

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

NOVOS “TIROS EM COLUMBINE”

Mais uma tragédia deixou a opinião pública mundial perplexa. Após a matança no condado de Jefferson (Colorado), ocorrida há oito anos, quando dois adolescentes atiraram em colegas e professores na *Columbine High School*, matando 12 alunos e um docente, desta vez foi o massacre ocorrido no Instituto Tecnológico da Virgínia, que resultou no assassinato de 32 pessoas, mortas por um jovem estudante de origem sul coreana. De 1966, quando um psicopata subiu numa torre de uma universidade do Texas e começou a atirar a esmo, atingindo mortalmente 16 pessoas, ao acontecimento na Virgínia, os Estados Unidos registram pelo menos oito massacres do gênero em *campi* universitário.

É um número assustador. A última tragédia e a preocupante sucessão de massacres em espaços cada vez mais curtos e com um número cada vez maior de vítimas, que vêm ocorrendo ao longo dos últimos tempos em ambientes estudantis nos Estados Unidos, levantam diferentes questões. Uma delas, discutida pela própria imprensa americana, diz respeito à necessidade de disseminação de mais detectores de metais nas universidades. Mas essa é uma questão secundária — a questão central, e que esteve no centro dos debates em torno do referendo do Estatuto do Desarmamento, é a antiga discussão sobre a livre comercialização de armas de fogo.

Justificado em nome das liberdades individuais, da capacidade de discernimento de cada homem e da possibilidade de maximização de suas “escolhas racionais”, o livre porte de armas se tornou matéria de “direitos” nos Estados Unidos. No Brasil, a proposta de controle rigoroso de fabricação, comércio e porte de armas foi derrotada no referendo do Estatuto do Desarmamento. Tragicamente, os massacres da *Columbine High School* e do Instituto Tecnológico da Virgínia acabaram mostrando quem sempre teve razão nesse debate.

O ajuste de contas com os defensores do armamento, contudo, é perda de tempo. O debate está concluso com o aterrorizante derramamento de sangue inocente e o que agora se deve fazer é extrair da história as lições necessárias para evitar a ocorrência de novas tragédias, substituir a cultura da violência pelos valores da liberdade e, acima de tudo, vedar a livre comercialização e porte de armas de fogo.

Mudanças legais, sob a forma de tipificação criminal do porte de arma e o aumento do rigor das sanções penais, são condições *necessárias* para o problema. Não são, contudo, soluções *suficientes*. Pelo contrário, tanto ou mais eficaz do que o endurecimento penal são as medidas de natureza administrativa, como restrições à fabricação, a determinação de fechamento de postos de venda, o combate ao contrabando e a adoção de incentivos para o desarmamento voluntário.

Levantamentos insuspeitos realizados pelos Ministérios da Saúde e da Justiça revelam que, nos sete meses posteriores à aprovação do Estatuto do Desarmamento, as internações hospitalares em decorrência de armas de fogo caíram 7% em São Paulo, comparando-se com os sete meses precedentes da aprovação daquele diploma legal. No Rio de Janeiro a redução foi ainda mais expressiva, chegando a 10,5%. Em Curitiba e em São Paulo, as taxas de homicídio caíram 27% e 18%, respectivamente.

A economia de recursos propiciada ao poder público com a diminuição das armas em circulação, auferidas em gastos hospitalares e benefícios assistenciais concedidos às vítimas que perderam capacidade de trabalho, é um dos benefícios acarretados por essas medidas de caráter extrapenal. A redução da violência no cotidiano social, onde os atos corriqueiros costumavam ser resolvidos a bala, é outro importante ganho.

Acima de tudo, o desarmamento propiciado por mudanças legais e medidas administrativas, além de ajudar a por fim à banalização da violência, também é um fator de estímulo para que todos os cidadãos possam refletir sobre a vida coletiva, sobre o senso de comunidade e sobre os limites morais do individualismo exacerbado.

“*Só se pode confiar nas palavras quando se tem certeza de que a função delas é revelar e não dissimular*”, dizia a filósofa **Hannah Arendt** ao discutir a banalização da violência. Nos debates sobre porte de armas tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, a idéia de “liberdades fundamentais” tem sido utilizada mais com o propósito de dissimulação do que de revelação. A tragédia do Instituto de Tecnologia de Virgínia dá a dimensão do preço que a hipocrisia pode cobrar quando os problemas da violência são ocultados ou justificados pela defesa de pseudodireitos. ●

Editorial

Índice

EDITORIAL:

NOVOS “TIROS EM COLUMBINE”

1

LIBERDADE PROVISÓRIA PARA OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ESTATUTO DE DESARMAMENTO

Eduardo Luiz Santos Cabette

2

A PROBLEMÁTICA CRIMINAL DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4.335 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ivan Luís Marques da Silva

4

UM BANDO DE DENÚNCIAS POR QUADRILHA

René Ariel Dotti

6

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO: UMA HISTÓRIA QUE JÁ PODE SER CONTADA

Cibele C. Baldassa Muniz, Eneida G. de Macedo Haddad e Thaís Aparecida Soares

9

“DELINQUÊNCIA” JUVENIL: HÁ QUE SE CUIDAR DO BROTO PARA QUE A VIDA NOS DÊ FLOR E FRUTO

Edson Luís Balcan

11

MAIORIDADE E CIDADANIA

Marco Aurélio Gonçalves Ferreira

13

A FALTA GRAVE PELA UTILIZAÇÃO DE APARELHO CELULAR DE ACORDO COM A LEI 11.466/07

Milton Tiago Elias Santos Sartório

14

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: O MESMO DISCURSO DE SEMPRE

Mateus Castriani Quirino

16

DISCURSOS PENAIS DE EMERGÊNCIA E AS RECENTES ALTERAÇÕES NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS PROMOVIDAS PELA LEI 11.464/2007

Reinaldo Daniel Moreira

17

PRIMEIRAS IMPRESSÕES A RESPEITO DA ALTERAÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

(LEI Nº 11.464/07)

Paulo Henrique Aranda Fuller

18

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ: FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO. RECONHECIMENTO EX-OFFICIO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06

1081

SUPREMO TRIB. FEDERAL

1082

SUPERIOR TRIB. DE JUSTIÇA

1083

TRIB. REGIONAIS FEDERAIS

1083

TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

1085

Em sua redação original o artigo 2º, II, da Lei 8.072/90, vedava aos suspeitos da prática de crimes hediondos e equiparados, inclusive o tráfico de drogas, a liberdade provisória com ou sem fiança.

A vedação absoluta da liberdade provisória, norteando-se tão somente pela natureza do crime investigado, mereceu a pecha de inconstitucionalidade atribuída pela doutrina, por frontal violação do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), da regra da liberdade provisória (art. 5º, LXVI, CF) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Ademais, considerou-se que o legislador ordinário excedeu-se ao ampliar o rol de restrições previsto no artigo 5º, XLVI, CF, que somente impedia a fiança e não a liberdade provisória de forma absoluta.⁽¹⁾

Afinal, o dispositivo original da Lei dos Crimes Hediondos fazia ressurgir no cenário nacional a extinta “prisão preventiva obrigatória”, reconhecidamente violadora da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da presunção de inocência, pois que calcada não na necessidade processual da custódia, mas na natureza do crime em apuração.⁽²⁾

Em boa hora o legislador retirou a vedação da liberdade provisória sem fiança da Lei 8.072/90 por meio da alteração viabilizada pela Lei 11.464/07. Agora o artigo 2º, II, da Lei 8.072/90, somente impede a fiança, sendo que a concessão ou não da liberdade provisória sem fiança segue a regra geral da demonstração da necessidade processual da custódia, de acordo com os fundamentos da prisão preventiva (art. 312, CPP).

Acontece que dentre o rol de crimes hediondos e equiparados, encontra-se o Tráfico de Drogas. Para ele, a lei que atualmente rege a matéria (Lei 11.343/06 – art. 44) impede a liberdade provisória peremptoriamente (com ou sem fiança). Se antes da Lei 11.464/07 estava o artigo 44 da Lei de Drogas em consonância com o sistema da Lei dos Crimes Hediondos, embora afrontando a Constituição Federal,⁽³⁾ atualmente conflita também com a lei ordinária comentada. O dilema deve solucionar-se pela possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança (permanecendo inafiançável por inteligência do art. 44 da Lei 11.343/06 c/c art. 2º, II, da Lei 8.072/90 e ainda artigos 322, c/c 323, I, CPP, tudo em consonância com o artigo 5º, XLVI, CF) para os casos de tráfico dentro dos parâmetros do artigo 312, CPP, em respeito agora não somente aos Princípios Constitucionais anterior-

mente mencionados neste texto, mas também ao Princípio da Igualdade. Que espécie de critério racional poderia conduzir à conclusão de que os suspeitos de tráfico mereceriam tratamento diverso de suspeitos da prática de outros crimes hediondos ou equiparados (v.g. homicídio qualificado, estupro, tortura etc.)?

É neste sentido a pioneira manifestação do magistrado mineiro, **Amaury Silva**:

“A possibilidade da concessão da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados terá efetivamente uma grande repercussão quanto aos crimes de tráfico de drogas, pois tal dispositivo colide frontalmente com o artigo 44 da Lei 11.343/2006, que veda a liberdade provisória para os crimes previstos em seu artigo 33. Seguindo uma interpretação sistemática e teleológica, considerando ainda a dimensão constitucional do tema (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal), é irresistível o apontamento de uma conclusão de que mesmo para o crime de tráfico de drogas, doravante, em tese, é admissível a liberdade provisória, devendo cada caso concreto ser avaliado e dirimido segundo seus característicos, contemplando-se, outrossim, o disposto no art. 312, CPP.”⁽⁴⁾

Outro reflexo da nova legislação certamente ocorrerá com relação ao disposto no artigo 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), que também impede a liberdade provisória de forma absoluta para os crimes tipificados nos artigos 16, 17 e 18 do mesmo diploma.

A doutrina tem apontado a inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei 10.826/03 devido à sua colisão com o “princípio do estado de inocência”. Além disso, comparativamente aos crimes hediondos e equiparados, a vedação da liberdade provisória, mantendo-se alguém preso sem a presença do *periculum in mora*, torna-se ainda mais gritantemente violadora das garantias constitucionais. Isso porque, se no caso dos crimes previstos no artigo 5º, XLIII, CF, seria possível aventar um tratamento mais severo por força da própria Constituição, quanto aos crimes do Estatuto do Desarmamento, inexistente qualquer fundamento constitucional para uma

medida tão extremada. Nesse passo, o artigo 21 da Lei 10.826/03 estaria a afrontar não somente o “princípio do estado de inocência”, mas também o “princípio da proporcionalidade”, o que o torna “flagrantemente inconstitucional”.⁽⁵⁾

E se antes já era nítida a violação da proporcionalidade devido ao tratamento equiparado dos crimes do Estatuto do Desarmamento com aqueles arrolados na Lei dos Crimes Hediondos, agora a desproporção torna-se realmente gigantesca e até absurda, pois que crimes comuns, a que a Constituição não prevê nenhum rigor especial, teriam um

tratamento mais rígido quanto à liberdade provisória do que Crimes Hediondos e equiparados. Novamente, a única solução plausível é desconsiderar a norma do artigo 21, da Lei 10.826/03 e reconhecer a possibilidade de liberdade provisória também para os crimes dos artigos 16, 17 e 18 do mesmo diploma. Esses crimes continuam sendo inafiançáveis, eis que punidos com penas de reclusão mínimas superiores a dois anos (art. 322 c/c 323, I, CPP), mas seria possível a concessão da liberdade provisória sem fiança, desde que não configurados os fundamentos para a prisão preventiva, nos estritos termos do artigo 322, CPP.

Por derradeiro, cabe salientar que a nova sistemática imposta para a liberdade provisória pela Lei 11.464/07 deverá aplicar-se aos casos ocorridos antes de sua vigência. **Gomes** considera que isso decorre do fato de tratar-se de “norma processual com reflexos penais e benéfica”, razão pela qual não restariam dúvidas quanto à sua retroatividade.⁽⁶⁾ Esse posicionamento, embora pareça ser o mais correto, pode ensejar polêmicas quanto ao seu fundamento, pois que a doutrina diverge quanto ao fato de ser a norma que veda ou permite liberdade provisória com ou sem fiança meramente processual ou dotada de reflexos penais. **Fernando Capez**, por exemplo, valendo-se do escólio de **Damásio E. de Jesus**, opina pela natureza meramente processual dessa espécie de dispositivo.⁽⁷⁾ De outra banda, **Cezar Roberto Bitencourt** se alinha ao entendimento

Embora as prisões processuais não possam confundir-se com antecipação da pena, porque isso violaria o devido processo legal e a presunção de inocência, é questão de bom senso a percepção de que uma visão ampliada deve nortear a definição do caráter material que se hibridiza com o processual em certos dispositivos.

de Luiz Flávio Gomes ao asseverar que seriam normas processuais com reflexos penais (materiais) todas aquelas que “de qualquer modo atingem algum direito fundamental do cidadão ou restringem sua liberdade”, abrangendo, portanto, aquelas referentes ao tema da liberdade ou das prisões provisórias.⁽⁸⁾ Como já afirmado acima, este parece ser o melhor entendimento, inclusive porque ninguém discute, por exemplo, que os prazos de prisão provisória são contados como prazos penais e não processuais. Embora as prisões processuais não possam confundir-se com antecipação da pena, porque isso violaria o devido processo legal e a presunção de inocência, é questão de bom senso a percepção de que uma visão ampliada deve nortear a definição do caráter material que se hibridiza com o processual em certos dispositivos.

No entanto, no caso ora enfocado, toda essa discussão pode perfeitamente ser deixada de lado, eis que, seja como norma meramente processual (por força da aplicação imediata das leis processuais — art. 2º, CPP), seja como norma de caráter híbrido (na qual prevaleceria a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica), a possibilidade de liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados deverá ser aplicada aos Inquéritos Policiais e Processos Penais em andamento ou a quaisquer fatos em apuração criminal, mesmo que ocorridos antes de sua vigência. ●

Referências Bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Tratado de Direito Penal*. 11ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando.** *Curso de Direito Penal*. 9ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Estatuto do Desarmamento*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- FACCIOLLI, Ângelo Fernando.** *Lei das Armas de Fogo*. Curitiba: Juruá, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer et. al., São Paulo: RT, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva.** *Crimes Hediondos*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio** (coord.) et. al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. “Lei 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos”. Disponível em www.jusnavigandi.com.br, acesso em 05.04.07, pp. 1-3.
- LEAL, João José.** *Crimes Hediondos*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini.** *Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza.** *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- SILVA, Amaury.** “Crimes Hediondos: Lei 11.464/2007 e fatos pretéritos”. Disponível em www.jusnavigandi.com.br, acesso em 05.04.07, pp. 1-4.

