve prevalecer⁽⁴⁾. ◉

Notas

- (1) Sobre essa importante distinção, vide amplamente **REALE, Miguel**. *Filosofia do Direito*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 175 e segs.
- (2) **GRACIA MARTÍN, Luis**. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la Concepción Finalista de la Responsabilidad Penal*. Barcelona: Atelier, 2006, pp. 139-140.
- (3) **GRACIA MARTÍN, Luis**, in **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**; **GRACIA MARTÍN, Luis**; **LAURENZO COPELLO, Patricia**. *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, t. I, Valência: Tirant lo Blanch, 1997, p. 29.
- (4) Assim, constata-se que “*se no futuro se lograsse consolidar uma linha terapêutica razoavelmente efetiva, e se demonstrasse além disso que a única terapia viável é a que requer a formação de embriões humanos, seja qual for a técnica necessária (fecundação de um óvulo por um espermatozoide ou pela transferência e substituição de núcleos), nos encontraríamos diante de um conflito de interesses. O Direito conta então com os meios necessários para dar uma resposta adequada, por meio da ponderação de interesses que se encontram em jogo na situação concreta, e não resta dúvida de que freqüentemente se poderia resolver a favor da vida ou da saúde do paciente afetado, frente ao embrião in vitro*” (**ROMEO CASABONA, Carlos María**. “La investigación y la terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico europeo”. *La Ley*, nº 1, 2002, p. 1925).

Gisele Mendes de Carvalho

Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (PR) e doutora em Direito Penal pela Universidade de Saragoça (Espanha)

QUANDO DEVE TER INÍCIO A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA? (A VERDADEIRA QUESTÃO...)

1. Não é de hoje que as questões ambientais têm ocupado lugar na mídia e na preocupação de diversos segmentos da sociedade e dos governos, pelo mundo afora. No Brasil, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Direito Ambiental ganhou *status* constitucional, sendo-lhe atribuído um capítulo próprio, no seu Título VIII (Da Ordem Social). O art. 225 da Carta Magna traz princípios de Direito Ambiental, bem como indica instrumentos para a sua proteção, além de atribuir deveres ao poder público e à coletividade, esta última a própria titular do direito protegido.

Alguns destes princípios e instrumentos de tutela já estavam previstos na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) ou em outros diplomas legais, mas é indubitável que a sua inclusão no texto constitucional traz evidente vantagem, em termos de inserção dentro do ordenamento jurídico, além de produzir um importante efeito psicológico, pois os direitos e deveres previstos na Constituição, pelo simples fato de ali estarem, são considerados especialmente relevantes dentro do sistema jurídico.

O já referido art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º, previu a possibilidade de aplicação cumulativa de três formas de responsabilização por danos cometidos ou ameaças impostas ao meio ambiente, ao determinar que as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano causado”.

Não obstante a possibilidade de aplicação das três formas de responsabilidade previstas na Constituição Federal, é fato que nem sempre todas elas se farão presentes. Onde houver um dano, incidirá a responsabilidade civil, mas não necessariamente a penal e administrativa, pois a conduta que o gerou pode não se adequar às figuras típicas previstas na lei penal ou na lei sancionatória administrativa.

Também se faz possível a presença da sanção administrativa ou penal mesmo na ausência de dano, como ocorre nos crimes de perigo, em que se penaliza a conduta que coloca em risco o bem jurídico, independentemente da verificação de dano efetivo.

Não se deve olvidar, porém, que a proteção do meio ambiente demanda o emprego coordenado de todos os instrumentos previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária. Fiar-se apenas nas sanções de natureza criminal é atitude temerária, pois embora seja um instrumento relevante na tutela ambiental, não é nem o mais eficaz, nem o que primeiro deve atuar.

2. De toda forma, ao prever expressamente a responsabilização criminal, a Constituição Federal não deixou dúvidas de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico digno da tutela penal.

