

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

EDITORIAL:

O MEIO AMBIENTE E O DIREITO PENAL

Em 1988 foi criado, no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC*) com o objetivo de avaliar as informações científicas, técnicas e sócio-econômicas existentes acerca das mudanças climáticas que então começavam a ser mais claramente percebidas, seus potenciais impactos sobre o planeta e alternativas de adaptação e de mitigação. O IPCC divide-se em três grupos de trabalho, a saber: **a)** GT I, que se ocupa dos aspectos científicos da mudança climática; **b)** GT II, que avalia os impactos e as vulnerabilidades decorrentes de tais mudanças, bem como a nossa capacidade de adaptação ao novo quadro climático que se desenha; e **c)** GT III, que cuida de aspectos científicos, técnicos, ambientais e sócio-econômicos da mitigação dos efeitos das mudanças climáticas.

O GT I acabou de lançar, em fevereiro de 2007, o sumário de seu mais recente relatório de avaliação, que será integralmente publicado em maio. O GT II deve apresentar suas contribuições ainda neste mês de abril, em Bruxelas, e o GT III prevê a aprovação do sumário de seu relatório para o mês de maio, em Bangkok, com a publicação de sua íntegra em outubro deste ano. Destes três relatórios temáticos se originará o 4º Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, a ser adotado e aprovado em novembro deste ano, em Valência (Espanha).

Com notícia da publicação deste 4º Relatório de Avaliação, que pretende traçar um amplo e rigoroso quadro do atual estado do conhecimento global acerca das mudanças climáticas, coloca-se uma vez mais, para o Direito, o desafio de buscar regulamentar a atividade humana, com vistas à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, única forma de assegurar uma sábia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Para tanto, e por força da inerente ubiqüidade do meio ambiente, todos os ramos do Direito são chamados a voltar suas atenções ao bem jurídico que o art. 225 da Constituição Federal define como “*meio ambiente ecologicamente equilibrado*”. No âmbito penal, essa tutela se faz, em praticamente todos os países, com um emprego mais ou menos amplo de tipos de perigo — abstrato e concreto —, normas penais em branco, tipos abertos e descrições de mera con-

duto (como se constata, aqui e acolá, na Lei nº 9.605/98), que colocam ênfase em riscos e perigos e não necessariamente no dano ou na conduta (como no direito penal tradicional). Neste sentido, os conceitos de Sociedade de Risco e Direito Penal do Risco são recorrentes na análise dos temas ligados ao ambiente.

São intensas as discussões sobre a possibilidade de utilização do Direito Penal na tutela do meio ambiente, pois se há um certo consenso de que o Direito Penal dito tradicional não se presta à tutela do meio ambiente (raciocínio este que pode ser estendido a todos os chamados bens transindividuais), não há qualquer acordo sobre qual a solução a se adotar.

De qualquer modo, cabe ao Direito, como instrumento regulador da atividade humana, tentar impedir que a necessidade de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por um lado, seja atropelada pelo desejo do crescimento econômico, por outro, o que se dá pela busca de um ideal que se convencionou chamar de desenvolvimento sustentável. E, se o desenvolvimento sustentável demanda regulamentação da atividade humana, fica evidente a dificuldade de seu atingimento, na medida em que o crescimento econômico tem feito os marcos regulatórios jurídicos cederem cada vez mais espaço aos ditames da *lex mercatoria*, à desregulação, à deslegalização e à desconstitucionalização.

Por outro giro, as empresas transnacionais têm feito cada vez mais, graças aos custos trazidos pelas normas dos países desenvolvidos, a opção por transferir suas plantas industriais ao terceiro mundo. Se uma das razões da transferência das plantas sujas é a falta de regulamentação dos países subdesenvolvidos, há que se pensar em medidas para a resolução do problema, principalmente no que se refere ao conflito de interesses entre países vizinhos. Dois modelos apresentam-se: a regulamentação pelo direito internacional clássico, com a celebração de tratados multilaterais e criação de mecanismos que impeçam a (de)predação ambiental, pelos países desenvolvidos, dos países em desenvolvimento; e, em outro sentido, a harmonização legislativa ambiental, principalmente no âmbito de blocos de integração. Não sendo razoável aguardar a benevolência dos países desenvolvidos, que a despeito das boas intenções de alguns de seus governantes, acabam sempre sucumbindo à tentação de jogar o lixo no quintal dos países mais pobres, é fundamental que

Editorial

Índice

EDITORIAL:

○	O MEIO AMBIENTE É O DIREITO PENAL	1
○	A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 306 - TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE DA LEGALIDADE DA PRISÃO OU PRETENSÃO EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA? Amália Gomes Zappala	2
○	A DEFENSORIA PÚBLICA É A LEI Nº 11.449/07 Tiago Abud da Fonseca	4
○	DEFESA TÉCNICA DOS PRESOS EM FLAGRANTE DELITO Marta Saad	6
○	A IRRELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA EM HIPÓTESES DE COISA JULGADA Cláudio Costa	7
○	ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO José Roberto Antonini	8
○	TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA E DIREITO PENAL BRASILEIRO Fernando Vernice dos Anjos	9
○	IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA A ADOLESCENTES DOENTES E DEFICIENTES MENTAIS QUE INFRACIONAM João Cesar Barbieri Bedran de Castro	11
○	A (PERENE) CRISE PENITENCIÁRIA E AS NORMAS PENAIS PLACEBO: BREVES NOTAS À LEI Nº 11.466/07 Rafael Mafei Rabelo Queiroz	12
○	NÃO EXISTE PECADO DEBAIXO DA LINHA DO EQUADOR? Marcos Alexandre Coelho Zilli e Fabiola Girão Monteconrado Ghidalevich	14
○	VIVA O PAÍS DO FUTEBOL! (E DAS “OPERAÇÕES POLICIAIS” DE CADA DIA TAMBÉM?) Renato Stanzola Vieira	16
○	COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: O VÍRUS INFORMÁTICO E O CRIME DE DANO: POR QUE LEGISLAR? Daniel Zaclis	18
	Caderno de Jurisprudência	
○	DIREITO POR QUEM O FAZ: REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA NOS CRIMES HEDIONDOS	1073
○	DIREITO POR QUEM O FAZ: PRESCRIÇÃO E NON REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA	1073
○	DIREITO POR QUEM O FAZ: CONFISSÃO. INVIABILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO COMO ÚNICA PROVA DE AUTORIA DE ATO INFRACIONAL	1074
○	EMENTAS	1076

os blocos de integração atentem para esta questão e resistam a quaisquer inclinações autofágicas ditadas por “tentadoras” ofertas bilaterais.

A sobrevivência das presentes e especialmente das futuras gerações passa pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essa preocupação, em maior ou menor escala, se faz presente em todos os países e justificou a

criação de inúmeros organismos internacionais, pois é uma questão em que decisões locais repercutem para além das fronteiras geopolíticas, mas cabe a cada país, ou bloco de países, a adoção da necessária cautela na tomada de decisões político-econômicas, de modo a evitar que a busca do crescimento econômico se faça de modo insustentável. O Direito, por seus diversos ramos, é instrumen-

to importante na regulação da atividade humana, especialmente a econômica, com vistas a este ideal denominado desenvolvimento sustentável, não se podendo excluir de plano a participação do Direito Penal, que pode contribuir para a tutela o meio ambiente, sem necessariamente abandonar, pelo caminho, as garantias alcançadas ao longo de sua História. ◉

A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 306 TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE DA LEGALIDADE DA PRISÃO OU PRETENSE EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA?

Amália Gomes Zappala

A Lei nº 11.449, em vigor desde 15 de janeiro de 2007, modificou o *caput* e acrescentou um parágrafo ao artigo 306 do CPP.

O *caput* do dispositivo passa a transcrever a exigência constitucional da comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada, prevista no inciso LXII do artigo 5º da Constituição Federal.

O § 2º, dispondo sobre a nota de culpa, não inova em relação ao disposto no *caput* e parágrafo único do dispositivo revogado. Mantém o prazo de 24 horas para entrega ao preso, mediante recibo, da nota de culpa assinada pela autoridade policial, contendo o motivo da prisão e os nomes do condutor e testemunhas.

É no § 1º que se encontram disposições novas sobre o procedimento na lavratura do auto de prisão em flagrante.

A nova redação soluciona a questão do prazo para a comunicação do flagrante ao juiz competente, traduzindo o termo “imediatamente” utilizado na disposição constitucional, fixando-o em 24 horas depois da prisão. Também inova ao determinar o envio de cópia do flagrante à Defensoria Pública, sempre que o autuado não informar o nome de seu advogado.

O que se pretende discutir e compreender é a finalidade de enviar à Defensoria Pública a cópia do flagrante quando o indiciado não tiver defensor constituído. Pretende o dispositivo atribuir à defesa do autuado o controle da legalidade da prisão; ou assegurar a presença do defensor na fase investigativa efetivando, com a participação da Defensoria Pública, a garantia da assistência jurídica integral e gratuita?

I - O controle da legalidade da prisão em flagrante pela autoridade policial

O primeiro controle da legalidade da prisão em flagrante cabe à autoridade policial ao decidir sobre a lavratura, ou não, do auto de prisão em flagrante.

De acordo com o disposto no *caput* do art. 304 do CPP, cabe à autoridade policial ouvir o condutor do preso em flagrante, as testemunhas que o acompanharem, e finalmente interrogar o acusado. Se de todo o apurado obtiver, na linguagem do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, “fundada suspeita contra o conduzido”, ou seja, se os fatos narrados constituírem uma infração penal, se há elementos que indiquem que o conduzido provavelmente é o seu autor, se a situação em que o conduzido foi encontrado configura uma das hipóteses de flagrante admitidas na legislação, poderá mandar recolhê-lo à prisão. Caso contrário, deverá providenciar a soltura do preso, limitando-se a instaurar o inquérito policial, ou simplesmente elaborar o boletim de ocorrência.

Mas o controle da prisão pela autoridade policial não cessa com a verificação da legalidade do flagrante, estende-se à manutenção da prisão, à verificação da presença das circunstâncias em que a lei autoriza a liberdade provisória. Por isso, o § 1º do artigo 304 excepciona o recolhimento do conduzido à prisão nas hipóteses em que se livre solto ou se trate de crime afiançável.⁽¹⁾

Portanto, o controle da prisão em flagrante — da legalidade da situação que a enseja e das formalidades de sua efetivação — cabe, primeiramente, à autoridade policial; a quem a lei também autoriza o controle da manutenção da custódia permitindo, em algumas circunstâncias, que conceda a liberdade provisória.

II - O controle da legalidade da prisão pelo juiz competente

A CF, e agora o *caput* do art. 306 do CPP, exigem a comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente para o imediato controle da única espécie de restrição à liberdade que independe de autorização judicial. A intenção do constituinte e do legislador ordinário é “*remediar a anormalidade da medida com a previsão dessa formalidade, cujo objetivo evidente é tornar possível, no mais curto prazo, o exame dos requisitos da custódia cautelar pela autoridade que poderia determinar a prisão*”.⁽²⁾

Cabe ao juiz, ao receber o auto de prisão, agora acompanhado de todas as oitivas colhidas, realizar o controle da legalidade, ou, em se tratando de prisão legal, avaliar a possibilidade de fazer cessar a custódia do indiciado que reúna as condições objetivas e subjetivas previstas em lei.

Portanto, além da obrigatoriedade da comunicação, e no dizer de **Ada, Scarrance e Magalhães**, mais importante do que ela “*no conjunto das garantias constitucionais, é a inafastabilidade da efetiva apreciação judicial sobre os pressupostos da privação cautelar do direito à liberdade de locomoção*”.⁽³⁾ Da efetiva apreciação deverá o juiz, por disposição constitucional, relaxar imediatamente a prisão ilegal e conceder a liberdade provisória, arbitrando a fiança com ou sem prestação pecuniária, nos casos em que a lei autorize.⁽⁴⁾ Da previsão constitucional resta evidente que deve o juiz agir de ofício, concedendo o benefício independente da solicitação do interessado.

III - A assistência jurídica integral e gratuita

A CF, no art. 5º, inciso LXXIV, garante a assistência jurídica integral e gratuita aos que

➔ comprovarem insuficiência de recursos.

A integralidade da garantia só se efetiva se a assistência jurídica compreender tanto a fase policial quanto a processual, possibilitando ao indiciado e ao acusado o exercício da defesa, dentro dos limites admitidos em ambos os procedimentos.

Até o momento, a assistência jurídica gratuita encontra-se em débito com a preconizada abrangência. Somente na fase processual, no momento do interrogatório judicial, o acusado “pobre” vem a conhecer o seu defensor, tem a possibilidade de expor os fatos, de obter esclarecimentos e o necessário acompanhamento da defesa técnica.

V - Conclusão

Se é tarefa da autoridade policial no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, e da autoridade judiciária quando da comunicação do feito, aferir a legalidade da prisão e a possibilidade da liberdade provisória, o controle dessas circunstâncias pela defesa é, ou deve ser, suplementar.

A CF estabelece, no art. 5º, inciso LXV, que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; e no inciso LXVI a concessão da liberdade provisória quando a lei autorizar. São garantias do acusado e, como tais, não necessitam ser pleiteadas. Devem ser concedidas pela autoridade competente, ou justificada a manutenção da prisão em qualquer das hipóteses.

Portanto, a importância da nova redação não deve residir na “comunicação”, para suprir a “inércia” do dever de ofício das autoridades.

A finalidade é, então, oferecer defensor público aos carentes de recursos desde a fase do inquérito, efetivando a garantia da assistência jurídica integral e gratuita?

É forçoso reconhecer que a comunicação do flagrante à Defensoria Pública não efetiva a garantia constitucional da presença da defesa técnica na fase investigativa, independente da condição econômica do indiciado. A disposição é restritiva e tardia.

É restritiva porque não disponibiliza a assistência para o indiciado que não foi

autuado em flagrante. É restritiva porque não esclarece se a intervenção da Defensoria se estende além da aferição da legalidade da prisão, ou seja, se garante a defesa técnica no decorrer do procedimento investigatório.

É tardia porque a intervenção ocorre após a lavratura do auto e conseqüente interrogatório do preso. Permanece a irregularidade da ausência do defensor no momento do interrogatório, cujo prejuízo não se limita ao procedimento do inquérito mas repercute na fase processual. A disposição não sana a ilegalidade da falta de aconselhamento e presença do defensor no momento crucial do exercício da autodefesa. Para aqueles que podem constituir um defensor, o interrogatório na fase do inquérito se realiza de acordo com a exigências previstas nos arts. 185, *caput*, e § 2º, e 188 do CPP, que disciplinam o interrogatório em juízo e que, de acordo com o art. 6º, inciso IV do CPP, se estendem ao ato quando realizado pela autoridade policial.