Notas

- (1) Neste sentido: **FRANCO, Alberto Silva.** *Crimes Hediondos*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1994, pp. 83-95. **LEAL, João José.** *Crimes Hediondos*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, pp. 196-198. Em contrário, pela constitucionalidade, considerando que a CF (art. 5º, LXVI) condicionou a liberdade provisória aos casos permitidos pela “lei” ordinária. **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 307. Note-se que tal entendimento não leva em consideração a complexidade, complementaridade e interligação dos Princípios Constitucionais, formando uma rede coesa de direitos e garantias. Isso certamente torna inviável a compreensão da regra da liberdade provisória apartada do Princípio da Presunção de Inocência e ambos do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Para uma compreensão do “garantismo” como um sistema intercomunicante complexo, formando uma “teia” protetiva do indivíduo, ver: **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer, et. al. São Paulo: RT, 2002, pp. 74-76.
- (2) **MIRABETE, Julio Fabbrini.** *Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 389.
- (3) Frise-se, porém, que o STF não chegou a apontar a inconstitucionalidade dessas normas. Ao contrário, sustentava sua constitucionalidade. Vide STF, HC 68.514/DF, j. em 19.03.1991, DJU de 19.06.1992, p. 9.520. Ver ainda, apontando a “duvidosa constitucionalidade” do dispositivo: **GOMES, Luiz Flávio** (coord.) et. al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006, p. 198.
- (4) “Crimes Hediondos: Lei 11.464/2007 e fatos pretéritos”. Disponível em www.jusnavigandi.com.br, acesso em 05.04.07, p. 1.
- (5) **CAPEZ, Fernando.** *Estatuto do Desarmamento*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 174-175. Ver em contrário, afirmando a constitucionalidade do dispositivo, que seria “verdadeira norma de calibração, que se destina a promover o equilíbrio dentro da sistemática penal das liberdades no Direito Brasileiro” (sic) (grifos no original). **FACCIOLLI, Ângelo Fernando.** *Lei das Armas de Fogo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 206.
- (6) **GOMES, Luiz Flávio.** “Lei 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos”. Disponível em www.jusnavigandi.org.br, acesso em 05.04.07, p. 1.
- (7) *Curso de Direito Penal*. 9ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49.
- (8) *Tratado de Direito Penal*. 11ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171. O referido autor critica inclusive jurisprudência do STF que julgou em sentido contrário, considerando norma referente a proibição de liberdade provisória como meramente processual (STF, HC 71.009, 2ª Turma, DJU de 17.06.94).

Eduardo Luiz Santos Cabette

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



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:

Cárlas Vico Mañas, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tatiana Viggiani Bicuio

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 Tybiriça

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama

de Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto

Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Mauricio Genofre

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato

Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo

Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo

Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:

Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico

Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

A PROBLEMÁTICA CRIMINAL DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4.335 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ivan Luís Marques da Silva

Ivan Luís Marques da Silva

A PROBLEMÁTICA CRIMINAL DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4.335 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Escrevemos recentemente sobre eventual problemática que poderia surgir no cenário jurídico nacional relacionada aos efeitos da decisão do STF sobre a vedação da progressão de regime para os delitos considerados hediondos.⁽¹⁾ Tal preocupação surgiu com a publicação da Lei nº 11.464/2007, que alterou a redação de alguns dispositivos da Lei dos Crimes Hediondos – 8.072/90, em especial, permitindo a progressão de regime para os condenados com base nessa lei, estipulando um total de 2/5 para os condenados primários e 3/5 para os reincidentes; e retirou a vedação expressa à liberdade provisória sem fiança.

Para que a nova sistemática dos crimes hediondos tenha eficácia plena e garantista, urge esclarecermos uma pendência anterior que, se não for decidida por nossa Corte Constitucional, irá gerar insegurança jurídica num tema que enseja limites objetivos bem traçados.

A problemática é decorrente da decisão histórica do STF, de fevereiro de 2006, que declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão para crimes hediondos e equiparados, em controle difuso de constitucionalidade. Afirmou o relator: “*Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.*”⁽²⁾

A decisão, como afirmado, erigiu de controle difuso de constitucionalidade. Porém, fora tomada em Plenário, na sede do guardião da Constituição Federal, que retirou, de pronto, a eficácia da regra penal que vedava a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e equiparados. **A norma proibitiva continuou vigente, porém ineficaz.** Prova disso foram as reiteradas decisões do STF reafirmando sua posição, fazendo prevalecer a regra materialmente constitucional da individualização da pena.

Em que pese ser ponto pacífico no STF, alguns magistrados mantiveram sua inconstitucional posição para indeferir a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos afirmando que a lei continuava vigente e que só modificariam sua posição com o advento da Resolução do Senado Federal, nos moldes do art. 52, X, da CF, que

tornaria *erga omnes* os efeitos da decisão do Supremo.⁽³⁾

Respeitamos tal posicionamento tecnicista mas não podemos acompanhá-la. Decisões contrárias à posição da Corte Constitucional em assunto relacionado à constitucionalidade de dispositivo normativo fere, de forma direta, os princípios da segurança jurídica, celeridade, isonomia substancial e economia processual.

Não podemos ignorar a utilização dos efeitos da Lei nº 9.868/99 na fundamentação da decisão que declarou a inconstitucionalidade da vedação em caso concreto. A decisão fora tomada pelo Pleno, utilizando a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e, desta forma, repercute com efeitos de controle concentrado de constitucionalidade, como minuciosamente apresentado no **Boletim do IBCCRIM** de abril de 2006.⁽⁴⁾

Em seguida, aprovou-se, em 29 de março de 2007, a Lei nº 11.464/2007, que retificou a redação da Lei dos Crimes Hediondos conforme o entendimento da maioria do STF.

Portanto, revogou-se expressamente a vedação à progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

Tendo como cenário todo esse histórico, dele podemos extrair a seguinte problemática:

Os mesmos magistrados que não concediam progressão de regime para condenados por crime hediondo, por entenderem que a Lei nº 8.072/90 ainda estava vigente, irão aplicar a nova Lei nº 11.464/2007 de forma retroativa, partindo do seguinte raciocínio: antes era proibido — agora é permitido com 2/5 e 3/5 da pena, portanto, trata-se de lei penal benéfica.

Os aplicadores da lei que já se desligaram do tecnicismo de **Arturo Rocco** e lêem o ordenamento jurídico-penal em conformidade com a Constituição, não aplicarão a *novatio legis* de forma retroativa, partindo do seguinte raciocínio: antes era 1/6 (após a decisão do STF) — agora é 2/5 e 3/5, portanto, trata-se de lei penal prejudicial.

A nova Lei 11.464/2007 não conseguiu colocar a pá de cal nessa novela. Apenas modificou o problema: inicialmente discutia-se se a progressão de regime era cabível; agora discute-se sobre a retroatividade da nova lei.

A solução passa, indiscutivelmente, pelos efeitos da decisão do STF no HC 82.959-SP/2006. **Essa decisão teve eficácia inter partes ou erga omnes?**

Em busca dessa resposta, a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação 4.335-5 contra decisão do juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco – AC, que negou o pedido de progressão de regime a condenados ao cumprimento de pena em regime integral fechado. A Defensoria, com a reclamação, busca o cumprimento da decisão do STF que declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime.

O STF ainda não se pronunciou totalmente, mas cabe a transcrição do excelente voto-vista proferido pelo ministro **Eros Grau**, após o voto do ministro relator **Gilmar Mendes Ferreira**.⁽⁵⁾

O ministro realça a oposição, nesse caso, entre a necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, e a função da interpretação no desenvolvimento do direito, de outro.

Afirma que ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. E conclui seu voto-vista julgando procedente a Reclamação 4.335-5.

Não iremos ingressar no mérito relacionado à mera função do Senado Federal de dar publicidade à decisão com força normativa do STF. Concordamos com essa posição dos ministros **Gilmar Mendes** e **Eros Grau** apenas quando a decisão do Supremo for tomada em Plenário, atribuindo ao julgado os efeitos do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Vamos aguardar o desfecho do julgamento e, enquanto isso, cumprir nossa missão científica e auxiliar os ministros desenvolvendo o tema com argumentos doutrinários e neoconstitucionais, amparados pelos princípios constitucionais, e não pela gélida e inconstitucional letra da norma. Espera-se que o STF continue desempenhando seu papel de forma correta e mantenha-se firme na defesa dos valores constitucionais e da Democracia.

Fica como sugestão a aprovação de súmula com efeito vinculante para fazer valer a amplitude dos efeitos de sua decisão originária (HC 82.959-SP) e o entendimento de suas novas decisões contra a aplicação retroativa da nova Lei 11.464/2007, que nada tem de benéfica, aplicando-se, *in totum*, o art. 103-A da CF. ➡

Notas

- (1) **SILVA, Ivan Luís Marques da.** “Previsões Sobre A Lei 11.464/2007 – Da Resolução “Indireta” do Senado Federal Sobre a Inconstitucionalidade da Vedação À Progressão de Regime Para os Crimes Hediondos”. Disponível no site da Ordem dos Advogados do Brasil – da Comarca de Peruíbe em: <<http://www.oabperuibe.org.br/artigos_juridicos.htm>> Acesso em 20.04.2007; e no site da Academia Brasileira de Direito <<http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1080&categoria=Penal>> Acesso em 18.04.2007.
- (2) STF, HC nº 82.959/SP, rel. min. **Marco Aurélio**, DJ 01.set.06, p. 18.
- (3) “Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*”
- (4) “O Supremo Tribunal Federal, num verdadeiro *leading case*, fez aplicação, no julgamento de um habeas corpus, do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que se refere ao processo e julgamento dos casos de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade (ADIN ou ADC).” **Boletim IBCCRIM**, abr. 2006.

(5) Notícia do STF publicada em 19 de abril de 2007, disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/impressa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229568&tip=UN¶m=>. Ainda em 19 de abril de 2007: “*Após o voto-vista do senhor ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o relator; do voto do senhor ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do senhor ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas corpus, pediu vista dos autos o senhor ministro Ricardo Lewandowski.*”

Ivan Luís Marques da Silva

Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP, professor da Escola Superior de Advocacia e da Escola Paulista de Direito, revisor técnico sênior da Editora Revista dos Tribunais, coordenador-adjunto do IBCCRIM e advogado criminalista

CURSOS E EVENTOS

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

“Um ano dos atentados do PCC: impactos para a segurança pública”

Data: 15 de maio de 2007 às 09h30

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

Expositores: Fernando Salla, Paulo Mesquita e Sérgio Mazina Martins
Vagas Limitadas!

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

CICLO DE PALESTRAS FAAP/IBCCRIM

Data: 17 de maio de 2007

Palestrante: Carlos Vico Mañas - Tema: *Princípio da Intervenção Mínima*

Horário: das 11h00 às 13h00

Local: Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP - Auditório 1
Rua Alagoas, 903 - Pacaembu - São Paulo - SP

Informações e Inscrições: Apenas para os alunos da FAAP

V SEMINÁRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE FRANCA/SP

Coordenação: Antonio Milton de Barros,

Roberta Toledo Campos e Sérgio Mazina Martins

Apoio: Universidade de Franca, Faculdade de Direito, Unesp, OAB/SP e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

Data: 18 de maio de 2007 (sexta-feira)

Local: Espaço Morada do Verde - Morada do Verde Center, 2500, Franca/SP

Horário: das 08h30 às 20h45 - Carga horária: 50 horas/aula por período

Professores Confirmados:

Alberto Silva Franco, Cristiano Avila Maronna, Daniel Issler,
Fernando Fernandes, Matheus de Araújo Ferreira
e Roberta Toledo Campos.

Mais informações e inscrições: Faculdade de Direito de Franca e 13º Sub-Seção da OAB, telefone: (16) 3724-4500 ramal 209 – das 8h às 11h, das 14h às 17h e das 19h às 22h ou www.ibccrim.org.br

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):

Marcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnickier

10ª REGIÃO (SP):

Janaina Paschoal

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

André Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta
Viana e Renato Stanziola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 6215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:

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

“O **Boletim do IBCCRIM** circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto.”

TIRAGEM: 15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8

<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br

1. Estabelece o art. 288 do Código Penal: *“Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”*.

Segundo o prestigiado *Dicionário Houaiss*, dentre as várias acepções da palavra *bando* (ajuntamento de pessoas ou de animais; integrantes de um partido ou facção; reunião de quatro ou mais pessoas com a finalidade de praticar crime(s); conjunto de famílias permanentemente associadas, que vive em determinada região, com cultura e tradições comuns etc.), uma delas é ligada à idéia de *quantidade*,⁽¹⁾ citando números expressamente.

2. Tem sido freqüente a orientação do Ministério Público, federal e estadual, de agregar o tipo do art. 288, CP, ao lado da atribuição de determinados ilícitos de autoria coletiva. Nos chamados *crimes societários* e, em particular nas hipóteses típicas da Lei nº 7.492/86 e da Lei nº 8.137/90, o acusador parte do pressuposto factual de que o número de quatro ou mais pessoas (diretores, gerentes etc.) por si mesmo é suficiente para a caracterização de um grave delito contra a paz pública. Como é notório, o impacto social provocado pela criminalidade organizada nos grandes centros urbanos dos últimos anos, envolvendo o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, a atuação dos grupos de extermínio e as *chacinas*, além de outros eventos similares de violência e terror, provocam o sentimento coletivo de insegurança. Surge, então, uma nova *fisionomia social* da quadrilha ou bando. Entre os principais efeitos dessa mutação podem ser destacados: **a)** o significativo aumento da pena privativa de liberdade, servindo de exemplos a Lei nº 6.368/76⁽²⁾ (entorpecentes)⁽³⁾ e na Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos);⁽⁴⁾ **b)** a possibilidade da prisão temporária (Lei nº 7.960/89); **c)** a restrição ou a supressão de garantias individuais nos meios operacionais de investigação e colheita de provas, proibição de apelar em liberdade e início do cumprimento da pena em regime fechado (Lei nº 9.034/95, sobre organizações criminosas); **d)** é um dos delitos antecedentes do crime de *lavagem de dinheiro* (cf. Lei nº 9.613/98, art. 1º, VII).

3. Além dessas situações, a compreensão popular do fenômeno da quadrilha ou bando está igualmente vinculada a delitos especialmente graves como homicídio qualificado, roubo, latrocínio e seqüestro. A mídia impressa ou eletrônica se encarrega de ampliar o impacto dos episódios denunciados. Aliás, essa *parceria* entre o Ministério Público e a imprensa tem sido freqüentemente percebida quando os meios de comunicação publi-

cam documentos submetidos por decisão judicial a sigilo ou ao exame de medidas cautelares (busca e apreensão, indisponibilidade de bens etc.) ou denúncia criminal, com detalhes quanto aos fatos e à tipificação antes mesmo de sua distribuição ao juízo competente. Cria-se com esse tipo de *inconfidência forense* um formidável paradoxo: o público toma conhecimento de elementos da acusação e de sua apresentação formal antes do magistrado ao qual a Constituição e a legislação atribuem o exercício do controle das atividades de investigação, das providências de cautela e dos termos da denúncia.

Colhe-se, a propósito, o seguinte aresto: *“A formação de quadrilha ou bando exige reunião estável ou permanente, para o fim de perpetração de uma série de crimes. Não é de confundir-se uma coisa (societas delinquendi) com outra (societas in crimine), ainda no caso em que a co-participação ocorra em crime continuado, pois, em tal hipótese, inexistente organização estável entre os co-autores”*.⁽⁵⁾

4. Não é possível admitir que empresas privadas inseridas tradicionalmente no mercado (a exemplo de instituições financeiras) ou entes públicos ou privados que funcionam segundo as exigências legais e os devidos controles internos e externos possam ser, por mera presunção, o cenário para a estabilidade e permanência de malfetores. Como aceitar que os espaços físicos por elas erigidos constituam o *palco* para a representação criminosa? Porque metamorfosear a atividade empresarial lícita em comportamento de *bando* delituoso? Qual seria, enfim, a materialidade do fato sem a qual jamais a denúncia poderia ser recebida? Quais seriam os *atos típicos* de formação e funcionamento da *...quadrilha*?