Atendendo a sinalização da Constituição Federal, o legislador ordinário brasileiro criminalizou diversas condutas, com o fim de proteger o meio ambiente. A Lei nº 9.605/98, embora não esgote todos os tipos penais que têm por bem jurídico protegido o meio ambiente ecologicamente equilibrado, reúne a grande maioria deles e revela traços característicos do que se costuma denominar Direito Penal ambiental.

Prado faz severas críticas à Lei nº 9.605/98, apontando para a prodigalidade no uso de “conceitos amplos e indeterminados — muitas vezes evitados de impropriedades técnicas, lingüísticas e lógicas —, permeados por cláusulas valorativas e, frequentemente, vazados em normas penais em branco (v.g., arts 34, 38, 40, 45, 60, etc.), com excessiva dependência administrativa (v.g.: permissão, licença, autorização da autoridade competente). Aliás, essa ligação por demais estreita com a disciplina administrativa é, em muitos casos, fonte primeira do que se deve evitar: a grande indeterminação das prescrições típicas”⁽¹⁾.

Sucedo, porém, que alguns desses traços tão severamente criticados são tidos como inevitáveis para a mínima eficácia do Direito Penal como instrumento de tutela do ambiente. Martín Mateo observa, por exemplo, que sem a utilização de normas penais em branco, a criação de tipos penais ambientais incorporaria ao Código Penal centenas e centenas de páginas⁽²⁾.

Ainda alvo de crítica é a ampla utilização, pela Lei nº 9.605/98, de crimes de perigo, e, especialmente, de perigo abstrato. A tais críticas faz contraponto Costa Neto, quando assinala “que a adoção preponderante de fórmulas instituidoras de crimes de perigo mais se harmoniza com a idéia de precaução, prevalecente em matéria ambiental. Considerando-se, com efeito, a função geral de prevenção, a tipificação da ‘probabilidade de dano’ aumenta a possibilidade de se evitar a ocorrência de um prejuízo ambiental, em face do potencial e presumível desestímulo que a existência de um tipo penal deve exercer sobre os indivíduos”⁽³⁾.

Do exposto se pode depreender, então, que tutela penal do meio ambiente demanda um perfil diferente de criminalização, que se adeque às suas características de interesse difuso e aos princípios próprios do Direito Ambiental.

Esta última afirmação decorre da constatação de que a utilização de tipos de perigo se harmoniza com a idéia de pre-

caução, ou seja, encontra amparo no princípio da precaução, assim como a utilização de tipos penais abertos se alinha com o princípio da ubiqüidade, pois na medida em que o Direito Ambiental, assim como o meio ambiente, está em tudo e em todos os lugares, somente tipos penais menos estritos poderão abarcar todas as condutas que possam causar dano ou pôr em risco o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Do mesmo modo, a utilização de tipos penais em branco guarda relação com o princípio do desenvolvimento sustentável, na medida em que a busca deste passa pelo planejamento, pela intervenção, pela promoção e pela negociação que caracterizam a atuação administrativa ambiental, conforme faz ver Betancor Rodríguez.⁽⁴⁾

3. Contudo, as exigências da tutela penal ambiental, aparentemente conflitantes com os princípios constitucionais garantistas, podem ser com estes harmonizadas por meio de uma leitura que leve em conta os princípios de Direito Ambiental, também previstos na Constituição Federal. Da ponderação destes princípios é possível concluir-se pela constitucionalidade da tutela penal do meio ambiente, na forma construída pela Lei nº 9.605/98, que, apesar das críticas que lhe são feitas, não pode ser liminarmente rejeitada ou simplesmente execrada.

Tal conclusão é reforçada, ainda, pela constatação de que a tutela penal do meio ambiente, no Brasil, se dá no âmbito de um microsistema próprio, informado pelos princípios de Direito Ambiental e ungido pelos novos ares da Justiça Criminal consensual, reparadora e despenalizadora, trazida pela Lei nº 9.099/95.

De fato, a Lei nº 9.099/95 criou uma espécie de microsistema, inserido dentro do macrosistema penal. E também é possível afirmar-se que, a partir da interpenetração existente entre a Lei nº 9.605/98 e a Lei nº 9.099/95, a intervenção da tutela criminal na proteção ambiental também dá ensejo, no Brasil, à identificação de um microsistema, que pode ser denominado **Direito Criminal Ambiental**.

De fato, um rápido exame da Lei nº 9.605/98 revela que, dos crimes ali descritos, apenas os tipificados no art. 29, § 5º, e no art. 41 não admitem nem a transação penal, nem a suspensão do processo. Todos os outros admitem a aplicação de um desses institutos, cabendo a suspensão condicional do processo nos delitos descritos nos arts. 29, § 4º; 30; 33; 34; 35; 38; 39; 40; 42; 45; 53; 54; 54, § 2º; 56; 58; 61; 62; 63; 66; 67; 68 e 69. A transação penal, por seu turno, se apresenta possível para as demais figuras penais.

➔ Já se vê, então, que a criminalização das condutas que atentam contra o meio ambiente se dá quase integralmente em parâmetros que a inserem no novo modelo de Justiça Criminal criado pela Lei nº 9.099/95, um modelo marcado pelo consenso, pela preocupação com a reparação do dano e pela despenalização.

Por isso, a proposta de nova nomenclatura, que não significa um retorno à antiga denominação imperial, afastada desde a edição do Código Penal de 1890, já sob a égide republicana, e mantida desde então pelas posteriores Constituições (exceção feita à primeira Constituição republicana, de 1891, que fazia referência, em seu art. 34, XXIII, ao Direito Criminal) e pelo atual Código Penal, editado em 1940.

O uso da expressão Direito Penal realça a consequência jurídica do crime, a pena, como a nota mais importante desta disciplina, acentuando o seu caráter sancionador. Pois bem, é exatamente para realçar o caráter consensual, reparador e despenalizador do microsistema formado pelas Leis nºs 9.605/98 e 9.099/95, bem como para abarcar os institutos processuais que ali se apresentam, que a denominação *Direito Criminal Ambiental* se revela mais adequada para defini-lo, pois lança a luz do holofote sobre a conduta danosa ou perigosa ao meio ambiente, a ensejar uma nova atuação estatal, não mais focada na pena a ser imposta, mas sobretudo na reparação do dano, na cessação da atividade perigosa e no ajustamento da conduta do agente.

Assim, a Lei nº 9.605/98, ao interagir com a Lei nº 9.099/95, traz a tutela criminal do meio ambiente a um ponto de equilíbrio, no qual as críticas tradicionalmente feitas à intervenção penal na tutela ambiental perdem ainda mais suas forças. Se os princípios constitucionais de Direito Ambiental, especialmente os do desenvolvimento sustentável, da ubiquidade e da prevenção, por si só justificam o emprego, dentro dos limites do estritamente necessário, de normas penais em branco, de elementos normativos do tipo e de tipos penais abertos e de tipos de perigo, e se o legislador, por outro lado, ao tecer o microsistema do Direito Criminal Ambiental entrelaçou a tutela criminal do meio ambiente com o novo paradigma penal trazido pela Lei nº 9.099/95, concretizando os princípios da participação e do poluidor-pagador, então está-se a falar de algo totalmente novo, de uma forma de intervenção estatal que não mais se identifica com o Direito Penal clássico. A leitura desse microsistema deve ser feita de uma maneira nova, com a consciência de que as garantias erigidas em face do Direito Penal clássico devem ser

tomadas em conformidade com este novo paradigma. Não se cuida de afastá-las, pois são conquistas às quais não se deve renunciar. Cuida-se, tão-só, de determinar-se como elas devem incidir em uma seara para a qual originalmente não foram pensadas.

4. Na verdade, é até possível fazer-se uma aproximação entre o aqui denominado Direito Criminal Ambiental e o direito de intervenção defendido por Hassemer, para a tutela dos direitos difusos. Tal aproximação reforça a existência de um verdadeiro microsistema de tutela do meio ambiente, cujas inovações andam lado a lado com esta proposta da Escola de Frankfurt.

Foi ela apresentada, no Brasil, pelo próprio autor, em conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no dia 17.11.1993. Resumo dessa apresentação, elaborado por Cezar Roberto Bitencourt, encontra-se publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, de onde se podem extrair as seguintes palavras do professor da Universidade de Frankfurt: *‘Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do Direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade, e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de ‘Direito de Intervenção’. (...) Este campo do Direito tem que ser efetivamente orientado pelo perigo, pela periclitacão e não pelo dano. A ‘criminalidade moderna’ não é um caso de danos, é um caso de riscos. Normalmente nem se chega a produzir um dano, ou o dano ocorre quando é tarde demais. Assim, esse campo do Direito precisa poder reagir ao perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas’*⁽⁵⁾.

Ora bem, essa sucinta descrição de uma idéia que, em 1993, achava-se em gestação, revela de maneira quase imediata a sua adequação aos reclamos de mínima eficiência da tutela criminal do meio ambiente. A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito ou outras penas ditas alternativas, em atenção ao princípio da participação; a atuação antecipada da tutela criminal, na forma de delitos de perigo abstrato, em atenção ao princípio da prevenção, e o emprego de formulações típicas adequadas às peculiaridades do bem jurídico protegido, em atenção aos princípios da ubiquidade e do desenvolvimento sustentável, encontram guarida nesse direito de intervenção, o qual, na medida em que estaria situado “entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal”,⁽⁶⁾

poderia também utilizar-se de elementos não propriamente penais que o tornariam mais eficiente na proteção e tutela de bens e interesses supra-individuais, como mecanismos de responsabilização civil, em atenção ao princípio do poluidor-pagador.

É certo que o ora denominado Direito Criminal Ambiental não se identifica totalmente com o direito de intervenção pregado por Hassemer. A Lei nº 9.605/98 prevê, ainda, a imposição de penas privativas de liberdade, muito embora sua sistemática praticamente elimine a sua efetiva aplicação, quer por força da ampla incidência da transação penal e da suspensão condicional do processo, quer em razão da possibilidade de substituição daquelas, no momento da prolação da sentença, por penas restritivas de direito (art. 7º). Mas como ele próprio faz questão de alertar, este direito de intervenção é ainda uma idéia em construção, o que abre espaço para que se tome este microsistema criminal como uma das possíveis configurações do direito de intervenção.

Por outro giro, a leitura do Direito Criminal Ambiental pelo prisma do direito de intervenção permite o afastamento de muitas das objeções que normalmente se faz à tutela criminal do ambiente. Tomar-se este microsistema como uma forma nova de intervenção do Estado, não tão gravosa como o Direito Penal clássico, por não estar fundada, exclusiva ou principalmente, na pena privativa de liberdade, mas sim no já não tão novo paradigma da Justiça Criminal consensuada, despenalizadora e reparadora, instituído no Brasil pela Lei nº 9.099/95, pode conferir-lhe a necessária força e eficácia para a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. ●

Notas

- (1) Luiz Regis Prado. *Crimes Contra o Ambiente*, São Paulo: RT, 1998, pp. 16/17.
- (2) Ramón Martín Mateo. *Manual de Derecho Ambiental*, 2ª ed., Madrid: Trivium, 1998, p. 82.
- (3) Nicolau Dino de Castro e Costa Neto et alii. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 150.
- (4) Andrés Betancor Rodríguez. *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid: La Ley, 2001, p. 826.
- (5) Winfried Hassemer. *Perspectivas de uma Moderna Política Criminal*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, nº 8: 41-51, out-dez/1994.
- (6) *Ibidem*.

Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho
Procurador da República em São Paulo
e mestre em Direito pela PUC/SP

Os últimos anos têm contribuído para o ceticismo generalizado dos brasileiros em relação à classe política. Há uma impressão de que nunca se presenciou desordem dessa dimensão antes.

Para piorar, pesquisas⁽¹⁾ mostram a evolução patrimonial dos eleitos a contar da análise de declarações de bens e dados eleitorais. Quer dizer, mesmo dados públicos não escondem o enriquecimento de membros do Executivo e do Legislativo.

Além disso, recentes notícias de jornal evidenciam a gravidade do denominado Caixa 2 das campanhas eleitorais, cujos efeitos danosos se espalham no exercício dos mandatos.

Ambas as questões interligam-se, tornando a tutela penal necessária em complemento aos demais controles formais dos recursos utilizados pelos partidos e candidatos. Nesse sentido, Comissão de Juristas⁽²⁾ projetou tipos penais, com o fim de reprimir a manutenção e a movimentação de valores à margem da contabilidade de partido político, bem como a omissão de receita ou despesa na prestação de contas de partido ou de campanha eleitoral (art. 339 e art. 340, do Anteprojeto de reforma do Código Eleitoral — normas penais e processuais penais).

Tal anteprojeto, na inteireza, continha remissões abaixo dos dispositivos legais, de relevância para compreensão do conteúdo e para o conhecimento da autoria das sugestões de redação. Também, a Exposição de Motivos elaborada pelo professor **René Ariel Dotti** possuía notas de rodapé com informações quanto à reforma eleitoral, indicações de doutrina e de cunho normativo.

Ao ser encaminhado o anteprojeto ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, tanto as remissões como as notas de rodapé desapareceram para a surpresa de seus autores. Como forma de remediar a extirpação indevida do texto, fez-se posterior publicação pelo Tribunal Superior Eleitoral com objetivo de se preservar a versão integral⁽³⁾.

O episódio ilustra como se dá o processo legislativo em nosso país, em particular, quando se almeja inovar em matéria de direito eleitoral.

Entretanto, não se deve imaginar a novidade do problema. Para ilustrar, transcreve-se uma crônica⁽⁴⁾, dentre as muitas esquecidas da lavra de **Lima Barreto**, literato que muito sofreu com o preconceito da cor, bem assim com a rejeição de

parte dos intelectuais.

Rememorar o artigo do grande escritor constitui o modo pelo qual se convidam membros do IBCCRIM e demais leitores a acompanharem as próximas sabotagens à reforma eleitoral.

A fraude eleitoral

[Caretá] — 30/10/1915

Desde muito que várias personalidades da República, próceres de vários partidos e facções que se propunham salvar a pátria, mediante medidas inócuas ou simplórios cortes sistemáticos na arraia-miúda; desde muito, dizíamos, que várias personalidades se reuniam para resolver o problema da verdade eleitoral.

A comissão, como fazia há seis anos, se congregou naquela tarde para apresentar idéias tendentes a obter da exata manifestação das urnas a legítima representação nacional.

O senador Brederodes apresentou as suas idéias, o seu colega Marcondes as suas opiniões; Machado Malagueta aventou alguma coisa; enfim toda a comissão trabalhou a valer e os alvitreiros mais sutis, mais severos, mais saudáveis, foram sugeridos para que a fraude fosse evitada nas eleições federais.

Despediram-se amáveis, sorridentes. E, ao famoso "secretário" da comissão, o oficial da Secretaria do Senado, Raide, pareceu que, daquela confabulação, ia sair obra de grande valia e alcance.

O seu desgosto, ao supor isto, era de não poder ele também assinar o projeto. Seria a imortalidade...

Brederodes, que era econômico, desceu a pé até as ruas centrais. Atravessou o Campo de Santana apreensivo.

Chegou à chapelaria Watson e encontrou logo o seu adepto Fulgêncio, deputado desconhecido

Falou-lhe este com todo o respeito devido ao chefe supremo do seu partido.

— Como vai Vossa Excelência?

— Não estou bom hoje, Fulgêncio.

— Por quê?

— Aborreci-me no Senado, na reunião da comissão.

— Que houve?

— Escuta aqui.

E trouxe o seu assecla para um canto.

— Aquele canalha do Malagueta parece que anda de mãos dadas com o Dourado e os meus adversários no estado.

— Por quê?

— Não é que ele propôs que, na reforma eleitoral a fazer-se, não houvesse voto cumulativo? Estou derrotado...

Enquanto isso se passava, Malagueta, que viera de bonde, já se havia encontrado com a mulher e as filhas em uma confeitaria. Uma destas lhe disse:

— Papai parece que está contrariado.

— Pudera!

— Que houve, Chico? — perguntou-lhe a mulher.

— O tratante do Marcondes propôs na comissão que só houvesse um deputado por distrito e que estes fossem equivalentes ao número de deputados que cada estado dá.

— Que tem?

— Que tem? É que não faço nem quatro lá na nossa terra...

Marcondes não ouviu certamente o tratamento que lhe deu o seu amável colega, mesmo porque ele tinha corrido do Senado para a casa de uma adorável criatura, a Manon, francesa nascida nos arredores de Varsóvia.

— Marcondes não está bom hoje — disse-lhe esta.

— É verdade. O patife do Brederodes propôs medidas que acabam com as atas falsas nas eleições.

— Que tem isso?

— Que, se eu assinar o projeto, o Juca, o chefão, não me reelege.

O projeto, como era de esperar, não foi apresentado ao plenário e a comissão ainda estuda os meios eficazes de acabar com a fraude eleitoral. ●

Notas

- (1) Veja-se a obra: **RODRIGUES, Fernando**. *Políticos do Brasil — Uma investigação sobre o patrimônio declarado e a ascensão daqueles que exercem o Poder*. São Paulo: Publifolha, 2006.
- (2) Comissão instituída pelo presidente do Tribunal Superior Eleitoral (Portaria 391, de 10.08.05; Portaria 454, de 14.09.05), ministro **Carlos Vellozo**, composta por: **René Ariel Dotti** (relator), **Gerardo Grossi**, **Torquato Jardim**, **Costa Porto**, **José Guilherme Vilela**, **Fernando Neves**, **Nilo Batista**, **Benjamin Zymler**, **Lucas Furtado**, **Everardo Maciel**, **Miguel Reale Júnior** e **Leonice Severo Fernandes**.
- (3) Tribunal Superior Eleitoral. *Reforma Eleitoral: delitos eleitorais, prestação de contas (partidos e candidatos), propostas do TSE*. Brasília: SDI, 2005.
- (4) **LIMA BARRETO, Afonso Henriques de**. *Toda Crônica*. Apresentação e notas de **Beatriz Resende**; organização de **Rachel Valença**. Rio de Janeiro: Agir, 2004, v. I (1890-1919), pp. 246-7)

Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo

Advogado, mestre e doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP

CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR PELA REABILITAÇÃO

Eduardo Luiz Santos Cabette

Eduardo Luiz Santos Cabette

A nova Lei de Recuperação e Falências prevê em seu artigo 181, I a III, os efeitos da condenação por crime falimentar. São eles:

- a) inabilitação para a atividade empresarial;
- b) impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à Lei 11.101/05;
- c) impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Referida legislação também apresenta os marcos temporais de duração desses efeitos da condenação, desta feita em seu artigo 181, § 1º, sendo eles: cinco anos contados após a extinção de punibilidade ou antes disso por efeito da concessão da reabilitação.

A lei é expressa ao estabelecer que referidos efeitos não são automáticos, dependendo de declaração motivada do juiz na sentença (artigo 181, § 1º, da Lei 11.101/05). Porém, quando declarados, passados cinco anos da extinção da punibilidade, cessam automaticamente, independentemente de declaração judicial.

Não obstante, permite a lei a hipótese de o condenado obter a cessação dos efeitos ora em estudo antes dos cinco anos. Trata-se da obtenção desse benefício por intermédio da reabilitação, nos termos dos artigos 93 e 94, CP⁽¹⁾. Dessa forma, ensina a lei uma considerável redução do prazo de vigência dos efeitos da condenação do criminoso falimentar, eis que a reabilitação pode ser obtida decorridos apenas dois anos após a extinção ou execução da pena (artigo 94, CP). Neste caso, porém, a cessação dos efeitos não é automática, dependendo, obviamente, da decisão judicial acerca do pedido de reabilitação.

Sabe-se que, uma vez deferida pelo juiz, a reabilitação gera por força direta dos dispositivos legais do Código Penal, os seguintes efeitos:

- a) sigilo sobre os registros criminais do processo e da condenação;
- b) suspensão condicional de alguns efeitos da condenação, no caso, os efeitos específicos do artigo 92, CP, vedada a reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo⁽²⁾.

A questão a ser dirimida neste trabalho é saber se, com o advento do artigo 181, § 1º, *in fine*, da Lei 11.101/05, quando o juiz deferir a reabilitação do condenado por crime falimentar, serão os efeitos de tal decisão automaticamente abrangentes do disposto na lei esparsa ou dependerão aqueles de menção expressa no *decisum*, sob pena de este somente gerar os efeitos previstos no Código Penal (artigo 93, CP).

Exemplificando: o juiz, ao deferir reabilitação de condenado por crime falimentar não menciona especificamente na decisão a cessação dos efeitos da condenação previstos no artigo 181, I, II e III, da Lei 11.101/05, seja por

seu exclusivo olvido, seja porque o requerente, em seu pedido, limitou-se a pugnar pela reabilitação criminal, não solicitando expressamente a cessação dos efeitos específicos da Lei de Recuperação e Falências. Neste caso, como ficaria a situação do reabilitado? Gozaria ele tão somente dos efeitos previstos no Código Penal ou, independentemente de menção no *decisum*, também dos efeitos da Lei 11.105/05 (art. 181, § 1º, *in fine*)?

A indagação não é despidiçada, pois implica não somente possível limitação dos direitos do reabilitado, como também risco de sua incursão no tipo penal previsto no artigo 176 da Lei 11.105/05⁽³⁾.

A resposta referente ao indagado, no entanto, não parece oferecer maiores dificuldades: considerando que todos os efeitos da decisão de reabilitação decorrem automaticamente da lei a partir do deferimento judicial da reabilitação, a conclusão inarredável é a de que não deve ser diferente o caso do artigo 181, § 1º, *in fine*, da Lei 11.101/05. O fato de que esse efeito da reabilitação esteja previsto em diploma legal especial não passa de mera contingência irrelevante. Portanto, o reabilitado por crime falimentar, ainda que não haja menção expressa na decisão de reabilitação, usufrui, automática e imediatamente, da cessação dos efeitos do artigo 181, I, II e III, da Lei 11.101/05.

Malgrado isso, visando evitar futuras dúvidas ou controvérsias, seria de bom alvitre que o juiz, em sua decisão, faça menção expressa aos efeitos da lei especial. Também seria uma boa medida prática que o postulante, em seu pedido, não deixasse de pleitear os efeitos da reabilitação específicos da Lei 11.101/05, bem como que, em caso de omissão judicial, provocasse a manifestação expressa por meio dos Embargos de Declaração. Tudo isso porque, desta forma, são evitados prejuízos ao reabilitado, ainda que devidos a uma errônea interpretação da legislação. Afinal, é ensinamento popular que sempre “é melhor prevenir do que remediar”.

Notas

- (1) PESTANA, Denis. *Delitos Falimentares na Lei 11.101/05*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 199.
- (2) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 313.
- (3) “Art. 176 – Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta lei. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia, mestre em Direito Social, pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e professor de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal e Processual Penal na Graduação e Pós-Graduação da Unisal

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 – Asmego
- 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
 - Curso C.P.C.
 - Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SP



integrat

95
ANOS
1912

**Acompanhar toda a evolução do conhecimento jurídico é fácil.
É só acompanhar os lançamentos da Editora RT.**

Editora RT. 95 anos levados a sério.
São 95 anos gerando conteúdo
atualizado e de qualidade para
a formação e informação de profissionais
e estudantes da área jurídica.

EDITORA  REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR