

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

## EDITORIAL:

### A POLÍCIA FEDERAL, O PODER JUDICIÁRIO E AS MEGA-OPERAÇÕES

Desde o dia 13 de abril último, o País vem acompanhando de perto mais uma série de mega-operações iniciada pela Polícia Federal com a denominada operação “Hurricane”, à qual se seguiram as operações “Themis” e “Navalha”. Mega-operações como tais, com notável viés midiático, não representam qualquer novidade no cotidiano nacional. Até aí, portanto, as operações “Hurricane”, “Themis” e “Navalha” em nada se diferenciam das operações que as antecederam.

Desta vez, contudo, as investigações policiais esbarram no que de pior parece existir no Brasil. Escancaram o problema da corrupção de agentes públicos e incluem entre os investigados por supostos ilícitos penais magistrados, prefeitos, (ex-)governadores, secretários de governo, deputados e o próprio presidente do Senado Federal.

A necessidade de se investigar às últimas conseqüências as acusações que recaem sobre esses agentes públicos é certa, desde que se pretenda repelir a corrupção endêmica das instituições nacionais. Há, portanto, consenso no que diz respeito à finalidade das mega-operações levadas a cabo nos últimos meses.

Quando se trata dos métodos de investigação, todavia, o consenso está longe de existir. No último dia 23 de maio, advogados entregaram ao ministro **Raphael de Barros**, presidente do Superior Tribunal de Justiça, carta manifestando preocupação com a forma segundo a qual têm sido conduzidas as mega-operações, não apenas no âmbito da Polícia Federal, mas no seio do próprio Poder Judiciário, a quem cabe autorizar toda a sorte de medidas cautelares no curso das investigações.

Alerta-se, por exemplo, para o uso de verdadeira parafernália bélica pela Polícia Federal, com evidente caráter cinematográfico, no cumprimento de mandados de prisão de indivíduos que nenhuma resistência demonstraram ao cumprimento das ordens judiciais. Alerta-se, ainda, para a indevida imposição de sigilo sobre o conteúdo das investigações e para o deferimento de medidas cautelares sem a necessária comprovação do *fumus boni iuris* e da necessidade, e sem a também necessária observância da proporcionalidade em relação às situações de fato e, por vezes, aos próprios delitos apurados.

Por outro lado, a opinião pública, movida pela tão conhecida sensação de impunidade, insurgiu-se contra esse mesmo Poder Judiciário quando, por meio de sucessivas ordens de *habeas corpus*, são postos em liberdade os investigados indevidamente presos nas mega-operações em questão. Reclama-se que “a polícia prende e a Justiça solta”. E, na esteira desse perigoso discurso, vêm à tona propostas de revisão do Código de Processo Penal, como a encaminhada ao Congresso Nacional em outubro do ano passado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil

(Ajufe), em que se defende a decretação de prisão preventiva tendo como único critério “a densidade do arcabouço probatório”, a estabelecer uma clara relação com a culpabilidade do indivíduo investigado<sup>(1)</sup>.

As mega-operações policiais parecem, assim, ter criado, nos mais diversos meios sociais, notável inversão das noções acerca da sistemática processual penal.

Longo foi o caminho trilhado de 1988 para cá, a fim de fazer prevalecer o devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de não-culpabilidade, entre outras garantias, como critérios norteadores do sistema processual penal, em prol de todo e qualquer indivíduo que possa vir a ser investigado ou acusado — pouco importa a razão.

Não se pode admitir, com efeito, que, em nome de uma imaginada defesa das instituições — e por mais graves que sejam as acusações —, o Estado imponha pena sem processo. Medidas abusivas tomadas pela Polícia Federal no curso das operações em comento expõem os investigados à opinião pública como se condenados fossem. E se admitirmos que muitas dessas medidas são executadas com o respaldo de autorizações judiciais concedidas ao arrepio dos requisitos previstos em lei, forçoso será concluir que o que se pratica hoje, em realidade, no âmbito mesmo do Poder Judiciário, é a antecipação da pena em detrimento do *due process of law*.

Nesse contexto — em que se executam prisões, buscas e apreensões, entre outras medidas, com finalidade eminentemente simbólica — resta inevitável a sensação posterior de impunidade. Se, no afã de dar pronta resposta aos clamores sociais por maior moralidade pública, o Judiciário ilegalmente autoriza e a polícia prende, inevitável que o próprio Poder Judiciário, ainda que tardiamente, atenda aos reclamos defensivos, fazendo cessar as ilegalidades geradas em seu próprio bojo.

Longe de se reverterem de qualquer eficácia no combate à criminalidade organizada ou à corrupção que tanto se quer ver extirpada de nosso sistema político, as mega-operações, como tantas coisas no Brasil, revelam-se medidas paliativas, criadas para gerar efêmera sensação de conforto e de confiança nas instituições.

Perenes, contudo, são os prejuízos acarretados não apenas aos indivíduos alvo das investigações, como à ordem jurídica. A prevalecerem as práticas investigativas até aqui adotadas, caminharemos para um regime de exceção, na contramão da história. ●

## Nota

(1) “A PF prende, a lei solta: navalha II – as razões do descompasso entre as operações policiais e o rito da Justiça”. *Carta Capital*, nº 446, 30 de maio de 2007, pp. 25/26.

Editorial

## Índice

### EDITORIAL:

- **A POLÍCIA FEDERAL, O PODER JUDICIÁRIO E AS MEGA-OPERAÇÕES** 1
- **DIREITO EM DEBATE: RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENEFICA: A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 (LEI DE TÓXICOS)** Vinicius de Toledo Piza Peluso 2
- **DIREITO EM DEBATE: NOVA LEI DE DROGAS E APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º** Plínio Antônio Britto Gentil 4
- **O QUE (NÃO) MUDOU UM ANO APÓS O INÍCIO DOS ATENTADOS DO PCC** Carolina Dzimidas Haber 6
- **A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO** Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho 7
- **PRISÕES CAUTELARES: ENTRE A NECESSIDADE E A POSSIBILIDADE** Daniel Gerber e Rafael Braude Canterji 9
- **O NÚCLEO DO PROBLEMA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho 11
- **PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS: EM BUSCA DA REDUÇÃO DE DANOS** Aury Lopes Jr. e Cristina Carla Di Gesu 14
- **COMÉRCIO DE ÓRGÃOS HUMANOS: ATÉ ONDE VAI A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO?** Gustavo Noronha de Ávila, Gabriel José Chittó Gauer e Ruth Maria Chittó Gauer 17
- Caderno de Jurisprudência**
- **DIREITO POR QUEM O FAZ: NATUREZA JURÍDICA DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28, LEI Nº 11.343/2006)** 1089
- EMENTAS:**
- **Supremo Tribunal Federal** 1091
- **Superior Tribunal de Justiça** 1091
- **Tribunais Regionais Federais** 1092
- **Tribunais de Justiça** 1094

## RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA: A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 (LEI DE TÓXICOS)

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Em um País que sofre os efeitos decorrentes da incessante e inflacionada ação legiferante, o problema da sucessão de leis penais, e especificamente a questão da retroatividade da lei penal mais benéfica, parece nunca querer sair de cena, reiteradamente emergindo com toda força a cada nova lei publicada, suscitando acalorados debates e, dentre eles, a questão sobre a possibilidade da conjugação de elementos da antiga e nova lei para a valoração da benignidade e sua eventual aplicação retroativa.

No caso, a Lei nº 11.343/06, em seu art. 33, § 4º, criou inédita causa de diminuição de pena em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ao estabelecer que as penas serão diminuídas de 1/6 a 2/3 nos casos de réus primários e de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas e nem integrem organização criminosa, gerando, assim, a questão de sua aplicabilidade, ou não, aos casos anteriores à sua vigência.

De fato, a posição dogmática que nega a combinação entre a antiga e a nova lei, com a conseqüente aplicação retroativa de parte da lei nova mais favorável aos acusados, é considerada a posição tradicional e vem embasada em respeitáveis doutrinadores nacionais (Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso etc.) e estrangeiros (Vincenzo Manzini, Luis Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo, Enrique Bacigalupo, Francisco Muñoz Conde, Manuel Cobo del Rosal etc.).

Entretanto, ainda que respeitada tal posição dogmática, o fato é que não convence a fundamentação utilizada de que é vedado ao juiz combinar ambas as leis em busca de posição jurídica mais favorável ao cidadão, conjugando os aspectos benéficos tanto da antiga quanto da nova lei penal e os aplicando, sob pena do mesmo, nessa situação, estar criando uma nova lei (*tertia lex*) e, portanto, indevidamente legislando.

Tal posicionamento é resultado do método da ponderação unitária (ou global), que significa que “é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada” (v. TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 154), pois não seria lícito ao juiz construir regimes particulares pela conjugação de elementos retirados de uma e outra lei, com prejuízo da quebra de coerência e a obtenção de um resultado aberrante, ainda que concretamente vantajoso para o agente (*op. cit.*).

Entretanto, adverte corretamente Tai-

pa de Carvalho que há de se recusar tal posicionamento dominante, ante a ausência de fundamentação suficiente, que, na verdade, configura-se mais como uma mera afirmação dominante que vem sendo reiteradamente repetida, sem demonstrar donde a ilegitimidade e a aberração dos resultados (*op. cit.*, p. 156).

Assim, sustenta que o método correto para a determinação da lei penal mais favorável, nos casos de sucessão de leis, seria o da ponderação diferenciada (ou discriminada), que considera a complexidade de cada uma das leis e a relativa autonomia de cada uma das disposições, procedendo-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, com a conseqüente aplicação, ao caso concreto, das disposições de ambas (*pp. cit.*, p. 154), inclusive porque tal proceder “é imposto pela ratio jurídico-política da proibição da retroatividade desfavorável e pela ratio político-criminal da imposição da retroatividade favorável” (*op. cit.*, p. 158), razão pela qual “a solução mais correcta e imposta político-criminalmente é a que passa pela ponderação concreta e diferenciada, aplicando-se de cada uma das leis em confronto as disposições penais que sejam concretamente mais favoráveis ao infractor” (*op. cit.*, p. 160).

De tal postura, não destoa Günther Jakobs ao afirmar que a ponderação unitária de alternatividade das leis viola o princípio da legalidade, e, para evitar tal violação, “la determinación de la ley más favorable ha de llevarse a cabo por separado para cada clase de reacción y para cada fase de la determinación, de modo que puede haber que aplicar, en función de cada reacción penal o de la fase de cómputo en cuestión, distintas leyes como en cada caso más favorables” (v. *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 125-126).

Quanto à alegação de criação de *tertia lex* por parte do julgador ao combinar os elementos da lei antiga e da lei nova, Francisc o Alimena afirmava corretamente que uma disposição da lei penal pode ser constituída por várias partes, pois, tal como o preceito incriminador, também o preceito sancionatório pode ser constituído por diferentes partes, podendo ocorrer que, numa parte, seja mais favorável a lei anterior e, noutra, seja mais favorável a lei nova ou vice-versa, sendo, pois, infundada a alegação de eventual violação ao princípio da separação de poderes ao assim proceder, pois, no caso, o juiz “não

legisla nada” (*apud* TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Op. cit.*, p. 159).

Ademais, como observado por Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, não há razões de fundo para se opor à conjugação da lei antiga e nova, pois, em Direito Penal, há casos de combinações de leis admitidas, pois, não raro, estão as leis penais incompletas (p. ex. leis penais em branco) exigindo sua integração com outras disposições, sempre e quando existam bases claras de determinabilidade legal, o que, definitivamente, ocorre com a *tertia lex* mais favorável, configurando-se, assim, uma simples interpretação integrativa em favor do réu, algo perfeitamente possível (v. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997, v. I, p. 109).

Finalmente — e aqui creio o ponto mais importante e fulcral da questão —, a retroatividade da lei penal mais benéfica no Brasil, ao contrários dos países onde a tese contrária originou-se, é princípio constitucional expresso no art. 5º, XL, da CF, estabelecendo categoricamente que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, a configurar, pois, a retroatividade benéfica como verdadeiro direito fundamental dos cidadãos.

Como se sabe, os direitos fundamentais funcionam como um “cânon para disciplinar jurídicamente las diversas manifestaciones de la vida del Estado y de la sociedad. De ahí que existan supuestos peculiares que connotan la interpretación de los derechos fundamentales con rasgos distintivos” (PÉREZ PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, p. 310), o que, inegavelmente, vem a causar importantes reflexos na interpretação do sistema jurídico-legal; e, dentre os *topoi* para a interpretação constitucional que venha a gerar imediata repercussão na esfera dos direitos fundamentais, é de vital importância o princípio do *in dubio pro libertate*, que concretiza a presunção geral, própria do Estado Democrático de Direito, em favor da liberdade dos cidadãos — ou seja, trata-se de uma opção constitucional em favor da liberdade (*favor libertatis*), segundo a qual, em casos duvidosos, deve-se optar pela interpretação que melhor proteja os direitos fundamentais, concebendo o processo hermenêutico constitucional como um trabalho tendente a maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais (*op. cit.*).

Daí, corretamente afirmado por Frederico Marques que “a norma do caso con-

creto é construída em função de um princípio constitucional, como o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benígna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o 'todo', para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benígno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor-se a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional. (...) Quando está em jogo a Constituição, o juiz, para cumpri-la, pode até mesmo usar os poderes pretorianos do adjuvare, supplere, corrigere, sem que esteja se exorbitando. Por que lhe cercear, portanto, a escolha da regra aplicável quando esta é tirada de lei anterior ao julgamento?" (in *Tratado de Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1964, v. I, p. 210).

Por outro lado, a confirmar a plena aplicabilidade do direito fundamental da retroatividade das leis penais benéficas, ainda que decorrente da conjugação das leis anterior e posterior, veja-se o teor do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que estabelece que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, apli-

ca-se aos fatos anteriores, não conhecendo tal disposição legal, portanto, qualquer exceção, razão pela qual inexistente, entre nós, óbice à combinação das leis penais sucessivas (v. CIRINO DOS SANTOS, Jua-rez. *Direito Penal – Parte Geral*, Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 50).

Tal posição, inclusive, é a que vem sendo adotada pela, designada, moderna dogmática brasileira (Jua-rez Cirino dos Santos, Júlio Fabbrini Mirabete, René Ariel Dotti, Paulo Queiroz, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Luiz Régis Prado, Cezar Roberto Bittencourt, Álvaro Mayrink da Costa, Rogério Greco, dentre outros).

Assim sendo, diante das breves considerações supra, entendo que inexistente qualquer óbice à aplicação retroativa da causa de diminuição de pena, estabelecida pelo § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, aos casos ocorridos anteriormente à sua vigência, por dar, assim, plena eficácia ao princípio constitucional da retroatividade das leis penais mais benéficas e, conseqüentemente, maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima aplicabilidade dos direitos fundamentais. ◉

#### Vinicius de Toledo Piza Peluso

Juiz de Direito/SP, professor universitário, membro do Inst. Bras. de Ciências Criminais (IBCCRIM), membro da Assoc. dos Juizes para a Democracia (AJD) e membro da Assoc. Internacional de Direito Penal (AIDP)

Vinicius de Toledo Piza Peluso



**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:

Silvia Helena Furtado Martins

#### CONSELHO CONSULTIVO:

Cárlos 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 Sinhoretto

**PÓS-GRADUAÇÃO:** Helena Regina Lobo da Costa

##### RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marcos Alexandre Coelho Zilli

##### Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Flávia D'Urso,

Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriçá

#### REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

**CRIMINAIS:** Juliana Garcia Belloque

#### COMISSÕES:

##### Presidentes:

**CÓDIGO PENAL:** Mariângela Gama de Magalhães Gomes

**CONVÊNIO:** 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

## CURSOS E EVENTOS

### MESA DE ESTUDOS E DEBATES

*“Adolescentes em Conflito com a Lei x ECA. Contribuição ou Prevenção à Violência?”*

Data: 21 de junho de 2007 às 10h00

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

Expositores: Fernanda de Lima Poletto (psicóloga)

e Clilton Guimarães (promotor de Justiça).

Vagas Limitadas!

Inscrições e informações: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) ou (11) 3105-4607 ramal 144

### SEMINÁRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP

Organização: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, Escola Paulista da Magistratura, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Ordem dos Advogados do Brasil - 39ª Subseção de São Bernardo do Campo.

Data: De 18 a 22 de junho de 2007 — Horário: 20h00

Local: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Palestrantes: Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Silva Franco,

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Heitor Donizete de Oliveira

e Marco Antonio Rodrigues Nahum.

Informações e inscrições: até 13/06/2007, (11) 4123-0222 – Ramais 202 e 210 pos@direitosbc.br ou [www.direitosbc.br](http://www.direitosbc.br)

Importante: Serão conferidos certificados aos participantes com aproveitamento correspondente a 80% de frequência.

**Introdução**

A entrada em vigor da Lei nº 11.343/06 trouxe, dentre outras novidades, uma causa de redução de pena para autores de tráfico ou delitos a ele equiparados, prevista no seu artigo 33, aplicável se o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

Trata-se de circunstância que naturalmente representa um benefício para o réu e, por isso, acende a discussão sobre sua aplicabilidade aos casos regidos pelo artigo 12 da Lei nº 6.368/76, já que, por princípio constitucional, a nova lei mais benéfica deve ser aplicada retroativamente.

No entanto, a possível adoção do novo dispositivo legal parece assunto de difícil solução. Avultam em torno dele o problema da combinação de partes de duas leis diferentes e a dificuldade em determinar qual das duas normas — a antiga ou a nova — é a mais favorável ao réu.

**A diminuição da pena e sua possível aplicação retroativa**

O crime a que o citado parágrafo 4º se pretende aplicável é o de tráfico e algumas variações, previstos agora no art. 33, caput, e parágrafo 1º (com pena mínima de cinco anos de reclusão) e, antes, no artigo 12, caput, e parágrafo 1º, da Lei nº 6.368/76 (pena mínima de três anos).

A questão central é a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena na hipótese de crimes de tráfico cometidos na vigência da lei anterior e por ela regidos. Ou seja, da aplicação combinada do art. 12 da Lei nº 6.368/76 com o parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Eventual conclusão afirmativa leva à possível fixação de uma pena de um ano de reclusão ao traficante (três anos menos dois terços).

Lei penal mais favorável ao acusado assim o é, no dizer de **Hungria**, “*não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu*”. Na esteira de tal raciocínio é impossível fugir à constatação de que a introdução de uma causa de redução de pena, antes inexistente, constitui um tratamento penal mais benéfico ao acusado.

Segue por aí **Mirabete**, que, naturalmente, sem se referir à nova Lei de Drogas, aceita a junção de duas normas para beneficiar o réu. Aparentemente se poderia extrair de seu magistério justificativa para a combinação do art. 12 da lei antiga

com o parágrafo 4º do art. 33 da nova. Para ele, que faz menção a **Frederico Marques, Magalhães Noronha e Basileu Garcia**, “*(...) A melhor solução, porém, é a de que pode haver combinação das duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra lei, como também com a combinação de partes de dispositivos da lei anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido a julgador a aplicação de uma ‘terceira lei’ (formada por parte de duas), essa orientação se afigura mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável. Se lhe está afeto escolher o ‘todo’ para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepassar a pruridos de Lógica Formal*”<sup>(1)</sup>.

**O dispositivo mais benéfico no contexto do artigo 33**

Mesmo se admitindo a possibilidade de conjugação de duas normas para, resultando numa terceira, beneficiar o réu, importa considerar que a causa de redução de pena em questão não chega, por si só, a ser **uma norma**. Ela, na verdade, **está contida** numa norma, que é o artigo 33 da nova Lei de Tóxicos, da qual é parte, juntamente com outros dispositivos que, por sua vez, nada têm de mais benignos. Um deles é o que fixa a pena privativa de liberdade, para os autores dos delitos que define, num mínimo de cinco anos. Outro é o que, para os mesmos crimes, atribui pena pecuniária mínima de quinhentos dias-multa. Ora, todos estes são comandos do mesmo artigo 33, os quais, em conjunto com os demais dispositivos nele contidos, formam, aí sim, uma norma.

Ora, se uma norma de caráter penal possui comandos mais favoráveis ao réu, dentre outros menos favoráveis, uns somente podem ser aplicados se também o forem os outros, considerando que **todos reunidos é que compõem a norma**. Esta perderia sua natureza de **ordenação racional**<sup>(2)</sup> se apenas alguns dos comandos pudessem ser pinçados para serem aplicados em conjunto com outros provenientes de normas diferentes.

Pois bem. Justamente aí é que se coloca a questão da aplicabilidade do parágrafo 4º do citado artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Como visto, o conteúdo desse

parágrafo introduz causa de diminuição de pena privativa de liberdade, até então inexistente. Mas ele configura um dispositivo que existe **na mesma norma** que também contém comandos representativos de um tratamento penal mais severo.

**A inconveniência de cindir normas para criação de uma terceira**

Não é fruto da melhor interpretação nem da melhor técnica a montagem de uma nova norma com pedaços de outras.

Bem por isso o magistério do mesmo **Hungria** no sentido de que “[...] *cumprir advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador; formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis*”<sup>(3)</sup>.

É oportuno notar que na legislação penal militar tal solução foi positivada, conforme se vê do disposto no parágrafo 2º do artigo 2º do Código Penal Militar, que tem a seguinte redação: “*Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.*”

O assunto, como não poderia deixar de ser, chegou aos tribunais e são vistas decisões numa e noutra direção, ora reconhecendo a minorante sobre a pena cominada pelo artigo 12 da lei anterior, ora afastando expressamente essa possibilidade. Nesse último sentido é notável a objetividade de acórdão proferido pela Sexta Câmara do Terceiro Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de onde vale conferir a seguinte passagem: “*A interpretação deve ser feita de forma sistemática, dentro daquilo que pretendeu o legislador com o aumento da pena mínima: facultar sua redução, apenas e tão-somente para os crimes previstos no caput e parágrafo primeiro do artigo 33, em casos específicos e desde que justificadamente. Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro não permite a aplicação cindida de leis, sendo que, num eventual conflito aparente de normas, impossível selecionar apenas os aspectos mais benéficos de uma e de outra, hipótese em que o intérprete estaria, em verdade, criando novo texto de lei*”<sup>(4)</sup>.

**A norma mais benigna deve ser aplicada**

Parece haver mesmo uma inclinação

dos tribunais para não admitir a conjugação do trecho da Lei nº 11.343/06, que instituiu uma causa de diminuição de pena, com o artigo 12 da Lei nº 6.368/76, na parte em que comina penas ao crime de tráfico.

Assim é que, a prevalecer o entendimento contrário à conjugação das leis, por ora dominante, mas nada pacífico, as duas normas — artigo 12 da Lei nº 6.368/76 e artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06 — serão aplicadas **por inteiro** dependendo de qual seja a mais benigna.

Mas como determinar qual a norma mais benigna?

Tudo está a indicar que seja a da velha lei, que comina pena mínima de três anos de reclusão e de cinquenta dias-multa, enquanto a nova prevê um mínimo de cinco anos de reclusão e estabelece multa mínima de quinhentos dias.

Mas e se for caso de aplicação do citado artigo 33 em combinação com o seu parágrafo 4º? Aí, se a pena de cinco anos for reduzida para menos de três anos, a nova lei passa a ser a mais benéfica ao acusado — excluída, é claro, a questão da multa.

Nessa hipótese, então, teria cabimento aplicar retroativamente o artigo 33 — **todo** — da Lei nº 11.343/06 aos fatos cometidos antes de sua vigência? A resposta há de ser afirmativa, dado que ela é, inequivocamente, dentre as duas normas possíveis, a mais favorável ao réu, já que lhe possibilita ser apenado com cinco anos de reclusão menos dois terços, cálculo que conduziria a menos que os três anos previstos pelo artigo 12 da Lei nº 6.368/76.

E como saber se será caso de reconhecer a incidência do parágrafo 4º e se assim a pena total será inferior à cabível com base na Lei nº 6.368/76?

A resposta é que caberá ao juiz, examinando cada caso concreto, decidir se o réu, por sua condição pessoal, preenche os requisitos postos pelo citado parágrafo 4º e assim faz jus à causa de diminuição de pena e qual será a fração de redução aplicável. Se a conclusão for afirmativa e **levar a uma pena reclusiva inferior a três anos**, deverá optar pela nova lei, em atenção ao disposto no artigo 5º, XL, da Constituição. Nesse caso parece claro que o julgador fará uma projeção antecipada da dosimetria, que lhe permitirá calcular a pena antes de decidir por qual lei optará, circunstância na qual não há razão para ver qualquer problema.

E o aumento da pena de multa não desnatura o caráter mais benéfico do novo dispositivo?

Quer parecer que não. Uma, porque os bens em jogo são, de um lado, a liberdade e, de outro, o patrimônio, havendo-se de dar

maior importância à primeira. Outra, porque a multa, ao contrário da pena de prisão, pode ser quitada em parcelas, a teor do disposto no artigo 50 do Código Penal, de aplicação subsidiária aos casos disciplinados por leis extravagantes com as quais não for incompatível (art. 12). Outra ainda, porque, eventualmente não paga, nunca se converterá em privação de liberdade, graças à nova redação do artigo 51 do Código Penal, mas em dívida de valor, exequível na forma utilizada pela Fazenda Pública para haver seus créditos. A possível inexistência de patrimônio a garantir o débito resultará, na prática, apenas no inadimplemento de uma obrigação civil.

Se, de qualquer modo, persistir alguma dúvida acerca da determinação da lei mais benigna, ainda restará, por fim, a análise do caso concreto e, se necessário, o recurso extremo da **consulta ao defensor do acusado** sobre a norma que seja mais conveniente a este, adotando-se a solução preconizada por **Mirabete**, de novo lembrando **Hungria**, no sentido de que “*Não parece absurdo que se permita ao defensor do réu ou condenado escolher aquela (lei) que mais convier a este quando, havendo conflito, somente o interessado possa aquilatar o que mais o beneficia*”<sup>(5)</sup>.

### Conclusão

1. O dispositivo contido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que introduz situação mais benéfica ao réu, é, na verdade, apenas parte de uma norma, que é o artigo 33 da citada lei;

2. Setores da doutrina e da jurisprudência admitem a aplicação desse novo dispositivo em combinação com o artigo 12 da Lei nº 6.368/76, em atenção ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna;

3. Outros não aceitam a conjugação de duas normas, pois isso resultaria na criação de uma terceira norma, o que não é dado ao juiz fazer. É a posição do autor;

4. Aplicando-se isoladamente e por inteiro as normas referentes ao assunto, contidas na Lei nº 6.368/76 ou na Lei nº 11.343/06, coloca-se o problema de considerar qual delas é mais favorável ao réu;

5. Essa dúvida deve ser resolvida pela análise do caso concreto, em prol da norma de que resulte pena privativa de liberdade menor, com ou sem reconhecimento da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, e a despeito da cominação de multa maior por esta lei;

6. Em último caso, nada obsta fazer consulta ao defensor do acusado a respeito de qual será para este a norma de aplicação mais conveniente. ◻

Plínio Antônio Britto Gentil

### COORDENADORES REGIONAIS:

#### 1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

#### 2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

#### 3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

#### 4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

#### 5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

#### 6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Barandier

#### 7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

#### 8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

#### 9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

#### 10ª REGIÃO (SP):

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 Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do Boletim do IBCCRIM encontra-se em nosso site.”

### DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas  
Tel./Fax (11) 6215-3596  
E-mail: [ameruso@ameruso.com.br](mailto: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](mailto:ibccrim@ibccrim.org.br) e  
[boletim@ibccrim.org.br](mailto:boletim@ibccrim.org.br)

**Bibliografia**

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.  
 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.  
 MINAS GERAIS. Estado. Site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.  
 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1996.  
 MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins, 1973.  
 ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.  
 SÃO PAULO. Estado de. Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

**Notas**

- (1) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1996, 1 v., p. 65.
- (2) Para S. Tomás de Aquino, a lei é uma ordenação da razão, destinada ao bem comum e promulgada pela autoridade competente. *Apud MONTORO, André Franco, in Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo: Martins, 1973.
- (3) HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, 1 v., 1 t., p. 120.
- (4) Apelação criminal nº 885.704.3/9-0000-000, Comarca de S. Paulo, rel. des. Marco Antonio, v.u., 01/mar./2007. No mesmo sentido é o julgamento da apelação n. 969.988-3/5: “Pena – Fixação – Tráfico de entorpecentes –

*Redução da reprimenda aplicada (3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado e pagamento de 50 dias-multa) nos termos da Lei nº 11.343/06 – Impossibilidade – Hipótese – Quantidade de entorpecentes apreendida (22 tijolos de maconha e 5g de cocaína) – Observância – Recurso não provido – Santa Bárbara D’Oeste – 14ª Câmara Criminal – Relator: Alfredo Fanucchi – 15.3.07 – v.u.”*  
 (5) MIRABETE, *op. cit.*, p. 64.

**Plínio Antônio Britto Gentil**

Procurador de Justiça no Estado de São Paulo, doutor em Direito Processual Penal (PUC/SP), professor universitário e membro do Movimento Ministério Público Democrático

Plínio Antônio B. Gentil

## O QUE (NÃO) MUDOU UM ANO APÓS O INÍCIO DOS ATENTADOS DO PCC

Carolina Dzimidas Haber

Um ano após o início dos ataques atribuídos ao PCC no Estado de São Paulo, pouca coisa mudou. Na verdade, os órgãos de segurança pública continuaram a reagir com violência sem demonstrar nenhuma preocupação com uma atuação mais preventiva e que pudesse surtir efeitos a longo prazo. De fato, dados oficiais da Secretaria de Segurança Pública apontam que, em 2006, 533 homicídios foram praticados pela polícia em situação de confronto com civis, em contraste ao ano anterior, que contabilizou o total de 300 homicídios.

De acordo com a Ouvidoria de São Paulo, entre 12 e 21 de maio, 87 pessoas foram vítimas de crimes de autoria desconhecida, praticados por pessoas que usavam máscaras, carros escuros e vidros filmados, além de armas de grosso calibre, totalizando 52 casos. Em 11 desses casos, existe a suspeita de participação de policiais.

Os números da violência são assustadores. Entre 12 e 20 de maio, 493 pessoas morreram vítimas de ferimentos causados por armas de fogo no Estado de São Paulo, de acordo com o Cremesp, que analisou os laudos apresentados por 23 unidades do Instituto Médico Legal. O problema é que não houve avanço nas investigações sobre os responsáveis pelos ataques e, muito menos, pelos confrontos ocorridos entre a polícia e a população em decorrência dos atentados.

De acordo com os dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, publicados pelo jornal *Folha de S.Paulo* em 11 de maio de 2007, 83,91% dos casos de homicídios e tentativas de homicídio de autoria desconhecida ocorridos na capital não foram solucionados,

ou seja, dos 87 inquéritos policiais instaurados entre 12 e 20 de maio de 2006, apenas 14 têm seus autores conhecidos hoje pelas autoridades. Desses 14 casos, só 6 têm relação comprovada com ataques promovidos pela facção criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital). Para o governo de São Paulo, 140 mortes teriam ocorrido em razão dos ataques realizados em maio.

Os dados apresentados são contraditórios. Segundo o jornal *Folha de S.Paulo* de 10 de maio de 2007, o Ministério Público divulgou que, dentre essas 493 mortes, 243 teriam relação com os ataques realizados em maio de 2006. Desses casos, apenas oito foram denunciados, sete relacionados à morte de integrantes da força de segurança e um de um civil. Além das denúncias, 57 inquéritos estão em andamento, 19 foram arquivados, 15 foram relatados e 144 ainda não foram analisados.

Logo após os ataques de maio de 2006, o Senado Federal aprovou um pacote de projetos de lei com o intuito de conferir maior rigor à legislação penal em relação aos líderes das organizações criminosas, dentre os quais apenas um, até o momento, foi convertido em lei, nº 11.466, que prevê como falta disciplinar grave do preso e como crime do agente público a utilização de telefone celular. Após quase um ano, a lei foi finalmente promulgada em razão dos clamores sociais que surgiram após a prática de mais um ato violento em nosso país, a morte de João Hélio, no Rio de Janeiro.

Só temos a lamentar diante do quadro apresentado. Apesar da gravidade dos fatos ocorridos em maio de 2006, as autoridades públicas não assumiram o compromisso com a adoção de medidas capazes

de mudar o quadro da segurança pública em São Paulo. Como bem ressaltou **Paulo de Mesquita Neto**, em artigo publicado no jornal *Folha de S.Paulo* em 07 de fevereiro de 2007, a prática do governo continua a ser a de divulgar estatísticas parciais e explicações fundadas em interesses próprios, e não na análise dos fatos, referindo-se ao fato de que o número de mortes atribuídas à polícia no ano de 2006 e que foram divulgadas pela Secretaria de Segurança Pública não incluiu as mortes que aconteceram quando os policiais estavam em folga e nem os casos registrados como homicídio doloso ou culposo, mas apenas os registrados como resistência seguida de morte.

O que se percebe, portanto, é que, apenas medidas isoladas como a promulgação de leis e a reação violenta dos órgãos de segurança pública aliadas à falta de comprometimento das autoridades públicas não foram capazes de mudar, em um ano, o quadro da segurança pública que possibilitou a ocorrência de fatos tão violentos em São Paulo. Não é preciso ser vidente para prever o que essa situação pode ocasionar. Um breve retorno à “megarebelião” que ocorreu em 18 de fevereiro de 2001 no Estado de São Paulo nos permite verificar que os discursos e as medidas adotadas foram semelhantes, mas não conseguiram evitar que em 2006 a violência extrapolasse os limites das unidades prisionais. Só nos resta pensar sobre o que podemos esperar do futuro que não parece muito promissor. ◉

**Carolina Dzimidas Haber**

Mestre pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral da USP e professora da Escola de Direito da FGV/SP

Carolina Dzimidas Haber

# A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho

A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL A PARTIR DA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

## Introdução

O discurso de que o aumento de penas, a redução da maioria penal ou a criação de novos tipos penais pode resolver o problema da criminalidade, não passa de uma resposta ineficaz do Estado para a sociedade, nos momentos em que os cidadãos “clamam por justiça”. Para se reduzir a prática de crimes, o Estado deve investir em um plano de políticas públicas sério, que desenvolva educação, saúde e lazer.

Para que haja a legitimação do Direito Penal, é importante observar-se os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, iremos expor a teoria abolicionista de Louk Hulman e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, com o objetivo de apontar um discurso legitimador para o Direito Penal.

## O abolicionismo de Louk Hulman versus o Direito Penal mínimo de Luigi Ferrajoli

A teoria abolicionista, desenvolvida por Louk Hulman, prega o fim do sistema penal, pois, segundo essa teoria, existem outras formas para se combater o crime, e essas formas podem ser mais eficientes que o próprio Direito Penal, como, por exemplo, medidas conciliatórias extra-estatais e indenizações reparatórias<sup>(1)</sup>.

Para Louk Hulman, o sistema penal não tem clientes, visto que a vítima, que seria a maior interessada na solução do ilícito, no campo do “crime tradicional”, tem uma posição muito fraca ante a estrutura do sistema penal<sup>(2)</sup>, diferentemente do que ocorre nos litígios em âmbito civil e administrativo, por exemplo. Nestes referidos ramos do Direito, a pessoa que tem o seu bem jurídico violado é, na maioria dos casos, a titular da demanda jurídica e direciona o curso da mesma de acordo com os seus interesses.

Hulman também destaca que o sistema penal, tal como está posto, é uma substituição do sistema religioso, ou seja, “o programa de atribuição de culpa da justiça criminal é uma cópia verídica da doutrina do ‘último julgamento’ e do ‘purgatório’ desenvolvida em certas variedades pela teologia cristã”<sup>(3)</sup>.

Diferentemente do abolicionismo penal, a doutrina garantista não tenta pôr termo ao Direito Penal, mas busca legitimá-lo, através da preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para Ferrajoli, o Direito Penal mínimo<sup>(4)</sup> cumpre uma dupla função preventiva. A primeira função é a de prevenção

dos delitos (limite mínimo da pena). Esta função reflete o interesse da maioria não desviada, é o ideal pregado pelo “Direito Penal liberal”<sup>(5)</sup>, qual seja, a máxima felicidade dividida entre o maior número. A segunda função, que compete ao Direito Penal mínimo, é a prevenção geral das penas arbitrárias (limite máximo da pena), aqui, é importante mencionar que não se reflete o interesse da maioria, mas sim o interesse do réu<sup>(6)</sup>.

O Direito Penal mínimo, como técnica de tutela dos direitos fundamentais, reflete-se na proteção dos direitos do mais débil. Explicamos: quando um agressor viola um bem jurídico da vítima, quem é o mais débil neste momento é justamente a vítima, que tem contra si a prática de um delito. Nesta situação, o garantismo penal tem como função a prevenção dos delitos (primeira função), ou seja, evitar que uma pessoa tenha o seu bem jurídico violado. No entanto, quando o Estado for aplicar uma pena contra o agressor, neste momento, quem é o mais débil é o agressor, que terá contra si a incidência de uma pena. O garantismo penal justifica-se por sua segunda função, que tem por finalidade prevenir a cominação de penas arbitrárias sobre a pessoa do agressor. Sob este segundo aspecto analisado, é importante ressaltar que a pena é um “mal necessário”, que não tem por finalidade punir o agressor, mas protegê-lo. Nesse sentido, pode-se afirmar, por exemplo, que a pena protege o agressor contra a aplicação da vingança privada, pois caso não existisse o sistema penal, a vítima poderia se valer da vingança privada, para resolver o seu litígio; ou, ainda, pode-se verificar que a pena tem por finalidade proteger o agressor de possíveis cominações arbitrárias de pena por parte do Estado (aplicação desmedida do *jus puniendi*). Destarte, fica claro que o garantismo penal se legitima por tutelar direitos fundamentais. Em um primeiro momento, o garantismo salvaguarda os direitos fundamentais da vítima, e num momento posterior (à realização de uma

infração penal), o Direito Penal mínimo tem por finalidade proteger os direitos fundamentais do agressor, evitando que o Estado comine uma pena desmedida contra a sua pessoa.

## Conclusão

Intensificar o poder de punir do Estado como forma de legitimar o Direito Penal é

retornar a um tempo que já foi superado desde Beccaria, ou seja, seria retornar ao Direito Penal do terror. Então, a alternativa é abolir o Direito Penal?

Muitas críticas são tecidas à doutrina abolicionista. Estas críticas, na maior parte das vezes, são realizadas por penalistas, visto que os mai-

ores partidários da teoria abolicionista são os criminólogos, os sociólogos, e não os dogmáticos<sup>(7)</sup>.


Para Ferrajoli o Direito Penal garantista (estruturado nos moldes de um Direito Penal mínimo) é uma alternativa progressista, o abolicionismo é uma “utopia regressista”. O abolicionismo ocasiona a ausência de garantias. Referido autor aponta alternativas ao Direito Penal (outras formas de controle social), que demonstram a posição regressista do abolicionismo, são elas: 1) sistemas de controle social-selvagem — a reação a uma infração não se dá através de uma pena, mas através da vingança individual ou parental, como, por exemplo, a vingança de sangue; b) sistemas de controle estatal-selvagem — a pena se impõe por procedimentos potestativos presididos pela arbitrariedade. Aqui não se verificam as garantias que tutelem os direitos do agressor. Essa modalidade de sistema já foi adotada, em tempos pretéritos pelos ordenamentos primitivos, e, mais recentemente, em ordenamentos autoritários; 3) sistemas de controle social-disciplinar — esta modalidade de sistema é verificada principalmente nas sociedades moralizantes, pois as ações ficam sujeitas a rígidos conformismos que operam em forma de autocensura; e 4) sistemas de controle estatal-disciplinar — são produto essencialmente moderno,

Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho



procuram se valer, principalmente, dos avanços da tecnologia para evitar a prática de delitos, como, por exemplo, a utilização de câmeras em vias públicas, com o intuito de evitar práticas delitivas.<sup>(8)</sup> Esses sistemas são tentativas abolicionistas que ferem os direitos fundamentais salvaguardados por um Estado Democrático de Direito. Também, há de se ressaltar que o Direito Penal, com relação a alguns desses sistemas, ao perpassar a linha da história, já avançou bastante na eliminação de muitas arbitrariedades. Nesse sentido, temos a extinção da figura da vingança de sangue, legitimada pelas sociedades primitivas, mas que não encontra guarida, em sociedades modernas e democráticas.

Para afastar os arbítrios do sistema informal, deve-se adotar o Direito Penal mínimo, nos moldes garantistas, como fonte legitimadora do Direito Penal, por ser a melhor forma de tutela dos direitos fundamentais, visto que a sua dupla função preventiva (prevenção de delitos e prevenção das penas arbitrárias) reflete, da melhor forma, os ideais de um Estado Democrático de Direito.<sup>(9)</sup>

Com relação ao momento que estamos vivendo, no Brasil, no tocante às discussões de políticas de redução da maioria penal, aumento de penas ou criação de novos tipos é necessário ter-se muita cautela, visto que referidas políticas vão de encontro aos postulados de um Direito Penal estruturado nos moldes de um Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, o Brasil. 

### Notas

(1) A proposta abolicionista surge, segundo seus autores partidários, como reação a um sistema penal que existe apenas para fazer o mal,

provocar mais violência e criar na mente da vítima uma falsa imagem de que o sistema penal existe, além de outras finalidades, para lhe trazer proteção. (CRESPO, Eduardo Demétrio. "Do 'Direito Penal liberal' ao 'Direito Penal do inimigo'". In: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, v. 1, pp. 09-37, jul./dez., 2004, p. 17).

(2) HULSMAN, Louk. "Práticas punitivas: um pensamento diferente". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais, Cidade*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, n° 14, pp. 13-26, abr./jun. 1996, p. 16.

(3) HULSMAN, Louk. "Práticas punitivas: um pensamento diferente". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais, Cidade*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, n° 14, pp. 13-26, abr./jun. 1996, p. 14.

(4) É importante destacar que Direito Penal mínimo não é a mesma coisa que intervenção mínima do Direito Penal. A descriminalização de condutas, a redução de penas e a elevação do discurso do "Direito Penal liberal" correspondem a uma intervenção mínima do Direito Penal, pois referidas práticas não têm o escopo de formular uma teoria que legitime o sistema penal como um todo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 94-95). Já o Direito Penal mínimo é uma teoria que visa legitimar o Direito Penal, com base na preservação dos direitos fundamentais do cidadão.

(5) Segundo Cláudio Brandão, a história do Direito Penal pode ser dividida em dois grandes períodos, o Direito Penal do terror e o Direito Penal liberal. O Direito Penal do terror é caracterizado pela aplicação de penas desmedidas e que desrespeitam a dignidade da pessoa humana, ou seja, desconhecem o princípio da legalidade. O princípio da legalidade vem, portanto, inaugurar uma nova fase do Direito Penal, que ficou conhecida como a fase do Direito Penal liberal (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal: Análise do Sistema à Luz do Princípio da Legalidade*. Rio de Janeiro:

Forense, 2002, pp. 11-12).

(6) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madri: Trotta, 1997, pp. 331-336.

(7) Para Roxin, a situação do delinqüente restaria indiferente com a transferência do controle do crime para a instituição arbitral independente do Estado. E conclui que "o abolicionismo não conseguirá acabar com o futuro do Direito Penal" (ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 04-05). Segundo Crespo, o abolicionismo não acabará com o Direito Penal, visto que as teorias abolicionistas não tiveram êxito e nem terão, pois o Estado não está disposto a renunciar o uso do Direito Penal, mas, ao contrário, o que se verifica é o uso cada vez mais intenso do Direito Penal pelo Estado (CRESPO, Eduardo Demétrio. "Do 'Direito Penal liberal' ao 'Direito Penal do inimigo'". In: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, v. 1, pp. 09-37, jul./dez., 2004, p. 18). Posicionamento distinto entre os penalistas é o de Zaffaroni, que assume uma postura abolicionista, ao afirmar que se deve buscar o Direito Penal mínimo, para se alcançar posteriormente o abolicionismo. Afirma Zaffaroni, *in verbis*: "em nossa opinião, o Direito Penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo [...]" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 95-96).

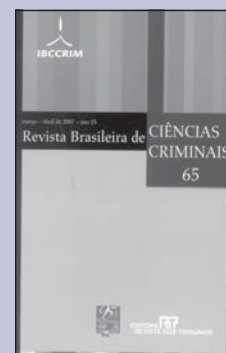
(8) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madri: Trotta, 1997, pp. 338-341.

(9) FREITAS, Ricardo de Brito A.P. *As Razoas do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 13.

**Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho**  
Mestrando em Direito Penal pela Univ. Federal de Pernambuco e advogado

### LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 65 – março-abril/2007

- *Finalismo: Um Balanço entre seus Méritos e Deficiências* - Claus Roxin
- *El Caso de Drogas para Consumo Personal en la Justicia Federal Penal de la Ciudad de Buenos Aires: ¿Hacia un Criterio de Oportunidad "Informal"?* - Damián Pablo Borean y Santiago Martinez
- *Consideraciones Críticas sobre el Derecho Penal Moderno y su Legitimidad* - Gustavo Balmaceda Hoyos
- *Acerca de la Crítica al "Finalismo"* - Hans Joachim Hirsch
- *Virus Informáticos y Delito de Daño en el Derecho Penal Argentino* - Pablo A. Palazzi
- *Aplicação Direta dos Tipos Penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno* - Paul Hernández Balmaceda
- *Prova e Sucedâneos de Prova no Processo Penal Brasileiro* - Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
- *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável* - Aury Lopes Júnior
- *La Corruption Politique dans le Cadre du Nouvel Ordre Mondial. Problèmes Théoriques et Empiriques* - Fernando Acosta
- *A Responsabilidade Civil é Independente da Criminal, em Termos: A Propósito da Contribuição da Criminologia Positivista à Transformação da Responsabilidade Civil* - Maíra Rocha Machado
- *Suspensão Condicional do Processo: Críticas à Súmula nº 696 do STF* - Vinicius de Toledo Piza Peluso



# PRISÕES CAUTELARES: ENTRE A NECESSIDADE E A POSSIBILIDADE

Daniel Gerber e Rafael Braude Canterji

Daniel Gerber e Rafael Braude Canterji

Dentro de um modelo integrado de ciências penais tradicionalmente considerado, tem-se que a função do Direito Penal é a repressão e prevenção dos atos considerados delituosos, visando ao controle social. Tais fins seriam obtidos através de uma pena, a qual seria aplicável após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória proferida em decorrência de um processo penal. Inúmeras críticas poderiam ser apresentadas a esta visão tradicional. Entretanto, pretende-se, neste articulado de idéias, apresentar a desproporção existente em muitas situações entre as medidas cautelares restritivas da liberdade e a pena a ser aplicada, caso ocorra a condenação do acusado. Mostra-se, assim, aceitando — e a aceitação pela doutrina e tribunais é inconteste — hipoteticamente este modelo integrado<sup>(1)</sup>, a sua incoerência na aplicação das referidas medidas.

## I. Da proporcionalidade como metacrítério constitucional de legitimação de medidas de cunho legal ordinário

Com a crescente — e bem-vinda — constitucionalização do Direito Ordinário, assim como através dos crescentes estudos sobre princípios constitucionais e sua real efetividade junto ao panorama fático do Direito, é que o princípio da proporcionalidade assume posto de singular importância dentro de nossa sistematização jurídica.

Nesta senda, é através de tal princípio que toda e qualquer intervenção do Estado na vida do cidadão irá encontrar sua legitimidade, eis que o referencial positivado das normas ordinárias sofrerá sempre uma interpretação derivada do caso típico. Desta feita, no problema apresentado acima, deverá ser objeto de ponderação a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida — o equilíbrio entre dois deveres do Estado — a saber:

(1) a proteção do conjunto social e a manutenção da segurança coletiva dos membros da comunidade frente à desordem provocada pelo injusto típico, através de uma “eficaz” persecução dos delitos e, de outro lado,

(2) a garantia e a proteção efetiva das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

Na lição de **Barros**, a aplicação do princípio da proporcionalidade torna-se “(...) especialmente útil na verificação da constitucionalidade das leis interventivas na esfera de liberdades do cidadão, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, pode editar leis consideradas inconstitu-

*cionais. O juízo de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais pelo contraste direto entre normas de hierarquia diversa não é suficiente. Faz-se necessário um exame da lei em relação a ela mesma. O conteúdo do princípio da proporcionalidade é assim identificado: exigência de adequação da medida restritiva ao fim da lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado obtido. Os direitos fundamentais, nesta perspectiva, constituem verdadeiros limites materiais à ação do legislador, que fica vinculado à realização ótima desses direitos” (grifo nosso)<sup>(2)</sup>.*

Não obstante as diretrizes acima adotadas, vale a advertência de **Bonavides**, para quem, em análise ao princípio ora ventilado, constata que “(...) há princípios mais fáceis de compreender do que definir”<sup>(3)</sup>.

Referido autor defende a idéia ora esposta de que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve obedecer a dois distintos e inter-relacionados quesitos, quais sejam: (1) a presunção de relação proporcional entre meio e fim, entendendo que “há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência do arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”<sup>(4)</sup>, e (2) a situação de fato, ou seja, a real necessidade de determinada medida se operacionalizar frente ao caso em concreto.

Na situação apresentada, restará demonstrado que a medida cautelar restritiva da liberdade é desproporcional, eis que, na qualidade de meio utilizado para determinado fim, não poderá gerar restrições maiores do que as previstas em seu objeto final. Para demonstrar tal conclusão, mister entender-se o caráter de instrumentalidade do Processo Penal enquanto caminho obrigatório para exercício do *ius puniendi*.

## II. Da instrumentalidade do processo penal - Da pena como fundamento e limite da atividade processual

Partindo-se do pressuposto de que a pena é um fenômeno inerente à estrutura social, dentro do conceito apresentado no tradicional modelo supra-referido, buscou-se, historicamente, um caminho que legitimasse sua incidência institucionalizada sobre o indivíduo, harmonizando-se, assim, necessidades de cunho social e individual. Neste sentido, desde os primórdios de nossa sociedade, o homem procura fórmulas adequadas à penalização daqueles que, de acordo com suas

épocas, foram tidos como delinquentes.

Tanto **Carnelutti**<sup>(5)</sup> quanto **Ferrajoli**<sup>(6)</sup> entendem que a razão do processo deve ser inicialmente compreendida a partir da legitimidade da própria pena, enquanto instituto, (eis que, enquanto fenômeno, não carece de legitimidade, bastando a sua existência) e, trilhando tal percurso, o primeiro questionamento que se realiza é quanto à necessidade de se decretar e impor uma pena a um cidadão. Em resultado positiva a resposta, busca-se o meio de executar tal atividade, surgindo daí — e através de longo percurso histórico — a necessidade de um processo. Para tais autores, então, assim como para toda uma corrente doutrinária que estuda o Processo Penal, o elemento legitimador de tal instituto encontra-se na pena.

Vale, inclusive, citação à recente tese de doutoramento que **José Manuel Damiano da Cunha** apresentou à Universidade Católica Portuguesa, eis que suas palavras demonstram, inescapavelmente, a atualidade da idéia que ora se professa: “O aspecto decisivo, de um ponto de vista estritamente processual, reside na imensa discussão sobre a objectividade do processo e a ideia de que o processo (qualquer processo) visa a aplicação do Direito (no processo penal), o Direito Penal, derivando daí a propalada instrumentalidade do processo”<sup>(7)</sup>.

Nesta linha de fundamentação, o *ius puniendi* do qual o Estado é titular jamais deverá ser exercido de forma arbitrária ou livremente discricionária, sob pena de se tornar um contra-senso à própria paz e estabilidade sociais que sua existência visa preservar. Pelo contrário, o Estado, ao ser concebido como arcabouço dos direitos individuais, fulcrados estes na racionalidade e na igualdade de todos, deve obedecer a limites pré-instituídos, incidentes na sua atuação.

Em suma: toda e qualquer pretensão punitiva do Estado deverá, antes de ser efetivamente exercida, submeter-se ao crivo de um Poder Judiciário neutro que garantirá ao acusado o direito de pleitear sua liberdade de forma adequada, justa e eqüitativa, acabando por solucionar o caso em concreto da forma mais idônea e imparcial possível.

O processo representa, pois, uma luta histórica pela tutela da liberdade, exercida através da racionalização dos atos de governo (laicização do Estado) e da harmonização dos direitos individuais ante as necessidades sociais. Afirma-se, então, que o objetivo do processo é possibilitar o exercício do direito de punir, ou seja, é o **meio pelo qual tal finalidade torna-se possível**<sup>(8)</sup>.

Nesta ótica, o Processo Penal detém uma relação de complementaridade necessária para com o Direito Penal; da

mesma maneira que este último encontra-se submetido ao princípio da legalidade (que nada mais é do que um limite ao poder de punir), a aplicação da lei no caso concreto encontra-se submetida ao princípio da jurisdicionalidade (novo limite, pois) e, novamente nos dizeres de **Cunha**, “a discussão sobre o processo — o seu discernimento e a sua função no ordenamento jurídico — é, ou ao menos tem sido, no âmbito da teoria geral, a discussão sobre a função jurisdicional. Não existiria, assim, nem processo sem função jurisdicional, nem verdadeira função jurisdicional sem processo”<sup>(9)</sup>.

Em tais contornos, o simples fato de ter ocorrido um fato descrito anteriormente em lei não gera direito à punição; pelo contrário, para que este direito passe a vigorar deverá, necessariamente, respeitar o caminho do devido processo penal.

O processo torna-se uma garantia ativa do indivíduo — eis que, frente ao exercício de poder que tenha desrespeitado tal caminho, contará com remédios próprios para saná-lo (*habeas corpus*, por exemplo) — e, também, uma garantia passiva, pois o mesmo, substituindo o exercício arbitrário de poder, concede ao indivíduo a ampla defesa, o contraditório, etc.

Desta configuração do processo como (1) garantia do indivíduo frente à intervenção do Estado através da (2) imposição de um caminho a ser obrigatoriamente seguido por este, quando do exercício de seu direito de punir em desfavor daquele, surge a pena como (3) fundamento e, também, como (4) limite das atividades que o Poder Judiciário poderá realizar, em detrimento de direitos individuais, em nome de uma adequada *persecutio*. Neste sentido, se o processo existe para limitar o *ius puniendi* e condicioná-lo às devidas e necessárias regras da civilização, tem-se que, enquanto limite, não deverá ultrapassar sua mais áspera consequência, qual seja a imposição da pena.

Este é o ponto que merece destaque: se o processo somente adquire existência para obrigar o Estado a submeter seu poder de punir às regras de uma sociedade civilizada, torna-se óbvio que não deverá, em sua incidência, gerar consequências mais catastróficas que a própria aplicação do poder que visava limitar, eis que, a permitir-se a superação do fim pelo meio, estar-se-á diante de autêntico e insuperável contra-senso.

Conclui-se, então, que a pena material atribuída ao delito é não apenas o fundamento mas, essencialmente, o limite das atividades a serem empreendidas em nome da *persecutio*. Daí a expressão *garantia biunívoca* para simbolizar a relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal, eis que um é fundamento e limite do outro.

## II.a. Exemplos legais do caráter adjetivo do processo penal - Distinção entre necessidade e permissão de medida processual

Vale ressaltar que o próprio Código de Processo Penal brasileiro, ao estabelecer distinção entre ritos ordinário e sumário, estes últimos para crimes punidos com detenção e aqueles para os delitos cuja pena é reclusão, acaba por legitimar tudo o que até agora se afirmou ao vedar expressamente o aprisionamento preventivo no caso de o delito imputado ser punido com a detenção do acusado.

Outro exemplo, apenas a título de ilustração positivada dos argumentos ora ventilados, encontra-se na ausência da prisão em flagrante nos delitos de menor potencial ofensivo. Tal situação nada mais é do que outro veemente exemplo de que restrições processuais, mesmo quando presentes seus requisitos formais de utilização, não estão autorizadas a incidir graças à proporcionalidade sistêmica que ora se cita.

Por fim, e como não fosse suficiente, o próprio instituto processual de liberdade provisória, denominado outrora “livrar solto” (onde ao réu não seria imposta nenhuma prisão cautelar se o delito não detivesse pena privativa de liberdade ou, em existindo esta, não fosse superior ao patamar de três meses), nada mais é do que a derradeira constatação de que as **restrições de cunho processual jamais devem ultrapassar as restrições de cunho material, quando aplicadas.**

**Não se confunde, pois, a existência de requisitos (necessidade formal) com a possibilidade de estes, presentes, ventilarem a cautela (necessidade material).** Desta maneira, *ad exemplum*, um cidadão que esteja sendo processado por homicídio culposo poderá estar ameaçando testemunhas (requisito formal do art. 312, CPP) e, ainda assim, não poderá ser preso preventivamente, e isto porque a proporcionalidade afastou dos delitos culposos — cuja pena não é privativa de liberdade — o instituto da prisão preventiva<sup>(10)</sup>. Em suma: a existência de um sistema jurídico coerente e harmonioso em sua aplicação faz com que a **necessidade de se verificar a proporcionalidade entre pena (Direito Material) e medida restritiva (Direito Processual)** supere até mesmo a existência de requisitos formais que, em tese, legitimariam a cautela.

## III. Conclusão

Assim, diante dos argumentos e exemplos supra citados, além dos requisitos já conhecidos para a decretação das medidas cautelares restritivas da liberdade — *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* —, temos a necessidade de verificar a utilização dessas medidas diante da obri-

gatória proporcionalidade entre a imposição de um mal atual (prisão cautelar) e a possibilidade real de imposição de um mal futuro (prisão pena), em caso de condenação, com risco de transformar o processo penal na própria sanção que deveria limitar. ◉

## Notas

- (1) No modelo integrado de ciências penais por nós defendido, o Direito Penal é responsável pela limitação da intervenção penal nos conflitos sociais — quantitativo — e o Processo Penal pelo limite qualitativo dessa intervenção, outorgando o máximo de garantias aos acusados. Em suma, defendemos um modelo em que as Ciências Criminais constituam-se efetivamente de limitadores do exercício do poder punitivo, defendendo o mais débil e sendo efetivo instrumento na efetivação dos Direitos Humanos.
- (2) **BARROS, Suzana Toledo de.** *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 158.
- (3) **BONAVIDES, Paulo.** *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356.
- (4) **BONAVIDES, Paulo.** *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356.
- (5) **CARNELUTTI, Francesco.** *Princípios del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1971.
- (6) **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotá, 2000.
- (7) **CUNHA, José Manuel Damião da.** *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*. Coimbra: 2002, Porto, p. 81.
- (8) O teor de tal garantia encontra-se expresso no brocardo *nulla culpa sine iudicio* e, para Ferrajoli, “la principal garantía procesal... puede ser entendida en dos sentidos — en sentido estricto y en sentido lato — según vaya o no acompañada de otras garantías procesales”. Seguindo tal raciocínio, o autor entende tal garantia ao entendimento de que a mesma significa *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nula iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*.
- (9) **CUNHA, José Manuel Damião da.** *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*. Coimbra: 2002, Porto, p. 248.
- (10) Em tal caso, dito cidadão será novamente processado por coação de testemunhas no curso de processo mas, afirma-se novamente, não poderá ser preso preventivamente no curso do processo por delito culposos.

**Daniel Gerber**

Advogado criminalista, mestre em Ciências Criminais, professor de Direito Penal na Unisinos, e na pós-graduação em Direito Penal na Unisinos, Uniritter e IDC e membro do Conselho Permanente do ITEC

**Rafael Braude Canterji**

Advogado criminalista, especialista e mestre em Ciências Criminais, professor de Direito Penal na Uniritter, coordenador da Especialização em Direito Penal e Processo Penal Uniritter/IBCCRIM e coordenador regional (RS e SC) do IBCCRIM

# O NÚCLEO DO PROBLEMA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

*“Quanta ilusão!... O céu mostra-se esquivo e surdo ao brado do universo inteiro... de dúvidas cruéis prisioneiro, tomba por terra o pensamento altivo.”*

(Tobias Barreto – Ignorabimus. Livro dos Sonetos: 1500-1900. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 50)

Este quarteto de rima entrelaçada do soneto de Tobias Barreto presta-se, como paráfrase, a explicar as dificuldades que vários autores encontram para mover o “céu” do senso comum teórico dos juristas no Direito Processual Penal. São homens e mulheres assim que mudam o mundo porque, sem ofender ninguém, ousam criar, discordar, transformar, colocando em crise o status quo. Daí crise de *krísis* (do grego), aparentada próxima de *kritiké* (crítica) e *kritérion* (critério), ou seja, aquilo que permite separar o joio do trigo. Sem isto não há evolução democrática, em razão de não se ter corte epistemológico (Bachelard), dado tudo permanecer como dantes — ou pior que antes —, porque a vida não espera o Direito e faz seus estragos fomentada por ele quando, em si, traz a marca do caolho, embora aí esteja a maior prova de que Marx só morre como igreja (como Nietzsche anunciou a morte de Deus), isto é, a tentativa de manutenção do status quo é pura ideologia, como fez a Igreja Católica ao criar o Sistema Inquisitório Puro em 1199/1215.

O soneto assim como Freud, Bertrand Russel e outros (Marx) só me fizeram acreditar mais em Deus. Mas aí já se perambula pela crença, naquilo que está para além da linguagem. Trata-se de “a” Verdade que se não discute — cada um crê ou não no que quiser —, embora, por princípio democrático, deva-se respeitar, não só como lugar da diferença, tanto quanto aquele que suporta conviver com “uma” verdade e permite, passo a passo, progredir pela transformação. Ora, critica-se para transformar; a crítica pela crítica é estéril não porque seja mal-elaborada, mas em razão de não fazer questão (psicanalítica), ou seja, passa despercebida, dado não dizer com o Outro (lacaniano), não o comprometer, não fazer o vivente se questionar sobre as suas verdades e, portanto, não ter sequer a chance de mudar. Nesta marca reside um dos grandes nós górdios do Direito, visto no seu devido lugar.

O problema é que o Direito é o reino das palavras<sup>(1)</sup>, das imagens. Vale o argumento do mais hábil discursivamente, pela qualidade ou, pior, pela quantidade. Aqui a ideologia é um segundo momento; antes está o Poder: quem o detém tem “as chaves do céu” e para afirmar sua “ra-

zão” cria dogmas e, logo, exprime algo incompatível com a investigação, como mostrou Franco Cordero na resposta que deu à carta a ele enviada pelo encarregado da “polícia da fé” na Sacro Cuore de Milão, donde acabou “expulso” porque, conforme decidiu o Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza, “Na Universidade católica o ensino de filosofia do Direito deve se adequar aos princípios fundamentais do catolicismo”<sup>(2)</sup>. “O processo penal pode ser ensinado na Universidade como ensinam os leigos, a filosofia do Direito não: aqui se devem propor como verdadeiras tão-só as fórmulas compatíveis com os dogmas”. (...) “o ‘depósito revelado’ impõe a metafísica cristã, o dogma do pecado original condiciona a embriologia, os milagres negam a física”<sup>(3)</sup>. Respondendo a carta, Cordero dá o golpe de misericórdia contra a imbecilidade cega no capítulo *Paura di Vedere*, quando o monsenhor lhe assevera: “O mesmo método de aproximar autores e doutrinas distintas entre si, tendendo a uma substancial assimilação delas, discutível sob o plano científico, é certamente corrosivo sob o plano da fé”<sup>(4)</sup>. Aqui, dispara de modo certo: “Agora são claras as razões da Sua repugnância ao meu método. O senhor o entende como ‘certamente corrosivo sob o plano da fé’ e talvez o seja se por ‘fé’ se entende um estado hipnótico cujo desenvolvimento, segundo uma outra frase Sua, ajuda mais o pius credulitatis affectus que à inteligência. Resta estabelecer quando vale este produto de serra pensadamente crescido no dormitar da razão, as golpes de enganos verbais e de falsos históricos. Eu conheço uma outra fé, que não teme os discursos em conformidade com a lógica: cegar a inteligência é uma injúria a Deus”<sup>(5)</sup>.

Era o final dos anos 60 e, como se sabe, o 68 de Milão fez-se, sobretudo, na Faculdade de Direito da Sacro Cuore. Haver-se-ia de encontrar “os” culpados, por elementar, como havia passado 338 anos antes (1630), na mesma Milão, com a peste e seu famoso processo, onde “juízes por nada desonestos, ao contrário, inclinados a um insólito garantismo, fabricam delito e delinquentes”<sup>(6)</sup>. Cordero sabia disso, mas não estava para ser imolado, muito menos para acabar na famosa “Colonna infame” sobre a qual, por vias transversas, demonstrou-se ser o sepulcro indubitado do sistema inquisitório<sup>(7)</sup>.

Autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasa-

do, embora devam entender que se está no campo lacaniano do imaginário (o lugar das palavras e imagens e, portanto, do engodo, do engano, da fraude, assim como da identificação incompleta na relação sujeito-objeto).

A questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália<sup>(8)</sup>, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. Por evidente que não inventei isto; os fundamentos estão em Cordero, Pisapia, dentre outros e servem para poder ler o processo penal brasileiro e seu desvario persecutório. Ora, hoje ninguém mais com algum conhecimento duvida que um sistema processual se define pela gestão da prova e a quem ela cabe (v. art. 156 e 502, CPP), embora não se descarte ser importante ao sumiço do *actus trium personarum* (Bulgaro) o fato de terem consumido a separação entre acusador-julgador, o que se deu em 1215: “Que os acusadores sejam superfluos e para o processo bastem suspeitos é máxima renascida no IV Consílio de Latrão de 1215”<sup>(9)</sup>, ganhando contornos definitivos com Gregório IX, em 1231: “O tribunal inquisitorial só obteve no entanto base jurídica plena com a Constituição Excomuniamus do Papa Gregório IX editada em 1231”<sup>(10)</sup>, ou, quem sabe, quando num redimensionamento de rota, incorporaram a tortura: “As estruturas emergem lentamente: primeiro inquiram os delegados papais; em seguida aparecem em cena os dominicanos; aparição precoce em Florença, 20 de junho de 1227; quando Inocêncio IV edita a bula Ad extirpanda, 15 de maio de 1252, o aparato assume figuras definitivas”<sup>(11)</sup>. Mas o ex-professor da “La Sapienza” tampouco inventa e vai nas fontes: “Quando Alberto Gandino trabalha no Tractatus de maleficiis (cum assiderem Perusii, em cujo arquivo aparece dos últimos meses de 1286 a 27 de março de 1287), l’actus trium personarum pertence ao passado: ‘no Direito Civil, como regra, para as coisas malélicas é necessária uma acusação’, estando nas fontes romanas, ‘mas hoje em dia..., os juízes... conhecem inquisitorialmente, por ofício próprio, a respeito de qualquer malefício’; devoto do sistema, o autor tenta uma defesa jurídica da nova práxis (‘parece que eles podem fazer isso por um de seus direitos...’), colando na ribalta quatro textos do Diges-

O NÚCLEO DO PROBLEMA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

to, um das 'Novelle', dois do 'Codex'; depois revela as cartas; 'e assim normalmente atuam os juízes por costume, como anota o senhor Guido' de Suzzara 'e também observei comumente, embora seja contra o Direito Civil'<sup>(12)</sup>. A conclusão final vem mais adiante, para não deixar dúvida: "Este axioma explica a máquina inteira. O aspecto mais visível reside no fato que trabalha sem um demanda, mas, no fundo, é dado secundário: à lógica inquisitória não repugnam as ações obrigatoriamente exercidas pelos órgãos responsáveis pela repressão; assim, o trabalho dividido é útil ao automatismo persecutório e quanto rende, vemos em França, onde o Ministério Público aparece no fim do demorado século XIII. É falso que método inquisitório seja equivalente a processo sem autor: nas ordonnance criminele de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação cabe dos homens do rei ('os processos serão perseguidos pelas diligências e sob o comando de nossos procuradores')"<sup>(13)</sup>.

Compatibilizar o aparentemente incompatível é imperioso, porque só assim as pessoas se vão dando conta que a CR precisa ter eficácia plena e sair do papel, quase 20 anos da promulgação. Por sinal, tal trabalho tem nos magistrados as personagens de primeira linha não só por serem os principais *garantes do cidadão e da CR*, mas ainda por serem destinatários primeiros do texto constitucional e criadores mais relevantes das normas (Eros Grau, Lenio Streck, Alexandre Morais da Rosa, Miranda Coutinho, entre outros), pois *iuris dictio* (de *dicere ius*) com possibilidade de *res judicata*, dependendo da decisão, como se sabe<sup>(14)</sup>.

Assim, se intervêm o STF e os demais juízes, por certo se vai caminhar no sentido da vera mudança do sistema, por sinal como ocorreu na Itália do pós-guerra. Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, *camicia nera* desde sempre, foi quem escreveu o projeto do *Codice* com a cara do regime: "Ainda não haviam passado quatro anos da 'Lei Delegada' e circula um projeto submetido às Cortes, Universidades, Ordens forenses. Foi redigido por Vincenzo Manzini, penalista de mãos pesadas, informadíssimo das minúcias, nostálgico dos métodos inquisitoriais, homem de ordem. (...) Em qualquer lugar que existisse uma alternativa, Vincenzo Manzini a escolhia em sentido autoritário: 'reação' genuína mas também escancarada; alguém a celebra, depois de tanta fala virtuosamente liberal. Que foi consenso quase unânime é inútil dizer, quase sempre descomedido: que leitura esquelética. (...) Aprovado pelo Real Decreto de 19 de outubro de 1930, nº 1399, o novo código vige desde 1º de

julho seguinte. (...) Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini apenas desenvolveram em lógica quadrada o tema cripto-inquisitório do velho texto, enterrando impiedosamente aquele semigarantismo; não falta uma rude moralidade na operação: eis o que significa 'processo misto', para ser coerente"<sup>(15)</sup>.

A situação só muda, de verdade, décadas depois e no pós-guerra, mais ou menos como pode se passar por aqui: "Retocado mil vezes, este código é um instrumento destoante e às vezes louco, mas existe algum aspecto positivo, explicavelmente calado pelos misonicistas: pelo menos nove leis, contando-as desde 1974, impõem o 'giudizio direttissimo' para uma ampla gama de delitos, da extorsão aos delitos econômicos, e ao menos oito o impunham em vários casos, dos crimes de imprensa aos eleitorais. Talvez tais normas nasçam dos projetos brutais, mas eis uma feliz heterogênesse dos fins: amputando a instrução, liquidaram com o núcleo inquisitório; o processo se concentra totalmente no 'dibattimento [NT: fase processual da persecutio criminis; proveniente do — fase — Jugement, no Code Napoléon]; os argumentos da decisão nascem do contraditório. (...) Esta casuística rebate experimentalmente lugares comuns que o estilo acusatório não é adaptado aos italianos"<sup>(16)</sup>.

Hoje, parece sintomático, as estruturas democráticas não suportam mais críticas levianas, quiçá produzidas pelo medo, explicáveis no pós-guerra quando europeus conviviam com fantasmas que lhes impôs Hitler, Mussolini e demais nazistas e fascistas de todos os gêneros. Assim, os Goldschmidt não cabem na crítica político-jurídica da gente de então e seguem muito longe de terem uma proposta inaceitável e fornecedora de fundamentos aos "juristas ligados ao credo nacional-socialista"<sup>(17)</sup>. Tudo ao contrário; nunca foi tão importante estudar os Goldschmidt, mormente agora onde não se quer aceitar viver de aparências e imbrogli retóricos.

Ademais, na natureza jurídica do processo parece estar o calcanhar de Aquiles do sistema, com reflexos diretos na produção da prova na investigação preliminar: valer ou não tal prova no processo sempre foi o grande problema processual penal; e isso se sabe desde o golpe de mestre dado por Jean-Jacques-Régis de Cambacérès na estruturação do modelo dos modelos, isto é, Code Napoléon: primeira fase inquisitória; segunda fase processual amplamente contraditória, mas valendo nela, sem embargo de um certo discurso refratário, a prova produzida naquela<sup>(18)</sup>. Qualquer semelhança com a estrutura

dual de investigação preliminar/processo, no atual sistema processual brasileiro, não é de estranhar; não é mera coincidência.

E isto porque os europeus operavam com os chamados *juizados de instrução*, com a diferença que eles puderam ir colocando o cabresto necessário imposto pelas constituições, algo aparentemente impossível no Brasil com a mentalidade hodierna, muito ligada a um pensamento de Lei e Ordem e conduzida por imbrogli verbais ditados pelos meios de comunicação.

Imperioso, porém, negar peremptoriamente a chamada teoria geral do processo<sup>(19)</sup>, impossível no plano teórico e impraticável no prático, a não ser que se queira manter o *status quo*, onde se faz uma opção preferencial pelos pobres, não necessariamente culpados, que abarrotam cadeias e penitenciárias viradas em vergonhosos depósitos humanos. Ora, venho insistindo — num grito de desespero — que tais estabelecimentos, *se vale de fato a Constituição, a dignidade da pessoa humana e a isonomia*, não foram feitos para os pobres, nem para os ricos, mas para culpados, sejam pobres ou ricos.

Assim, com um sistema diverso, um princípio unificador diverso, um conteúdo do processo diverso, e uma diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria geral. Com denominadores comuns diferentes, não cabe uma teoria, muito menos geral. Como referi há 20 anos, "Sem embargo disso, per fas et nefas, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais"<sup>(20)</sup>. Ela, todavia, serve: para reter o desenvolvimento democrático do processo penal porque encobre o núcleo do problema do seu sistema. ●

## Notas

- (1) Ver CORDERO, Franco. *Cos'è la Giustizia?* Roma: Luca Sossella, 2007, p. 5.
- (2) CORDERO, Franco. *Risposta a Monsignore*. Bari: De Donato, 1970, pp. 13-14.
- (3) *Idem, ibidem*, p. 14.
- (4) *Idem, ibidem*, p. 77.
- (5) *Idem, ibidem*, p. 84.
- (6) CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.
- (7) CORDERO, F. *La Fabbrica della Peste*. Roma-Bari: Laterza, 1985, p. 440.
- (8) Cópia ruim do *Code d'Instruction Criminelle*,

- dito *Code Napoléon* (17.11.1808, em vigor 01.01.1811).
- (9) **CORDERO, F.** *Guida...*, p. 46.
- (10) **BARREIROS, José Antonio.** *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 30.
- (11) **CORDERO, F.** *Guida...*, p. 46.
- (12) *Idem, ibidem*, pp. 46-47.
- (13) *Idem, ibidem*, p. 47 (g.n.).
- (14) Induvidoso o lugar de *registro simbólico* (**Lacan**) que pode ter, ou deve ter, o Poder Judiciário, razão pela qual as críticas que a ele se dirigem devem ser construtivas, em que pese a dificuldade de compreensão das idiossincrasias, marca da *diferença e*, portanto, parte da estrutura.
- (15) *Idem, ibidem*, pp. 99-100.
- (16) *Idem, ibidem*, p. 104.
- (17) **BETTIOL, Giuseppe.** *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 273.
- (18) Vem a lume, no Brasil, a Lei n° 2.033, de 20.09.1871; cria o Inquérito Policial (art. 10, § 1°), com regulamento pelo Decreto n° 4.824, de 22.11.1871. O modelo exprime a lógica do sistema inquisitorial. O processo penal europeu continental e o do Brasil (cópia malfeita) é o que há de pior no ordenamento jurídico; tenta-se consertar desde que nasceu (1941), sem sucesso, a começar com o Anteprojeto **Tornaghi** (1963), agora animado por proposta de "salvadoras" reformas parciais, ideologicamente sugeridas como panacéia: muda-se para tudo permanecer como sempre esteve. Foi assim; é assim e será assim se a mudança não for do sistema. No trilhar, **Faustin Hélie**, criticando o *Code Napoléon*: "la loi de procédure criminelle [est] la moins imparfaite [du monde]." **HÉLIE, Faustin.** *Traité de l'Instruction Criminelle ou Théorie du Code d'Instruction Criminelle*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1863, v. I, § 539, p. 178. *Apud* **CORDERO, F.** *Guida...*, p. 74.
- (19) **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de.** *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 53-54.
- (20) **MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson.** *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989, pp. 118-119.

### Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR, mestre pela UFPR, doutor pela *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*, representante da área do Direito, na Capes e conselheiro federal da OAB pelo PRO

# 13º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Taxa de inscrição de 2006 mantidas para 2007.

VOCÊ NÃO PODE PERDER O MAIOR EVENTO DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS DO BRASIL. O 13º Seminário Internacional do IBCCRIM acontecerá no período de 08 a 11 de outubro de 2007, no Hotel Gran Meliá Mofarrej, em São Paulo.

## PROFESSORES INTERNACIONAIS:

Andrew von Hirsh (Inglaterra), Berge Furre (Noruega), Edgardo Donna (Argentina), Jorge de Figueiredo Dias (Portugal), José Luis Díez Ripollés (Espanha), Manuel Cancio Meliá (Espanha), Raffaele De Giorgi (Itália) e Ulfrid Neumann (Alemanha)

## PROFESSORES NACIONAIS:

Antenor Madruga (DF), Antonio Carlos Torres (RJ), Arthur Costa (DF), Augusto Rossini (SP), Calmon de Passos (BA), Carlos Weis (SP), Carolina Yumi de Souza (DF), Cláudio Brandão (PE), Diogo Azevedo Lyra (RJ), Ela Wiecko (DF), Fernando Salla (SP), Flávia Rahal (SP), Flávio, Moreira da Costa (RJ), Getúlio Bezerra Santos (DF), Hamilton Carvalhido (DF), Heloisa Helena Baldy dos Reis (SP), João Batista Costa Saraiva (RS), Joaquim Nogueira (SP), Juca Kfourri (SP), Luiz Antônio Guimarães Marrey (SP), Marcelo Beraba (SP), Marcelo Moscolgiato (SP), Márcio Thomaz Bastos (SP), Marcos Alvarez (SP), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (DF), Marta Eliana de Oliveira (DF), Maurício Campos (MG), Miguel Reale Júnior (SP), Mônica de Melo (SP), Nereu José Giacomolli (RS), Ney de Barros Bello Filho (MA), Paulo Teixeira (SP), Pedro Bode (PR), Rene Ariel Dotti (PR), Roberto Romano (SP), Ronaldo Marzagão (SP), Shelma Lombardi de Kato (MT), Wellington César de Lima e Silva (BA) e Wellington Cabral Saraiva (PE)

## INSCRIÇÕES ABERTAS:

VALORES ATÉ 31/08/2007	PRESENCIAL	TELÃO	VALORES A PARTIR DE 01/09/2007	PRESENCIAL	TELÃO
Profissional sócio	550,00	500,00	Profissional sócio	600,00	550,00
Profissional não sócio	600,00	550,00	Profissional não sócio	650,00	600,00
*Estudante sócio	330,00	280,00	*Estudante sócio	380,00	330,00
*Estudante não sócio	380,00	330,00	*Estudante não sócio	430,00	380,00

\* Taxa estudantil apenas para alunos de graduação que comprovarem sua situação acadêmica no ano letivo de 2007 (no ato da inscrição).

CONSULTE SOBRE AS FORMAS DE PAGAMENTO E PARTICIPE!

Programação completa e informações: [www.ibccrim.org.br/seminario](http://www.ibccrim.org.br/seminario) ou  
(11) 3105 4607 (Cursos e Eventos)

## 1. Introdução: a função persuasiva da prova penal

O processo penal é uma máquina retrospectiva, onde, através do seu ritual, busca-se desenvolver uma atividade *re-cognitiva*<sup>(1)</sup> dirigida ao julgador. A atividade processual gira em torno da busca pelo convencimento do julgador. Trata-se da *função persuasiva* da prova, de que fala **Tarufo**<sup>(2)</sup>, no intuito de obter a captura psíquica do juiz (**Cordero**). É ingenuidade seguir falando em “verdade processual” ou, mais grave ainda, falar-se na (absurda) verdade real<sup>(3)</sup>, cuja única “realidade” é a de fundar um sistema inquisitório.

No processo acusatório, a “verdade” dos fatos não é elemento fundamental do sistema. O poder do julgador não se legitima pela verdade, tendo em vista que o poder contido na sentença é validado pela versão mais convincente sobre o fato, seja a da acusação ou da defesa. O que importa é o convencimento do julgado. Para reduzir a esfera de arbitrariedade ou substancialismo, a prova que ingressa nos autos deve respeitar o *due process of law*, aportando ao feito de forma lícita e legítima. Parte-se, portanto, do abandono da idéia de verdade como escopo do processo, devido a seu excesso epistêmico, não esquecendo a lição magistral de **Carnelutti**<sup>(4)</sup> de que a verdade está no todo, não na parte; e de todo é demais para nós (“*la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi*”).

A reconstrução de um fato histórico será sempre minimalista e imperfeita<sup>(5)</sup>, justamente porque se reconstruirá no presente algo ocorrido no passado. Se imaginarmos a testemunha (e sua memória) como um pintor, encontramos em **Merleau-Ponty**<sup>(6)</sup> a lição magistral de que “*faltam ao olho condições de ver o mundo e faltam ao quadro condições de representar o mundo*”.

## 2. Memória: o cérebro não arquiva fotografias

Diferentemente do que se poderia pensar, as imagens não são permanentemente retidas na memória sob a forma de miniaturas ou microfílm, na medida em que qualquer tipo de “cópia” geraria problemas de capacidade de armazenamento, devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida. É o que explica **Antônio Damásio**<sup>(7)</sup>, ao referir que “*as imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas*

*magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com ‘deixas’ ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas*”.

Em clara oposição à idéia de que a memória é essencialmente reconstrutiva, **Antônio Damásio**<sup>(8)</sup> refere que a evocação da memória deve estar relacionada à idéia de “representação aproximativa”. A memória pode ser classificada, segundo **Izquierdo**<sup>(9)</sup>, em dois grandes grupos. O primeiro trata da *memória procedural*, ligada ao aprendizado de atividades como escrever à máquina, andar de bicicleta, etc. O segundo grupo — o da *memória declarativa* — e que interessa para o presente estudo, faz alusão à memória de fatos, eventos, de pessoas, de faces, de conceitos e de idéias.

Logo que o fato acontece, as pessoas lembram do acontecimento com riqueza de detalhes (mas sempre será uma “parte”, o fragmento do todo, que é inapreensível para nós). Contudo, com o passar do tempo, estes são esquecidos, mas fica a lembrança do momento dramático. **Izquierdo**<sup>(10)</sup> relata que “*o que vai se apagando são os detalhes não emocionais. Cada vez que há uma circunstância que evoca algo emocional, que pode ser nossa própria vontade, evocamos os detalhes emocionais*”. Isso veio a ser corroborado pelos estudos neurológicos, no sentido de que não há como dissociar a emoção da razão, tal como fez **Descartes** no passado. O dualismo cartesiano que separou mente, cérebro e corpo está completamente superado.

## 3. Memória e prova testemunhal

O delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).

É preciso, portanto, questionar como se apresenta e quais são as condições de possibilidade do exercício da memória na sociedade contemporânea. **Ost**<sup>(11)</sup> refere quatro paradoxos da memória: 1) *a memória é social e não individual*, ou seja, nunca se recorda de nada sozinho; 2) di-

ferentemente do que se poderia pensar, *a memória opera a partir do presente, estando longe de derivar do passado*; 3) o terceiro paradoxo faz alusão à *dinamicidade da memória*: “*a memória situa-se no prolongamento direto do precedente: se a memória opera a partir do presente e não do passado é porque ela é uma disposição ativa, até voluntária, e não uma faculdade passiva espontânea*”<sup>(12)</sup>. 4) por fim, o quarto e último paradoxo relaciona a *memória ao esquecimento*: a memória não se opõe ao esquecimento, ao contrário, pressupõe-no. Também para **Virilio**<sup>(13)</sup>, a memória tem uma íntima relação com o esquecimento: “*o conteúdo da memória é função da velocidade do esquecimento. Isso quer dizer que a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento. Porém, a rapidez do esquecimento é mais importante, porque se esquecemos muito rápido, caímos na amnésia, mas se nós não esquecemos ficamos loucos!*”

Imprescindível a demonstração da concepção da memória sob diversos aspectos, pois dela depende o processo tanto para o reconhecimento dos acusados quanto para a reconstrução do fato delituoso, diante da ausência de demais provas técnicas, tais como perícias, exames de DNA, isolamento do local, colheita de digitais, entre outras. Destarte, o processo penal não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber. **Gorphe**<sup>(14)</sup> já afirmava que “*desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como del más fácil y más común de los medios de prueba*”.

## 4. Falsas memórias

Em que pesem os estudos anteriores de **Binet**, em 1900, na França, **Stern**, em 1910, na Alemanha e de **Bartlett** em 1932, foi **Loftus** (nos anos 70) quem introduziu uma nova técnica para o estudo das falsas memórias, consistente na sugestão da falsa informação. É a inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa. **Loftus**<sup>(15)</sup> constatou, através de experimentos com mais de 20 mil pessoas, que “*a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos*”.

Inicialmente pensávamos que as falsas memórias giravam apenas em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento. Contudo, **Stein** e **Pergher**<sup>(16)</sup> alertaram para um novo fator, considerando também ser possível a formação de uma falsa memória espontaneamente ou através de auto-sugestão. Explicam que “*as falsas memórias são geradas espontaneamente, como resultado do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas*”.

Todavia, o enfoque centra-se na indução. Segundo **Loftus**, a recordação dos acontecimentos fictícios da infância possui maior aceitação quando a fonte da informação foi esquecida, bem como quando o participante se familiariza com os detalhes. Nesse sentido, psicólogos apresentaram a voluntários acontecimentos reais relatados por membros da família, o que de fato dá mais credibilidade à história, misturados a acontecimentos inventados — ter derramado champanhe nos pais da noiva, em uma festa de casamento. Na primeira vez em que o fato fictício foi relatado, nenhum dos participantes lembrava-se dele. Entretanto, os resultados da pesquisa mudaram ao longo de duas entrevistas consecutivas: 18% e depois 25% dos voluntários afirmaram se lembrar do incidente falso.

A verificação da aludida indução ou suggestionamento é tão significativa que alguns voluntários da pesquisa acabaram por lembrar de acontecimentos ocorridos logo após o nascimento — lembrança dos móveis do berço do hospital, das enfermeiras e das máscaras dos médicos —, quando, na verdade, sabe-se que as “*recordações ligadas ao primeiro ano de vida estão perdidas para sempre, sobretudo, porque o hipocampo, que desempenha um papel importante nos mecanismos da memória, não é suficientemente maduro nessa idade, para guardar lembranças recuperáveis na idade adulta*”<sup>(17)</sup>.

Inclusive, nos testes, alguns voluntários assinaram confissões de supostos danos a um computador, ao apertar uma tecla errada, que nunca haviam praticado: “*os participantes, inocentes de início, negavam a afirmação, mas depois de terem sido confrontados com um cúmplice do experimentador que afirmava tê-los visto fazer isso, vários deles assinaram confissões e terminaram por descrever de maneira detalhada o ato que não haviam cometido*”<sup>(18)</sup>. A assunção de culpa, inclusive com confissão por escrito, dá-nos bem a dimensão do problema.

Algumas pessoas estão mais suscetíveis à formação das falsas lembranças, geralmente aquelas que sofreram algum

tipo de traumatismo ou lapso de memória. Contudo, as crianças foram historicamente avaliadas como mais vulneráveis à sugestão, pois a tendência infantil é justamente a de corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto entrevistador. **Binet**<sup>(19)</sup> verificou numerosos erros involuntários de crianças submetidas a testes de recordação, concluindo que “*o grau de sugestionabilidade das crianças mais jovens é significativamente mais alto, em razão de dois fatores diferentes: (a) cognitio ou auto-sugestão, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer; e (b) outro social, que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador*”. Isso veio a demonstrar a fragilidade da memória infantil, em termos de sugestionabilidade.

Existe, assim, um alerta generalizado para o depoimento infantil, sendo uma tarefa bastante árdua obtê-los, pois: “(1) *as crianças não estão acostumadas a fornecer narrativas elaboradas sobre suas experiências; (2) a passagem do tempo dificulta a recordação de eventos, e (3) pode ser muito difícil reportar informações sobre eventos que causam estresse, vergonha ou dor*”<sup>(20)</sup>. Além disso, a tendência infantil é de se adaptar à expectativa do entrevistador, a fim de demonstrar cooperação com o adulto, razão pela qual raramente se responde que não se sabe.

Soma-se a isso o fato de a credibilidade e a confiabilidade do relato das crianças restarem abaladas pelas convicções prévias do entrevistador acerca da ocorrência do evento, pois há clara tendência para moldar a entrevista de forma a maximizar as revelações consistentes com suas convicções, não desafiando ou dando a devida importância ao relato da vítima que não seja condizente com ela (é o famoso *primado das hipóteses sobre os fatos*, na célebre expressão de **Cordero**, em que primeiro se decide para depois obter as provas, a fim de justificar a decisão). De outra banda, a criança tende a ser desafiada pelo entrevistador quando o seu relato for incongruente com a convicção inicial dele<sup>(21)</sup>. O fato é que se o entrevistador estiver previamente convicto acerca da ocorrência do delito, certamente vai dirigir todos os questionamentos de modo a confirmá-lo, contaminando o ato.

O tema é complexo e de fundamental importância, na medida em que os atores judiciários lidam constantemente com as recordações das pessoas para obter provas de um determinado delito e para realizar reconhecimentos pessoais ou por fotografias, sejam elas vítimas, testemunhas ou apenas informantes.

Em se tratando de processo penal, muito embora haja necessidade de uma prova robusta, são vistas inúmeras decisões condenatórias fundamentadas exclusivamente na prova oral, principalmente na palavra da vítima, quando a infração não deixa vestígios, como nos delitos de atentado violento ao pudor, sem falar nas condenações motivadas no cotejo entre a prova oral colhida na fase processual e na fase pré-processual, totalmente despida de contraditório e de ampla defesa.

Situação interessante encontramos na Apelação Criminal nº 70017367020, julgada pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (27/12/2006), onde se manteve a absolvição do réu, padrinho da suposta vítima, por atentado violento ao pudor.

Neste caso, as acusações de abuso sexual começaram quando a menina de 8 anos, na época do fato, assistia juntamente com sua mãe o programa *Globo Repórter*, que abordava a questão do abuso sexual contra as crianças. A vítima ficou impressionada com a história do pai que havia engravidado a própria filha e vivia maritalmente com ela. Diante disso, questionou sua mãe se beijar na boca podia engravidar. A mãe ficou nervosa e procurou esclarecer a questão, ao mesmo tempo em que procurou imputar a prática do delito a alguém. Não incriminou o pai, mas sim o padrinho da menor. Como a genitora não conseguia falar sobre o assunto com a filha, pediu para que esta escrevesse em bilhete contando o que havia ocorrido. Em um pedaço de papel, a menina descreveu uma experiência, com conotação sexual, contudo, ocorrida na creche onde estudava. Lá, as meninas teriam se beijado na boca e mostrado a “bunda” umas para as outras. Além disso, também teriam chamado os meninos para pegarem no “tico” deles. No bilhete não sabia expressar se gostava ou não daquilo. Esse fato não foi explorado na investigação, somente o foi em juízo. Associado a tudo isso, ainda salienta-se que a ofendida também beijava o irmão na boca, tinha visto acidentalmente um filme pornográfico na televisão a cabo, bem como seu pai costumava andar nu pela casa. O contexto em que ocorreu a acusação foi totalmente propício para a ocorrência das falsas memórias, por indução da própria mãe da vítima, a partir de uma experiência sexual vivenciada na escola.

## 5. Considerações finais: a necessidade de medidas de redução de danos

Nessa breve exposição, pretendemos chamar a atenção para a proble-

mática das falsas memórias no âmbito do Direito e não solucioná-la, pois não há soluções simples para problemas complexos. Todavia, viável pensar-se em medidas de redução de danos, com o intuito de melhorar a qualidade da prova oral.

As contaminações a que está sujeita a prova penal podem ser minimizadas através da *colheita da prova em um prazo razoável*, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória. A *adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva*<sup>(22)</sup> permitem a obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores às das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas. O objetivo aqui é evitar a restrição das perguntas ou sua formulação de maneira tendenciosa por parte do entrevistador, sugerindo o caminho mais adequado para a resposta. De outra banda, a *gravação das entrevistas* realizadas na fase pré-processual, principalmente as realizadas por assistentes sociais e psicólogos, permite ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista. Isso possibilita ao julgador o conhecimento do modo como os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados. Assumem especial importância não como indício de prova propriamente dito, mas para que o julgador avalie como foi realizado o procedimento e que métodos foram utilizados, a fim de verificar ou não os graus de contaminação.

Também é de grande valia que os entrevistadores não explorem tão-somente uma versão da história, notadamente, a versão acusatória, no sentido de confirmar a materialidade e a autoria do delito. É interessante que se faça também uma abordagem de outros aspectos ofertados pela própria vítima quando de seu depoimento. Isso porque, é bastante comum que crianças e adolescentes uti-

lizem a acusação de abuso sexual para fazer cessar outras formas de violência física, psicológica ou negligência<sup>(23)</sup>. Nestes casos, a prisão do pai ou padrasto representa o afastamento do lar. Não raras vezes, vê-se em sede de revisão criminal, através de justificação judicial, menores retratando-se das acusações de abuso contra seus supostos agressores, afirmando abertamente que “inventaram” a situação para afastá-los do lar. Além disso, denúncias de abuso sexual figuram como uma arma poderosa nas ações de separação ou divórcio, em que se disputa a guarda dos menores.

Por fim, há que se abandonar a cultura da prova testemunhal, tão presente em nosso processo penal, dando lugar a investigações policiais calcadas em novas tecnologias e novas técnicas de investigação. Somente com a inserção de tecnologia é que se poderá reduzir os danos decorrentes da baixa qualidade da prova produzida atualmente. ●

### Notas

- (1) CARNELUTTI, Francesco. “Verità, dubbio e certezza”. In: *Rivista di Diritto Processuale*, volume XX (II série), 1965, pp. 4 a 9.
- (2) TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 83.
- (3) Sobre o tema, LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- (4) CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certezza*, op. cit., p. 5.
- (5) LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 267.
- (6) LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 268.
- (7) DAMÁSIO, Antônio. *O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, pp. 128-129.
- (8) DAMÁSIO, Antônio. *O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano*, p. 128.
- (9) IZQUIERDO, Ivan. *A Memoria*. Entrevista com Ivan Izquierdo concedida à RAN – Revista Argentina de Neurociencias. <http://www.cerebromente.org.br/n04/opiniaio/izquierdo.htm> em 18/10/2006.

- (10) IZQUIERDO, Ivan. *A Memoria*. *Idem, ibidem*.
- (11) OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999, pp. 59 e segs.
- (12) OST, François. *O Tempo do Direito*, p. 61.
- (13) VIRILIO, Paul. “O paradoxo da memória do presente na era cibernética”. In: *Memória Cotidiana: Comunidades e Comunicação na Era das Redes*. Frederico Casalegno (org.), Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 98.
- (14) GORPHE, François. *La Critica del Testimonio*. 2ª ed., trad. Mariano Ruiz-Funes, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949, p. 1.
- (15) LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver Mente & Cérebro*, p. 90.
- (16) STEIN, Lillian Milnitsky e PERGHER, Giovanni Kuckartz. “Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas”, in: *Psicologia: Reflexão e Crítica*, p. 354.
- (17) LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver Mente & Cérebro*, pp. 92-93.
- (18) LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver Mente & Cérebro*, p. 93.
- (19) BINET, Alfred. *apud PISA, Osnila. Psicologia do Testemunho: Os Riscos na Inquirição de Crianças*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia – Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade – da PUC/RS, orientadora Lillian M. Stein. Porto Alegre, Julho de 2006, p. 13.
- (20) CECI e BRUCK *apud PISA, Osnila. Psicologia do Testemunho: Os Riscos na Inquirição de Crianças*, p. 38.
- (21) PISA, Osnila. *Psicologia do Testemunho: Os Riscos na Inquirição de Crianças*, p. 17.
- (22) Sobre as técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva consultar QUECUTY, María Luisa Alonso. “Psicología y Testimonio”. In: *Fundamentos de la Psicología Jurídica*. Madrid: Psicología Piramide, 1998.
- (23) PISA, Osnila. *Psicologia do Testemunho: Os Riscos na Inquirição de Crianças*, p. 22.

**Aury Lopes Jr.**

Advogado criminalista, doutor em Direito Processual Penal, professor no Programa de Pós-Graduação, mestrado e especialização em Ciências Criminais da PUC/RS e pesquisador do CNPq

**Cristina Carla Di Gesu**

Assessora de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, especialista em Ciências Penais pela PUC/RS, mestranda em Ciências Criminais da PUC/RS e bolsista da Capes

## CURSO

### II CURSO PARA JORNALISTAS DO IBCCRIM - SÃO PAULO

**Realização:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

**Professores e Temas:** Gustavo Badaró (*Provas Ilícitas*), Maurício Zanoide de Moraes (*Prisão Cautelar*), Roberto Livianu (*Ministério Público e a Justiça Criminal*), Roberto Maurício Genofre (*Investigação Pré Processual*), Sérgio Mazina Martins (*Pena e Prisão*) e Theodomiro Dias Neto (*CPI: Poderes e limites*)

**Data:** 23 e 30 de junho de 2007 — **Horário:** das 09h30 às 17h00.

**Local:** Auditório do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo (SP).

**Informações e Inscrições:** [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) ou telefone (11) 3105-4607 Ramal 140 ou 144

**Importante:** Curso gratuito, destinado apenas a jornalistas, com vagas limitadas.

# COMÉRCIO DE ÓRGÃOS HUMANOS: ATÉ ONDE VAI A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO?\*

Gustavo Noronha de Ávila, Gabriel José Chittó Gauer e Ruth Maria Chittó Gauer

## O “mercado” de órgãos humanos

O mercado de órgãos humanos tem sua maior expressão no crime organizado. É através de conexões internacionais que ocorre o chamado *tráfico de órgãos*, uma espécie do gênero tráfico de pessoas. Esta é considerada a terceira atividade ilícita mais lucrativa da atualidade, perdendo somente para o tráfico de armas e o de drogas, afetando mais de 20 milhões de pessoas<sup>(1)</sup>.

A estimativa é de que o tráfico de pessoas movimentava 31 bilhões de dólares anualmente<sup>(2)</sup>. O de órgãos, por seu turno, movimentava de 7 a 13 bilhões a cada ano no mundo<sup>(3)</sup>.

Nos dias atuais, o transplante de rim, órgão mais visado, se expandiu de um pequeno número de privilegiados centros médicos no primeiro mundo para praticamente todos os continentes, gerando a chamada escassez de órgãos transplantáveis<sup>(4)</sup>. Estes fatores, então, levaram à identificação de uma abundante fonte de órgãos nos corpos dos vivos, bem como no dos mortos, especialmente entre pobres, analfabetos, desempregados e desabrigados. As transações variam de contratos consensuais (formais e informais) até acordos com vício de vontade, geralmente intermediados por negociantes internacionais, envolvidos em operações multimilionárias<sup>(5)</sup>.

Estas condições colocaram em circulação corpos praticamente mortos viajando em uma direção e, na outra, órgãos saudáveis, dando origem ao chamado “*turismo transplantatório*”, ilegal e clandestino<sup>(6)</sup>. Por tal razão, não existe informação totalmente confiável em relação ao tráfico de órgãos humanos, mas se acredita que os intermediadores cobrem entre U\$ 100.000,00 e U\$ 200.000,00 para organizar um transplante de um rim de um doador saudável e compatível. O preço pago ao “doador”, em geral, fica entre U\$ 1.000,00 e U\$ 5.000,00<sup>(7)</sup>.

Na figura ao lado<sup>(8)</sup> há uma representação dos países vendedores e compradores de órgãos humanos. Aqueles com a inscrição mais escura são tradicionalmente “exportadores” e os com a representação mais clara, “importadores”<sup>(9)</sup>. Na realidade, estes locais onde comprar estão sempre mudando<sup>(10)</sup>.

## Transplantes de órgãos e proteção de bens jurídico-penais

Para Roxin bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nestes objetivos<sup>(11)</sup>.

A única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios constitucionais. Assim, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode ser derivado das garantias estabelecidas na Lei Fundamental de um Estado de Direito, baseado na liberdade do indivíduo, através da qual são marcadas as possibilidades punitivas do Estado. Portanto, bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e o seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global, estruturado sobre uma base desta concepção de fins, ou para o funcionamento do próprio sistema<sup>(12)</sup>.

Considerando-se o titular dos bens jurídicos, teremos que estes poderão ser individuais ou metaindividuais. Destes primeiros, é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, em razão da sua vontade. Os últimos são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo — afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade — e supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcendem, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade<sup>(13)</sup>.

Há relação de complementaridade entre as duas categorias, refere Prado<sup>(14)</sup>. Por exemplo, a saúde pública em relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida do homem. Nos primeiros, a referência individual privada é direta; nestes, a referência pessoal é indireta, em maior ou em menor grau. São bens universais<sup>(15)</sup>, da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado.

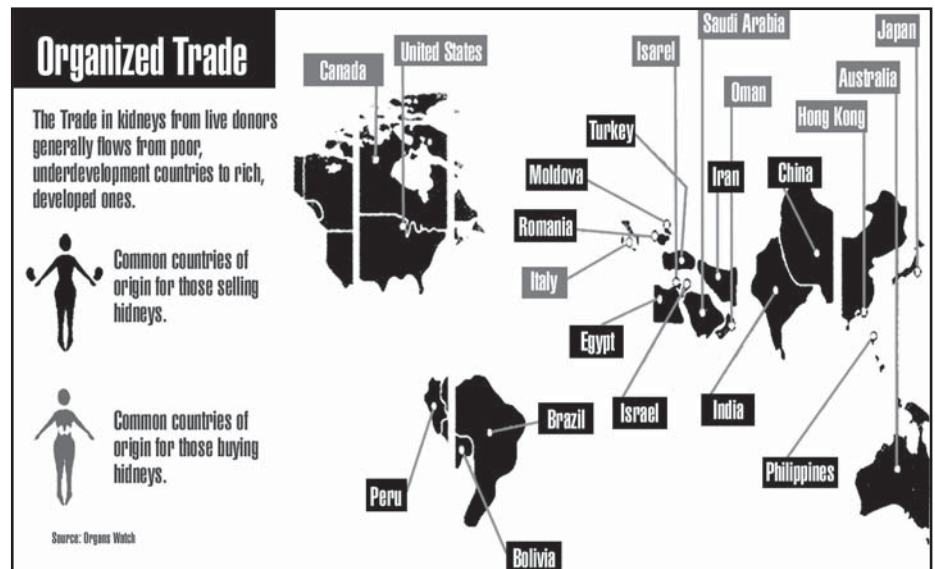
Mesmo tendo apresentado uma definição de bem-jurídico eminentemente normativa, Roxin<sup>(16)</sup> argumenta que esta não é estática, já que dentro dos contornos constitucionais. Assim, está aberto às transformações sociais e aos progressos tecnocientíficos.

Segundo a característica ínsita à sociedade contemporânea — o *risco*, descrito na obra de Beck<sup>(17)</sup> —, os efeitos de um ato isolado, mesmo em uma região remota do globo, podem ser sentidos em toda a superfície do planeta. Face à constatação de que o objeto de tutela se encontra, então, numa situação delicada e passível de desaparecimento<sup>(18)</sup>, há autores que defendem o abandono da idéia de bem jurídico. Stratenwerth é um dos expoentes desta escola, referindo que nos problemas concernentes ao meio ambiente e à tecnologia genética, estão em jogo interesses vitais não só dos indivíduos mas da humanidade em sua totalidade, assim como interesses das outras vidas existentes na Terra<sup>(19)</sup>.

Para Souza, não é esta a posição mais adequada. Ele adota o paradigma dualista de bem jurídico, em que se afirma a existência de bens supra-individuais autônomos, sendo alguns titulares destes o meio ambiente e a própria humanidade<sup>(20)</sup>. Há concordância com Stratenwerth no que cerne à idéia de determinados bens jurídicos possuírem uma referência ao futuro quando se trata da responsabilidade do homem atual com os interesses das futuras gerações, interesses da própria humanidade. Entretanto, isso não significa abandonar a concepção de tutela de bens jurídicos, pois tal atitude poderia significar uma volta da tutela penal em função somente da moralidade ou a

COMÉRCIO DE ÓRGÃOS HUMANOS: ATÉ ONDE VAI A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO?

Gustavo Noronha de Ávila, Gabriel José Chittó Gauer e Ruth Maria Chittó Gauer



➔ transformação do Direito Penal em instrumento de governo, ou em mero promotor de valores<sup>(21)</sup>.

No mesmo sentido, a concepção de bem jurídico também é defendida por **Figueiredo Dias**<sup>(22)</sup>. A legitimidade histórica da caracterização da sociedade contemporânea como uma sociedade de risco — em contraposição a uma sociedade de segurança — é altamente contestável, já que a sociedade foi sempre — possivelmente mais do que hoje, e talvez será para sempre — uma sociedade de risco.

**Faria** refere diversos bens jurídicos envolvidos na transplantação de órgãos. Em relação ao receptor: a vida, a saúde, ou em certos casos, do âmbito de liberdade do próprio receptor na escolha do tratamento quando se configurem métodos alternativos. Sob o enfoque do doador, a situação altera-se profundamente. Não se trata da sua integridade física, mas do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação, a ver respeitadas as suas determinações para depois da morte, sem que isso signifique um qualquer reconhecimento de direitos sem sujeito, ou de uma personalidade parcial do morto, ou ainda, de uma qualquer subjetividade jurídica para além da capacidade para o direito, que indiscutivelmente cessou. Em face de nossa ordem jurídica, a personalidade cessa com a morte, e com ela também a suscetibilidade de se ser titular de direitos e obrigações. Há, portanto, uma impossibilidade jurídica em se falar de direitos de personalidade de um morto<sup>(23)</sup>.

Assim, ao afirmar-se a idéia de bem jurídico, é possível, da análise dos tipos penais previstos na Lei nº 9.434/97 (artigos 14 a 20), observar quais seriam aqueles positivados pelo legislador. A partir de um viés teleológico, possível citar o bem *vida* como o mais referido: artigo 14, § 2º, II; artigo 14, § 3º, III, IV; artigo 14, § 4º e artigo 15.

A vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Assim como a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões<sup>(24)</sup>. Por esta razão, estaria justificada a proibição de livre disposição do corpo para transplante *inter vivos*<sup>(25)</sup>.

Sobre a modalidade *post mortem*, no entanto, a dificuldade parece maior. De acordo com **Silva**, o problema da licitude do indivíduo em alienar membros ou órgãos de seu corpo é delicado. Em suas palavras: “*Se essa alienação, onerosa ou gratuita, se faz para extração após a morte do alienante, não parece que caiba qualquer*

*objeção. É que, em tal caso, não ocorre ofensa à vida, que já inexistirá*”<sup>(26)</sup>.

Não é este, no entanto, nosso entendimento. Primeiramente, nos reportamos novamente à doutrina que acredita ser a dignidade humana o princípio informador de todos os bens jurídicos erigidos a tal condição em nosso ordenamento. O corpo, apesar de não mais abrigar a vida e, por conseguinte, a personalidade ausente, ainda revela alguns dos traços inequívocos inerentes aos dotados da identidade humana. Assim, o artigo 18 da Lei nº 9.434/97, cujo *telos* consiste no respeito à incolumidade do cadáver, é informado também pelo princípio, de forma a vedar a extração onerosa de órgãos. O evento morte não significa, irá dizer **Faria**<sup>(27)</sup>, que a garantia de proteção à dignidade humana depois de sua verificação se encerre, necessariamente<sup>(28)</sup>.

Outra argumentação também é possível. No escopo do diploma legal há diversas menções ao bem jurídico saúde (artigo 14, § 2º, III, IV e § 3º, II), também informado pela dignidade humana. Considerando-se que o Sistema Nacional de Transplantes está baseado em um critério de lista única, a prática da comercialização iria, inequivocamente, gerar desigualdade no acesso aos órgãos. Desta forma, seria atingido o bem da vida “saúde” daquele que poderia vir a receber o órgão, mas teve sua expectativa frustrada em função da mercancia.

### Considerações finais

O anúncio do fracasso do altruísmo parece ser mais uma manifestação da tentativa da introdução de idéias paliativas, imediatistas. É justamente nos países onde a tendência libertário-utilitarista (fundamento daqueles que defendem o comércio) aparece com maior força, onde, coincidentemente, as taxas de negativa familiar para transplante *post mortem*, são exorbitantes. A medicina preventiva, importante no sentido de evitar-se doenças que levem à necessidade de um transplante, e as campanhas publicitárias não são citadas por aqueles defensores da mercancia como alternativas que, a médio prazo, podem mostrar-se eficientes.

Ainda, não se pode ignorar o argumento de que o mesmo Estado detentor do poder para realizar o processo legislativo necessário à autorização da venda de órgãos, é capaz e possuidor dos meios para atenuar o drama de esta mostrar-se como a única alternativa viável à uma sobrevivência digna do seu cidadão. Desta forma, a vontade política pode fazer com que a disposição remunerada não seja o melhor possível para o vendedor no momento.

Além de ser um direito fundamental do indivíduo, a vida é também um inte-

resse que cabe ao Estado, e também à humanidade proteger em função de sua conservação. Desta forma, considerando-se a possibilidade do comércio de órgãos humanos *inter vivos*, da mesma maneira que a ninguém é legítima a alienação de direitos fundamentais, como o exemplo da liberdade, também não se admite alienar a própria vida, em nenhuma das suas dimensões (incluída aí a integridade corporal).

Relativamente à mesma possibilidade *post mortem*, entendimento análogo se impõe. O evento morte não implica, necessariamente, a não observância da dignidade humana, pois o corpo ainda revela os resquícios fundamentais da identidade do homem.

A ausência de argumentos que resistam a uma análise ético-jurídica se reflete no direito comparado. Em nenhum país ocidental existe legislação permissiva ao comércio de órgãos, sendo que diversas diretivas, resoluções e convenções são expressas no sentido da preocupação com a prática, vedando-a de forma veemente. O Brasil não constitui exceção, sendo o artigo 15 da Lei nº 9.434/97 bastante claro nesse sentido. Somente no Irã, ainda assim sob condições particulares, são permitidos tais atos.

O comércio ilegal de órgãos humanos já está entre as atividades ilícitas mais lucrativas da atualidade, o que indica a necessidade de um maior debate. Por enquanto, a preocupação mostra-se inevitável, pois, se para salvarmos vidas isto significar a necessidade de vendermos órgãos, qual será o preço? ●

### Notas

- \* Pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq – Processo 402747/2005-4).
- (1) “Rights-Latin America: Human Traffickers Use Lure Of Better Life”. *Global Information Network*, Nova Iorque, 24 ago., 2006, p. 1.
  - (2) “Tráfico de Seres Humanos”. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/Senasp/prevencao/prevencao\\_TSH.htm](http://www.mj.gov.br/Senasp/prevencao/prevencao_TSH.htm)> Acesso em: 12 set. 2006.
  - (3) “Tráfico de órgãos pode movimentar U\$ 13 bilhões/ano”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=41199>> Acesso em: 17 jul. 2006.
  - (4) SCHEPER-HUGHES, Nancy. “Parts Unknown – Undercover ethnography of the organtrafficking underworld”. *Etnography*, v. 5, nº 1, 2004, p. 62.
  - (5) SCHEPER-HUGHES, Nancy. “Parts Unknown – Undercover ethnography of the organtrafficking underworld”. *Etnography*, v. 5, nº 1, 2004, p. 33.
  - (6) *Idem, ibidem*, p. 34.
  - (7) WORLD HEALTH ORGANIZATION. Organ trafficking and transplantation pose new challenges. *Bulletin Of The World Health Organization*, set. 2004, pp. 82-89.

- ➔ (8) Adaptado de: SCHEPER-HUGHES, Nancy. "Organs Without Borders". *Foreign Policy*, nº 146, jan.-fev. 2005, p. 26.
- (9) FINKEL, Michael. "Complications". *New York Times Magazine*, 27 maio 2001, p. 28.
- (10) SCHEPER-HUGHES, Nancy. "Parts Unknown – Undercover ethnography of the organtrafficking underworld". *Etnography*, v. 5, nº 1, 2004, p. 37.
- (11) ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19.
- (12) ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vincente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, pp. 55-56.
- (13) PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 272-273.
- (14) PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 273. Neste sentido também: ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.
- (15) A obra de Souza constitui importante contribuição no sentido de afirmar a identidade genética como um bem jurídico deste tipo (cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana – Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-Individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 383-384).
- (16) ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 57-58.
- (17) Cf. BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad*. 3ª ed., Paidós: Barcelona, 2002. Uma reflexão acerca deste tema pode ser conhecida em: D'AVILA, Fábio. "A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excuro sobre o Direito Penal do Risco)". Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=70](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70)> Acesso em: 12 ago. 2006.
- (18) SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana – Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-Individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 126.
- (19) STRATENWERTH, Gunther. *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts? ZStW*. 105 (1993), p. 691, apud SOUZA, PV.S. de. *op. cit.*, p. 127.
- (20) SOUZA, *op. cit.*, p. 127.
- (21) SOUZA, *op. cit.*, pp. 127-128.
- (22) FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72.
- (23) FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 29.
- (24) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 200.
- (25) Rita Maria Paulina dos Santos tece os seguintes comentários sobre a disposição do corpo *inter vivos*: "Admitir que o indivíduo tivesse sobre si mesmo disponibilidade absoluta constituiria a negação do próprio direito, ou a afirmação de um direito associal, que dispensa a relação com o próximo" (SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem: Nova Forma de Experimentação Humana Rumo à Imortalidade?*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26).
- (26) SILVA, *op. cit.*, p. 200.
- (27) FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 30.
- (28) Neste sentido também: CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. *Aspectos Penais da Lei de Transplante de Órgãos*. São Paulo: Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 34.

**Gustavo Noronha de Ávila**

Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS, especialista em Direitos Humanos pela *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul) e advogado

**Gabriel José Chittó Gauer**

Doutor pela PUC/RS e pós-doutor pela *University of Maryland* em Medicina, professor adjunto do Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Psicologia e do Programa de Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da PUC/RS e médico psiquiatra

**Ruth Maria Chittó Gauer**

Doutora em História das Idéias pela Universidade de Coimbra, coordenadora do Programa de Mestrado em Ciências Criminais e professora do Programa de Pós-Graduação em História da PUC/RS e pesquisadora do CNPq

Gustavo Noronha de Ávila, Gabriel José Chittó Gauer e Ruth Maria Chittó Gauer

**Entidades que assinam o Boletim:**

- **AMAZONAS**
  - Ministério Público do Amazonas
- **CEARÁ**
  - Associação Cearense de Magistrados
  - Associação Cearense do Ministério Público
- **DISTRITO FEDERAL**
  - Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
  - Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF
- **GOIÁS**
  - Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmeço
- **MATO GROSSO DO SUL**
  - Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS
  - Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul
- **MINAS GERAIS**
  - Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
  - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium
- **PARÁ**
  - Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- **PARANÁ**
  - Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná
- **RIO GRANDE DO SUL**
  - Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
- **SÃO PAULO**
  - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
  - Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
  - Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
  - Curso C.P.C.
  - Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

**CURSO**

**PESQUISA SOCIAL DA JUSTIÇA CRIMINAL - SÃO PAULO**

Abertas as inscrições para o curso de *Pesquisa Social da Justiça Criminal*, um programa destinado a estudantes de graduação, pós-graduação e profissionais interessados em direcionar sua carreira para a pesquisa sócio-jurídica da administração da Justiça Criminal no Brasil. O curso discutirá as principais linhas de pesquisa sobre as instituições da Justiça Criminal Brasileira, nas duas últimas décadas, debatendo influências teóricas internacionais, metodologias de pesquisa e seus resultados.

**Realização: IBCCRIM**

**Data:** A partir do dia 06 de agosto, sempre às segundas-feiras — **Horário:** das 16h00 às 18h00

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

**Inscrições:** até o dia 23 de julho de 2007.

**Informações:** (11) 3105-4607 Ramais 127 ou 140, [nucleo@ibccrim.org.br](mailto:nucleo@ibccrim.org.br), [curso@ibccrim.org.br](mailto:curso@ibccrim.org.br) ou [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

**Importante:** O curso é gratuito e apenas para sócios do IBCCRIM.

Informe-se como participar! Vagas Limitadas!

1,80 m

1,70 m

**SURPREENDIDO COM UM LIVRO  
ANTIQUADO DE DIREITO PENAL  
EM CIMA DA MESA.**

**NÃO COMETA INJUSTIÇA COM VOCÊ MESMO: ATUALIZE-SE JÁ.**



**LANÇAMENTOS RT DE DIREITO PENAL.  
OS MAIS ATUALIZADOS DO MERCADO.**



**EDITORA RT**  
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**  
[WWW.RT.COM.BR](http://WWW.RT.COM.BR)