A desigualdade permanece. Não há para o autuado em flagrante a possibilidade de entrevistar-se com seu defensor antes do interrogatório, de tê-lo presente, solicitando à autoridade esclarecimentos que melhor elucidem os fatos e a participação do indiciado.

O dispositivo apenas avança no caminho da ampla defesa do autuado em flagrante. ◻

Notas

- (1) Hipóteses em que se livre solto — art. 321 CPP, ver também Lei dos Juizados Especiais Criminais, art. 69, parágrafo único; concessão de fiança pela autoridade policial — art. 322 CPP; crimes afiançáveis arts 323 e 324 CPP.
- (2) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8ª ed. ver. e ampl., São Paulo: RT, 2004. p. 352
- (3) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades...*, p. 353.
- (4) Art. 5º, incisos LXV e LXVI da CF

Amália Gomes Zappala

Doutora em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP, advogada e professora da Universidade São Judas Tadeu

Amália Gomes Zappala



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

2ª SECRETÁRIA:

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2ª TESOUREIRA:

Silvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

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

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA: Sergio Salomão Shecaira

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Heloisa Estellita

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhoretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Flávia D’Urso,

Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriciá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CONVÊNIO: André Augusto

Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Mauricio Genofre

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato

Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo

Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo

Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:

Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico

Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

“A Mídia e o Processo Penal”

Data: 19 de abril de 2007 às 10h00

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

Expositores: Ana Lúcia Menezes Vieira e Percival de Souza

Vagas Limitadas!

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

Bons ventos sopraram a favor da Defensoria Pública no chuvoso mês de janeiro de 2007. Em uma só tacada foram sancionadas duas leis (11.448 e 11.449) que acabaram por reconhecer a envergadura da mencionada Instituição e sua inafastável relação com o Estado Democrático de Direito. A primeira destas leis inclui no rol dos legitimados para a ação civil pública a Defensoria Pública e a segunda altera o artigo 306 do Código de Processo Penal para inserir em seu parágrafo primeiro o dever da autoridade policial de comunicar a Defensoria Pública, no prazo de vinte e quatro horas, a prisão de toda pessoa que não informe o nome de seu advogado, remetendo cópias de todos os termos de depoimentos tomados na oportunidade da lavratura do auto de prisão em flagrante. O foco destas linhas reside na segunda destas leis, aquela que alterou o Código de Processo Penal.

A Constituição da República de 1988 dita como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que elenca no rol de direitos fundamentais o dever deste mesmo Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes. Daí a razão de reconhecer a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional, porque é, sem qualquer dúvida, esta Instituição que promove o acesso à justiça da massa de excluídos brasileiros e possibilita a participação do povo em decisão soberana do Estado, qual seja, a sentença sendo, portanto, artífice da democracia. O cotidiano dos defensores públicos comprova, não raras vezes, infelizmente, que o violador do direito de seus assistidos é o próprio Estado. Não sem razão, **Rogério Nunes de Oliveira**⁽¹⁾ advoga que “nas Américas de pobres e de excluídos sociais a garantia da assistência pela Defensoria Pública constitui um contra-poder, dirigido à proteção dos direitos humanos em face do próprio Estado, o qual, como é de domínio público, tem sido o mais perigoso saqueador dos direitos fundamentais dos indivíduos(...)”.

Nesse cenário, o projeto de Lei nº 6.477/06, de autoria do deputado Alberico Filho — segundo o próprio autor — visava a garantir “a realização da Justiça, não somente no sentido de estrita legalidade, mas também de equidade, de legitimidade e de moralidade”,⁽²⁾ dando direito de defesa ao juridicamente necessitado desde o momento de sua prisão. Vinga, então, depois de todo o iter legislativo, a Lei nº 11.449/07, que foi sancionada em 15 de janeiro de 2007 e publicada no dia seguinte, entrando em vigor na data de sua publicação.

O primeiro questionamento que a novel alteração no artigo 306 do Código de Processo Penal gera é o seguinte: qual é a

consequência do desatendimento do disposto no § 1º de tal artigo? Noutras palavras, se a autoridade policial não comunicar a prisão daquele preso que não indicou o seu advogado no auto de prisão em flagrante, o que acontece?

Certamente surgirá uma corrente de pensamento que defenderá, com base em interpretação retrospectiva,⁽³⁾ tratar-se de mera irregularidade que não enseja em ilegalidade de molde a arrancar a força coercitiva da prisão em flagrante. Tudo como dantes...

O Decreto Estadual nº 21.422/95 já previa tal regra no Estado do Rio de Janeiro.⁽⁴⁾ Todavia, com a previsão no Código de Processo Penal de tal dever direcionado à autoridade policial, advoga-se que a comunicação da prisão em flagrante ao órgão de atuação da Defensoria Pública se traduz em requisito de legalidade desta modalidade de prisão cautelar. Em outros termos, inexistindo a comunicação da prisão em flagrante à Defensoria Pública, daquele que não indicou advogado, o título coercitivo passa a ser ilegal, devendo a prisão ser relaxada imediatamente.

A jurisprudência pátria, com alicerce no artigo 5º, LXII da Constituição da República, rotula de viciado o auto prisional quando a prisão em flagrante não é comunicada *incontinenti* ao Poder Judiciário.⁽⁵⁾ Dirão alguns que a ilegalidade deriva da ofensa ao comando constitucional. Entrementes, quando o legislador infraconstitucional assegura para todos aqueles que não indicarem advogados no momento da prisão em flagrante, que o ergástulo será comunicado à Defensoria Pública, está reconhecendo vários princípios constitucionais tais como o direito de defesa, o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos carentes de recursos, a legalidade, entre outros, razão pela qual também nesta hipótese deve a prisão em flagrante ser relaxada por ausência de comunicação à Defensoria Pública no prazo legal.

Este é o liceu de **Edinaldo César Santos Junior**,⁽⁶⁾ que em recente artigo pontificou: “Tenho firmado posição quanto ao imperioso relaxamento das prisões em flagrante que não obedecem à previsão legal da comunicação à Defensoria Pública e dentro do prazo previsto. Assim, inclusive, tenho procedido ao verificar a ausência da intimação pessoal do apresentante defensorial, caso não haja informação no auto do nome do advogado do preso. Ora, se toda prisão em flagrante procedida ilegalmente deve ser relaxada, não se poderia mantê-la diante de importante carência de requisito legal. A homologação do auto, nessas circunstâncias, desafia, inclusive, a impetração do remédio heróico do habeas corpus, pois atingida a liberdade de locomoção do paciente.”

De outra banda, claro parece que o re-

laxamento da prisão do indiciado diante da ausência de comunicação à Defensoria Pública não impede a decretação da prisão preventiva. Não se pode confundir o juízo de legalidade da prisão em flagrante com o juízo de necessidade da prisão preventiva. No entanto, tampouco se pode acreditar que é consecutório lógico, muito menos obrigatório do relaxamento, a decretação da prisão preventiva. Se estiverem presentes os pressupostos (com base na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal aqui está se falando em indícios de autoria e certeza da materialidade que também ensejam o oferecimento da denúncia) e requisitos que autorizam tal medida, e desde que devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente, é possível a decretação desta modalidade de prisão de natureza processual. Ao contrário não.

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema e mesmo com todos os debates que surgirão, certo é que a Defensoria Pública ganhou, para além do reconhecimento do legislador pátrio, o que, diga-se, vem ocorrendo de maneira crescente, importantes instrumentos para serem manejados na defesa dos interesses de seus assistidos, razão de sua existência. Espera-se que todo o ano seja promissor como janeiro. Oxalá. ◉

Notas

- (1) **OLIVEIRA, Rogério Nunes de.** *Assistência Jurídica Gratuita*. Rio de Janeiro. 2006. Editora Lumen Juris, p. 79.
- (2) Disponível em www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=%2084034. Consulta em 07/02/2007.
- (3) Sobre o tema: **CASARA, Rubens R.R.** *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro. 2004. Editora Lumen Juris.
- (4) “Art. 1º Nos casos de autuação de prisão em flagrante delito, de pessoa necessitada, que tenha de ser recolhida ao cárcere, a autoridade policial estadual, imediatamente e por ofício, comunicará esta prisão ao órgão da Defensoria Pública que funciona junto ao Juízo Competente para conhecê-la. Parágrafo único. O ofício acima referido será acostado ao da comunicação da prisão ao Juízo.”
- (5) TRF. 1ª R. – 4ª T. – RHC nº 92.01.32.512 – Rel. Nelson Gomes da Silva – DJU 02.08.1993.
- (6) **SANTOS JUNIOR, Edinaldo César.** “A nova prisão em flagrante e a Defensoria Pública”. Disponível em www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigos. Consulta em 08/02/2007.

Tiago Abud da Fonseca

Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos, professor da Faculdade de Direito de Campos e Universidade Estácio de Sá e defensor público no Estado do Rio de Janeiro

JUSTIÇA PENAL PORTUGUESA E BRASILEIRA: TENDÊNCIAS DE REFORMA COLÓQUIO EM HOMENAGEM AO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - COIMBRA - PORTUGAL

Data: 13 e 14 de abril de 2007

Local: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal

Grade do evento:

Dia 13 de abril de 2007

09h00: **Sessão de Abertura**

09h30: **Conferência inicial**

Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Presidente do IDPEE

10h30: **Direito Penal: a parte geral**

O Direito e a legislação penal brasileira no século XXI.

Algumas tendências e limites - *Prof. Doutor Fábio D'Ávila*

O Direito Penal e as reformas: reflexões críticas - *Prof. Doutor José de Faria Costa*
O sistema punitivo: perspectivas de evolução - *Prof. Doutora Anabela Miranda Rodrigues*

Crimes agravados pelo resultado: que futuro? - *Mestre Helena Moniz*

15h00: **Direito Penal: a parte especial e o direito penal secundário**

Perspectivas ontológicas e etiológicas da normativa penal ocidental

Prof. Doutor Edson Luis Baldan

Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual

Prof. Doutora Maria João Antunes

Tendências recentes do controle internacional do branqueamento de capitais:
um discurso alternativo - *Mestre Pedro Caeiro*

Os crimes fiscais: algumas considerações críticas - *Mestre Susana Aires de Sousa*

Dia 14 de abril de 2007

09h00: **Direito Processual Penal**

Novas tendências na reforma processual penal brasileira

Prof. Doutora Maria Thereza Rocha de Assis Moura

O processo penal face aos desafios das ações encobertas

Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade

A mediação penal: uma solução divertida? - *Mestre Cláudia Santos*

As medidas de coação na revisão do CPP - *Mestre Nuno Brandão*

11h30: **Conferência final**

Prof. Doutor Alberto Silva Franco - Presidente do IBCCRIM

12h30: **Sessão de encerramento:** entrega dos diplomas ao IX Curso

de Pós-graduação em Direito Penal Econômico e Europeu

Informações e inscrições: www.fd.uc.pt

I CONGRESSO BRASILEIRO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL VIOLÊNCIA, DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS – LONDRINA / PR

Realização: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.

Coordenação: Prof. Walter Barbosa Bittar

Professores Confirmados: Aury Lopes JR. (PUC/RS), Cezar Peluso (STF),

Geraldo Prado (UCAM), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR),

Juarez Cirino dos Santos (UFPR), Maria Thereza da Rocha A. Moura (STJ),

René Ariel Dotti (UFPR), Rodrigo Sánchez Ríos (PUC/PR) e Vera Regina Andrade (UFSC).

Data: De 22 a 25 de maio de 2007

Local: Teatro Marista

Carga Horária: 50 horas/aula

Valores: Após 30/março/2007, até 18/maio/2007: estudantes de graduação (R\$ 55,00),
estudantes de graduação sócios do IBCCRIM (R\$ 40,00),

estudantes de pós-graduação e profissionais (R\$ 90,00) e estudantes de
pós-graduação e profissionais sócios do IBCCRIM (R\$ 75,00).

A partir de 19/maio/2007: estudantes de graduação (R\$ 65,00), estudantes de graduação
sócios do IBCCRIM (R\$ 50,00), estudantes de pós-graduação e profissionais (R\$ 120,00)
e estudantes de pós-graduação e profissionais sócios do IBCCRIM (R\$ 100,00).

Informações e inscrições: <http://www.advocaciabittar.adv.br/congresso>

IMPORTANTE: Acesse o *site* para saber mais informações sobre o
Regulamento de Apresentação de Trabalhos no Congresso.

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 Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Janaina Paschoal

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

André Pires de Andrade Kehdi,

Caroline Braun, Cecília Tripodi,

Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta

Viana e Renato Stanzola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 6215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

Foi editada, em 15 de janeiro, a Lei nº 11.149/2007, que deu nova redação ao art. 306 do CPP. Determina o *caput* deste artigo que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada”, em consonância com o art. 5º, LXIII, da Constituição da República.

A nova lei manteve a previsão de entrega, ao preso, de nota de culpa. Estabelece o § 2º do art. 306, que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar da prisão, “será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas”. A nota de culpa é da tradição do Direito brasileiro, já tendo inclusive figurado como garantia constitucional. Por dar ciência formal dos motivos da prisão, como primeiro instrumento formal de ciência da acusação, permite a verificação da legalidade da detenção, bem como viabiliza, como instrumento informador, a formulação da defesa do acusado, desde o início da persecução.

A inovação legislativa louvável, porém, vem disposta no § 1º do art. 306, que estatui que “Dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

A prisão em flagrante, nítida restrição constitucional ao direito de liberdade, reclama, de fato, pronta defesa. No curso do inquérito policial, instaurado a partir da prisão em flagrante, podem ainda ter lugar outras medidas restritivas de direitos individuais, tais como a decretação de cautelares, como busca pessoal ou domiciliar, apreensão, arresto ou seqüestro de bens, quebra do sigilo fiscal e bancário, interceptação das comunicações telefônicas, e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa.

Em razão de todos estes atos, alguns instrutórios e definitivos, o inquérito policial é fase procedimental carregada de significado e importância. Até mesmo por isso, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a garantia do exercício do direito de defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República) e da assistência de advogado ao acusado (arts. 5º, LXXIV, 133 e 134 da Constituição da República), já na persecução penal preparatória, ou prévia.⁽¹⁾

É preciso, de fato, garantir a defesa efetiva quando esta realmente importa, assegurando-se o exercício deste direito no curso do inquérito policial: não só a au-

to-defesa, insuficiente em razão do próprio comprometimento emocional e do desconhecimento técnico do acusado; este deve contar com assistência de advogado, legalmente habilitado, zeloso e competente, na real defesa dos interesses de sua liberdade.

No inquérito policial, esteja o acusado preso em flagrante delito, ou não, a atuação do advogado é relevante para solicitar a produção de provas, em favor do suspeito ou indiciado, de modo a garantir, posteriormente, juízo de acusação justo e equilibrado. O tempo muitas vezes trabalha em desfavor do acusado; sendo assim, a pronta assistência de advogado garante a juntada de documentos importantes e esclarecedores, a localização de testemunhas ou a formulação de quesitos, para a prova pericial.

Se o acusado é preso em flagrante, a imediata intervenção do advogado guarda especial importância, a fim de pleitear o relaxamento da prisão ilegal ou a liberdade provisória, com ou sem fiança, garantindo, por meio de instrumentos legais, tais como petição endereçada à autoridade judiciária competente ou *habeas corpus*, o necessário insurgimento contra a infundada supressão de liberdade.

Tudo isso, por certo, diz-se em favor da proteção efetiva da liberdade. Mas não é só. Do ponto de vista da sociedade, cujo fim último é a paz pública, e como tal interessada apenas na condenação do sujeito efetivamente culpado, deve-se notar que o exercício do direito de defesa por parte do indiciado, e a própria atuação do defensor, no inquérito policial, podem contribuir para que não sejam aforadas acusações infundadas, apressadas, temerárias e até caluniosas. Pelas mesmas razões, mas em plano secundário, em decorrência da provável redução do número de processos criminais em andamento, advinda do afastamento de acusações desnecessárias, pode-se dizer que o Poder Judiciário também poderá funcionar de forma mais eficaz.

Assim, justamente por ser o inquérito etapa importante para a obtenção de meios de provas, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado deve contar com assistência de defensor já nesta fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo.

O que se constatava, porém, na reali-

dade, é que não se concedia assistência, por meio de advogado dativo, ao sujeito preso em flagrante delito, nem mesmo para que pleiteasse o relaxamento da prisão ou a liberdade provisória. Restava-lhe então aguardar, sem que nenhuma prova fosse requerida e/ou produzida em seu favor, a conclusão do inquérito policial, e depois ainda a remessa dos autos a juízo para, apenas se denunciado, poder enfim contar com o auxílio profissional de ad-

vogado, já na segunda fase da persecução penal. Sua defesa efetiva poderia, contudo, porque tardia, já estar comprometida.⁽²⁾

Por isso, em boa hora a mudança que recentemente se operou no Código de Processo Penal. A

Constituição da República prevê, no art. 5º, LXIII, que o preso tem direito à assistência de família e advogado. Além disso, atribui, no seu art. 134, *caput*, à Defensoria Pública, órgão essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

A alteração proporcionada pela Lei nº 11.149/2007, que prevê que, caso o preso não informe o nome de seu advogado, cópia integral do auto de prisão em flagrante delito seja enviada à Defensoria, organizada em quase todos os estados da Federação, é medida que operacionaliza, pois, o exercício do direito de defesa dos mais necessitados, tornando efetiva a garantia constitucional de defesa. Poderia ter ido além, prevendo a assistência por defensor na própria lavratura do auto. O primeiro passo, porém, foi dado. Bem-vinda, portanto, a nova lei. ◻

Notas

- (1) HC nº 82.354, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004; HC nº 86.059/MC, rel. min. Celso de Mello, DJ de 30.06.2005; HC nº 88.520, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 25.04.2006.
- (2) Douglas L. Colbert. *Thirty-Five Tears After Gideon: the Illusory Right to Counsel at Bail Proceedings*, 1998 University of Illinois Law Review 1.

Marta Saad

Mestre e doutoranda em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP, pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e assessora de ministro no STF

A IRRELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA EM HIPÓTESES DE COISA JULGADA

Cláudio Costa

Cláudio Costa

A categoria jurídico-processual da coisa julgada tem na ordem jurídica republicana importância capital. **Tourinho Filho** analisa com detalhamento e profundidade que: “o instituto da coisa julgada encontra seu fundamento na segurança e estabilidade que a ordem jurídica impõe. Como acertadamente doutrina **Beling**, ‘la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso, como ocurriría sin la fuerza material de la cosa juzgada’. A instabilidade da ordem jurídica e a insegurança a que ficariam sujeitos os indivíduos transformam-se num mare magnum de incertezas e apreensões, e a paz e a tranqüilidade que devem reinar entre os homens seriam transformadas num inferno de martírio”.⁽¹⁾

Inicialmente, é necessário estabelecer os marcos teóricos que delimitam a coisa julgada. Para a caracterização da *res judicata* é necessário que “baja identidad de fato, isto é, da causa petendi, da razão do pedido, daquele quid em razão do qual se instaurou a relação processual; em segundo lugar, urge haver identidade do réu, é preciso que a pessoa contra quem se propõe a nova ação seja a mesma contra quem foi ela proposta anteriormente”.⁽²⁾

Diante de classificações jurídicas distintas nos processos em que se apura a existência de identidade de causa de pedir e identidade de réu é possível o reconhecimento da coisa julgada?

A classificação jurídica dada ao fato na denúncia nunca foi uma baliza segura para as questões processuais penais. Decorrem daí as inúmeras decisões que afirmam a precariedade da adequação típica promovida pelo Ministério Público na denúncia e que consagraram o bordão jurisprudencial que “o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, e não do tipo penal capitulado, ainda que equivocadamente, na denúncia”.⁽³⁾ Essa interpretação tem raiz no Código de Processo Penal, que em seu artigo 383 autoriza o magistrado a “dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia”.

Sobre a irrelevância da identidade de qualificação jurídica dada ao fato na denúncia para a verificação da coisa julgada, o mesmo **Tourinho Filho** é categórico: “Esse fato de que tratamos outro não é senão o fato material imputado ao réu. Pouco importa que o autor lhe dê nova qualificação jurídico-penal. Se for o mesmo e se se tratar do mesmo réu poderá ser oposta a exceptio. E **Fenech** arremata: ‘cualquiera que sea la calificación jurídica del hecho ni por la cantidad de la pena pedida, sino por la identidad de un acaecer histórico individualizado en su unidad natural y no en la jurídico-penal’ (Derecho, cit. v. 2, p. 545). Assim, se alguém foi definitivamente julgado por crime de homicídio, não poderá amanhã, depois de transitar em julgado a sentença que o absolveu, entender o Minis-

tério Público que o crime que ele havia praticado não foi homicídio, mas lesão corporal seguida de morte, ou latrocínio e pretender instaurar contra ele novo processo”.⁽⁴⁾

Isto porque, como ensina o mestre **Frederico Marques**, “a acusação contém pedido condenatório não específico”, pois, ao “descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias”, o acusador “delimita o seu pedido”, mas esse pedido é um “verdadeiro pedido genérico” porque, quanto ao tipo, “o juiz pode alterar essa qualificação in pejus ou in melius, ficando vinculado para julgar apenas ao fato criminoso tal como foi descrito”.⁽⁵⁾

Como afirma, com acerto, **Diogo Malan**, “o objeto processual, por sua vez, não é a própria acusação ou imputação, e sim seu conteúdo, ou seja, o fato naturalístico atribuído ao réu (thema decidendum ou res in iudicium deducta), independente de sua qualificação jurídico-penal”.⁽⁶⁾

O respeitadíssimo **Frederico Marques** alerta que “esse fato principal outro não é que o fato material imputado ao réu, independentemente de sua qualificação jurídico-penal”.⁽⁷⁾

Também no Direito comparado tal princípio é afirmado. **Montero Aroca** esclarece que “no es dudosa que a distintas calificaciones jurídicas no se corresponden objetos procesales penales diferentes, pues si así fuera después de un primer proceso con sentencia absolutoria podrían los acusadores intentar un segundo proceso sobre el mismo hecho pero calificándolo jurídicamente de modo distinto, y sin que en este segundo pudiera oponerse o estimarse la excepción de cosa juzgada”.⁽⁸⁾

Andrés Oliva Santos et alli registram que, em sede de coisa julgada, reside no “fato” o objeto da ação penal a ser considerado: “al tratar del objeto procesal a efectos de cosa juzgada o litispendencia penales se muestra con especial claridad que ha de ser directamente un hecho, una conducta humana, lo que constituya el objeto del proceso penal (un factum y no un crimen). De lo contrario, la litispendencia y la cosa juzgada quedarían inutilizadas con sólo calificar jurídicamente de forma diferente un mismo hecho”.⁽⁹⁾

Essa interpretação é tão consagrada que, como adverte a hoje Ministra **Maria Thereza R. Assis Moura**, o último projeto de Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional prevê em seu artigo 368, § 2.º, que uma pessoa não poderá “ser novamente acusada em razão dos mesmos fatos contidos na imputação, ainda que sob qualificação diferente”.⁽¹⁰⁾

Também a jurisprudência que cuida da matéria é firme em afirmar que a nova classificação típica em nada influi para o reconhecimento da coisa julgada. Por toda a jurisprudência, afirmo o Supremo Tribunal Federal: “inexistirá, contudo, essa possibilidade, se o Poder Judiciário, ao reconhecer consumada a prescrição penal, houver decla-

rado extinta a punibilidade do indiciado/denunciado, pois, em tal caso, esse ato decisório revestir-se-á da autoridade da coisa julgada em sentido material, inviabilizando, em consequência, o ulterior ajuizamento (ou prosseguimento) de ação penal contra aquele já beneficiado por tal decisão, ainda que o Ministério Público, agindo por intermédio de novo representante e mediante reinterpretação e nova qualificação dos mesmos fatos, chegue a conclusão diversa daquela que motivou o seu anterior pleito de extinção da punibilidade”.⁽¹¹⁾

Portanto, pouco importa que haja divergência de classificação jurídica entre as ações penais. Se o mesmo fato já foi solucionado de maneira definitiva, se houve a prolação de sentença de mérito transitada em julgado, não é a divergência entre os tipos penais que lastreiam as ações penais que impediriam o reconhecimento da coisa julgada. A solução para tais casos é aquela preconizada pelo Supremo Tribunal Federal: “como salienta **Eduardo Espínola Filho** (Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. II, 5ª ed., n.º 264, p. 301, Editora Rio, Rio de Janeiro, sem data), ‘em qualquer fase esteja a ação penal, se o juiz verificar que o fato principal foi solucionado por sentença transitada em julgado, no seu próprio juízo, ou em outro, paralisará definitivamente aquele processo, fazendo apensar os respectivos autos aos da outra causa, ou, para isso, os remetendo ao juízo, onde esta ocorreu’. O que implica dizer que, em respeito à coisa julgada, se extingue a ação penal em curso”.⁽¹²⁾

Notas

- (1) **Fernando da Costa Tourinho Filho**. Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, vol. 1, p. 291.
- (2) *Idem*, p. 290.
- (3) STF, HC n.º 85.496/SC, rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJ 08.set.06, p. 42.
- (4) *Op. cit.*, p. 291.
- (5) **José Frederico Marques**. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1998, v. II, p. 152.
- (6) **Diogo Rudge Malan**. A Sentença Incongruente no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.
- (7) **José Frederico Marques**. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1998, v. III, p. 93.
- (8) **Juan Montero Aroca**. Principios del Proceso Penal: Una Explicación Basada en la Razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 120.
- (9) **Andrés Oliva Santos et alli**. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 196.
- (10) **Maria Thereza R. Assis Moura**. Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2004, v. 2, p. 1374.
- (11) STF, HC n.º 84.253/RO, rel. Min. **Celso de Mello**, DJ 17.dez.2004, p. 71.
- (12) STF, HC n.º 77.909/DF, rel. Min. **Moreira Alves**, DJ 12.mar.99, p. 4.

Cláudio Costa

Mestre em Ciências Penais pela UCAM e advogado

A IRRELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA EM HIPÓTESES DE COISA JULGADA

Ultimamente têm os magistrados usado essa expressão, ao emitirem ordem de liberdade: “expeça-se alvará de soltura *clausulado*”, para significar que o diretor do presídio tão-só a cumpra se contra o preso não existir mandado de prisão, ou seja, *se por al não estiver preso*.

A condição, contudo, não é admissível se extravasa do âmbito dos “serventuários ou funcionários da Justiça” (veja-se o art. 105 do CPP), isto é, do próprio Poder Judiciário *lato sensu*, os magistrados e seus cartorários, quer dizer, os funcionários imediatamente subordinados a eles.

Assim é porque a privação da liberdade física de qualquer pessoa, por agentes do Estado, seja este ou aquele o suposto título legal da restrição, há de estar diretamente sob a responsabilidade imediata do Poder Judiciário, conforme decorre de explícitos e diversos preceitos da Constituição:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Os preceitos da Constituição da República, acima transcritos, tornam absolutamente claro, sem margem para conclusão diferente, que a liberdade física é valor que fica sob a guarda imediata, direta e intransferível do Poder Judiciário.

Como ressalta **Paulo Bonavides**, “A segunda revolução — a dos princípios — aparelha a terceira, ou seja a revolução da democracia, ora em curso, em nome da única globalização que os povos aceitam ou podem admitir. Aqui se chega, rigorosamente, a um ponto de convergência daqueles valores superlativos que entendem com a justiça e a dignidade e a liberdade das pessoas. A democracia exsurge por sinônimo e expressão da dignidade do ser humano, por estuário de todas as utopias libertadoras”.⁽¹⁾

A bem dizer, não seriam necessárias mais que as regras dos referidos incisos LXII e LXV para evidenciar no mais alto

nível esse ônus do Poder Judiciário, o de excelso curador da liberdade física, em âmbito nacional.⁽²⁾

São regras de caráter político, de exaltação da liberdade física como primordial valor democrático, sendo por isso mesmo regras cujo cumprimento não pode o Poder Judiciário delegar a terceiros, em inaceitável escamoteação do comando constitucional.⁽³⁾

É encargo precípua do Poder Judiciário, como transparece do que determina com clareza plena a Constituição, zelar que pessoa nenhuma fique presa sem que a prisão se sustente em título legítimo.

Verificada a prisão e tendo o Poder Judiciário, por um motivo ou outro, declarado que ela deve cessar, a ordem de soltura é para ser cumprida sem demora, imediatamente.

Editada a ordem de liberdade, a retenção do preso apenas não assumirá a feição de inocultável ilegalidade se for executada no *menor prazo possível*. Tudo o que exceder esse menor prazo possível, pelo contrário, há de ser levado à conta de conduta criminalmente abusiva (Lei nº 4.898, de 9/12/1965, art. 4º, “1”).⁽⁴⁾

Questão paralela, mas secundária, é a forma como o Poder Judiciário, estritamente o Poder Judiciário, exercerá, sob o inarredável “dever de otimização”, a incumbência que a Constituição lhe imputa com o traço de exclusividade e incommunicabilidade.

Uma alternativa é que — tratando-se de processo de réu preso — os “serventuários ou funcionários da justiça”, ou auxiliares do juízo, antes de fazerem conclusão do processo ao juiz da causa verifiquem a existência ou não de mandado de prisão contra o acusado, certificando-o nos autos, de sorte que o magistrado, sendo positiva a notícia certificada e impondo-se a libertação, apenas mande cancelar o título que até então fundamentava a constrição e mande cumprir-se o mandado indicado na certidão, com as comunicações necessárias.

Tudo executado imediatamente e sem a intermediação de serviço qualquer estranho ao Poder Judiciário!

Para maior presteza e facilidade no cumprimento das ordens de liberdade, mostra-se hoje perfeitamente realizável, na seqüência do que prevê a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (de informatização do processo judicial), que se institua junto a órgão de cúpula do Poder Judiciário, de abrangência nacional, uma repartição central de mandados de prisão, em que seriam registrados cronológica e eletronicamente os mandados de prisão expedidos e executados, em todo o território federal, com identificação precisa das pessoas em referência, como se

estabelece, aliás, no art. 15, parágrafo único, da lei acima indicada.⁽⁵⁾

Em suma, o que se impõe é que se supere, sem mais procrastinação, a praxe inconstitucional de se *transferir* a terceiros, sejam ou não agentes do Estado (mas sempre estranhos ao círculo do Poder Judiciário) e em evidente contraste com o que ordena a Constituição, o encargo que é só deste, do Poder Judiciário, de exercer o pleno domínio sobre a população carcerária e de verificar se contra a pessoa favorecida por ordem judicial de liberdade existe algum mandado de prisão: guardião da liberdade física é o Poder Judiciário, não o diretor do presídio.

Já se fala até mesmo em “privatização” dos sistemas presidiários. Quando o fundamental direito à liberdade física estiver submetido à conveniência empresarial, estará relegado a distância imensurável o seu guardião constitucional, o Poder Judiciário. ●

Notas

- (1) Prefácio do livro *Princípios Constitucionais*, de **Sérgio Sérulo da Cunha**, Ed. Saraiva, SP, 2006, pág. XI.
- (2) “Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por **Robert Alexy**, analisado brevemente no tópico 2, admite-se que eles são **mandamentos de otimização**, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades **fáticas e jurídicas**. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto” (**Luís Virgílio Afonso da Silva**, “O Proporcional e o Razoável”, *Revista dos Tribunais*, volume 798, pp. 43/44).
- (3) “**Benjamin Constant** dizia que todas as constituições francesas reconheciam a liberdade individual; contudo, esta nunca deixara de ser constantemente violada e isso porque uma simples declaração não basta; são necessárias salvaguardas positivas. É que a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de **garantias** contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, **direito de segurança**” (**José Afonso da Silva**, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 239).
- (4) “Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.”
- (5) “Art. 15. Parágrafo único. Da mesma forma, as peças de acusação criminais deverão ser instruídas pelos membros do Ministério Público ou pelas autoridades policiais com os números de registros dos acusados no Instituto Nacional de Identificação do Ministério da Justiça, se houver.”

José Roberto Antonini
Advogado

TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA E DIREITO PENAL BRASILEIRO

Fernando Vernice dos Anjos

Fernando Vernice dos Anjos

O Direito Penal brasileiro passa por uma notória crise de legitimação, diante dos crescentes índices de criminalidade, inseridos na complexa realidade brasileira. Apesar desse quadro desalentador, a mentalidade sobre os fins da pena no Brasil ainda é predominantemente retributista, com lampejos preventivos negativos, o que se espelha em leis desproporcionais e assistemáticas. Tal visão da finalidade da pena é inadequada, pois no contexto da Constituição Federal de 1988, mister se faz a conceituação e a aplicação de teorias mais consentâneas com o ideal de Estado Democrático de Direito.

De fato, a nossa ciência penal deve direcionar a pena para finalidades preventivo-positivas, sem abandonar os postulados garantistas historicamente conquistados pela humanidade. Entre os diversos sistemas de fins das penas propostos pelos juristas, desperta singular interesse o desenvolvido por **Claus Roxin** em sua teoria unificadora dialética.

Tal teoria visa dirigir os fins das reprimendas penais para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio entre os fins preventivos da pena e o princípio limitador da culpabilidade, através de restrições recíprocas ao longo das três fases de intervenção penal⁽¹⁾: incriminação de condutas, aplicação da pena e execução penal. Dessa forma, a pena somente serve para fins de prevenção geral e especial positivas e os fins preventivos são limitados, mas não determinados, pela culpabilidade. A prevenção é feita de forma dialética, ao longo das fases da intervenção estatal, respeitando o caráter subsidiário do Direito Penal e a dignidade humana do indivíduo. No mais, os três estágios de intervenção considerados se estruturam uns sobre os outros (são interligados sistematicamente), sendo que cada estágio deve acolher em si os princípios do estágio precedente. Com isso o Estado não atuará de forma contraditória ao estipular as suas metas político-criminais de fins das penas.

Buscamos, com o presente estudo, esboçar uma ponte entre a teoria unificadora dialética e as fases de intervenção estatal no Brasil, buscando uma sistematização adequada com os postulados do Estado Democrático de Direito.

1. Incriminação de condutas

Como ressalta **Roxin**, “*de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um com-*

portamento que a rigor não deveria ser punível”⁽²⁾. Sendo assim, fica claro que deve haver um limite à faculdade estatal de punir, limite este que deve ser deduzido das finalidades do Direito Penal.

No Estado brasileiro, a criação de leis penais é tarefa exclusiva do Poder Legislativo Federal, sendo que as disposições do presente tópico possuem, como destinatário natural, os representantes do citado Poder da República. Contudo, por ser um Poder político e heterogêneo, o Legislativo, na maior parte das vezes e pelos mais diversos motivos, simplesmente ignora as funções do Direito Penal em um regime democrático de direito, criando leis penais sem critério algum, com reprimendas desproporcionais e com incidência duvidosa.

Nesses casos, cabe ao Poder Judiciário não se curvar humildemente perante os desmandos do Legislativo, tentando defender uma pressuposta legalidade de verdadeiros “absurdos jurídicos” criados por motivações obscuras. Sendo assim, o Judiciário deve declarar inconstitucionais todas as leis penais que afetem os princípios constitucionais, tais como o da legalidade estrita, proporcionalidade, subsidiariedade da atuação penal etc. Agindo assim, estará o Poder Judiciário possibilitando fins democráticos para a pena e para o Direito Penal.

Seguindo o raciocínio, as finalidades do Direito Penal são de proporcionar proteção subsidiária aos bens jurídicos fundamentais, favorecer o desenvolvimento do indivíduo em um contexto pluralista e manter a ordem pública estável. Em outras palavras, o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, através da proteção aos bens jurídicos, na exata medida em que tal tarefa não seja concretizável através de outras medidas de controle sociopolíticas menos gravosas.

Assim sendo, a incriminação de condutas deve ser fundamentada na prevenção geral positiva,⁽³⁾ levando em consideração as ponderações a seguir expostas.

Primeiramente, em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, não é concebível deduzir incriminações a partir dos princípios de uma determinada ordem moral ou ética dominante e nem tampouco sustentar o crime em pressupostos metafísicos. Isso tudo por causa do respeito ao pluralismo ideológico e à dignidade humana, garantidos expressamente por nossa Constituição Federal.

Importante reafirmar que a tutela penal dos bens jurídicos deve ser subsidiária e fragmentária. Dessa forma, o Direito Penal deve se comportar como verdadeira *ultima ratio* do ordenamento jurídico, protegendo os cidadãos através da pena (contra agressões extremas ao ordenamento jurídico protetor dos bens jurídicos) e ante a pena (contra incriminações despropositadas impostas arbitrariamente pelo Estado). Isso porque cabe ao ordenamento jurídico de um estado Democrático de Direito, como o brasileiro, garantir aos seus cidadãos a maior liberdade possível, em um sistema não opressor e respeitador dos direitos humanos fundamentais.

A proteção aos bens jurídicos deve visar aos fins preventivos positivos da pena, através de uma política criminal liberal, que estruture o nosso ordenamento jurídico de maneira clara e coerente. Por essa ótica, devem ser evitadas as punições de atividades essenciais para o funcionamento da sociedade e a reprimenda de condutas que não possuam danosidade jurídica ou que não causem repulsa ao corpo social.

Por fim, a respeito do montante da pena em abstrato, o mesmo deve ser fixado de modo proporcional, para se evitar a criação de um sistema punitivo incoerente, que certamente descambaria para o terror estatal, violador da dignidade humana através de concepções preventivo-negativas (meramente intimidativas) da pena. Em outras palavras, a reprimenda deve ser proporcional em relação ao crime em si (o quanto gravemente ele afronta os bens jurídicos) e em relação aos demais crimes do sistema (uma lesão a um bem jurídico mais relevante deve ser mais severamente apenada em abstrato, para conservar a lógica imanente do sistema de penas).

2. Aplicação e fixação da pena

O segundo estágio de intervenção estatal se subdivide em dois momentos: o da aplicação e o da fixação da pena. Para tanto, o julgador deve levar em consideração, como fundamento, a prevenção geral positiva, da mesma maneira que na primeira fase de intervenção estatal.

A aplicação da pena está relacionada à necessidade da reprimenda penal. Primeiramente, cabe realçar que é inviável a aplicação de qualquer sanção penal sem ter sido provada a culpa do autor do fato. No entanto, mesmo quando ocorra uma lesão típica, ilícita e culpável contra um bem jurídico relevante, deve ser analisada a necessidade político-criminal de se apli-

car uma reprimenda penal ao infrator.

No ordenamento positivo brasileiro, encontramos o perdão judicial e as escusas absolutórias como exemplos de exclusão do caráter criminoso da conduta por motivos políticos-criminais. Seguindo a mesma lógica da desnecessidade da pena por motivos de política criminal, plenamente aplicável ao nosso ordenamento jurídico o princípio da insignificância, desenvolvido por **Roxin**. Tal princípio evita situações criminógenas no momento da aplicação de pena, situações essas que colocariam na seara penal fatos de escassa relevância que podem ser resolvidos, com vantagem, através de outras atuações jurídicas e não jurídicas.

A fixação da pena, por sua vez, possui vital importância, pois consolida a expressão exigência constitucional de individualização da pena e os fins preventivo-gerais positivos da sanção penal.

Para individualizar uma sanção, o julgador deve ter um espaço de manobra, no qual ele pode fixar uma pena e eventuais substitutos penais. O máximo da punição deve corresponder à culpabilidade do agente. Contudo, em respeito ao princípio da legalidade, o máximo da reprimenda deve ser expressamente fixado. Já o mínimo da sanção não precisa ser necessariamente previsto, pois o limite mínimo de qualquer reprimenda é o seu caráter preventivo geral.

O Código Penal brasileiro não nega o caráter retributivo da pena, mesmo porque a retribuição é inerente a qualquer punição (cf. art. 59 do CP). Acontece que a retribuição é apenas limitadora do poder punitivo e não fundamento. Dessa forma, a pena deve ser suficiente para a prevenção do crime, verdadeiro fundamento da pena e referencial do *quantum*

de punição a ser aplicado no caso concreto, não ultrapassando, contudo, o limite da culpabilidade.

3. Execução penal

O principal fim da execução é a prevenção especial positiva (reintegração social), prevista no artigo 1º da Lei de Execução Penal. Contudo, tendo em vista a ligação dialética com as demais fases da intervenção estatal, a execução penal também está inserida no contexto preventivo-geral positivo, para convalidar as demais fases de atuação estatal, para consolidar a política criminal do Estado brasileiro e, conseqüentemente, para evitar meras cominações simbólicas e sem eficácia prática. Nesse ponto, concordamos com **Chaves Camargo** no sentido de que a execução penal deva ser rigorosa, para não transformar a mesma em um *“aspecto meramente formal, impossibilitando um regular cumprimento das penas, diante de inúmeros privilégios concedidos sem medidas adequadas, o que fragiliza todo o sistema de penas e sua execução”*. Por outro lado, incabíveis decisões formalistas e excessivamente rígidas, que impeçam a concessão de benefícios para uma parcela dos casos, superlotando os presídios⁽⁴⁾.

Apesar da citada opção legal pela prevenção especial positiva, não devemos esperar muito da sanção penal, mesmo no plano teórico. Não há como sustentar que a pena deva conseguir a reintegração social do condenado, mas apenas que a mesma deva ser orientada à meta de reintegração. Sendo assim, é dever do Estado Democrático de Direito fornecer chances para que o condenado tenha novas oportunidades de vida.

Tal sentido construtivo da execução penal pode ser aplicado inclusive para

aqueles criminosos eventuais ou já integrados à sociedade, através da minoração dos danos causados. Para esse tipo de infrator, aumenta ainda mais a importância de existir uma execução ao menos não dessocializante (dever ético do Estado Democrático de Direito).

Se a individualização da pena na execução encontra, como regra, ambiente propício no ordenamento jurídico brasileiro, indo ao encontro do anseio de uma reintegração social harmônica, o mesmo não pode ser dito da realidade prática. Isso porque a terceira fase de intervenção estatal requer grandes investimentos estatais, com pouco retorno publicitário. No entanto, os gastos com uma execução penal voltada à (re)integração social são um ônus para o Estado brasileiro, e tal ônus é irrenunciável, pois fundamental para a consolidação de uma sociedade mais humana e solidária. ●

Fernando Vernice dos Anjos

Notas

- (1) **ROXIN, Claus**. “Sentidos e Limites da Pena Estatal”, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Vega, 1998, p. 44.
- (2) “Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais”, in *Revista Jurídica*, março/2004, nº 317, p. 69.
- (3) Em breve síntese, a prevenção geral positiva ou de integração busca a conservação e o reforço da confiança na firmeza e no poder de execução do ordenamento jurídico (cf. **ROXIN, Claus**. *Derecho Penal: Parte General*, Madrid: Civitas, 1997, p. 91).
- (4) *Sistema de Penas, Dogmática Jurídica Penal e Política Criminal*, São Paulo: Cultural Paulista, 2001, pp. 196 e 187.

Fernando Vernice dos Anjos

Advogado e mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo

IBCCRIM E UNODC: PARCERIA PARA REALIZAÇÃO DE PROJETOS CONJUNTOS

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) estabelecem parceria para realização de projetos conjuntos de pesquisa e de capacitação nas áreas de segurança pública, administração de justiça criminal, violência e acesso à Justiça, entre outras. Os parceiros têm em comum a certeza de que é necessário produzir dados e informações confiáveis nas áreas citadas para subsidiar as discussões e, principalmente, as decisões tomadas no enfrentamento ao crime organizado no Brasil.

Esta parceria compromete as partes em explorar oportunidades de ação convergentes com esse objetivo, sendo que, o IBCCRIM, por meio do seu núcleo de pesquisas, produzirá, de acordo com o seu cronograma de trabalho e disponibilidades, pesquisas, análises científicas, seminários e debates para promover uma maior interface entre as ciências sociais e jurídicas, nos temas relacionados ao mandato do UNODC. O UNODC, auxiliado por seus parceiros, contribuirá naquelas iniciativas do IBCCRIM cujo tema esteja englobado no mandato da agência. A contribuição se dará na forma de aporte de conhecimento técnico nas diferentes temáticas, bem como na participação ativa no desenho dos projetos de pesquisa e dos seminários e na mobilização de parceiros estratégicos para o sucesso dessas iniciativas conjuntas.

11º CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS DO IBCCRIM

Abertas as inscrições para o **11º Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM**.

O regulamento está à disposição dos interessados no *site* www.ibccrim.org.br e no Departamento de Cursos e Eventos do IBCCRIM.

O trabalho premiado será conhecido no **13º Seminário Internacional do IBCCRIM**, que será realizado no período de **8 a 11 de outubro de 2007**.

Mais informações: www.ibccrim.org.br ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramais 144 ou 140.

IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA A ADOLESCENTES DOENTES E DEFICIENTES MENTAIS QUE INFRACIONAM

João Cesar Barbieri Bedran de Castro

IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA A ADOLESCENTES DOENTES E DEFICIENTES...

As medidas socioeducativas têm finalidade ressocializadora, ou seja, de permitir uma intervenção do Estado no processo de formação da personalidade do adolescente, tendo como condição para sua aplicação a prática de ato infracional.

Ocorre que para o sucesso desse processo, o ECA exige que o adolescente reúna condições de assimilação da medida, estabelecendo ao mesmo tempo, situações em que fica expressamente vedada a tentativa de ressocialização, o que ocorre no caso dos doentes ou deficientes mentais.

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

(...)

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.”

A lei não fez distinção se o adolescente portador de doença ou deficiência mental tem parcial ou total capacidade de assimilação da medida socioeducativa; a eles não se aplicam estas.

O legislador impôs um limite objetivo claro à tentativa de institucionalização daqueles que não têm a mesma capacidade de assimilação.

Em primeiro lugar, buscou atender ao princípio da igualdade, evitando uma maior sanção daquele que justamente apresenta uma maior deficiência.

Em segundo lugar, o princípio da proteção integral não procura resolver toda questão envolvendo adolescente infrator por meio de medida socioeducativa. Aqueles para quem o déficit não se refere à ressocialização, mas sim a necessidades médicas, não se presta o processo socioeducativo.

A diferente capacidade de assimilação terá como escopo único interferir na abordagem terapêutica ao caso.

Reafirma-se com isso o art. 11, *caput*, do ECA:

“É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação de saúde.”

Por “local adequado a suas condições”

podemos entender tanto a inserção em medida protetiva nominada (inc. V do art. 101), como a inserção em medida protetiva inominada e que atenda à exigência específica do adolescente.

De se ressaltar que tais medidas não são compulsórias. Se o caso exigir permanência indeterminada em tratamento hospitalar, há a necessidade de propor ação de interdição.

O legislador não definiu quais são as situações em que fica caracterizada a doença e deficiência mental.

A melhor exegese é de que tais conceitos são de origem técnica, de diagnóstico exclusivo dos profissionais competentes, não se sujeitando nem ao livre convencimento do Judiciário.

Ao mesmo tempo, o encaminhamento sugerido pelos técnicos é passível de controle, já que deve sempre ceder ao adotado pela lei, tendo em vista o Estado Democrático de Direito pelo qual optamos.

Diagnosticada a doença ou deficiência mental, a solução do caso dependerá da fase em que se encontrar o processo.

Estando em fase de conhecimento e reconhecida a autoria ou participação na prática de ato infracional, julga-se procedente a representação, aplicando-se unicamente medida protetiva.

Julgada improcedente a representação, nem a medida protetiva poderá ser aplicada, pois para tanto exigir-se-á ação específica, com o devido processo legal e perante o juízo competente.

Estando em fase de execução, deverá ser extinto o processo ressocializador e aplicada a medida protetiva pertinente.

Isto não quer dizer que não exista a possibilidade de adolescentes cumprirem concomitantemente ou sucessivamente medidas socioeducativas e protetivas.

O que não existe é a possibilidade de adolescente, diagnosticado como portador de doença ou deficiência mental, cumprir medida socioeducativa e a medida protetiva de tratamento psiquiátrico prevista no inciso V do art. 101 do ECA.

Assim foi o posicionamento do STJ quando provocado:

“Criminal. HC. ECA. Adolescente portador de transtorno de personalidade anti-social. Internação com determinação de tratamento da unidade da Febem. Inadequação. Ofensa ao princípio da legalidade. Ordem concedida.

I. Hipótese em que, diagnosticado no

adolescente o transtorno de personalidade anti-social (PAS), foi mantida a medida socioeducativa de internação com a determinação de tratamento psiquiátrico na mesma unidade em que se encontra segregado.

II. O adolescente que apresenta distúrbio psiquiátrico não pode ficar submetido a uma medida socioeducativa diante de sua inaptidão para cumpri-la (art. 112, § 1º, do ECA).

III. Se o processo socioeducativo imposto ao paciente — com finalidade ressocializadora — não se mostra apto à resolução de questões psiquiátricas, faz-se necessária a implementação de uma das medidas protetivas dispostas na lei, com a submissão do adolescente a um tratamento adequado à sua doença ou deficiência mental.

IV. A imposição do regime de internação ao paciente, com a determinação de realização de psicoterapia dentro da Unidade da Febem ofende o Princípio da Legalidade.

V. Deve ser determinada a liberação do adolescente, com a sua submissão imediata a tratamento psiquiátrico devido em local adequado ao transtorno mental apresentado.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do relator” (HC nº 54.961/SP, rel. ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 25.04.2006).

Em igual sentido HC nº 45.564/SP.

A jurisprudência acena assim para a inviabilidade da cumulação de medida socioeducativa com a protetiva prevista no art. 101, V do ECA, aliás, conforme determinação do § 3º do art. 112 do ECA. Mas não há impedimento de cumulação de medidas socioeducativa com as demais protetivas previstas no já citado art. 101.

Assim, estende-se aos adolescentes a impossibilidade de aplicação do sistema do duplo binário, a despeito do que já ocorre com os maiores de 18 anos.

Não se trata de reconhecer caráter de pena à medida socioeducativa, ou de medida de segurança às medidas protetivas mas, sim, de reconhecer que a institucionalização preconizada na medida socioeducativa só é possível aos adolescentes que tenham condições de assimilá-la, sob o risco de conferir a esta mero caráter retributivo e punitivo, pois não se aproveitará dela o adolescente doente ou deficiente mental. ◉

João Cesar Barbieri Bedran de Castro

Procurador do Estado de São Paulo e mestrando em Direito Penal pela PUC/SP

João Cesar Barbieri Bedran de Castro

O Congresso Nacional aprovou a Lei nº 11.466, sancionada em 28 de março de 2007, que inseriu duas mudanças no ordenamento jurídico. A primeira delas foi a inclusão de novo inciso no art. 50 da Lei de Execução Penal, com a seguinte redação: “Comete falta grave o condenado a 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.”

A medida é resposta aos clamores sociais que surgiram, especialmente, por ocasião das rebeliões patrocinadas pelo Primeiro Comando da Capital nos presídios paulistas. Com efeito, a todos causava espécie o fato de os detentos coordenarem suas ações por meio de instrumento cuja repressão seria razoavelmente simples de se impor. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que o fato, embora pudesse ser espantoso, não poderia ser tido como falta grave, à míngua de expressa previsão legal (HC 69.651/SP, rel. min. Laurita Vaz, DJ 05.02.2007; HC 59.436, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 04.09.2006; HC 49163/SP, rel. min. Felix Fischer, DJ 12.06.2006). Em verdade, dos acórdãos do ministro **Gilson Dipp** poder-se-ia antever certa esperança de que a situação jurídica se alterasse:

“Criminal. HC. Execução da pena. Porte de telefone celular. Falta grave. Regressão de regime prisional. Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária. Sanções administrativas. Constrangimento ilegal. Ordem concedida — I. Hipótese em que o impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, em face da violação do princípio da legalidade, uma vez que a posse de telefone celular não está elencada no rol das faltas graves previsto no art. 50 da Lei de Execuções Penais. II. A Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e de seus componentes e acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias. III. Se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da imposição de sanções administrativas ao paciente. IV. O Projeto de Lei que altera o artigo 50 da Lei de Execução Penal, para prever como falta disciplinar grave a utilização de telefone celular pelo preso, ainda está tramitando no Congresso Nacional. V. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que reconheceu

a prática de falta disciplinar grave pelo apenado e determinou a sua regressão ao regime fechado de cumprimento da pena. VI. Ordem concedida, nos termos do voto do relator” (HC 64.584/SP, DJ 20.11.2006).

A alteração merece aplauso. Incluir o porte de aparelho celular no rol das faltas graves, cujo cometimento implica, por exemplo, a perda de dias remidos pelo trabalho e o óbice, ainda que temporário, à progressão de regime, é uma medida administrativa proporcional e razoável como política criminal. Funda-se numa lógica de desestímulo pelo que se tem a perder sem avançar na falida fórmula de criação de novos tipos penais.

O mesmo furor que inspirou a acertada inovação legislativa apontada supra, porém, engendrou mais uma lamentável novidade em nosso ordenamento jurídico-penal. Trata-se do artigo 319-A, acrescido no Código Penal, com a seguinte redação: “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.”

Esse dispositivo merece reprovação de diversos níveis. Comece-se pelo político-criminal. Claro está que uma das hipóteses mais plausíveis da entrada de aparelhos de celular nas prisões está na corrupção. Endêmica nos mais diversos setores da vida pública brasileira, não seria diferente no ramo penitenciário. Todavia, há saídas administrativas eficazes que não foram satisfatoriamente implementadas. Exemplificativamente, a instalação de detectores de metais nas unidades prisionais, bem como o emprego dos tão alardeados bloqueadores de sinais. A tipificação de nova conduta afronta a última ratio, com as todas as nefastas consequências que daí advêm.

No plano dogmático o novo tipo é igualmente infeliz. Primeiramente, por sugerir responsabilidade penal objetiva, modalidade vedada entre nós. Imagine-

mos que em revista a determinada cela, descubra-se um rádio em posse de um detento. Forçosamente o diretor da Penitenciária terá falhado em sua obrigação de impedir a entrada daquele objeto. Seria essa circunstância suficiente a caracterizar fato típico? Evidente que não. Será mister indagar dos elementos do tipo. No plano objetivo, será preciso compreender o alcance do quanto seja o dever específico do diretor de Penitenciária e/ou agente público de vedar o alcance dos apontados instrumentos de comunicação aos presos.

Terão os membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária falhado nesse dever, quando, por hipótese, tenham deixado de propor diretriz da política criminal quanto à

administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança, conforme determina o art. 64, I, da LEP? Poder-se-ia dizer que a falta de determinação da necessidade de detector de metais possa se enquadrar na incumbência do Conselho de “estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados” (art. 64, VII). No mesmo sentido, o dever de fiscalização dos estabelecimentos penais (inciso VIII) ou o de representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (inciso X).

Não tendo o juiz da Execução e o membro do Ministério Público realizado inspeção mensal dos estabelecimentos penais, com vistas, inclusive, a garantir a vedação aos presos do acesso a telefones celulares, teriam cometido o delito contido no art. 319-A? Afinal, a eles incumbe tal inspeção: arts. 66, VII e 68, parágrafo único, da LEP. O mesmo se diga do Conselho Penitenciário (art. 70, II), do Departamento Penitenciário Nacional (art. 72, II) e do Conselho da Comunidade (art. 81, I).

O dilema é reflexo da má-técnica de criminalizar instâncias administrativas. Nesse contexto, fica difícil precisar o limite entre o descumprimento da obriga-

Tratar-se-ia, assim, de norma penal placebo: não enfrenta o problema, mas dá a seus consumidores a sensação de que algo está sendo feito. Mais uma norma penal, mais uma demonstração pública do Estado brasileiro de que o Direito penal é o grande depositário do papel pedagógico do Direito e mais uma oportunidade perdida de produzir atos legislativos que vão ao cerne do problema.


➔ ção funcional e a prática de ilícito penal.

Claro está que não se poderá prescindir do elemento subjetivo que, à falta de previsão específica, poderá apenas ser o dolo. Identificado um dever e um titular claro do mesmo e, em tendo sido a omissão do cumprimento desse dever de natureza dolosa, ter-se-á, então, o novo delito.

Curiosamente, eis a segunda razão da apontada infelicidade: deixar funcionário público de praticar ato de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, já é conduta típica, contida no artigo 319 do Código Penal — a velha e conhecida prevaricação —, cuja pena, a propósito, é

ligeiramente mais grave, dado que comina cumulativamente a pena de multa.

Tratar-se-ia, assim, de norma penal placebo: não enfrenta o problema, mas dá a seus consumidores a sensação de que algo está sendo feito. Mais uma norma penal, mais uma demonstração pública do Estado brasileiro de que o Direito penal é o grande depositário do papel pedagógico do Direito e mais uma oportunidade perdida de produzir atos legislativos que vão ao cerne do problema. Na prática, tenho que, ou bem não se terá claro quem terá descumprido o dever de vedar o acesso aos aparelhos em questão, ou bem não será nítido o agir intencional,

prejudicado, assim, o dolo. Da discrepância entre a eficácia vendida (novo tipo penal como panacéia do sistema penal) e falência vivenciada (tipo penal de pouca ou nenhuma aplicação) emerge, como sói acontecer, o descrédito na justiça criminal, aumentando, em um círculo odioso, a demanda por penas mais rígidas, sistemas de cumprimento mais rigorosos e outras soluções congêneres. 

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Mestre e doutorando pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, pesquisador da Direito da GV e professor dos cursos de especialização do GV Law

A (PERENE) CRISE...

13º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

VOCÊ NÃO PODE PERDER O MAIOR EVENTO DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS DO BRASIL.

o 13º Seminário Internacional do IBCCRIM acontecerá no período de 08 a 11 de outubro de 2007 no Hotel Gran Meliá Mofarrej em São Paulo.

PROFESSORES INTERNACIONAIS CONFIRMADOS:

Andrew Von Hirsh - (Inglaterra)
 Edgardo Donna - (Argentina)
 Gunnar Berge - (Noruega)
 José Luis Díez Ripollés - (Espanha)
 Jorge de Figueiredo Dias - (Portugal)
 Manoel Cansio Meliá - (Espanha)
 Raffele De Giorgi - (Itália)
 Ulfrid Neumann - (Alemanha)

PROFESSORES NACIONAIS CONFIRMADOS:

Antônio Carlos Esteves Torres - (RJ)
 Augusto Rossini - (SP)
 Calmon de Passos - (BA)
 Carolina Yumi de Souza - (DF)
 Fernando Salla - (SP)
 Flávia Rahal - (SP)
 Juca Kfoury - (SP)
 Marcio Thomaz Bastos - (SP)
 Marcelo Moscogliato - (SP)
 Ronaldo Marzagão - (SP)
 Shelma Lombardi de Kato - (MT)

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

Em continuidade aos trabalhos desenvolvidos nos últimos cinco anos, a cidade de Bogotá, Colômbia, foi palco, nos dias 19 a 31 de março, da reunião anual do *Grupo latino-americano de estudos sobre direito penal internacional*. O evento, organizado pela Fundação Konrad Adenauer, pela Universidade Javeriana da Colômbia e pelo Departamento Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Göttingen, Alemanha, congregou, este ano, estudiosos de doze países da América Latina,⁽¹⁾ bem como representantes da Alemanha⁽²⁾ e Itália.⁽³⁾ Coube ao IBCCRIM, uma vez mais, a dignificante tarefa de representar o Brasil.

Passados quatro anos desde a memorável sessão inaugural em Haia, as crescentes atividades do TPI despertam-nos para duas instigantes conclusões. A primeira liga-se ao caráter revolucionário da ordem penal internacional. Com efeito, ela é a expressão máxima da ruptura do mito do monopólio da jurisdição dos Estados nacionais. O sistema jurídico que ora se apresenta é novo — tanto em sua via material como processual — de modo que a transposição dogmática de institutos e conceitos operacionalizados no plano doméstico configura grave erro metodológico. A autonomia científica do direito penal internacional é, portanto, fato incontroverso, cabendo aos estudiosos o compromisso de identificar as suas bases teóricas. A segunda conclusão, por sua vez, é uma constatação que a sabedoria do tempo teve o condão de reforçar: um sistema punitivo internacional, que se pretenda eficiente, não pode ser reduzido à tarefa hercúlea de um único tribunal. Aliás, jamais foi esta a pretensão do Estatuto de Roma. Com efeito, ao incorporar, com engenhosidade, o princípio da complementaridade,⁽⁴⁾ o legislador internacional, ao mesmo tempo em que resguardou a sensibilidade dos “soberanistas”, procurou incentivar, entre os Estados, a cultura de apego e de valorização da dignidade humana. Nesse contexto, competes o aperfeiçoamento de seus próprios regimes jurídicos o que somente será atingido com a efetiva implementação interna do Estatuto de Roma. Dessa forma, tipificar os crimes internacionais, prever os instrumentos e meios processuais adequados para a punição de seus responsáveis e estabelecer os mecanismos de cooperação para com o TPI são apenas algumas das várias tarefas que se espera do Estado que tenha manifestado adesão e

compromisso com a ordem penal internacional.

Nesse campo, é de se lastimar o berço no qual se deitou o Brasil. A formação de dois grupos de trabalho e a apresentação de um anteprojeto de lei pareciam indicar uma admirável primazia nesta seara. As expectativas foram, contudo, frustradas. Com efeito, desde então, mergulhamos em profunda letargia. Diferentemente de outros Estados latino-americanos que já incorporaram em seus sistemas o Estatuto de Roma,⁽⁵⁾ o Brasil não dispõe de um instrumental jurídico adequado para fazer frente aos mais graves crimes contra a humanidade. A rigor, a questão está restrita à Lei nº 2.899/56 que tipificou o crime de genocídio e, apenas em certa medida, à Lei nº 9.455/97 que tratou da tortura. No mais, os diversos comportamentos que poderiam ser subsumíveis ao rótulo de “crimes contra a humanidade” estão à margem de um tratamento jurídico adequado. Não há, destarte, previsão específica para a punição de ataques generalizados ou sistemáticos contra qualquer população civil. Dessa forma, ao exegeta não restaria a aplicação de outras normas incriminadoras, a despeito da diversidade de bens jurídicos tutelados.

Somente para um observador mais desavisado a discussão desta matéria se apresentaria completamente díspare da realidade. Nesse sentido, o exame crítico e comparado da jurisprudência nacional relativa ao Direito Penal Internacional — sobre o qual, aliás, se debruçou o grupo de estudos no encontro deste ano —, bem revelou a superficialidade de qualquer assertiva que procure minimizar a importância das questões afetas a este novo ramo do Direito.

De fato, ao menos formalmente, dois casos de genocídio envolvendo a população indígena foram levados ao conhecimento da mais alta corte brasileira. Naquele que se convencionou chamar de Massacre do Capacete,⁽⁶⁾ cometido contra a etnia Tikuna, no estado do Amazonas, a discussão esteve centrada em questões processuais, quais sejam, a superação de um tormentoso conflito de competência entre a Justiça Federal e Estadual. Como não poderia deixar de ser, foi este resolvido pela prevalência da primeira. Afinal, cabe à União, como é cediço, a tutela dos direitos dos indígenas, dentre os quais, obviamente, insere-se o direito à vida.⁽⁷⁾ Já no Massacre de Haximu,⁽⁸⁾ que envolveu a morte de doze índios Yanomami em uma longínqua região situada

na fronteira do Brasil e a Venezuela, a discussão jurídica foi consideravelmente mais profunda, muito embora o pano de fundo tivesse sido, outrossim, a delimitação da competência jurisdicional. Com efeito, no exame sobre a possível competência do Tribunal do Júri ou do Juízo Comum, o STF fez interessantíssima análise sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de genocídio. Assim procedendo e, de forma acertada, identificou a existência de um grupo nacional, étnico, racial e religioso, como o seu bem jurídico, o qual, por sua vez, não se confundiria com os bens primários lesados pela mesma conduta. Mas, o STF foi mais além. Examinou, ainda, o concurso entre o genocídio e os vários homicídios. Nesse caminho, e na esteira do magistério de Alicia Gil Gil,⁽⁹⁾ afastou a possibilidade de um conflito aparente de normas. Reconheceu, portanto, tratar-se de um concurso real: de um lado, a continuidade delitiva entre os vários homicídios a qual, por sua vez, estaria interligada pelo elo do concurso formal imperfeito com o genocídio.

De qualquer modo, a análise dos dois únicos casos de genocídio pela jurisprudência da mais alta corte nacional demonstra ser tímida, ainda, a resposta estatal. Vários fatores contribuem para este cenário. De um lado, há pouca familiaridade com o tema o que acaba levando à subsunção de determinados fatos a outros tipos penais cujo campo de tutela não é informado pela proteção de bens jurídicos coletivos. Em segundo lugar, e certamente não menos importante, figura a precariedade da máquina administrativa que, nas regiões mais longínquas, é incapaz de levar a cabo, com rapidez e eficiência, investigações que envolvam a população indígena como vítima.

A questão, é importante pontuar, não pode ser menoscabada. Em relatório preliminar que tomou por base o ano de 2006, o CIMI⁽¹⁰⁾ apurou a morte de quarenta índios no território nacional, dos quais vinte teriam ocorrido somente no estado do Mato Grosso do Sul sendo doze apenas da etnia Guarani-Kaiowá.⁽¹¹⁾ A se considerar esta população, a taxa é de 50 homicídios por 100 mil habitantes, ou seja, quase o dobro da taxa nacional — 26,7. Trata-se de uma situação, no mínimo, alarmante e já classificável por alguns estudiosos como verdadeiro genocídio.⁽¹²⁾

Lamentavelmente, o descaso do Brasil para com a sua história é também histórico. Com efeito, o extermínio da população indígena confunde-se com a pró-

➔ pria formação do Estado brasileiro. Por outro lado, e mais recentemente, a perseguição motivada por fins políticos durante o regime militar, onde torturas, desaparecimentos forçados e homicídios foram largamente empregados, foi simplesmente sepultada pela Lei de Anistia.⁽¹³⁾ A impressão é de que esta triste realidade ficou jungida às manifestações cênicas como se pudesse ser relegada ao plano puramente imaginário. Nesta seara, bastante diferentes foram as experiências da Argentina e do Chile que com mais vigor enfrentaram o seu passado. Ora, a eleição da dignidade da pessoa como um dos fundamentos do Estado brasileiro não pode constituir mera quimera. Ao contrário, ela impõe diversos deveres e obrigações, inclusive perante a comunidade internacional. Nesse campo, o Brasil parece patinar em uma retórica discursiva. Incidimos no risco de levarmos uma pedra. Por sorte, não apareceu ninguém capaz de atirar a primeira. ◉

Notas

- (1) Argentina (Ezequiel Malarino, Pablo Parenti e Daniel Pastor), Chile (José Luis Guzmán Dalbora), Colômbia (Alejandro Aponte), Costa Rica (Paúl Hernández Balmaceda), Equador (Salvador Herencia), El Salvador (Jaime Martínez), México (Frederico César Lefranc Weegan), Paraguai (César Alfonso Lagangueira), Perú (Carlos Caro Coria) Uruguai (José Luiz González), Venezuela (José Luis Modolle) e Brasil (Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Alexandre Coelho Zilli e Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich).
- (2) Prof. dr. Kai Ambos.
- (3) Profa. dra. Emanuela Fronza.
- (4) "Art. 17 do Estatuto de Roma. A jurisdição do TPI somente é exercida quando constatada a inércia da jurisdição nacional causada por desídia política ou por incapacidade da máquina persecutória."
- (5) O Uruguai aprovou a Lei nº 18.026, de 4 de outubro de 2006, que dispõe sobre a "cooperação com o Tribunal Penal Internacional em matéria de luta contra o genocídio, crimes de guerra e os crimes contra a humanidade", incorporando, dessa forma, as regras do Estatuto de Roma ao seu ordenamento jurídico interno; o Peru alterou o seu Código de Processo Penal acrescentando o Livro 7º relativo à Cooperação Judicial Internacional, desde 1º de fevereiro de 2006, estando sob análise as alterações ao Código Penal concernentes aos "delitos contra o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário"; a Bolívia aprovou, em maio de 2006, o projeto de lei de implementação do Estatuto de Roma em sua concepção geral, estando sob análise a aprovação detalhada do projeto que deve ocorrer por meio de processo legislativo; o México e o Paraguai não concluíram o processo de implementação do Estatuto de Roma, mas o último já aprovou o Acordo sobre Privilégios e Imunidades do Tribunal Penal Internacional, em 7 de junho de 2005 e o primeiro enviou o mesmo acordo para aprovação do Senado em outubro de 2006. Informações disponíveis em http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html. Acesso em 1º de abril de 2007.
- (6) RE 179485-2/Amazonas.
- (7) À época do julgamento a questão tomou por base o disposto no art. 125, IV da CF de 1967. A nova ordem constitucional não alterou a situação conforme prescreve o art. 231: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens."
- (8) RE 351487-3/Roraima.
- (9) Comentário a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 – 3 Str 215/98 – OLG Dusseldorf): relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo – genocidio – y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución.
- Revista de Derecho Penal y Criminología: Madrid, n. 4, p. 771-798, 2ª época, 1999.
- (10) O Conselho Indigenista Missionário é um organismo vinculado à CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), criado em 1972, quando o Estado brasileiro assumia, abertamente, a integração dos povos indígenas à sociedade majoritária. O CIMI conta, atualmente, com mais de 400 membros, compondo 114 equipes em todo o país e prega, como seu objetivo, a luta pela garantia do direito à diversidade cultural. Informações disponíveis em www.cimi.org.br. Acesso em 1º de abril de 2007.
- (11) Informe nº 747, de 4 de janeiro de 2007. Disponível em <http://www.cimi.org.br>. Acesso em 23 de janeiro de 2007.
- (12) Como aponta Lucia Rangel, organizadora do relatório "A violência contra os povos indígenas no Brasil" no Informe 717 de 1º de junho de 2006. Disponível em: <http://www.cimi.org.br>. Acesso em 23 de janeiro de 2007.
- (13) A anistia concedida pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 é tratada como fato jurídico intransponível pela maioria dos estudiosos do tema no Brasil, consagrando assim a impunidade dos crimes contra a humanidade praticados sob os auspícios do Estado Brasileiro durante o período de ditadura militar. Sobre este assunto ver REALE JR., Miguel. "A Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos", in: TELES, Janaina (org.). *Mortos e Desaparecidos Políticos: Reparação ou Impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2001.

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Juiz de Direito, professor dr. de Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo. Coordenador do Departamento de Relações Internacionais do IBCCRIM

Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich

Advogada, professora de Direito Penal e Direito Penal Internacional na Universidade do Estado do Amazonas, Coordenadora Regional do IBCCRIM (AC, AM e RR)

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO 'LATO SENSU' EM DIREITO PENAL

Realização: Escola Superior de Advocacia (ESA).

Apoio: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.

A Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP está com matrículas abertas para diversos cursos de especialização, na modalidade pós-graduação 'lato sensu', com habilitação para docência no ensino superior, destinados a advogados inscritos na OAB e bacharéis em Direito em geral. O curso de pós-graduação em Direito Penal tem o apoio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.

Data: Início em 23/04/2007, com aulas as segundas e terças-feiras.

Horário: Das 19 às 22 horas. — Carga horária: 381 horas/aula. — Valor: R\$ 300,00 mensais.

IMPORTANTE: Há vagas limitadas com desconto de 15% (quinze por cento) para Associados do IBCCRIM.

Informações e Inscrições: pessoalmente, na sede da ESA (Largo da Pólvora, 141 – Sobreloja – Bairro Liberdade).

Telefones para informações: (11) 3277-7392/3209-4055/3277-8456.

Palestrantes convidados: Alamiro Velludo Salvador Neto, Alberto Silva Franco, Antonio Luis Chaves Camargo, Carlos Vico Mañas, Cezar Roberto Bitencourt, Flávia Rahal, Fernando Galvão, Eduardo Reale Ferrari, Guilherme de Souza Nucci, Janaina Conceição Paschoal, Luiz Flávio Borges D'Urso, Manoel da Costa Andrade, Marco Antonio Nanhum, Sérgio Salomão Shecaira, Vicente Greco Filho, dentre outros.

Coordenadores: Cristiano Avila Maronna, Luciano Anderson de Souza, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi e Renato de Mello Jorge Silveira.

1. A primeira sensação é a única que fica?

Todos nós brasileiros nos lembraremos do dia 23 de março de 2007 como o início de um novo tempo para a proteção da “segurança pública”, não é mesmo? Afinal, foi nesse dia em que se deu, como informado pela imprensa escrita, a “megaoperação” das Polícias Cíveis do Brasil, tida como “a maior ação policial já realizada no Brasil”.⁽¹⁾ Agora que a Polícia Civil estadual também faz “operações”, podemos nos sentir mais tranquilos. Viva o país do futebol!

Como dão prova os números oficiais divulgados pela Secretaria de Segurança Pública paulista acerca da intitulada “Operação Nacional da Polícia Civil”, só nesse Estado foram realizados 583 flagrantes, 773 termos circunstanciados, 1.675 prisões, cumpriram-se 1.395 mandados de buscas e de apreensões e 1.559 mandados de prisão, 257 pessoas foram recapturadas, 70 estabelecimentos comerciais foram lacrados ou interditados, mais de 36 mil veículos foram vistoriados e mais de 42 mil pessoas foram “abordadas”.⁽²⁾

É preciso reconhecer certo alento, sim, no volume das atividades e dos “resultados” que, ao que parece, decorrem de um dia de trabalho concentrado,⁽³⁾ coordenado pelas Polícias Cíveis do Brasil afora.⁽⁴⁾ Mesmo assim, perguntase: a motivação do conjunto de órgãos estaduais da Polícia Judiciária decorreu da obediência pura e simples ao disposto no art. 144, § 4º, da Constituição Federal, ou, por acaso, de algum outro fator? Pensemos na Portaria do delegado-geral-adjunto de Polícia Civil do Paraná, que, a fim de acompanhar a “mega operação” nacional, ordenou: “às 13h, todas as viaturas deverão transitar por 15 minutos com os sinais de alerta luminosos e sonoros (giroflex e sirene) ligados, de forma a causar a impressão da presença de carros de polícia”.⁽⁵⁾

À luz de tanta sensação de “segurança pública” que entra nas propriedades privadas via notícias dos jornais, manchetes de televisão e em uma ou outra forma ostensiva de demonstrar a presença das Polícias Cíveis estaduais,⁽⁶⁾ chegamos ao ponto: precisamos de uma “mega operação” da Polícia Judiciária para que se atenda à tarefa constitucional aludida? Estamos no tempo da segurança pública com *blitz*? Se a resposta é afirmativa, parece-nos, em bom português, que a coisa vai mal.

2. A sensação da segurança

Já se disse e é bom insistir: os números da ação policial realizada no dia 23 de março são, em princípio, reconfortantes. É inegável que alguma idéia de segurança — ao menos imediata —, pela atuação dos órgãos públicos de controle, há. Afinal, nós, que nos auto-intitulamos homens e mulheres de bem, aceitamos sem titubear o argumento de que vale a segregação do que nos é ofensivo — nós mesmos, muitas vezes, vendemos essa idéia. Enfim, é conhecido o discurso de que “nós” temos de “vencer” o “inimigo”; temos que lutar, e vencer o crime. E, claro, salve-se quem puder, pois *a melhor defesa é o ataque, não é?*

Nesse ponto é que aparece pretensa dicotomia, entre o *direito à segurança* e a *segurança do Direito*. Para se ter segurança — a qualquer custo — literalmente, chega-se a desconsiderar a segurança que o Direito deve dar, e se toma atalho no atropelo de normas jurídicas, principalmente ao princípio ético e jurídico de que ninguém pode ser considerado como meio para a realização do direito de outro.

Não existe “troféu” a se exibir, quer em prisões sem cautelaridade voltadas aos holofotes, quer em estatísticas que impressionam por um dia.⁽⁷⁾ E, parece, não se pode concordar que investigação criminal ocorra em rompantes, por “operações nacionais”, ao invés de se tratar de cotidiano *munus* público indispensável.

Parece difícil, em momentos em que a necessidade da tal “segurança”⁽⁸⁾ cega a preocupação com a exigência legítima de política pública planejada, se afirmar que não há segurança em Estado sem leis constitucionalmente adequadas, ou em outro nos quais elas sejam desobedecidas por seus destinatários e co-responsáveis: Estado e sociedade civil (art. 144, *caput*, Constituição Federal). Ao mesmo tempo em que nós não cansamos de repetir que o exemplo vem de cima quando pretensamente nos indignamos com índices de corrupção em altas esferas do Poder, bastamos a protestar por aumento de repressão penal e extinção de direitos quando o exemplo nos é mais próximo. E tome “megaoperações” para nos fazer acreditar em mais e mais segurança, ainda que entre os “troféus” se incluam prisões de devedores de alimentos, e acomodações em ônibus vazios por falta de lugar melhor.⁽⁹⁾

A continuar as coisas como estão, os policiais cíveis, militares e federais se arriscarão cada vez mais no cumprimento da missão diária — não esporádica; a so-

cidade civil ficará cada vez mais omissa e agradecida por alguns instantes, inflada por programas de televisão e notícias de jornal; a Polícia Judiciária será, ainda, reativa e às vezes violenta (a garantia da segurança não se faz sem a transferência de ódio de seus detentores aos que a ameaçam; e se deve cobranças com fidelidade canina, aos exemplos que *vêm de cima*). Tudo como antes. Tudo como sempre.

3. Um novo paradigma

Em documento oficial, a Secretaria Nacional de Segurança Pública — Senasp — mostrou-se atenta a várias facetas da necessária readequação do quadro brasileiro, inclusive ao tentar mudar o perfil de atuação com vistas à melhor eficácia na investigação criminal e na via de mão dupla da responsabilização Estado-sociedade no tema (art. 144, *caput*, CF).

Ali, toca-se na ferida, inclusive, de se almejar o “aumento legítimo da sensação de segurança”,⁽¹⁰⁾ e de se superar a idéia “de que ação policial versus comportamento criminal se defina pelo confronto entre inimigos, ideologia que se arrasta pela história brasileira, levando a uma compreensão estática do fenômeno criminal, fortalecendo a lógica de um enfrentamento de matiz militarista entre o operador da segurança pública e o infrator da lei penal. A sociedade brasileira deseja eficácia nas ações policiais, mas quer também construir um processo de absoluta confiança na capacidade técnica e no fundamento ético da ação policial, em especial, a investigativa”.⁽¹¹⁾

É possível, pois, pensar em novo modelo, menos reativo e menos — consequentemente — paliativo perante o descontrole das ações e da ira de alguns dos discursos sobre segurança pública. Evidente que não se desconhece que a “segurança pública” seja uma das promessas centrais do Estado de Direito brasileiro.⁽¹²⁾ E, nesse particular, a idéia da chamada “polícia comunitária”, conquanto conste do aludido documento oficial,⁽¹³⁾ como mecanismo de longo prazo de atuação estatal com fim pré-definido, pode ser sugerida como política pública apartidária que aproxime a polícia da comunidade não só no momento da repressão ou investigação criminal. Pode significar, mais que isso, a mudança do paradigma de como a sociedade vê o policial — da polícia judiciária e da polícia ostensiva — e vice-versa.⁽¹⁴⁾ Esse ponto é fundamental para se cobrar, também, nova compreensão e atuação da sociedade civil, em necessária cooperação com a melhoria da segurança pública no país.

Essas parecem ser ao menos algumas das preocupações de fundo a nortear um possível redimensionamento do papel da Polícia Judiciária brasileira, em âmbitos federal (art. 22, XXII; art. 144, § 1º, CF) e estaduais (art. 24, XVI; art. 144, § 4º, CF), na insubstituível e indelegável (também aos órgãos do Ministério Público, que longe de se comportarem como dublês de delegados de Polícia, têm a fundamental atribuição constitucional de fiscalização da própria atividade policial, conforme art. 129, VII e VIII, CF) tarefa constitucional de investigar.

Por aí, talvez existam pelo menos alguns critérios para a motivação que esses agentes públicos precisam. Até porque, quer parecer, a motivação para o desempenho da fundamental atribuição estatal passa por maiores subsídios, melhores condições técnicas de trabalho e tecnologia adequada à natureza de cada investigação.⁽¹⁵⁾ O merecimento por parte dos destinatários de suas ações, ao qual o policial faz jus, não depende só de sua exposição a situações de risco; e nem mesmo de ações organizadas em âmbito nacional. No dia-a-dia, os desafios se verificam pelas carências com as mais corriqueiras situações de trabalho.

A segurança pública, pois, é, como sempre foi, questão de Estado, e o exemplo da "mega operação" das Polícias Cíveis de 23 de março de 2007, diversionista para alguns, solucionador para tantos outros, levanta problemas como o planejamento dos órgãos de segurança pública e é provocativo para a superação de âmbitos regionais com vistas à prevenção geral.⁽¹⁶⁾ Aí, possíveis pistas para o fim do estigma reativo-seletivo como nova e possível idéia para a aproximação comunitária.

Melhor se pensar assim, do que na última (ou primeira?) "Operação Nacional da Polícia Civil". Afinal, qual era mesmo o seu propósito? ●

Notas

- (1) **Marcelo Godoy**, "Arrastão da Polícia Civil prende 2 mil no país", *O Estado de S.Paulo*, 24.03.07. Em Minas Gerais, o governo não aderiu à "força-tarefa" e os policiais civis do Piauí estavam em greve.
- (2) http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod_noticia=10533, acesso em 24 de março de 2007.
- (3) Em São Paulo, informou-se que em alguns casos, o resultado decorreu de "quase um mês de trabalho árduo, usando cruzamento de informações" (http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod_noticia=10533).
- (4) Como notícia a imprensa, no Rio de Janeiro, foram detidas 65 pessoas; no Espírito Santo,

74; no Distrito Federal, 43 (*O Estado de S.Paulo*, art. cit., p. C1).

- (5) *Folha de S.Paulo*, "Cotidiano", p. C1, 24 de março de 2007. A Secretaria de Segurança Pública daquele Estado teria informado ao periódico que a ordem foi essa, para "marcar o encerramento" da operação. Agora, convenhamos: precisa-se avisar, ou comemorar, fim de operação?
- (6) Veja-se o paradoxo: a Polícia Civil com função "ostensiva", ao contrário da distinção dos §§ 4º e 5º, do art. 144, CF. Em verdade, cogitou-se de comparar a operação da Polícia Civil com a Polícia Federal, o que foi afastado de pronto pelo Presidente do Conselho Nacional de Delegados Gerais de Polícia, Mário Jordão. A respeito: **Victoria-Amália de Barros Carvalho G. de Sulocki**, *Segurança Pública e Democracia. Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp.149/50.
- (7) Ao que parece, dos 1.675 presos num só dia em São Paulo, só havia motivo para que cerca de 900 deles continuassem presos (*Folha de S.Paulo*, matéria citada).
- (8) Diga-se a verdade: "pública" só quanto aos destinatários em conjunto indivisível, pois cada um quer garantida a "sua", como comprova a feudalização de vários bairros de grandes cidades brasileiras.
- (9) O que ocorreu com presos no Espírito Santo, como narrado e fotografado pela imprensa.
- (10) Secretaria Nacional de Segurança Pública, "Modernização da Polícia Civil Brasileira. Aspectos Conceituais, Perspectivas e Desafios", Brasília, agosto de 2005, p. 67 (link: http://www.mj.gov.br/senasp/SUSP/Modernizacao_PC.pdf)
- (11) Documento público citado, p. 31.
- (12) **Alessandro Baratta**, *La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales*. **RBCCRIM**, nº 29, janeiro/março de 2000, p.38.
- (13) "Polícia comunitária é uma filosofia de trabalho policial que pressupõe mudanças: interna, estrutural e comportamental. Fundamentada na parceria entre comunidade e polícia, por intermédio de pesquisa permanente, desenvolvendo um serviço personalizado e descentralizado, visando a resolução de problemas com criatividade" (doc. citado, p. 65).
- (14) Na literatura brasileira, ver: **Theodomiro Dias Neto**. "Policiamento Comunitário e Controle sobre a polícia. A experiência norte-americana", **IBCCRIM**, São Paulo, 2000.
- (15) Particularmente em questão por conta da "mega operação" do último dia 23 de março está a distinção do aparelhamento, dos subsídios e da tecnologia disponível, quando se comparam os policiais civis estaduais aos agentes públicos do Departamento de Polícia Federal.
- (16) Isso se evidencia na constatação de que, enquanto Estado do Piauí passava por período de greve dos policiais civis, Minas Gerais não aderiu ao movimento "nacional" por preferir agenda própria no combate à criminalidade.

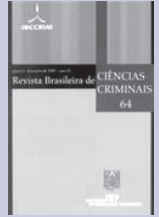
Renato Stanzola Vieira

Advogado criminalista em São Paulo e mestre em Direito Constitucional (PUC/SP)

Renato Stanzola Vieira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Leia na edição nº 64, janeiro-fevereiro de 2007, artigos e temas abordados por palestrantes e painelistas que participaram do 12º Seminário Internacional do IBCCRIM!



- *Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo* - Alejandro Aponte
- *A corrupção em uma perspectiva internacional* - Carlos Eduardo Adriano Japiassú
- *Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal Brasileira* - Elisangela Melo Reghelin
- *O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal* - Fabio Roberto D'Ávila
- *El Derecho penal español y la violencia de género en la pareja* - Luís Arroyo Zapatero
- *Drogas e Redução de Danos* - Maria Lúcia Karam
- *Dos crimes contra a ordem tributária: definição do tributo e formação do tipo* - Rodrigo Oliva Monteiro
- *Límites del normativismo en Derecho penal* - Santiago Mir Puig
- *Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual* - Sérgio Salomão Shecaira
- *Funções e limites da prisão processual* - Antonio Scarance Fernandes
- *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando* - Édson Luís Baldan
- *Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil – o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação* - Elmir Duclerc
- *A efetividade da Lei Maria da Penha* - Maria Berenice Dias
- *Os Direitos humanos na zona de contacto entre globalizações rivais* - Boaventura de Souza Santos
- *Criminologia, neoliberalismo e controle punitivo* - Juan S. Pegoraro
- *A "feijoada" e as práticas de "mediação" de conflitos em delegacias de polícia: negociando a Lei e a realidade* - Paula Poncioni

IMPORTANTE:

Associado **IBCCRIM** têm **30%** de desconto na assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Mais informações, acesse o site: www.ibccrim.org.br ou ligue: (11) 3105-4607 ramal 125

Num final de século repleto de acontecimentos, de previsões, e, acima de tudo, de incertezas, nada chamou tanto a atenção quanto o repentino crescimento do fenômeno da informática. Com o intuito inicial de auxiliar o usuário com suas tarefas do dia-a-dia, o que se viu foi um desenvolvimento tecnológico que chocou até os mais otimistas e fez nascer uma nova era.

Como é cediço, da tecnologia nascem inúmeros benefícios, mas, doutro lado, desencadeia-se, invariavelmente, uma série de problemas. Não obstante a informática tenha democratizado o conhecimento e encurtado os espaços que outrora pareciam inatingíveis, trouxe consigo, também, as indesejadas invasões de privacidade, os vírus, e tantos outros males que assombram uma geração que hoje já fez do computador um bem indispensável.

O Direito, em seus mais diversos ramos, responsável por impor os limites e reger a vida em sociedade, não poderia ficar inerte frente a tantas mudanças. No entanto, apesar de alguns passos tímidos dados pelo legislador no sentido de inserir em nossa legislação dispositivos que visam a combater a prática abusiva dos usuários de computadores, é evidente que ainda se está somente no início da luta contra esse mundo sem fronteiras e perigosamente inexplorado.

Ao que parece, dentre as diversas “epidemias” da informática, a transmissão de vírus, por sua complexidade, é a que acarreta a maior inquietude no âmbito do Direito Penal.

Pois bem. Na definição do *Dicionário Houaiss*, o vírus informático é um “programa de computador executado independente da vontade do usuário e gerado sem seu conhecimento, capaz de criar cópias de si mesmo em meios magnéticos e na memória primária de computadores, e que danifica, corrompe, ou destrói informações armazenadas em meios magnéticos, trava a máquina ou provoca outros efeitos indesejáveis.”⁽¹⁾ Traduzido para termos leigos, o vírus é um programa de computador (“software”) que se infiltra noutro programa de computador, afetando de algum modo o que sofreu a invasão.

Exatamente por se ter conhecimento dos efeitos devastadores causados pelo vírus, é que não há como a legislação penal manter-se de olhos vendados diante de mais esse problema. Não é

porque estamos diante de um novo meio para a concretização de atos ilícitos que seus executores devam permanecer impunes. O meio empregado pelo agente para praticar o delito não pode servir de escudo contra a devida aplicação da lei. Aquele que transmite ou instala vírus em computador alheio deve ser processado pela conduta — configure ela crime de dano, estelionato etc. — tendo em vista que a forma utilizada pelo agente não altera o caráter ilícito do ato.

Na ânsia de evitar vácuos legislativos, o deputado Luis Piauhyllino elaborou o Projeto de Lei nº 84/99,⁽²⁾ já aprovado na câmara e em fase de votação no senado, visando a punir o responsável por dano em computador alheio por meio de transmissão de vírus. Para tanto, pretende acrescer tal conduta em parágrafo único do artigo 163 (crime de dano) do Código Penal. Ocorre que a alteração proposta é absolutamente desnecessária. Senão, vejamos.

Rege o artigo 163 do Código Penal que por crime de dano entende-se destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia. Ora, numa primeira análise, o agente que instala um vírus que, de alguma forma, destrua, inutilize ou deteriore computador alheio estará sujeito às penas previstas para o crime de dano, apesar de parte considerável da doutrina considerar impossível a adequação típica por não se poder equiparar coisa a *software*.

Qual deve ser a correta interpretação da palavra “coisa” para identificar o objeto material do crime de dano? O *software* afetado pelo vírus é uma “coisa” na visão do Direito Penal?

É predominante o entendimento de que o *software* deve ser considerado como um bem incorpóreo — ou seja, aquele bem que não tem existência material —, o que pode levar à idéia de que não se há falar em dano, já que, na lição de **Nelson Hungria** “objeto material do dano é a coisa imóvel ou móvel, devendo tratar-se, obviamente, de coisa corpórea ou no sentido realístico, pois somente esta pode ser danificada por ação física”.⁽³⁾ Ocorre que o *software* tem existência material (ocupa um espaço dentro do computador), pode ser mensurável (MB, KB, etc...) e possui, sim, estrutura física.

Aliás, **Julio Fabbrini Mirabete** ensina que o objeto material do crime de dano é coisa alheia (móvel, imóvel ou semoviente) incluindo-se a energia, equiparada à

coisa móvel.⁽⁴⁾ Se assim é, o *software* deve, necessariamente, ser considerado como objeto do crime de dano, visto que o seu funcionamento se dá através de envio de impulsos elétricos.

O entendimento de **Guilherme de Souza Nucci** simplifica a discussão acerca do significado da palavra “coisa”. Segundo o autor, “coisa”, no preceito primário do art. 163 do CP, “é tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes. No contexto dos delitos contra o patrimônio (conjunto de bens suscetíveis de apreciação econômica), cremos ser imprescindível que a ‘coisa’ tenha, para seu dono ou possuidor, algum valor econômico”.⁽⁵⁾

Esse entendimento parece ser o mais acertado para delinear o sentido da palavra “coisa”. Isso porque, nos crimes contra o patrimônio, o objeto atingido deve ser passível de valoração econômica, sem haver qualquer restrição quanto à (i)materialidade do bem.

Oportuno salientar que os diversos posicionamentos e as inúmeras discussões acerca do significado da palavra “coisa” no preceito primário do art. 163, apesar de serem de grande valia para se alcançar um critério objetivo de caracterização do objeto atingido pelo fato típico, pouco influem na solução da questão ora em comento.

É que a Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, em seu artigo 1º, inclui o significado legal de *software*:

“Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumento ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou analógica, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

Depreende-se, portanto, do referido dispositivo legal transcrito acima, que um programa de computador necessariamente exige um suporte físico de qualquer natureza que o comporte. Denomina-se tal suporte físico de *hardware*.

Destarte, um sistema informático é formado por *hardware* e *software*. Esse conjunto é que faz com que o computador opere normalmente, sendo certo que a destruição de um dos componentes necessariamente alteraria o funcionamento do outro, e, conseqüentemen-

te, do sistema informático.

Não há como separar, para fins jurídicos, os componentes que formam um sistema informático, pois somente a integração destes é que possibilita o real funcionamento do computador.

Portanto, ao ser transmitido ou instalado, o vírus não estaria simplesmente danificando um *software*, mas, sim, um sistema informático. Não se descarta a possibilidade do *software* somente ser parcialmente danificado o que, para muitos, não danificaria o *hardware*. O que se sugere, todavia, é a compreensão de que *software* e *hardware* constituem uma unidade indissolúvel. Um é absolutamente inútil sem o outro, e o seu conjunto configura um sistema informático que pode ser considerado “coisa”, para os fins do art. 163 do Código Penal.

Este é o entendimento da doutrina e da jurisprudência argentina. Excertos de decisão proferida naquele país merecem reprodução a fim de elucidação acerca da matéria sob luzes:

“El primer tema a resolver en autos consiste em dilucidar si alterar o destruir datos o información grabados magnéticamente en el soporte físico de una computadora, puede configurar el delito de daño art. 183, em los casos em que este último no há sido destruído físicamente”.

(...)

En efecto, conforme a um critério sustentado em la realidad de las cosas, corresponde interpretar que la acción delictiva está dirigida hacia el sistema informático em su totalidad, como conjunto ‘soporte físico software’ y no solo a este último.

Sostener la postura contraria sería desconocer que los elementos mencionados conforman una unidad compleja ‘tangibile lógica’, donde ambos componentes se requieren mutuamente para que el sistema opere, es decir cumpla con la función predeterminada y esperada por el usuario.”⁽⁶⁾

Vê-se, portanto, que já se firmou naquele país o entendimento de que o dano causado por vírus afeta não só o *software*, mas o “suporte físico — *software*”, já que esses dois últimos formam uma unidade complexa.

Interessante notar, ainda, a forma com a qual os juristas portenhos chegaram a esse entendimento: o Código Penal argentino

define o crime de dano como “*destruyere, inutilizar, biciere desaparecer, o de cualquier modo dañare una cosa mueble, o inmueble total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado*”.⁽⁷⁾ Pela definição do texto legal, estar-se-ia diante da mesma problemática, visto que é necessária uma interpretação da lei para chegar-se ao sentido do instituto jurídico *cosa*; já o Código Civil argentino, no artigo 2311, define o que é coisa: “*Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor*”.⁽⁸⁾

Na realidade, os dispositivos legais referentes ao crime de dano na Argentina são equiparáveis aos existentes em nosso ordenamento jurídico. O que se vê, no entanto, é um claro avanço na compreensão do direito informático no país vizinho, ao passo que há uma estagnação sobre o assunto em nosso país.

Conclui-se, portanto, que temos lei a coibir a ação daqueles que espalham vírus informático, causando dano a sistemas informáticos alheios, sendo desnecessário que o legislador se preocupe com esta questão.

Não se deve permitir que a rapidez com que aparecem as novas tecnologias nos faça intensificar as ações legislativas sem antes atentarmos às leis já existentes. E, quando se fala em vírus informático, têm-se a possibilidade de aplicação do art. 163 do Código Penal. ◉

Notas

- (1) *Diccionario Houaiss*. Editora Objetiva. 2001.
- (2) Disponível no site: www.camara.gov.br
- (3) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Ed. Revista Forense, 1955.
- (4) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Ed. Atlas, 1995.
- (5) NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.
- (6) Caso: Marchione, Gabriel. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. j em 15.11.2005, disponível em <http://www.habeasdata.org/SpamVirus>
- (7) Disponível no site: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1445>
- (8) Disponível no site: http://www.justiniano.com/codigos_juridicos/codigo_civil/libro3_titulo1.htm

Daniel Zaclis

Cursando o 5º ano da Faculdade de Direito da PUC/SP

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

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

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmeço

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ MINAS GERAIS

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

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - Fesudeperj

■ RIO GRANDE DO SUL

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

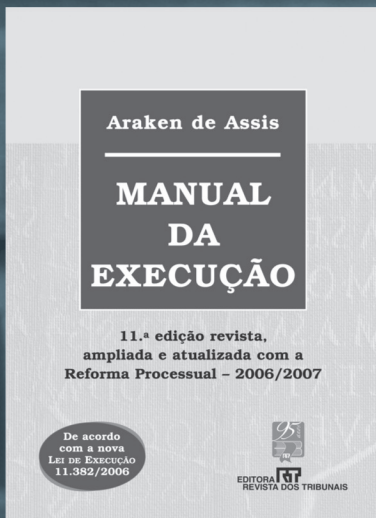
■ SÃO PAULO

- 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

IBCCRIM RENOVA PARCERIA COM FUNDAÇÃO SEADE

O IBCCRIM renovou, agora em março, protocolo de cooperação técnica com a **Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados - Seade**, órgão do Governo de São Paulo responsável pela produção de indicadores socioeconômicos e demográficos sobre a realidade paulista e que tem, nos últimos anos, desenvolvido metodologias e referências para o monitoramento de políticas públicas. Pelo protocolo assinado, ambas as instituições comprometem-se à aprofundar esforços conjuntos para pesquisa e avaliação de ações na área de justiça e segurança pública.

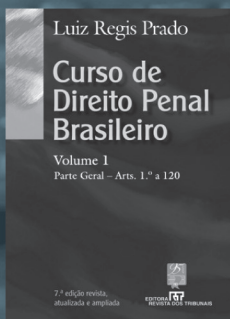
Atualize-se. Conheça os lançamentos RT.



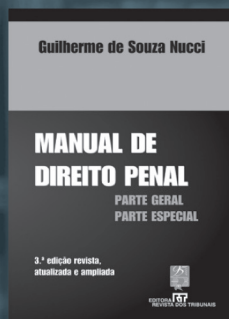
Araken de Assis detalha todas as alterações traduzidas pelas novas regras da execução.

- › Clássico renovado. Traz profundos comentários de doutrina.
- › Integralmente atualizado com a última Reforma do CPC, especialmente, com a Nova Lei da Execução (Lei 11.382/2006 – Execução de Título Extrajudicial).
- › Análise das alterações trazidas pelas novas regras da execução.
- › Jurisprudência recente incluída em toda a obra.
- › Índice alfabético-remissivo completo e atualizado.

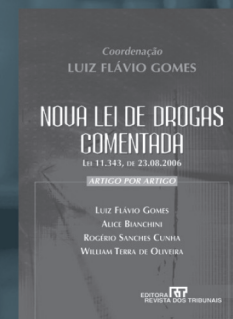
1.310 páginas – R\$ 255,00



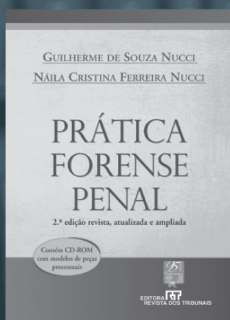
Luiz Regis Prado
796 páginas
R\$ 148,00



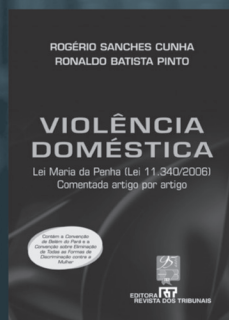
Guilherme de Souza Nucci
1.072 páginas
R\$ 179,00



Alice Bianchini
Luiz Flávio Gomes
Rogério Sanches Cunha
William Terra de Oliveira
320 páginas
R\$ 59,00



Guilherme de Souza Nucci
Náila Cristina Ferreira Nucci
414 páginas
R\$ 74,00



Rogério Sanches Cunha
Ronaldo Batista Pinto
176 páginas
R\$ 32,00

Preços sugeridos para abril de 2007.

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

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