5. Vêm à colação a doutrina e a jurisprudência que se contém na obra de **Celso Delmanto**, quanto a alguns dos pressupostos do delito de quadrilha ou bando: *“Permanência e estabilidade: São requisitos do crime do art. 288: estabilidade, permanência e existência de no mínimo quatro pessoas (TJSP, RJTJSP 173/328-9, RT 759/597, 758/534; TJSP, RT 765/582). Não é suficiente a prática de delito por quatro ou mais comparsas, sendo imprescindível a organização, preordenação dolosa, estabilidade e permanência (TJRO, RT 697/346; TJSE, RT 759/721). Deve haver animus associativo prévio, agindo os participantes de modo coeso, numa conjugação de esforços unindo suas condutas, embora separando as funções (TJDF, Ap. 13.867, DJU 23.11.94, p. 14631; TRF da 5ª R., Ap. 1.163, DJU 28.4.95, p. 25319). É mister a reunião estável, para cometer crimes em caráter reiterado e perma-*

nente (TRF da 4ª R. Aps. 5.616 e 28.400, DJU 7.12.94, p. 71870; TRF da 2ª R., HC 852,mv – DJU 18.4.96, p. 25289, in RBCCr 15/410; TJSP, RJTJSP 178/304-5, 173/324-5), que não se confunde com um isolado concurso de agentes (TJSP, RT 721/422-3, 751/580). É preciso haver vínculo associativo permanente para fins criminosos não bastando a sucessividade de eventuais ações grupais (TJSP, RT 722/436).⁽⁶⁾

6. Não se confundem as situações factuais e jurídicas entre a *autoria coletiva*⁽⁷⁾ na prática de uma infração penal e a *quadrilha* ou *bando*, como hipótese de delito autônomo. O simples concurso de pessoas no fato tido como ilícito não configura, por si só, essa modalidade típica contra a paz pública.⁽⁸⁾

No mesmo sentido é a orientação da mais abalizada doutrina: *“Associação é o acordo de vontades, de modo permanente, para a consecução do fim comum. Como bem diz Maggiore (Diritto Penale, p. 360), ‘no fato associativo há algo mais do que o acordo. O simples ‘acordo’ para cometer um crime não é punível. O que transforma o acordo em associação, e o torna punível pelo crime em exame, é a organização com caráter de estabilidade. É, assim, uma certa permanência ou estabilidade o que distingue o crime em exame da simples participação criminosa (societas sceleris ou societas in crimine).’⁽⁹⁾ ... “Deve, ainda, a associação apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para a sua configuração. Aliás, esse é um dos traços que a diferencia do concurso de pessoas: não basta, para o crime em apreço, um simples ajuste de vontades. É indispensável, mas não é o bastante para caracterizar o crime. É preciso, além desse requisito, a característica da estabilidade.”⁽¹⁰⁾ ... “Enfim, não se deve confundir co-participação (co-autoria e participação), que é associação ocasional ou eventual para a prática de um ou mais crimes determinados, com associação para delinquir, tipificadora do crime de quadrilha ou bando. Para a configuração desse crime, repetindo, exige-se estabilidade e o fim especial de praticar crimes indeterminadamente.”⁽¹¹⁾*

7. Para ilustrar melhor esta parte, importante conhecer a orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: (STF) *“Penal – Ausência de Justa Causa – Concessão de habeas corpus de ofício. Constatada a inexistência de justa causa quanto aos crimes dos artigos 347 do Código Eleitoral e 288 do Código Penal, o habeas há de ser concedido de ofício. Isso acontece quando não há determinação judicial passível de ser tida como descumprida e não verificada a associação estável e permanente que vise à prática reiterada de crimes da mesma espécie*

➔ ou não, ocorrendo a reunião para o cometimento de delitos em determinado momento de forma ocasional, hipótese configuradora de concurso de agentes, e não de quadrilha. Habeas corpus de ofício – Extensão. Idênticas as situações dos acusados, impõe-se a extensão do habeas corpus de ofício pelo Tribunal, pouco importando corra a ação penal em instância diversa, desde que inferior.”⁽¹²⁾ ... “Ocorre emendatio libelli (CPP, art. 383) e não mutatio libelli (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelo crime de formação de quadrilha e condenado apenas com a agravante do concurso eventual de delinquentes. O art. 14 da Lei de Tóxicos prevê o crime autônomo de quadrilha ou bando, cujo tipo exige associação estável e permanente (societas delinquendi) e corresponde ao art. 288 do CP; o art. 18, III, da mesma Lei prevê a agravante no caso de concurso eventual de pessoas (societas criminis) e corresponde ao art. 62 do C.P. (...)”⁽¹³⁾ ... “Habeas corpus. Denúncia. Estado de Direito. Direitos Fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Requisitos do art. 41 do CPP não preenchidos. 1 - A técnica da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes. 2 - Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 3 - Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 4 - Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal.”⁽¹⁴⁾

A pertinência do aresto imediatamente acima à presente exposição, é declarada pelas seguintes passagens do relatório: “Insurge-se o impetrante contra essa decisão, mantenedora de acórdão prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 97) que recebera a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o paciente e diversos outros co-réus pela prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal). Buscando trancar a respectiva ação penal, o impetrante apresenta, em síntese, os seguintes argumentos jurídicos: (i) ocorrência de violação das normas de processo; (ii) ausência de justa causa para a propositura da ação penal, em virtude da ineptia da denúncia, a inexistência de participação em quadrilha e da não descrição da elementar estabilidade; (iii) ocorrência de omissões na denúncia e (iv) constrangimento ilegal ocasionado pelo acórdão que recebeu a denúncia.”⁽¹⁵⁾

Um dos julgadores fez importante ob-

servação que deve ser transcrita: “O senhor ministro **Carlos Velloso** - Sr. presidente, quero dizer que a denúncia não é somente inepta, ela é cruel. Ela foi formulada contra um magistrado que não tinha contra ele qualquer acusação. E formulada com essa vagueza, que se viu, submeteu o magistrado — como dito hoje nos jornais pelo seu ilustre advogado — a um calvário. Essa denúncia não é só inepta; é, também, cruel. Concedo a ordem.”⁽¹⁶⁾

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o seguinte paradigma: “Para a configuração do suposto cometimento do crime de formação de quadrilha, a associação do paciente com os comparsas contratados para a prática, em tese, dos homicídios em apurado deveria ser **estável, permanente, com o objetivo de praticar crimes**. Tais elementos não foram explicitados pelo aresto impugnado. (...) Deve ser reformado o aresto nº 32.233 proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, apenas para excluir da pronúncia o crime previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.”⁽¹⁷⁾

8. Essa direção é predominante na lição de outras Cortes de Justiça: TRF 3ª Região: “Art. 288 do CP. Ausência de provas da associação de um dos co-réus. (...) Crimes contra o sistema financeiro. Art. 25 da Lei 7.492/86. Gestão fraudulenta. Intenção de prejudicar os investidores ou obter vantagem indevida em detrimento da saúde financeira da instituição. (...) VI – O crime de quadrilha, consubstanciado no artigo 288 do Código Penal, exige para sua configuração a associação estável de quatro pessoas, unidas com a vontade dirigida para o fim especial de cometer crimes”⁽¹⁸⁾ TJPR: “O delito previsto no art. 288, do CP reclama, para sua configuração, não só a participação de mais de três agentes, mas a circunstância de revestir-se a associação criminosa como um pacto estável ou permanente para o fim comum de cometimento de crimes mais ou menos determinados. Indemonstrados, na prova, tais pressupostos e requisitos, não há que se falar em societas delinquentium mas, tão-somente, uma societas in crimine. Apelos providos para o fim de absolver os apelantes.”⁽¹⁹⁾ (...) “Quadrilha - Ausência de prova de reunião estável e do vínculo associativo permanente - Corrupção ativa - Não caracterização - Apelação não provida - Não se provando a reunião estável para o fim de perpetração de uma determinada série de crimes, não é possível a condenação pelo crime de quadrilha”⁽²⁰⁾ (...) “Quadrilha ou bando - Inexistência de organização estável entre os acusados - Configuração de simples concurso de agentes - Impossibilidade de condenação - Recurso provido para absolvição do apelante, estendendo-se tal absolvição aos co-réus, que restaram condenados pelo mesmo crime.”⁽²¹⁾

9. Não há que se falar em quadrilha ou bando sem a caracterização do dolo pelo especial fim de agir. É elementar que não existe essa infração contra a paz pública se, aos indispensáveis atos típicos de reunião e preparação, não houver o elemento subjetivo, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de manter, em caráter permanente, um grupo estável para cometer crimes. Não é possível presumir que a reunião de pessoas desenvolvendo atividades inicialmente lícitas e em local de possível acesso público (instituições financeiras, escritórios profissionais etc.) seja arbitrariamente classificada como delituosa.

É fundamental o tipo subjetivo de se associar para praticar crimes e não para fazer funcionar uma atividade licenciada pelo poder público. Acentuando a necessidade de um dolo específico, já decidiu o TRF da 4ª Região: “O artigo 288 do Código Penal exige o dolo específico, por parte dos agentes, de associarem-se para a prática de crimes indeterminados. Embora os réus tenham participado do esquema de agiotagem, não restou comprovada a associação de mais de três agentes para a prática delitiva, ainda menos com intuito de permanência, estando afastada a ocorrência do crime de quadrilha.”⁽²²⁾

10. A caracterização do crime de quadrilha ou bando pressupõe a reprovabilidade de conduta em sua formação, ou seja, como deliberada e permanente reunião para o fim de cometer crimes.

Em linguagem simplificada pode-se dizer que a culpabilidade consiste na reprovabilidade pela formação da vontade.⁽²³⁾ De todo modo, para se medir a pena adequada à reprovação da conduta, a culpabilidade deve ser aferida com base em elementos concretos. O STJ sentenciou: “Penal. Habeas corpus. Quadrilha armada. Dosimetria da pena. Exasperação da pena-base. Culpabilidade do réu. Motivos do crime. Fundamentação genérica e abstrata. Demais circunstâncias judiciais reconhecidas como favoráveis. Constrangimento ilegal. As assertivas de que o réu possui culpabilidade com grande grau de reprovação e de que os motivos não o favorecem mostram-se vagas e abstratas, já que não amparadas em dados concretos. Não havendo fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, deve esta ser fixada no mínimo legal.”⁽²⁴⁾

11. A imputação jurídica da prática de quadrilha ou bando depende, como é elementar, da reunião dos elementos do art. 41 do CPP sob pena de rejeição da denúncia (CPP arts. 41 e 43, III, segunda parte). Assim, a ação penal por esse tipo de ilícito exige — em atenção ao princípio do devido processo legal — a indicação de cir-

cunstâncias fatuais de: a) local de encontros; b) estabilidade e permanência do grupo; c) o objetivo de praticar crimes.

Nas palavras legais: a "exposição do fato criminoso [quadrilha ou bando], com todas as suas circunstâncias".

O juiz não é um súdito da denúncia, podendo e devendo rejeitá-la quando ausentes a indicação pontual e concreta das elementares do fato. Em voto notável, o ministro **Gilmar Mendes**, afirmou: "se me fosse permitido aventurar uma consideração antropológica e sociológica, diria que os casos de recebimento de denúncias fortemente ineptas por juízes e tribunais traduzem caso de covardia institucional."⁽²⁵⁾

Notas

- (1) *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, pp. 395 e 2345.
- (2) Revogada pela Lei nº 11.343, de 23.08.2006.
- (3) Reduz o número mínimo de integrantes do delito e prevê a reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, além da multa (art. 35).
- (4) Aumenta a pena original da quadrilha ou bando (CP, art. 288 que é de 1 (um) a 3 (três) anos, para 3 (três) a 6 (seis) anos quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo (art. 8º). A Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/90 não

alterou a hipótese referida no texto.

- (5) Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. **Albano Nogueira**, *Jutacrim* 46/342.
- (6) **DELMANTO, Celso**; **DELMANTO JUNIOR, Roberto** e **DELMANTO, Fabio Machado de Almeida**. *Código Penal Comentado*, 6ª ed. atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 571.
- (7) A expressão *autoria coletiva*, consagrada pela literatura jurídica e jurisprudência, compreende não apenas o fenômeno da *co-autoria* (dois ou mais sujeitos que realizam o verbo contido no tipo) mas, também, o da *participação* (instigação ou cumplicidade).
- (8) STF, Pleno, Questão de Ordem em Ação Penal (RJ), rel. min. **Marco Aurélio**, DJ de 26.09.2003.
- (9) **FRAGOSO, Heleno Cláudio**. *Lições de Direito Penal*, 3º vol., São Paulo: José Bushatsky, 1959, p. 757.
- (10) **PRADO, Luiz Regis**. *Curso de Direito Penal brasileiro- Parte especial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 3, pp. 606/607.
- (11) **BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Tratado de Direito Penal- Parte Especial*: São Paulo, Saraiva, 2006, vol. IV, p. 312.
- (12) AP-QO 323/RJ (Questão de ordem na ação penal), rel. min. **Marco Aurélio**, Pleno, DJ 26.09.2003.
- (13) HC 72.674/SP, rel. min. **Maurício Corrêa**, 2ª T., DJ 03.05.1996.
- (14) HC 84.409/SP, rel. min. **Joaquim Barbosa**, 2ª T., DJ 19.08.2005.
- (15) *Idem*.

(16) *Ibidem*.

- (17) STJ, HC 28.239/PA, rel. min. **Gilson Dipp**, 5ª T., DJ 03.11.2004.
- (18) TRF 3ª Região, Apelação Criminal nº 93030651162, rel. des. fed. **Arice Amaral**, 2ª T., DJ 24.06.1998. Destaques meus.
- (19) TJPR, 022003500, rel. des. **Eros Gradowski**, 1ª C. Crim., julg. em 08.10.1992. Destaques meus.
- (20) TJPR, 107702900, rel. des. **Carlos Hoffmann**, 2ª C. Crim., julg. em 13.12.2001.
- (21) TJPR, 050679000, rel. des. **Lenz Cesar**, 2ª C. Crim., julg. em 12.09.1996.
- (22) TRF 4ª Região, Apelação Crime 200504010097646, rel. des. fed. **Néfi Cordeiro**, 7ª T., DJ 17.05.06.
- (23) **JESCHEK, Hans-Heririch**. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, trad. de **S. Mir Puig e F. Muñoz Conde**, Barcelona: Casa Editorial S/A, 1981, vol. I, p. 559.
- (24) STJ, HC 66.193, rel. min. **Arnaldo Esteves Lima**, 5ª T., DJ 18.12.2006.
- (25) HC 86.395 (SP), j. em 12.09.06, publ. 06.11.06, em **Boletim IBCCRIM**, nº 169, dezembro de 2006 (jurisprudência).

René Ariel Dotti

Advogado, membro de comissões do Ministério da Justiça para reforma do sistema criminal, professor titular de Direito Penal (UFPR) e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal

CURSOS E EVENTOS

I CONGRESSO BRASILEIRO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

Violência, Direitos Humanos e Garantias Londrina/PR

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

Coordenação:

Walter Barbosa Bittar

Professores Confirmados:

Aury Lopes Jr.,

Cezar Peluso, Geraldo Prado, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Juarez Cirino dos Santos, Maria Thereza Rocha de Assis Moura,

René Ariel Dotti,

Rodrigo Sánchez Ríos

e Vera Regina Andrade.

Data: De 22 a 25 de maio de 2007

Local: Teatro Marista

Carga Horária: 50 horas/aula

Informações e Inscrições:

Telefone (43) 3028-4654, e-mail:

secretaria@advocaciabittar.adv.br ou site: <http://www.advocaciabittar.adv.br/congresso> ou www.ibccrim.org.br

Importante:

Acesse o site para saber sobre o Regulamento de Apresentação de Trabalhos no Congresso

JORNADA DE ESTUDOS CRIMINOLÓGICOS Porto Alegre/RS

Realização: Mestrado em Ciências Criminais (PPGCCrim), Depto. de Direito Penal e Processual Penal da PUC/RS, Centro Acad. Maurício Cardoso (CAMC) e Inst. Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

Apoio: Editora Lumen Juris, Edit. Notadez, Instituto Bras. de Ciências Criminais (**IBCCRIM**), Inst. de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e Escola Sup. de Advocacia (ESA)

Professores confirmados: Cezar Roberto Bitencourt, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Alexandre Wunderlich, Rafael Canterji, Roberto Rocha Rodrigues, Ligia Madeira, Neuza Guareschi, Lédio Rosa de Andrade, Ernildo Stein, Gabriel Gauer, José Roberto Goldim, Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Emil Sobottka, César Baldi, Dani Rudnick, Ricardo Timm de Souza, José Carlos Moreira da Silva Filho, Juremir Machado da Silva, Liane Pessin, Luis Antônio Bogo Chies, Maria Palma Wolff, Davi Tangerino, Rodrigo G. Azevedo, Marcelo Moura, Ney Fayet de Souza Jr., Álvaro Sanchez Bravo, David Sanchez Rubio, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Marta Conte, Patrícia Genro Robinson, Margaret Kuhn Martta, Salo de Carvalho, Alexandre Moraes da Rosa e Lenio Streck.

Data: 19 a 22 de junho

Local: Auditório da Faculdade de Direito da PUC/RS

Informações e inscrições: www.itecrs.org ou (51) 3320-3537.

I COLÓQUIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE TAUBATÉ/SP

Realização: Universidade de Taubaté e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - **IBCCRIM**

Apoio: Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Regional de Taubaté e Ordem dos Advogados do Brasil - 18ª Subseção de Taubaté

Professores confirmados:

Ana Elisa Bechara, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Scarance Fernandes, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Theodomiro Dias Neto

Data:

21 a 25 de maio de 2007

Local:

Departamento de Ciências Jurídicas - Parque Dr. Barbosa de Oliveira 285 Centro - Taubaté

Informações e inscrições:

(12) 3625-4172
falar com Cristina

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO: UMA HISTÓRIA QUE JÁ PODE SER CONTADA

Cibele C. Baldassa Muniz, Eneida G. de Macedo Haddad e Thaís Aparecida Soares

Cibele C. Baldassa Muniz, Eneida G. de Macedo Haddad e Thaís Aparecida Soares

"Defender a Constituição implica em transformar concomitantemente a sociedade civil. Impõe-se engendrar o que Norberto Bobbio designou precisamente como sociedade civil civilizada."⁽¹⁾
(Florestan Fernandes)

Frente ao imenso percentual da população brasileira impossibilitada de ter acesso ao Judiciário e a informações básicas para o exercício da cidadania, o art. 134 da Constituição Federal de 1988 estabelece que *"a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV"*.⁽²⁾ Contudo, somente em 15 de dezembro de 2005 foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo a Lei Complementar nº 988, que, sancionada em 9 de janeiro de 2006, criou a Defensoria Pública/DP neste Estado.

Na sequência, foram tomadas as providências iniciais para a estruturação e o funcionamento do recém criado órgão. Não poucos procuradores do Estado em exercício na Procuradoria de Assistência Judiciária/PAJ, vinculada à Procuradoria-Geral do Estado, optaram pela transferência para sua DP. Para o preenchimento dos cargos de defensor público houve a abertura de dois concursos públicos, sendo que o primeiro já foi realizado. A Escola da Defensoria Pública promoverá o necessário treinamento dos novos defensores para os desafios que se apresentarão.

O atendimento às pessoas sem condições financeiras para contratar um advogado especializado a fim de orientá-las e defender seus direitos na Justiça era realizado pela PAJ e por defensores dativos da OAB. De acordo com informação divulgada quando da organização do movimento pela criação da DP, este serviço vinha sendo prestado *"de forma — embora competente — ainda precária e limitada"*, dado o número insuficiente de procuradores (330) que atendiam apenas 26, das mais de 300 comarcas existentes no Estado.⁽³⁾ Assim, o atendimento na maioria das comarcas era — e ainda é — insatisfatório, uma vez realizado por advogados dativos, através de convênios com a OAB/SP, que não garantem a prestação do serviço com dedicação exclusiva, nem com vínculo administrativo ou funcional, o que inviabiliza a coordenação e a fiscalização do trabalho. Esses advogados são remunerados com recursos do Fundo de Assistência Judiciária (FAJ), formado por percentagens do recolhimento das custas judiciais e extrajudiciais.

A importância da criação da DP vai

além. Em São Paulo, sua criação é produto de um movimento, cuja gênese remonta-se à década de 1980, a partir de reivindicações dos movimentos populares, no universo da demanda por direitos que ganhou visibilidade no processo de redemocratização política do Brasil. Graças aos esforços de profissionais da Justiça — a maioria pertencente à Procuradoria-Geral do Estado — apoiados por inúmeras entidades e movimentos populares, o movimento é lançado oficialmente, em 2002, no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Em sua trajetória de luta, o Movimento pela Defensoria Pública/MDP reivindicou uma instituição *"democrática, autônoma, descentralizada e transparente. Seus profissionais devem prestar serviço exclusivamente aos cidadãos, não ao governo, e ter compromisso com a proteção e promoção dos direitos humanos"*.⁽⁴⁾

De acordo com o anteprojeto do MDP — inicialmente elaborado pelo Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo/Sindi-proesp e, posteriormente, aprimorado a partir de discussões com inúmeras entidades da sociedade civil organizada, em debates promovidos pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana/Condepe e pela Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos/CTV — a Defensoria Pública a ser criada deveria possuir as seguintes características:

- prestar, de forma descentralizada, assistência jurídica integral às pessoas carentes, no campo judicial e extrajudicial;
- defender os interesses difusos e coletivos das pessoas carentes;
- assessorar juridicamente, através de núcleos especializados, grupos, entidades e organizações não-governamentais, especialmente aquelas de defesa dos direitos humanos, do direito das vítimas de violência, das crianças e adolescentes, das mulheres, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência, dos povos indígenas, da raça negra, das minorias sexuais e de luta pela moradia e pela terra;
- prestar atendimento interdisciplinar realizado por defensores, psicólogos e assistentes sociais. Estes profissionais também devem ser responsáveis pelo assessoramento técnico aos defensores, bem como pelo acompanhamento jurídico e psicossocial das vítimas de violência;
- promover a difusão do conhecimento sobre os direitos humanos, a cidadania e o ordenamento jurídico;
- promover a participação da sociedade civil na formulação do seu Plano Anual de

Atuação, por meio de conferências abertas à participação de todas as pessoas;

- implantar Ouvidoria independente, com representação no Conselho Superior, como mecanismo de controle e participação da sociedade civil na gestão da Instituição;
- estabelecer critérios que, no concurso de ingresso e no treinamento dos defensores, realizado durante todo o estágio confirmatório, garantam a seleção de profissionais vocacionados para o atendimento qualificado às pessoas carentes;
- ter autonomia administrativa, com a eleição do defensor público geral para mandato por tempo determinado;
- ter autonomia orçamentária e financeira, utilizando-se dos recursos do FAJ.⁽⁵⁾

São grandes as expectativas em relação à atuação da DP como instrumento importante de acesso à Justiça, entendido numa acepção ampla, isto é, acesso não somente ao Judiciário (com a propositura de ações individuais e coletivas em face do Estado) mas, também, ao campo dos direitos à informação e formação cidadã.

Note-se que, pela primeira vez na história constitucional brasileira, os direitos sociais⁽⁶⁾ são consagrados como fundamentais. É dessa ascensão dos direitos sociais que nasce o dever dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de garantir a passagem desses direitos da dimensão simbólica à material. É também dela que nasce o direito público subjetivo do cidadão de acessá-los.

A estrutura e o funcionamento da DP, ainda que iniciais, já têm propiciado ações voltadas à proteção dos direitos dos carentes de recursos financeiros, em especial aquelas que garantem o acesso ao complexo conjunto dos direitos sociais.⁽⁷⁾

Frente à importância histórica da hipertardia criação da DP no Estado de São Paulo, pesquisadores do Centro Universitário Nove de Julho/Uninove e do Núcleo de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM desenvolverão, em parceria, uma investigação voltada ao resgate do movimento impulsionador da criação desse órgão, ao conhecimento das modificações ocorridas desde o projeto inicialmente proposto ao governador até a sua aprovação pela Assembleia Legislativa, às dificuldades e resistências encontradas neste processo, bem como ao conhecimento da atuação da DP, a partir de sua efetiva estruturação. São, portanto, objetivos dessa pesquisa:

- ouvir e dar voz aos organizadores do MDP e a representantes de movimentos sociais que participaram das primeiras reivindicações na década de 1980;
- avaliar o envolvimento e o peso das en-



tidades que mais se comprometeram com o MDP;

- avaliar as injunções políticas presentes no processo da criação da DP;
- conhecer as modificações ocorridas no projeto inicialmente proposto e a tramitação do projeto de lei de criação da DP;
- problematizar o conceito jurídico de “assistido” que fundamenta o projeto de criação da DP;
- analisar as principais características da DP;
- conhecer as ações propostas contra o Estado para a defesa dos direitos sociais, especialmente voltados para a efetivação de políticas e serviços públicos estaduais e municipais;
- avaliar a receptividade do Judiciário à atuação da DP;
- conhecer os problemas enfrentados na implementação da estrutura necessária à boa atuação da DP;
- analisar a atuação extrajudicial da DP na construção de espaços de cidadania.

A reconstrução da história da Defensoria Pública no Estado de São Paulo será facilitada pelo fato de os organizadores do MDF terem um arquivo contendo parte dos documentos referentes às etapas do processo que culminou com a aprovação da lei de sua criação. Além do levantamento de outros documentos e da literatura especializada sobre o tema, serão gravadas entrevistas com representantes dos movimentos sociais, com os organizadores do MDP e com os procuradores do Estado, incumbidos da elaboração do projeto de lei orgânica para a DP. Na medida em que esse grupo de trabalho, nomeado pela Procuradoria-Geral do Estado, subsidiou-se, dentre outras, na Lei Federal nº 80/94, nas leis orgânicas das Defensorias Públicas do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul e no anteprojeto apresentado pelo Movimento,⁽⁸⁾ entende-se ser relevante cotejar os documentos que embasaram o projeto de lei que tramitou na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Serão também

entrevistados participantes de entidades que reivindicaram o MDP e autoridades que assumiram os principais postos na recém-criada Defensoria Pública.

Esta proposta de investigação deve ser compreendida, portanto, como o esforço de se salvar arquivos importantes da memória de um movimento *sui generis*: se é fácil compreender por que a proposta da criação da DP fez parte da pauta de reivindicações dos movimentos populares, como ela conseguiu envolver membros do aparato de justiça, a ponto de ter partido deles a organização do MDP?

Não é demais lembrar que, apesar do histórico distanciamento do sistema de justiça da maioria da população, o envolvimento de alguns dos membros da Procuradoria-Geral do Estado na organização do movimento para a criação da DP em São Paulo confirma a existência de atuações divergentes e mesmo conflitantes — vez que comprometidas com a construção da democracia social no Brasil — com as predominantes na Justiça paulista.

O envolvimento de entidades e movimentos populares demonstra, também, a necessidade de se conhecer melhor a realidade brasileira e de acompanhar as mudanças que estão ocorrendo, uma vez que a luta pelo acesso à justiça pode estar anunciando avanços no exercício da cidadania.⁽⁹⁾

A Constituição (...) não vale em si e por si. Os de cima, no Brasil, nunca precisaram mobilizar-se para tornar a Constituição efetiva. Eles dispõem do arbítrio e o empregam *ad libitum*, como bons autocratas que são. Os de baixo não são (nem nunca foram) socializados cultural, legal e politicamente para utilizar a Constituição.⁽¹⁰⁾

É a atuação da Defensoria Pública, na prática diária de seu labor, em especial no campo da defesa ampla dos direitos sociais da população carente, que garantirá à instituição conformar-se com os ideais de sua criação e aperfeiçoar-se como verdadeiro instrumento democrático-popular em prol do exercício da cidadania. 

Notas

- (1) **FERNANDES, Florestan.** *A Constituição Inacabada*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.
- (2) “Art. 5º ... LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;” (Constituição da República Federativa do Brasil).
- (3) *Boletim eletrônico* nº 1, julho de 2002 (Movimento pela Criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo).
- (4) *Idem*.
- (5) *Idem*.
- (6) Conforme o artigo 6º da Constituição Federal, “São direitos sociais a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.
- (7) A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, o artigo 1º, inciso II da CF, fundamentador dos direitos e garantias a serem por todos acessados (incluindo, por conseguinte, aqueles com insuficiência de recursos financeiros) consagra como condição do Estado Democrático de Direito, o conhecimento, por todos os cidadãos, dos seus direitos e a possibilidade de reivindicá-los judicial e extrajudicialmente em face do Estado, quando não colocados à disposição de fruição universal, igualitária e adequada os serviços e bens públicos que garantam o pleno desenvolvimento da pessoa humana.
- (8) Conforme *Boletim Eletrônico* nº 3.
- (9) Vale lembrar que “a cidadania não é o milagre do discurso fácil. Onde é real e tem sentido, não foi produzida pela cansativa repetição da palavra que a designa. A cidadania foi produzida por conflitos radicais, que afetaram a sociedade na raiz; além disso, muito mais profundos e significativos que os conflitos de classes” (**MARTINS, José de Souza.** *O Poder do Atraso. Ensaios de Sociologia da História Lenta*. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 12).
- (10) **FERNANDES, Florestan.** *Op. cit.*, 232.

Cibele C. Baldassa Muniz

Mestre em Direito do Estado,
docente e pesquisadora

Eneida G. de Macedo Haddad

Doutora em Sociologia, docente e
coordenadora adjunta do Núcleo de
Pesquisa/IBCCRIM

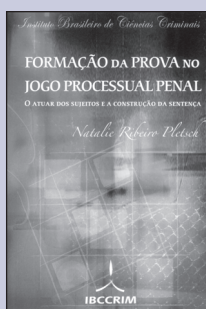
Thaís Aparecida Soares

Doutora em Economia, docente e pesquisadora

COLEÇÃO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS

A seguir, leia o resumo da publicação nº 41: “Formação da Prova no Jogo Processual Penal: O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença”, de Natalie Ribeiro Pletsch, lançada neste mês de maio pelo IBCCRIM.

Observa-se na doutrina e na prática forense a atividade processual penal concentrada na busca de um fato imutável e verdadeiro inscrito no passado, descuidando do fato de que a fixidez de um acontecimento limita-se à sua irreversibilidade. No processo, desloca-se o passado para o presente por meio dos relatos dos sujeitos processuais. Esta presentificação dá-se sempre por essas falas atualizadas — porque atualizáveis — não sobre o fato que teria ocorrido, mas sobre o descrito na denúncia. O jogo processual permeado pela dinâmica e incerteza é o local de encontro desses relatos. O fato-crime é construído no processo pela acusação e defesa e, ao final, pelo julgador, em processo de constante (re)interpretação. O



percurso processual está repleto de escolhas, não havendo como o vincular a uma única trajetória, negando a criatividade nas intervenções das partes. Da mesma forma, a apreciação da prova não pode ser descolada da dimensão criativa, pois está intrínseca à subjetividade do julgador e não decorre de procedimentos lógicos.

Ao final, dentre tantos relatos que podem ser formulados a partir do conjunto probatório, o juiz opta pela condenação ou absolvição, elegendo uma das teses apresentadas. A sentença configura-se como a escolha de um relato possível, mas não a possibilidade de qualquer relato, ainda que o magistrado decida primeiro e justifique seu juízo depois.

“DELINQUÊNCIA” JUVENIL: HÁ QUE SE CUIDAR DO BROTO PARA QUE A VIDA NOS DÊ FLOR E FRUTO

Édson Luís Baldan

Édson Luís Baldan

“Amor e ódio constituem os dois principais elementos a partir dos quais se constroem as relações humanas. Mas amor e ódio envolvem agressividade. Por outro lado, a agressão pode ser um sintoma de medo”⁽¹⁾
(D.W. Winnicott)

A violação da lei, na seara penal, comporta, basicamente, três respostas do Estado: pena aos maiores imputáveis, medidas de segurança aos maiores inimputáveis ou semi-imputáveis e, por derradeiro, medidas socioeducativas aos adolescentes.

Apartando-nos de uma visão romântica ou religiosa da pena criminal, há de ser reconhecido, sob um prisma agnóstico, que a sanção penal, com sua índole aflitiva, cumpre hoje uma função unicamente retributiva (punir porque se pecou) dificilmente desempenhando os pretendidos papéis ressocializadores e preventivos (punir para que não se peque mais).

Diferentemente, as medidas de segurança — aplicáveis àqueles que infringem a lei penal sem a consciência plena de seus atos e dos reflexos penais destes — são dotadas de um caráter assistencial e curativo porque dirigidas a pessoas portadoras de necessidades especiais.

Parece-nos que, relativamente aos adolescentes autores de atos infracionais, a discussão sobre a idade ideal para a imputabilidade penal deva principiar pela perquirição quanto à natureza, assistencial ou punitiva, das medidas aplicáveis aos menores em correspondência à sua conduta anti-social.

O “direito penal juvenil” assumiu, ao longo do tempo e do espaço, variegadas feições, oscilando desde um exagerado sentimentalismo protetor, passando por uma severidade intransigente e, até, alcançando caracteres de sua crueldade.

Anuímos que a expressão “ato infracional” é mero eufemismo para “crime” e, portanto, como assevera **René Ariel Dotti**, “os atos de matar alguém ou subtrair coisa alheia móvel ou de estuprar podem ser praticados por qualquer pessoa que tenha capacidade de atuar fisicamente e, segundo as circunstâncias, repercutem tão gravemente no coração dos pais e outros entes queridos como se o delito fosse cometido por um adulto”.⁽²⁾ Por isso que “a violência da injustiça social não obriga a tolerância com a violência contra a segurança do cidadão”.⁽³⁾

Aliás, essa transigência jamais existiu. Como historia **Aníbal Bruno**, em Roma, já a Lei das XII Tábuas admitia a distinção entre púberes e impúberes, para sub-

trair estes ao regime punitivo comum, sujeitando-os apenas à “castigatio”. Na Idade Média e séculos seguintes, até mesmo o fim do século XVIII, embora com alternativas de abrandamento, aplicaram-se penas corporais, mutilações e mesmo a pena capital até a crianças de menos de 10 anos.

Foi o Código Francês de 1891 que iniciou uma outra época e, por todo o século XIX, as legislações adotaram em relação à criminalidade dos menores, a distinção dos romanos, de um período infantil de absoluta irresponsabilidade, de um período de responsabilidade sujeita à questão do discernimento e, por fim, de um período de responsabilidade atenuada.⁽⁴⁾

Nosso Código Criminal de 1830 (em seu art. 10, § 1º), acolhendo o primitivo sistema francês, considerava não criminosos os menores de 14 anos, salvo, nos termos do art. 13 desse estatuto, “se se provasse que os menores de 14 anos, que tivessem cometido crimes, obrassem com discernimento, devendo ser recolhidos às casas de correção pelo tempo que ao juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse à idade de 17 anos”.⁽⁵⁾

No artigo 27 de nosso sucedâneo Código Penal de 1890 estava assentado que “não são criminosos: §1º- os menores de nove anos completos; §2º- os maiores de nove e menores de 14, que obrarem sem discernimento”. Portanto “naquele velho estatuto, consideravam-se os limites de 9 e 14 anos. Até os 9 anos era incontestável a irresponsabilidade do menor infrator. Entre os 9 e os 14, deveria o juiz verificar, a propósito de acusação de crime, se o menor havia procedido com discernimento. A sua aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir ele relativa lucidez para orientar-se em face das alternativas do justo e do injusto, da moralidade e da imoralidade, do lícito e do ilícito, conduziria o magistrado a responsabilizá-lo penalmente, considerando-o criminoso. Das mais difíceis, contudo, era a verificação, e quase invariavelmente se resolvia a dúvida em favor do menor, proclamando-se-lhe a ausência de discernimento”.⁽⁶⁾

Pela Lei 4.242, de 05 de janeiro de 1921, vedou-se a submissão do menor de 14 anos de idade a qualquer tipo de processo criminal.

O atual Código Penal, consoante explicitado em sua Exposição de Motivos, ao fixar a idade penal nos atuais 18 anos ateve-se a critério de política criminal, aduzindo que “o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído”. Trata-se de presunção absoluta de inimputa-

bilidade, isto é, que inadmitte qualquer prova em contrário.

Como lembra **Paulo José da Costa Júnior**, o Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, abrandando o critério biopsicológico, previu que o menor entre 16 e 18 que revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, responderia penalmente pelo crime praticado.⁽⁷⁾ Como dito, esse estatuto jamais teve aplicação.

A pergunta se a Constituição Federal permitiria ao legislador ordinário rebaixar a idade penal para, assim, admitir a imposição da sanção penal, em sentido estrito, àqueles que não completaram o décimo oitavo aniversário, deve ser respondida negativamente.

Primeiro não está correto afirmar que a topografia da norma constitucional fixadora da responsabilidade penal em razão do elemento etário, aparentemente, não lhe confira o estado de “cláusula pétrea” (eis que o artigo 60, § 4º, IV, estende essa rigidez apenas às disposições do artigo 5º, deixando, por isso, a descoberto a disposição do artigo 228 que dispõe sobre a maioridade penal). Como anota **René Ariel Dotti** “trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea”.⁽⁸⁾

Segundo porque, mesmo insubsistente a alegação anterior, não pode uma regra atentar contra um princípio, di-lo a teoria geral do Direito. Reduzir o atual parâmetro etário que torna um ser humano apto à pena criminal constitui afronta à dignidade humana (esta com feições principiológicas desenhadas no primeiro artigo de nossa Carta Magna). De fato, o Constituinte, ao enunciar que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a **dignidade da pessoa humana**, escreveu a mais bela e menos compreendida linha da “Constituição Cidadã”. Este o fim que, vestido de princípio maior, deve orientar e limitar quaisquer meios.

Crianças e adolescentes necessitam de pais e mães, brinquedos e folguedos, educação e esporte, carinho e atenção, alimentação e saúde. Disso dependem para sua formação como cidadãos respeitadores das leis e coadjuvantes da vida social. Sonegar-lhes esses bens preciosos para, depois, endereçar-lhes a fúria da pena criminal é, sim, a perversidade pretendida por nossa ideologia neoliberal.

Como já ponderava o vulto dos pena-

“DELINQUÊNCIA” JUVENIL: HÁ QUE SE CUIDAR DO BROTO PARA QUE A VIDA NOS DÊ FLOR E FRUTO

➔ listas pátrios, **Nélson Hungria**, “*ao invés de assinalar o adolescente transviado (sic) com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo a sua recaída no malefício.*”⁽⁹⁾

Não nos iludamos, por isso, com o pragmatismo do Direito anglo-saxão que permite, por exemplo, nos Estados Unidos e na Inglaterra, a imposição do castigo penal a seres humanos recém ingressos na primeira infância. Ali é possível que uma criança ainda na sua primeira dentição, possuidora de um vocabulário ainda incompleto, portadora de um raciocínio ainda em desenvolvimento, despida de maturidade emocional possa cumprir medidas restritivas de liberdade típicas da pena criminal. Não podemos aquiescer à análise contundente do ex-primeiro ministro britânico John Major, o qual, diante do rumoroso caso do homicídio de um bebê, praticado por dois meninos de 10 anos, assim expressou-se: “*sinto que a sociedade necessita condenar um pouco mais e compreender um pouco menos.*”⁽¹⁰⁾

Antiga e atual a percepção de **Basileu Garcia**, para quem “*a Justiça de menores deve ter, sempre, um cunho paternal. A sua missão é proteger — e não perseguir e ferir. Compete-lhe reerguer o menor transviado (sic), evitando que os desvios transitórios da sua conduta, nem sempre indicativos de verdadeira propensão delitual, lhe acarretem a permanente deformação de caráter que alimenta a criminalidade.*”⁽¹¹⁾

Como ressalta **Túlio Kahn**,⁽¹²⁾ um estudo da ONU enfocando 55 países apontou que os jovens representam 11,6% do total de infratores, ao passo que no Brasil a participação dos menores na criminalidade está em torno de 10%. Para exemplificar, no Japão, país de condições sociais tidas ideais, os jovens respondem por 42,6% dos delitos e, nem por isso, a imputabilidade penal ali situa-se antes dos 20 anos de idade. Segundo o mesmo estudo, das 57 legislações analisadas, apenas 17% adotam idade menor do que 18 anos como critério para a definição legal de adulto: Bermudas, Chipre, Estados Unidos, Grécia, Haiti, Índia, Inglaterra, Marrocos, Nicarágua, São Vicente e Granadas. Com exceção dos EUA e Inglaterra, todos os demais são considerados pela ONU como países de médio ou baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

Há, pois, que se afastar dos menores os riscos sociais, pena de se converterem, eles próprios, em risco à comunidade no futuro. Não se acalente a ilusão de que um mundo injusto possa ser um mundo

seguro (embora de se repelir, com a mesma veemência, o estigma da criminalização da pobreza). Infelizmente, um dos mecanismos que a sociedade individualista tem para lograr a minimização do risco é a ampliação do sentimento de perigo,⁽¹³⁾ nisso contando com o decisivo papel de uma mídia por vezes mais preocupada com o impacto das manchetes do que com a verdade abaixo delas. O alarde sobre único caso de morte pode ocultar à opinião pública, por exemplo, que dos 7.266 homicídios dolosos ocorridos no Estado de São Paulo durante o ano de 2005, apenas 107 foram perpetrados por menores.⁽¹⁴⁾

Defender o rebaixamento da idade penal é tratar a complexa problemática dos menores como simples caso de polícia, entregando-se ao puro sentimento de vingança, incorrendo no engodo de mirar o Direito Penal como panacéia de todos os males sociais e aceitando a transferência estendida da nocividade da pena criminal (e seu deficiente sistema de cumprimento) também para os seres ainda em processo de formação física e espiritual.

Não está, portanto, em discussão suposta precocidade contemporânea no discernimento dos jovens, mas sim a inconveniência de submetê-los ao mesmo sistema reservado aos adultos e, nesse contexto, “*baixar a idade penal é baixar um degrau no processo civilizatório.*”⁽¹⁵⁾

Aperfeiçoar as medidas socioeducativas, imprimindo-lhes prevalente caráter pedagógico, condicionando sua duração às necessidades individuais do adolescente é imperioso. Tornar efetivos mecanismos assistenciais em favor de menores desassistidos é providência que antecede àquela primeira.

Finalizando, quisera ser poeta para inscrever um epílogo não-jurídico, que seria mais ou menos assim:

Da minha janela vejo passar crianças esqueléticas, andrajosas, desasseadas. Infantes que não existem, não são; apenas passam. Vão e voltam, tornam a ir e a voltar porque destino não têm. O entorpecimento químico é solitário protesto pelo qual garantem o distanciamento do real e de si mesmos, negando a vida que não pediram e a sociedade que não as quer. Esses olhares embaciados perambulam pela noite qual sombras animadas, povoam as praças e ruas agora desertas, perscrutam a escuridão buscando o vício e fugindo da polícia (único serviço público que lhes assiste).

Ao mesmo tempo a sociedade dos justos dorme no recôndito morno de seus refúgios gradeados, esperando que sobre-

venha a manhã e, com ela, um novo dia. Antes de sair à rua, no entanto, a prece: que seus caminhos virtuosos jamais se cruzem com as tortuosas veredas daquelas sombras errantes que de uma noite eternamente sem aurora emergem. Espectros esguios que, das trevas nascidos, a luz não conseguiu dissipar. Teimam em existir porque ignoram que vida já não têm. ◉

Notas

- (1) *Privação e Delinquência*. São Paulo: Martins Fontes, 199, p. 93.
- (2) *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 415.
- (3) **VIANNA, Guaraci de Campos**, “A Imputabilidade Infracional (Juvenil) e Imputabilidade Penal (Adulto), Critérios para sua Fixação Temporal”. *Revista da EMERJ*, v. 5, n° 20, 2002, p. 326.
- (4) *Direito Penal*. Tomo 2°, Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 163/164.
- (5) **SIQUEIRA, Galdino**. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. Tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, p. 409.
- (6) **GARCIA, Basileu**. *Instituições de Direito Penal*. Vol I, tomo I, São Paulo: Max Limonad, 1973, p. 335.
- (7) *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119.
- (8) **DOTTI, René Ariel**. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 412-3.
- (9) *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 514.
- (10) *Revista de Ciencias Sociales*, “Delito y Sociedad”, ano 10, n° 15, Buenos Aires, p. 86.
- (11) *Instituições de Direito Penal*. Vol I, tomo I, São Paulo: Max Limonad, 1973, p. 338.
- (12) **KAHN, Tulio**. “Delinquência Juvenil se Resolve Aumentando Oportunidades e Não Reduzindo Idade Penal”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 9, n° 104, pp. 11-12, jul. 2001.
- (13) **BENEITEZ, Maria José Bernuz**. “La Percepción de los Jóvenes Antisociales como Grupo de Riesgo Social”. In **AGRA, Cândido da, et al**, *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo, un Debate Abierto*. Barcelona, Espanha: Atelier, 2003, p. 266.
- (14) Cf. dados fornecidos pelo Departamento de Análise e Planejamento da Polícia Civil, DAP.
- (15) **KAHN, Tulio**. “Delinquência Juvenil se Resolve Aumentando Oportunidades e Não Reduzindo Idade Penal”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 9, n° 104, pp. 11-12, jul. 2001.

Édson Luís Baldan

Mestre e doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP), especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de SP, pós-graduado em Direito Penal pela *Universidad de Salamanca* (Espanha), especialista em Direito Penal pela *Universidad Castilla La Mancha* (Espanha), delegado de Polícia do Estado de São Paulo e professor de Direito Penal da Universidade Nove de Julho (Uninove)

MAIORIDADE E CIDADANIA

Marco Aurélio Gonçalves Ferreira

Quando ocorrem crimes violentos cometidos por menores e que ganham visibilidade na mídia nacional, é recorrente a entrada, em pauta, do debate sobre os limites da maioridade penal. Assim aconteceu em 2003, no caso do crime cometido pelo menor de 16 anos chamado “Champinha”, em São Paulo, e, mais recentemente, com o envolvimento de um menor de 16 anos no caso da morte do menino João Hélio, no Rio de Janeiro. Fatos como esses despertam clamores da opinião pública por reformas na legislação penal, enfatizando a necessidade da redução da maioridade penal. Os argumentos de maior efeito justificam o anseio por maior penalização para conter criminosos cruéis e, se tais crimes são praticados por menores, é invocada a redução da idade penal, associada à idéia de que se o indivíduo pode exercer o direito de votar aos 16 anos, pode também responder criminalmente por seus atos.

A justificativa que relaciona responsabilidade penal com o exercício de direitos políticos serve bem para compreender a percepção brasileira de direitos de cidadania. O Direito brasileiro, por sua vez, geralmente reproduz a noção inadequada de que direitos de cidadania são somente direitos políticos. Ao contrário, outros países como os EUA e a Inglaterra incorporam à concepção de cidadania, direitos iguais para todos, sejam civis, políticos ou sociais.

No entanto, a maneira desigual como são concebidos os direitos de cidadania no Brasil, influi diretamente quanto ao acesso e ao exercício desses direitos, oferecendo tratamento diferenciado perante as leis e os tribunais brasileiros. Ao desconectar os direitos civis, políticos e sociais da concepção de cidadania, o Brasil se distancia da percepção de que as garantias são institutos correlatos e interdependentes.

A história da formação do Direito no Brasil não afasta seu aspecto restritivo na concessão de direitos e leva a constatar o não rompimento de antigos paradigmas na construção das normas, inclusive nas de direitos fundamentais. A libertação dos escravos deu-se em 1888 sob a égide do Código Criminal de 1832, no entanto, somente em 1916 surge o primeiro Código Civil. Tivemos assim, quase trinta anos em que os indivíduos que eram sujeitos de Direito Penal, não eram sujeitos de direitos civis. Essa vocação para a desigualdade jurídica mantém-se com absoluta naturalidade nos dias atuais, e se exterioriza nos discursos sobre a maioridade penal no Brasil, com a mais completa omissão quanto à abor-

dagem da questão da maioridade civil.

Ao admitirmos a lógica da presunção de que quem tem capacidade de exercer direitos políticos aos 16 anos, também é capaz de ser responsabilizado criminalmente por seus atos, deveríamos então admitir que, aos 16 anos, também se esteja apto para adquirir direitos civis. Por consequência, e segundo a mesma lógica, aos 16 anos, poderia o indivíduo dispor de direitos civis que lhe permitissem obter habilitação para conduzir veículos, para casar, para realizar contratos, para dispor de patrimônio, para efetuar adoções, enfim para deter direitos que, presumivelmente, lhe concedessem a plena capacidade de exercer os atos da vida civil, hoje só permitidos a maiores de 18 anos. Os argumentos sobre a equivalência entre responsabilidade política e penal aos 16 anos, não se dão conta de que ao eleitor de 16 anos é deferida a opção de poder votar e não a obrigação de o fazer, ao contrário do que ocorre com maiores de 18 anos. Igualmente, esse chamado “eleitor” de 16 anos, não desfruta de elegibilidade, sendo-lhe limitado o acesso pleno ao direito político, justamente por lhe serem atribuídas restrições quanto à capacidade para o exercício dos cargos elegíveis.

O Direito brasileiro adota a presunção como paradigma para a concessão da maioridade, tanto na esfera penal como na esfera civil. O Código Civil brasileiro de 2002 veio a igualar o critério da idade comum para a aquisição de direitos civis e para responsabilidade penal no limite de 18 anos. No entanto, os discursos atuais sobre a redução da maioridade penal para 16 anos afastam o tratamento equitativo da maioridade para aquisição de direitos civis, incentivando assim, a criação de um marco de desigualdade jurídica cerceadora da garantia de igual acesso à justiça e aos direitos fundamentais de todos os que se encontram na faixa de 16 a 18 anos de idade. Por conseguinte, os discursos atuais sobre a diminuição da maioridade privilegiam a construção restritiva e fragmentada da cidadania, reproduzindo a tradição histórica brasileira ainda vigente, de que os direitos políticos são os direitos cidadãos por excelência e de que o conjunto de cidadãos brasileiros deve exibir um contingente de sujeitos tutelados pelo Direito Penal sempre maior que o de sujeitos tutelados por direitos civis. ●

Marco Aurélio Gonçalves Ferreira
Advogado, mestre e doutorando
em Direito pela UGF

NOTAS

NOVOS DVD's NO ACERVO DO IBCCRIM

Não deixe de conferir os novos DVD's já disponíveis para associados, catalogados no acervo da Biblioteca do IBCCRIM!

- *Pesquisa nacional de penas alternativas*: Alessandra Teixeira, Fernanda Emy Matsuda e Karyna Batista Sposato
- *Judicialização dos conflitos agrários no Brasil*: João Paulo Rodrigues, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Frederico de Almeida, Jacqueline Sinhoretto e Jovelino José Strozake
- *Lei Maria da Penha: aspectos políticos, jurídicos e sociológicos*: Joaquim Domingos de Almeida Neto, Janaina Conceição Paschoal, Wania Pasinato e Maria Amélia de Almeida Teles
- *O impossível julgar penal*: Amilton Bueno de Carvalho
- 2º Simpósio de Ciências Criminais de Brotas – Temas: *Direito Penal e Constituição, Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal, A Visão do STF sobre Questões Penais e Processuais Penais e Habeas Corpus*.

Informe-se também sobre as novas palestras de cursos e seminários passados, já em formato DVD.

O empréstimo dos vídeos é gratuito para os associados.

Mais informações: www.ibccrim.org.br, biblioteca@ibccrim.org.br ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 146.

NOVAS FACILIDADES PARA O PAGAMENTO DA SUA CONTRIBUIÇÃO MENSAL!

A partir do mês de maio de 2007, associados do IBCCRIM já podem fazer o pagamento da contribuição mensal através de débito automático no Banco Bradesco. Lembramos que o IBCCRIM aceita débito automático nos Bancos: Nossa Caixa, Nosso Banco, Banespa e Banco do Brasil. Para alterar a sua forma de pagamento entre em contato com o departamento financeiro através do telefone: (11) 3105-4607 ramal 141 ou envie um e-mail para financeiro@ibccrim.org.br

ATUALIZE SEU CADASTRO!

Para aperfeiçoarmos o contato com nossos associados, pedimos a gentileza de que seus dados estejam sempre atualizados. Isto pode ser feito diretamente através do site www.ibccrim.org.br, na seção “Fale Conosco”, no campo “Atualização de Cadastro”. Se preferir, envie um e-mail para ibccrim@ibccrim.org.br

1. Do inciso VII do artigo 50 da Lei de Execuções Penais

A Lei 11.466 de 28 de março de 2007 acrescentou ao artigo 50 o inciso VII à Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), tipificando como falta grave o uso de aparelhos celulares pelos presos. Nesse contexto, dispõe o referido artigo:

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

(...) VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo” (sem destaque original).

Observa-se que o tipo diz respeito a *crime formal*, pois a posse (sem necessidade de utilização), já acarretaria falta grave. Ainda, pela multiplicidade de núcleos do tipo (portar, utilizar ou fornecer), a conduta amoldar-se-á ao inciso VII, do artigo 50, não só pela utilização. Ou seja, comete falta grave tanto quem porta (mesmo sem utilizar o celular), quanto quem é pego utilizando-o, ou quem empresta o aparelho a outrem.

Antes da Lei 11.466/07, a utilização de celulares estava definida na Resolução nº 113 do secretário de Administração Penitenciária (SAP), com o seguinte teor:

“Artigo 1º - Constitui falta grave trazer consigo o preso provisório ou condenado, no estabelecimento prisional onde se encontrar, telefone celular ou aparelho de comunicação com o meio exterior, seus componentes ou acessórios.”

Havia discussão em relação à origem desta norma, uma vez que era emanada da Administração Judiciária (Poder Executivo), e não do Poder Legislativo violando, por consequência, o princípio da legalidade (mais precisamente o princípio da reserva legal, derivado daquele).

O inciso VII, do artigo 50 não só resolveu o problema — respeitando o princípio da legalidade — como também aumentou o rol de condutas que pode ocasionar falta grave em relação ao celular: uso, porte, fornecimento. Diferente da Resolução SAP nº 113 que previa apenas o seu porte.

2. Da falta grave e o princípio da legalidade no âmbito da Lei de Execuções Penais

O brocardo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* consubstancia-se no princípio da legalidade. Isto é, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal não deve haver pena sem prévia lei. Lei esta emanada do Poder Legislativo.

Pedro Lenza leciona que referido princípio assegura, de uma só vez, o princípio da legalidade e da anterioridade, “(...) visto

que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (LENZA, 2007, p. 734).

“(...) O dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas” (SILVA, 2006, p. 429).

Assim, não se pode definir condutas sem prévia lei emanada do Poder Legislativo. Isso é a consagração do princípio da reserva absoluta de lei formal.

O condenado que for pego portando, utilizando ou fornecendo celular no estabelecimento prisional cometerá falta grave. A falta grave enseja regressão de um regime menos rigoroso (aberto ou semi-aberto) para um mais rigoroso (semi-aberto ou fechado).

Nesse sentido, Renato Marcão a respeito da progressão de regimes assinala:

“Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão (...)” (MARCÃO, 2007, p. 145).

Ou seja, a falta grave ocasiona a regressão do regime de cumprimento de pena retornando, o reeducando, a um regime mais grave por conta do preenchimento de uma hipótese prevista em lei (art. 50, I a VII, Lei de Execuções Penais).

Percebe-se que a falta grave é, em suma, a ausência de mérito (o mesmo mérito que é usado para permitir a progressão é usado para regressão, ou melhor, sua ausência). Além da falta de mérito é necessário que a conduta do condenado esteja amoldada em uma das hipóteses do rol do artigo 50, da Lei 7.210/84. Este rol é *taxativo*.

Antes da Lei 11.466/07 havia discussão acerca da punição do condenado por conta da utilização de celulares, uma vez que a infração era prevista por Resolução (nº 113) e não por lei em sentido estrito. Com o advento do Lei 11.466/07 a discussão sobre o tema deixa de ter sentido.

3. Do artigo 319-A do Código Penal

A Lei 11.466/2007 acrescentou ao Código Penal (Decreto-lei 2.848/40) o artigo 319-A que disciplina a punição do diretor da penitenciária ou de qualquer servidor público do estabelecimento prisional que deixe de cumprir o disposto no artigo 50, inciso VII, da Lei de Execuções Penais.

Desse modo, o diretor ou servidor que se omitirem de obstar o acesso a celulares pelos detentos cometerá a figura típica do artigo 319-A, do Código Penal, podendo sujeitar-se a uma pena de, no mínimo, 3 meses a, no máximo, 1 ano.

“Art. 319-A. Deixar o diretor de penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”

Diante da omissão do diretor ou do funcionário público caracterizará *crime omissivo próprio* (§ 2º, do artigo 13, do Código Penal).

No crime omissivo puro (ou próprio) o agente tem o dever legal de evitar o resultado quando poderia agir e não agiu. (MIRABETE, 2005, p. 156). Se o sujeito se comportar desta forma, responderá pelo artigo 319-A, do Código Penal.

Entretanto, se ficar provado o liame subjetivo entre o diretor do estabelecimento prisional e o preso, haverá concurso de pessoas em co-autoria. Nesse contexto:

“No caso de crime culposo no concurso de pessoas, o melhor entendimento seria aquele em que há co-autoria quando presente o liame-subjetivo, abstraindo-se o resultado (...)” (SARTÓRIO, 2006, p. 61).

No caso da existência do concurso de pessoas surgirá a figura da *teoria pluralista* (art. 29 e seguintes, do Código Penal). Segundo esta teoria os agentes que cometeram o mesmo crime responderão de forma diferenciada.

No entendimento de Regis Prado, “(...) Cada qual realiza uma ação, à qual corresponde um evento (...). Aos diversos delitos, seus diversos autores” (PRADO, 2006, p. 471).

No caso em epígrafe, o detento comete falta grave nos termos do artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal. Já o diretor ou servidor do estabelecimento prisional respondem de acordo com o disposto no artigo 319-A, do Código Penal.

Considerações finais

A Lei 11.466 de 2007 pôs termo à discussão doutrinária no tocante a falta grave por porte de celulares nas penitenciárias, pois anteriormente, a questão era disciplinada por Resolução, ferindo o princípio da reserva legal. Agora, com a lei emanada pelo Poder Legislativo, não há mais discussão a ser argüida.

O inciso VII, do artigo 50, da Lei 7.210/84, diga-se de passagem, foi de boa técnica, uma vez que tipificou várias condutas: *porte, uso, empréstimo do aparelho*. O rol do artigo 50 da LEP é taxativo, obstando a progressão de regime àquele que fizer *uso, portar ou emprestar* aparelho celular, ensejando falta grave. *Contrario sensu*, a Resolução Administrativa nº 113 previa apenas o porte de aparelho celular e não estava prevista no artigo 50 da referida lei.

➔ Além disso, a Lei 11.466/2007 trouxe ao ordenamento jurídico nova figura da *teoria pluralista*. Antes da Lei só era possível falar em *teoria pluralista* dentro de uma mesma lei (corrupção ativa e passiva de funcionário público, por exemplo). Com o advento da lei nova, que acrescentou o artigo 319-A ao Código Penal, a *teoria pluralista* estará presente na Lei de Execuções Penais e no Código Penal quando houver liame subjetivo entre o diretor da penitenciária (ou agente público) e o condenado.

Caso não haja liame subjetivo, o preso praticaria falta grave, por conta do art. 50, VII, da LEP e o diretor do estabelecimento a figura típica do

artigo 319-A, do Código Penal. ●

Referências Bibliográficas

- BRASIL.** Lei 11.466 de 28 de março de 2007 (Lei 11.466/2007). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11466.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.
- _____. Resolução Secretária de Administração Penitenciária (SAP) n.º 113. Disponível em: <http://www.funap.sp.gov.br/legislacao_resol.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.
- LENZA, Pedro.** *Direito Constitucional esquematizado*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. até a EC 53/2006, São Paulo: Método, 2007.
- MARCÃO, Renato.** *Curso de Execução Penal*. 4ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini.** *Código Penal interpretado*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Vol. 1, Parte Geral, 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2006.

SARTÓRIO, Milton Tiago Elias Santos. *Da autoria incerta atípica no concurso de pessoas sob uma visão constitucional*. 2006. 91 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

Milton Tiago Elias Santos Sartório

Bacharel em Direito, formado em 2006 pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP) e colaborador da *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência (RNDJ)* de Ribeirão Preto (SP)

13º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Você NÃO pode PERDER O MAIOR EVENTO das CIÊNCIAS CRIMINAIS do BRASIL.

○ 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 CONFIRMADOS:

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)
Ulfrid Neumann - (Alemanha)

PROFESSORES NACIONAIS CONFIRMADOS:

Antenor Madruga - (DF)
Antônio de Carlos Esteves Torres - (RJ)
Augusto Rossini - (SP)
Calmon de Passos - (BA)
Carolina Yumi de Souza - (DF)
Ela Wiecko - (DF)
Fernando Salla - (SP)
Flávia Rahal - (SP)

Getúlio Bezerra Santos - (DF)
Heloisa Reis - (SP)
João Batista Costa Saraiva - (RS)
Juca Kfoury - (SP)
Luiz Antônio Marrey - (SP)
Marcelo Beraba - (SP)
Marcelo Moscogliato - (SP)
Marcio Thomaz Bastos - (SP)
Marcos Alvarez - (SP)
Miguel Reale - (SP)
Mônica de Melo - (SP)
Nereu José Giacomolli - (RS)
Paulo Teixeira - (SP)
Rene Ariel Dotti - (PR)
Ronaldo Marzagão - (SP)
Shelma Lombardi de Kato - (MT)
Wellington Cabral Saraiva - (PE)

Para mais informações acesse o site www.ibccrim.org.br, ou contate o Departamento de Cursos e Eventos pelo tel.: (11) 3105 4607.

Basta o alarde em noticiário de determinado fato delituoso para que a propaganda do terror e a criação de um estado de alarme na população — deveras oportuno para a apresentação das mais absurdas medidas políticas “infalíveis” solucionadoras do problema criminal — sejam ultimadas, a partir de uma imagem da criminalidade exposta (leia-se criada) pela *mass media*.

A situação de medo e histeria propicia manifestações politicamente engendradas sob a ideologia do movimento de lei e ordem, através de um discurso de declaração de guerra contra o “inimigo” (que se cria e sempre se criou ao longo da história), supostamente legitimante da expansão desenfreada do poder e da exacerbação desmedida da censura penal. Direitos e garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito passam a ser divulgados como as causas da impunidade: devido processo legal, proporcionalidade das penas, presunção de inocência, dentre outros, não passam de entraves à efetivação da “defesa social” ou, pelo menos, “ingenuidade acadêmica”.

A ocasião torna-se apropriada para a gênese de aberrantes leis penais, diante da imagem de terror projetada no senso comum pela mídia e, em conformidade com o teorema de **Thomas**, “*situações definidas como reais produzem efeitos reais*” ou, no original, “*if men define situations as real, they are real in their consequences*”. Analisando sob esse enfoque, destarte, a mídia define as supostas situações reais de criminalidade e determinadas medidas reais sobre essa imagem midiática são tomadas. **Santos**,⁽¹⁾ em assonância com o exposto, acertadamente conclui que “*se imagens da realidade produzem efeitos reais, então seria desnecessário agir sobre a realidade para produzir resultados concretos, porque ações sobre a imagem da realidade seriam suficientes para criar efeitos reais na opinião pública*”.

O modelo de autoritarismo repressivo máximo difunde, de maneira perversa e ilusória, a solução mágica dos problemas da criminalidade (divulgados pelos *media*, com a conseqüente reivindicação de soluções, pela opinião pública, dos mesmos): a lei penal. O conceito e a realidade da violência são confundidos e reduzidos à criminalidade na propaganda da demagogia política em palanques televisivos. Não se busca a solução das causas deste fenômeno complexo que é a criminalidade, mas tão-só e inefetivamente atacar parte de seus efeitos. Nenhuma medida que efetivamente resolva problema tão intrincado é tomada, mas apenas aquelas que vendam melhor imagem de

solução e desviem o foco da atenção de suas causas reais. O discurso não é novo nem efetivo: recrudescer a legislação penal (seja criando novos tipos penais ou suprimindo garantias), construir mais prisões (embora o fracasso no cumprimento de suas finalidades declaradas seja mais do que claro), aumentar a presença da polícia ostensiva nas ruas etc.

A incapacidade política para mudanças significativas faz com que o discurso de emergência se materialize em uma inflação legislativa penal, traduzida em tipos e medidas que beiram a irracionalidade, com a conseqüente hipertrofia do sistema e de seu horizonte de projeção. A contradição é evidente: as deficiências do Estado Social, causas do aumento desenfreado da insegurança, são remediadas com a intensificação do Estado de Polícia.

Na situação contemporânea brasileira, o atuar demagógico não foge ao ordinário explicitado. Ante a situação de alarme, as soluções apresentadas são modificações “significativas” na disciplina normativa penal material, processual e penitenciária: projetos de lei instituindo o aumento do tempo máximo de reclusão (PL 7.084/2006 — muito embora a falsidade da lógica dissuasória pela quantidade da pena cominada tenha sido há tempos denunciada pelo humanismo iluminado beccariano, mostrando-se ainda mais enganosa diante da inegável seletividade da criminalização secundária⁽²⁾), regimes cruéis de cumprimento de pena (PL 7.223/06), fim do protesto por novo júri (PL 2.701/03), restrições à prescrição (PL 1.383/03) e aumento arbitrário dos respectivos prazos (PL 7.220/06), dentre outros.

A função do direito penal é prostituída em leis penais simbólicas, que têm por escopo fins distintos da proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos essenciais, em harmonia com os valores ditados pela Constituição Federal, vulnerando desproporcionalmente princípios consagrados de um Direito Penal Liberal (intervenção mínima, legalidade — não raro é a edição de normas ambíguas, pouco precisas — da lesividade, da culpabilidade, da responsabilidade penal subjetiva, da proporcionalidade das penas etc.) e que, além disso, no plano empírico, apenas conferem uma sensação, uma imagem de redução do problema, sem que ocorra, de fato, sua solução ou diminuição (lembramos novamente o teorema de **Thomas**). A pretexto da “eficiência penal”, partindo-se da atribuição do problema da criminalidade à anomia penal, ruma-se, por via oblíqua, à transformação de um Estado de Direito em Estado Penal.

Contudo, diante do exercício irracio-

nal do poder pelo Estado, o Direito Penal, lastreado na Constituição, deve servir de instrumento de garantia do indivíduo em face de intervenções desproporcionais do Estado em sua esfera de liberdade e de controle da irracionalidade do processo seletivo de criminalização. Se é certo que o Direito Penal não desempenha as funções que lhe são atribuídas por um eloqüente discurso legitimador, havendo um grande abismo entre o que declara e o que cumpre — a pena não dissuade; a prisão, além de fracassar reiteradamente (isomorfismo reformista de Foucault) em seus objetivos declarados de ressocialização, gera efeitos estigmatizadores indelévels — seu uso deve ser reduzido ao mínimo imprescindível, pois não pode ser vulgarizado e porque representa, em última análise, um problema em si mesmo.

A presente situação demanda postura crítica dos juristas, sendo indeclinável denunciar a irracionalidade e injustificabilidade da ideologia que ora se projeta. Temos que reconhecer: o Direito Penal não soluciona os problemas que querem que solucione. Ainda que seja mais simples e mais “*televisável*” dejetar direito penal simbólico que realmente solucionar as causas da criminalidade — e os pacotes de leis “antiviolença” corroboram a assertiva — é imprescindível trocar o punitivismo demagógico por propostas de racionalização do sistema penal, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e das bases de um Direito Penal garantista. O discurso político da “demagogia vingativa” (**Zaffaroni**) deve ser rejeitado, pois desconhece, como bem observa **Santos**,⁽³⁾ que “*a única resposta para o problema da criminalidade é a democracia real, porque nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, de salário digno, de moradia, de saúde e, especialmente, de escolarização em massa da população, a única riqueza do Estado, como organização política do poder soberano do povo*”.

Notas

- (1) **SANTOS, Juarez Cirino dos.** *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC, Lumen Iuris, 2006, p. 697.
- (2) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alii.** *Direito Penal Brasileiro*. v. 1, Rio de Janeiro: Revan, 2003, *passim*.
- (3) **SANTOS, Juarez Cirino dos.** *Op. cit.*, p. 706.

Mateus Castriani Quirino

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS e estagiário do Ministério Público Federal

DISCURSOS PENAIS DE EMERGÊNCIA E AS RECENTES ALTERAÇÕES NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS PROMOVIDAS PELA LEI 11.464/2007

Reinaldo Daniel Moreira

Reinaldo Daniel Moreira

DISCURSOS PENAIS DE EMERGÊNCIA E AS RECENTES ALTERAÇÕES NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS...

No contexto atual, a opinião pública e os meios de comunicação de massa têm reclamado uma postura estatal frente ao incremento dos índices de violência e de criminalidade no Brasil. E esta resposta, de regra, vem através do acirramento da intervenção penal. Por meio de seu aparato repressor, o Estado firma e reafirma sua presença e força social. Afinal, como lembra **Juarez Tavares**, o sistema penal é um instrumento de coação, que nada mais é do que um símbolo de justificação do poder.⁽¹⁾

Como consequência imediata, tem-se então a proliferação de leis penais. Basta que se mencione as leis aprovadas em fevereiro deste ano no Congresso Nacional, de afogadilho, como resposta a demandas sociais e da mídia por mais severidade e rigorismo penal. Leis que são, muitas vezes, votadas de inopino, de maneira impensada e irrefletida.

Instala-se um quadro de emergência penal, na tentativa de fazer da população uma aliada contra a impunidade, palavra de ordem que acompanha os discursos e as alterações legislativas.⁽²⁾ Norteando-se por um discurso de fundo retributivista, como aduz **Juarez Tavares**, *“as penas elevadas e a imensa gama de novos delitos servem para demonstrar, simbolicamente, que o poder é detentor de instrumentos de força, que o Estado não está descuidado de suas tarefas básicas de segurança pública e que, ademais, os políticos trabalham em prol do bem-estar de todos”*.⁽³⁾

Contudo, bem se sabe que a simples edição de leis atua apenas na epiderme do problema, gerando com seu rigor uma aparência de maior segurança. O que se tem em verdade é a funcionalização do sistema penal ou uma atuação meramente simbólica.⁽⁴⁾ O Direito Penal passa, então, a cumprir, na perspectiva funcionalista de **Jakobs**, a função simbólica exclusiva de agente garantidor da estabilidade da ordem jurídica, da segurança, sem se preocupar, efetivamente, com a solução dos reais problemas que se lhe apresentam.⁽⁵⁾ Na síntese de **Aury Lopes Jr.**, *“[...] o sistema penal é utilizado como sedante, através do simbólico da panpenalização, do utilitarismo processual e do endurecimento geral do sistema. É a ilusão de resgatar um pouco da segurança perdida através do Direito Penal, o erro de pretender obrigar o futuro sobre a forma de ameaça”*.⁽⁶⁾

Em nome de uma ética de resultados, garantias fundamentais são vez e outra suprimidas. Como adverte **Fauzi Hassan Choukr**, *“[...] percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente,*

com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais”.⁽⁷⁾ Paralelamente a isso, tem-se a divulgação de pesquisas de opinião pública quanto à aprovação de medidas mais rigorosas de combate à criminalidade, como a pena de morte e a necessidade de reforma imediata das leis penais, focando a criação de novos delitos e a diminuição da idade limite do início de responsabilização criminal.⁽⁸⁾

Como já assinalado, a pretexto de atendimento a uma demanda social, no mês de fevereiro o Congresso Nacional aprovou, em caráter de emergência, uma série de projetos de lei, visando ao endurecimento do sistema penal. Deles, merece destaque o projeto que deu origem à Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Uma das propostas do projeto era regular a progressão de regime prisional nos chamados crimes “hediondos” e os a eles equiparados. Em sua redação originária, a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) vedava a progressão de regime em tais delitos. Contudo, o Supremo Tribunal Federal se manifestou ano passado, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da vedação. A partir de então, começou-se a admitir a progressão de regime, nos moldes da legislação brasileira, após o cumprimento de 1/6 de pena.

A Lei 11.464/2007, com objetivo de tornar mais severa a progressão de regime em tais delitos, estabeleceu-lhe parâmetros distintos dos moldes comuns. Nos termos do art. 2º, § 2º, da nova redação da Lei 8072/90, doravante a progressão de regime, no caso de apenado primário, terá lugar após o cumprimento de 2/5 da pena e, no caso de reincidente, de 3/5 da reprimenda.

Outra alteração implementada pela Lei 11.464/2007, com a nova redação do art. 2º, II, foi retirar do texto da Lei 8.072/90 a vedação de concessão de liberdade provisória em crimes “hediondos” e semelhantes. Esta era, há muito, uma reivindicação da doutrina mais progressista. A Constituição Federal de 1988 veda, em seu artigo 5º, XLIII, a concessão de fiança nos crimes hediondos e os a eles equiparados. Contudo, na advertência de Francisco de Assis Toledo, a vedação demonstra-se ociosa, uma vez que a quase totalidade dos delitos hediondos e semelhantes possuem pena mínima superior a dois anos de reclusão, ou são cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, não cabendo, portanto, de acordo com a vigente legislação processual penal, fiança.⁽⁹⁾

A Constituição Federal erigiu a liberdade provisória, mediante fiança ou inde-

pendentemente dela, à condição de garantia fundamental, em seu artigo 5º, LXVI. E, na lição de **Alberto Silva Franco**, tal direito deve ser analisado em interação com outros direitos fundamentais, como o estado de inocência e o devido processo legal, além da diretriz axiológica da dignidade da pessoa humana.⁽¹⁰⁾ Desta forma, conclui mencionado autor que, *“Vedar-se o direito fundamental à liberdade provisória, quando a prisão é notadamente desnecessária, é, portanto, afronta flagrante ao princípio da dignidade humana”*.⁽¹¹⁾ Sustenta, ainda, que a vedação de concessão de liberdade provisória nos delitos taxados de “hediondos” e equiparados violaria o devido processo legal, implicando verdadeira antecipação de pena, para atendimento ao clamor social e a exigências de defesa social.⁽¹²⁾

Na mesma linha de argumento, agregase ainda que o estado de inocência encontra garantido tanto na Carta Magna de 1988 quanto no Pacto de São José da Costa Rica, e que, ao se vedar a liberdade provisória, estar-se-ia partindo da noção de que a prisão cautelar é sempre necessária. E, como bem adverte **Eugênio Pacelli**: *“A necessidade da prisão e assim a definição da presença das razões cautelares autorizadas pela lei, somente há de ser aferida no plano da realidade concreta, e nunca pela maior gravidade do delito, até porque, ao final, será sempre possível a desclassificação da infração imputada na denúncia”*.⁽¹³⁾

Prosseguindo, aduz-se que o legislador infraconstitucional não poderia dispor da liberdade provisória, podendo regulá-la, mas não vedá-la abstratamente. Ademais, a Constituição veda apenas a concessão de fiança, não proibindo a concessão da liberdade sem fiança. Assim, a Lei 8.072/90 teria ido além dos limites do autorizativo constitucional. Neste ponto, a lei seria então inconstitucional.⁽¹⁴⁾

As inovações trazidas pela lei são de inegável reflexo no trato até então legalmente dispensado aos crimes hediondos e equiparados. Contudo, aspecto interessante de ser destacado foi como ocorreu a aprovação parlamentar desse projeto de lei. Este foi apenas um de uma série de projetos que o Congresso Nacional votou no último mês de fevereiro, às pressas e em tom de urgência/emergência, almejando mudanças na legislação penal.

Contudo, segundo noticiado pela imprensa, grande parte dos parlamentares não deu conta exatamente da matéria e do alcance das alterações que estavam votando. Segundo registrou a *Folha de S.Paulo* de 09 de abril de 2007,⁽¹⁵⁾ o debate no Congresso fora dominado pela progressão de regime,

➔ e a possibilidade de liberdade provisória foi relegada a segundo plano, não chegando sequer a ser discutida. A consequência é que, na votação, ocorrida de maneira simbólica em 14 de fevereiro, sem votos contrários e em meio a aplausos e discursos entusiasmados, sempre voltados para o endurecimento da progressão de regime, mesmo parlamentares que se dizem contrários à concessão de liberdade provisória votaram favoravelmente. Alguns congressistas chegaram a admitir que houve equívoco na votação. São as consequências da emergência penal. ●

Notas

- (1) TAVARES, Juarez. "A crescente legislação penal e os discursos de emergência". *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, n° 4, 1997, p. 50.
- (2) TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 51.

- (3) TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 53.
- (4) TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos: O Mito da Repressão Penal – Um Estudo Sobre o Percurso da Legislação Brasileira e as Teorias da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 92.
- (5) TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 54.
- (6) LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.
- (7) CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3.
- (8) TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 53.
- (9) TOLEDO, Francisco de Assis. "Crimes Hediondos". *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. 5, n° 2, a. 1992, p. 66.
- (10) FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 372.
- (11) FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.*, p. 373.
- (12) FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.*, p. 374.
- (13) OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Pro-*

cesso Penal. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 566. Neste mesmo sentido, argumenta Antonio Scarance Fernandes que "A regra deve ser a de que o réu, presumido inocente, fique em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 307).

(14) FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.*, p. 384.

(15) PENTEADO, Gilmar. "Nova lei de crime hediondo permite liberdade provisória". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 09 abr. 2007, Caderno Cotidiano, p. C1.

Reinaldo Daniel Moreira

Advogado, professor de Direito Processual Penal na pós-graduação em Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, professor da graduação e da pós-graduação em Direito da Faculdade Metodista Granbery de Juiz de Fora e mestrando em Direito Público na UERJ

PRIMEIRAS IMPRESSÕES A RESPEITO DA ALTERAÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 11.464/07)

Paullo Henrique Aranda Fuller

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, alterou a redação do art. 2º da Lei nº 8.072/90, operando duas modificações fundamentais no microsistema dos crimes hediondos e assemelhados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo — art. 5º, XLIII, da CF), consubstanciadas na (a) possibilidade de controle judicial acerca da necessidade da prisão cautelar, por meio do regime de liberdade provisória sem fiança (art. 310, *caput* e parágrafo único, do CPP), e na (b) instituição de disciplina especial para a determinação (regime inicial) e para a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

a) Possibilidade de liberdade provisória sem fiança

Seguindo a orientação predominante nos Tribunais Superiores, no sentido de mitigar a obrigatoriedade legal (abstrata) da manutenção da prisão em flagrante por crime hediondo ou equiparado, a Lei nº 11.464/07 suprimiu a proibição do regime de liberdade provisória sem fiança (art. 310, *caput* e parágrafo único, do CPP), contida na redação original do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, que passou a declarar a insuscetibilidade apenas da fiança (liberdade provisória com fiança), cuja proibição emana diretamente do disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Com isso, cessa a malfadada presunção legal (que reputamos inconstitucional, em face do estado de inocência) de necessidade da subsistência da prisão em flagrante, restituindo-se ao magistrado a tarefa de afe-

rir, diante das especificidades do caso concreto, a presença da cautelaridade (*periculum libertatis*) inerente a esta medida de coerção pessoal, a qual nunca pode se afastar de seu caráter instrumental (assegurar a efetividade do processo), sob pena de se transformar em mera antecipação de pena.

Por se tratar de norma posterior que regula inteiramente o sistema de liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados, entendemos que a Lei nº 11.464/07 derogou tacitamente, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a vedação da liberdade provisória (sem fiança) contida no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas.

O cabimento do regime de liberdade provisória sem fiança ensejou ainda a almejada unidade de tratamento entre crimes hediondos e equiparados, inclusive em relação ao crime de tortura, para o qual já era admitido este sucedâneo da prisão em flagrante, a teor do art. 1º, § 6º, da Lei nº 9.455/97.

Cuidando-se de norma benéfica, com implicação direta no *status libertatis* do agente, cumpre que a Lei nº 11.464/07, no que tange ao regime de liberdade provisória sem fiança, receba aplicação retroativa aos fatos praticados anteriormente a 29 de março de 2007 (data da sua entrada em vigor), por força do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

O acesso ao regime de liberdade provisória sem fiança para crimes hediondos e assemelhados — de maior danosidade social — reafirma, sob a perspectiva da pro-

porcionalidade, a tese da inconstitucionalidade das proibições absolutas de liberdade provisória, tais como as estipuladas no art. 21 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), no art. 3º da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Capitais) e no art. 7º da Lei nº 9.034/95 (Crime Organizado), por meio das quais o legislador estabelece a obrigatoriedade da manutenção da prisão em flagrante, ainda que ausente a necessidade justificadora da aludida medida cautelar.⁽¹⁾

Isso porque, como salienta Alberto Silva Franco, "toda medida cautelar que implique, sem a verificação de sua necessidade, a obrigatoriedade da prisão e a inadmissibilidade da concessão de liberdade provisória, não se acomoda à idéia-força do Estado Democrático de Direito e lesa o princípio fundamental da presunção de inocência na medida em que, em desarmonia com a Constituição Federal, aplica uma pena de caráter afliitivo e ignora acusado a culpado".⁽²⁾ E aduz que "a predeterminação legal da inadmissibilidade da liberdade provisória, por carecida justificção cautelar, representa uma expiação antecipada da eventual futura pena e isto sem que haja o devido processo legal".⁽³⁾

b) Regime inicial de cumprimento

A partir da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (STF, HC nº 82.959), a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade passou a ser regida pelo disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal (norma geral), pautando-se, portanto, pela conjugação da quantidade da re-

Reinaldo Daniel Moreira

Paullo Henrique Aranda Fuller

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

■ MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

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

Paulo Henrique Aranda Fuller

primenda imposta com a primariedade-reincidência do condenado, de sorte que, em algumas situações, caberia perfeitamente a aplicação de regime inicial semi-aberto ou mesmo aberto.⁽⁴⁾

Com a Lei nº 11.464/07, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, passou a dispor que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”, criando assim uma disciplina especial, que naturalmente afasta a incidência do sistema insculpido no art. 33, § 2º, do Código Penal.

Por estabelecer regra mais severa a respeito do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a Lei nº 11.464/07 somente pode ser aplicada para crimes hediondos e equiparados perpetrados a partir de 29 de março de 2007 (data da sua entrada em vigor); os fatos anteriores continuam sujeitos ao sistema delineado no 33, § 2º, do Código Penal, ressalvado o crime de tortura, que já se encontrava sujeito a regime inicial fechado, por força do disposto no art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97.

Ainda quanto ao crime de tortura, cremos que a Lei nº 11.464/07 não derogou o art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, que subtrai do regime inicial fechado a conduta definida no art. 1º, § 2º, do mesmo diploma legal, em função da sua especialidade (a Lei nº 8.072/90 é norma geral para crimes hediondos e assemelhados). Assim, para o crime tipificado no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97, permanece tendo aplicação o sistema comum do art. 33, § 2º, do Código Penal (art. 12 do CP).

c) Progressão de regime

A Lei nº 11.464/07 reconheceu, no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para crimes hediondos e equiparados, estabelecendo requisitos mais severos que os contidos no art. 112, *caput*, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que reclama, no aspecto objetivo, o cumprimento de 1/6 da reprimenda no regime anterior.

Com a redação da Lei nº 11.464/07, o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, passou a impor o cumprimento de 2/5 (40%) ou 3/5 (60%) da pena, conforme o condenado seja primário ou reincidente.

Como se percebe, ao mencionar singelamente o “reincidente”, afastou-se a Lei nº 11.464/07 do paradigma da reincidência específica, empregado no tratamento do livramento condicional pelo art. 83, inciso V, do Código Penal, e reiterado no art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas.

Importante notar que, se de um lado a Lei nº 11.464/07 se contenta com a reincidência simples para deflagrar o cumprimento de 3/5 da pena, de outro, não enuncia qualquer proibição absoluta em sede de progressão de regime, diferentemente do que sucede com o livramento condicional, em que a reincidência específica afasta completamente o cabimento do instituto (art. 83, V, do CP, e art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06).

Por serem mais severos, os percentuais de 2/5 e 3/5 da Lei nº 11.464/07 somente podem ser aplicados aos crimes hediondos e assemelhados pra-

tizados a partir de 29 de março de 2007 (data da sua entrada em vigor), permanecendo os fatos anteriores subordinados ao cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, nos moldes do disposto no art. 112, *caput*, da Lei nº 7.210/84. ●

Notas

- (1) Em igual sentido: “Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecente e posse irregular de arma de fogo. Pedido de liberdade provisória indeferido. Superveniência de sentença condenatória que mantém, nos termos do decreto construtivo anterior, o cárcere cautelar. Inexistência de motivação válida. Necessidade da custódia provisória não demonstrada. Precedentes.

1. A custódia cautelar do paciente está sendo mantida, na hipótese, pelos fundamentos da decisão que lhe negou o benefício da liberdade provisória, apenas em face da vedação trazida pela Lei dos Crimes Hediondos e em argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, que não podem respaldar a prisão provisória.

2. Mesmo para os crimes em que há vedação expressa à liberdade provisória, como é o caso do Estatuto do Desarmamento, da Lei dos Crimes Hediondos e a das Organizações Criminosas, prestigia-se a regra constitucional da liberdade em contraposição ao cárcere cautelar, quando não houver demonstrada a necessidade da segregação.

3. Exige-se concreta fundamentação judicial para se decretar ou manter a prisão cautelar, com demonstração dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de desrespeito ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida para revogar a prisão provisória do ora paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada” (STJ, 5ª Turma, HC 61.631/RJ, rel.ª min.ª Laurita Vaz, j. 28.11.2006, DJ 18.12.2006)

- (2) Crimes Hediondos: Anotações Sistemáticas à Lei n. 8.072/90, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 375.

- (3) *Idem*, pp. 373-4.

- (4) Perfilando essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 6ª Turma, no julgamento do HC nº 49.514, rel. min. Paulo Gallotti, publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 173, abril/2007, decidiu recentemente: “A meu ver, reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que determinava que a pena relativa àqueles crimes deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, devem ser observados, na fixação do regime, os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Com isso, mesmo nos casos de crime hediondo, prevalece o entendimento cristalizado nesta Corte de que, na estipulação do regime inicial de cumprimento de pena, observados os limites previstos no § 2º do art. 33 do Código Penal, devem ser levadas em conta as circunstâncias ditas judiciais, só se justificando a imposição de regime mais severo se devidamente motivada a escolha, assentada a opção, por certo, nessas circunstâncias.

Assim, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada.

No caso, como se vê da sentença de fls. 11/17, a pena-base foi fixada no mínimo legal, vale dizer, 6 anos, sendo aumentada de um quarto pela causa prevista no art. 226, II, do Código Penal, totalizando 7 anos e 6 meses de reclusão, cujo regime legal para desconto é o semi-aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, ‘b’, e § 3º, do mesmo diploma legal.

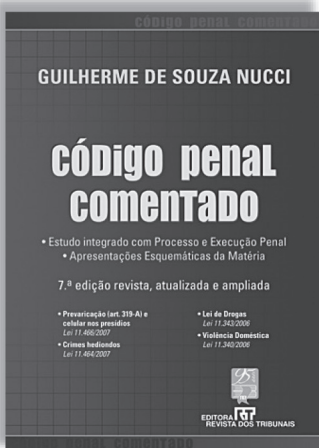
Diante do exposto, confirmando a liminar, concedo o habeas corpus e estabeleço o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena de que aqui se cuida.”

Paulo Henrique Aranda Fuller

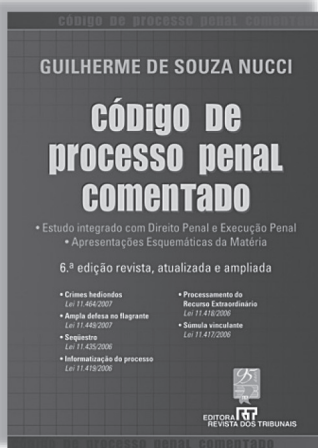
Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC/SP, juiz de Direito no Estado de Minas Gerais, ex-delegado de Polícia em SP, professor de Direito Penal e Processo Penal no Curso Prima e Escola Superior de Advocacia (SP)

Atualize-se.

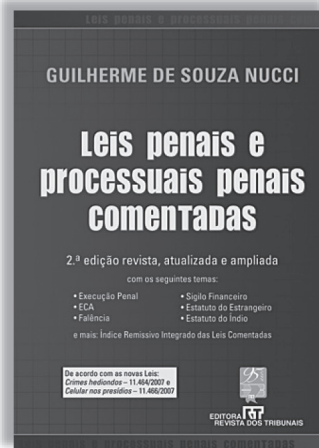
Conheça os lançamentos RT.



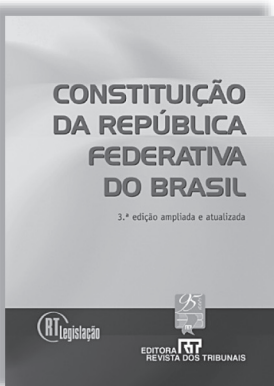
Guilherme de Souza Nucci
1.216 páginas – R\$ 189,00



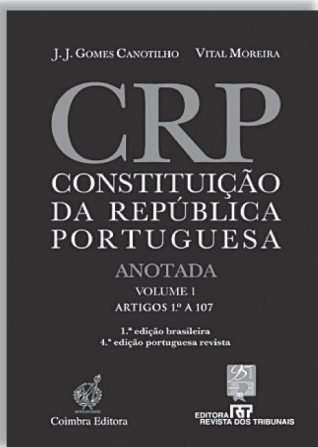
Guilherme de Souza Nucci
1.182 páginas – R\$ 189,00



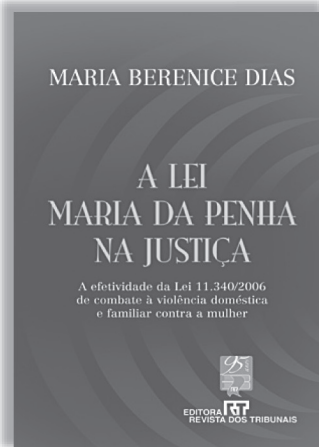
Guilherme de Souza Nucci
No prelo



Coordenação: Equipe RT
304 páginas – R\$ 19,00



J.J. Gomes Canotilho
Vital Moreira
1.152 páginas – R\$ 230,00



Maria Berenice Dias
160 páginas – R\$ 28,00

Preços sugeridos para maio de 2007.

Você pode confiar nos lançamentos RT. Afinal, esta marca já vem com 95 anos de experiência e tradição.



EDITORIA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR