

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

UMA ADVERTÊNCIA QUE CONTINUA ATUAL

A agenda política nacional foi surpreendida com a proposta do Presidente da República de mudar a legislação penal para endurecê-la, equiparando o crime organizado ao terrorismo.

Como é sabido, embora os ataques do PCC em São Paulo tenham deixado um saldo trágico — a morte de 56 policiais, 119 suspeitos e 10 civis inocentes —, em momento algum o governo falou em terrorismo. Pelo contrário, quando indagado em diversas entrevistas coletivas, o Ministro da Justiça fez questão de descaracterizar a facção criminosa como organização terrorista.

Por isso, antes de se debater a proposta de mudanças na legislação apresentada pelo Presidente da República é preciso saber se ela é mais uma iniciativa que se esgota no jogo da retórica política, com o objetivo de tentar aplacar a indignação da sociedade, ou se é mesmo uma iniciativa para valer. Caso o governo realmente esteja empenhado em levar essa proposta adiante, a questão é saber se ele tem consciência dos desdobramentos jurídicos e institucionais da caracterização dos ataques do crime organizado como atos terroristas. Afinal, o enquadramento do crime organizado na vetusta legislação de segurança nacional implica medidas cujo manejo, como a história brasileira entre as décadas de 60 e 80 revela, pode, facilmente, escapar ao controle, pondo em risco garantias individuais, direitos fundamentais e liberdades públicas.

O terrorismo é movido por objetivos ideológicos ou religiosos, enquanto o crime organizado visa apenas à obtenção de lucros ilícitos e envolve contrabando de armas, tráfico de drogas e homicídios. Ou seja, delitos já previstos pelo Código Penal e por leis especiais, das quais a Lei de Crimes Hediondos é a mais conhecida. É por isso que a proposta de equiparação do crime organizado a terrorismo tem de ser vista com cuidado. Ao dar o mesmo tratamento a práticas transgressoras e universos política e socialmente dis-

tintos, ela pode abrir um perigoso precedente para a supressão do garantismo processual, para o comprometimento da autonomia do Ministério Público e para a imposição de um rito sumário que desmoraliza a própria idéia de Justiça.

Na realidade, o problema do combate ao crime organizado não está na falta de rigor das penas previstas pela legislação vigente no País. Está, isto sim, na incapacidade dos diferentes braços do poder público de criar as condições técnicas e financeiras para tornar essa legislação eficaz.

Há alguns números, o IBCCRIM lembrou — criticou — os cortes orçamentários promovidos indiscriminadamente em setores estratégicos e o contingenciamento sistemático das verbas do Fundo Nacional de Segurança Pública e do Fundo Penitenciário Nacional, medidas justificadas pelas autoridades econômicas em nome de um superávit primário

que se converteu num fim em si e não numa estratégia para maximizar a aplicação de recursos escassos com base em prioridades no plano social. Isso, por si, mostra que o problema da criminalidade depende menos de mudanças legais e mais de eficiência administrativa e de políticas públicas eficazes. Portanto, o governo estaria trilhando o melhor caminho se concentrasse sua atenção na fixação de prioridades, em vez de cair na tentação da chamada “legislação do pânico” — aquela que é produzida às pressas em momentos de crise, desarmonizando o sistema processual e deformando o sistema de penas.

Na mesma ocasião, o IBCCRIM também advertiu para o risco de as instituições governamentais responderem aos ataques de facções criminosas de maneira irracional, ou seja, usando a violência como resposta à violência. Diante das medidas de exceção que as leis antiterror tendem a conter, a proposta do governo de equiparar o crime organizado a terrorismo, como forma de se deter a violência, revela o quanto aquela nossa advertência infelizmente continua atual. ●

Editorial

Índice

EDITORIAL: UMA ADVERTÊNCIA QUE CONTINUA ATUAL	1
DIREITO PENAL SÍMBOLICO E FINALIDADE DA PENA Fernando Vernice dos Anjos	2
VISTA DOS AUTOS? SÓ NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Délio Lins e Silva Júnior	4
FELIZ ANO NOVO? Ivan Luís Marques da Silva	5
SADDAM: JULGAMENTO, PENA DE MORTE E VALORES OCIDENTAIS Rogério F. Taffarello	6
CRIME TRIBUTÁRIO: PERSPECTIVAS NA EUROPA E EFICÁCIA DO PAGAMENTO Élcio Arruda	7
AFASTAMENTO OU “CANCELAMENTO IMPLÍCITO” DA SÚMULA 691 DO STF? Danyelle da Silva Galvão	10
MAGIA NO CÁRCERE: A POSSIBILIDADE DO ENCONTRO Ana Gabriela Mendes Braga	11
DETRAÇÃO PENAL - FORMAS DE CONTAGEM E CRITÉRIO PRO REO Euro Bento Maciel Filho	13
ASPECTOS POLÊMICOS DA LEI DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI Nº 11.340/06) Paulo Henrique Aranda Fuller	14
O REGIME SEMI-ABERTO É O ART. 105 DA LEP Roberto Delmanto	16
MEDIAÇÃO PENAL INTERDISCIPLINAR - UMA EXPERIÊNCIA POSITIVA Ailton Buzzo Alves	18
Caderno de Jurisprudência	
TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL APÓS DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	1057
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ATIPICIDADE DO FATO	1060
EMENTAS	1061

Muito se discute sobre que fins o Estado pode e deve perseguir por meio da pena. Ao longo da evolução do Direito Penal, diversas teorias já foram desenvolvidas buscando legitimar a intervenção estatal. Por outro lado, também já se tentou deslegitimar as penas criminais, através de contrárias posturas abolicionistas.

Tal discussão tem razão de ser. De fato, a incessante busca intelectual por uma justificativa para o porquê de punir é uma questão de alta relevância e de inegável atualidade, pois envolve a legitimação e os limites do poder estatal. Devemos ter em mente, de forma clara, com base em quais pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive a liberdade de algum de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida, para que a atividade estatal não descaia em puro arbítrio.⁽¹⁾ Dessa forma, a questão dos fins da pena é de suma importância, delimitando e convalidando a função de todo o sistema penal.

A preocupação com a finalidade da pena, como não podia deixar de ser, constitui uma questão fulcral no âmbito das escolas penais, sobretudo as mais modernas. Sustentando diferentes funções para a sanção criminal, as escolas justificam a própria missão do Direito Penal de maneiras diversas. Vejamos, por exemplo, o funcionalismo por meio do qual os fins da pena adquirem *status* de fundamento do sistema penal. Isso, na verdade, é intuitivo, pois se a infração penal é o conjunto de pressupostos da reprimenda estatal, devem ser estes (os elementos do crime e institutos penais correlatos) construídos e delineados tendo em vista sua consequência e os fins desta (a pena estatal).⁽²⁾

Percebemos, todavia, que o Direito Penal brasileiro não tem avançado no campo da discussão da finalidade da pena. Já de longa data, trava-se uma disputa entre duas posições dominantes: de um lado, uma postura tecnicista jurídica, imbuída de um ideal conservador e repressivo, que enxerga a pena como retribuição e prevenção geral negativa (intimidação), visando à proteção de bens jurídicos “atacados pela criminalidade”; do outro lado, está o garantismo, com inspiração mais humanista, defendendo o Direito Penal mínimo e sustentando a pena como proteção subsidiária de bens jurídicos e como prevenção especial positiva (ressocialização). Ambas as posições são positivistas e legalistas, se inserem em um sistema penal fechado e, como anotado, defendem que o Direito Penal deve proteger bens jurídicos, aprioristicamente delimitados.

O finalismo, apesar da reforma do

Código Penal de 1984, não se desenvolveu dogmaticamente entre nós. As bases doutrinárias do finalismo nem ao menos são citadas nos manuais brasileiros que, no mais das vezes, omitem toda a base filosófica da teoria finalista, simplificando-a tremendamente a ponto de considerar que ela apenas deslocou o dolo e a culpa para o tipo. Como consequência dessa pouca evolução na dogmática brasileira, o finalismo quase não possui influência no debate da função da pena no Brasil.

Nesse contexto, não é de se estranhar a polêmica discussão quanto aos fins simbólicos da pena no Brasil. Fim simbólico seria aquele pelo qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais ou a tutela real de bens considerados relevantes para a sociedade. Como o Direito brasileiro sustenta que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, qualquer efeito simbólico da pena é considerado ilegítimo. De forma acrítica, tais efeitos da pena são freqüentemente execrados ou simplesmente ignorados pela doutrina penal brasileira.

Consideramos, todavia, que não deve ser esse o caminho a ser seguido pelo Direito Penal pátrio. Com efeito, pretendemos com o presente artigo ressaltar a necessidade de inserir o efeito simbólico, de maneira construtiva, no debate das finalidades da pena, intentando legitimá-lo no Estado Democrático de Direito.

O efeito simbólico não pode ser ignorado, simplesmente porque ele é inerente ao Direito Penal. Sempre esse ramo do Direito se valeu de efeitos simbólicos, em menor ou maior grau, para se fixar no âmbito social. Por sua vez, a sociedade, diante de crimes chocantes ou do aumento da criminalidade, sempre incentivou esses efeitos, exigindo de forma emocional o endurecimento da lei penal. Toda vez que uma escola penal sustenta a prevenção geral (negativa ou positiva) como finalidade da pena, ela está se logrando dos efeitos simbólicos da sanção.

A primeira escola penal a equacionar de maneira construtiva os efeitos simbólicos da pena foi o finalismo, ao relati-

zar a função do Direito Penal como protetor de bens jurídicos. Para essa escola, a missão do Direito Penal é a proteção incidental de bens jurídicos, através da proteção dos valores fundamentais ético-sociais. Conforme afirma **Welzel**,⁽³⁾ precursor do finalismo, a missão primária do Direito Penal não é a proteção atual de bens jurídicos, pois quando tal ramo do Direito entra em ação, geralmente já houve o dano ao mencionado bem (já é tarde demais). Sendo assim, a missão do Direito Penal é de assegurar a vigência real dos valores fundamentais ético-sociais da sociedade; o que significa que a função da pena, por reafirmar esses valores, é preventivo-geral positiva.

O finalista **Díez Ripollés**, em estudo publicado em 2001 (“El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, in *Actualidad Penal*), critica a postura que considera os fins simbólicos da pena como meros desvios de sua real utilidade. Esse jurista procura equacionar, de forma legitimadora, o que ele considera como iminentes efeitos simbólicos da pena, ao mesmo tempo em que se preocupa com a generalização dos mesmos. Tal postura crítica em muito contribui para o presente debate.

Com o advento do funcionalismo, que valorizou a prevenção geral positiva como principal função da sanção penal, a discussão sobre a convalidação dos fins simbólicos ganha novos contornos. 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.⁽⁴⁾ Para **Roxin**,⁽⁵⁾ na prevenção geral positiva podem se distinguir três fins distintos, mas entrelaçados entre si: o primeiro é o efeito de aprendizagem, motivado sócio-pedagogicamente. O segundo é o exercício de confiança do Direito que se origina na população pela atividade da justiça penal (efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica). O terceiro efeito é o de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranqüiliza, em virtude da sanção sobre a quebra da lei e considera solucionado o conflito social com o autor do crime.

As diversas vertentes do funcionalis-

O Direito Penal brasileiro não pode ficar acomodado frente ao tema do Direito Penal simbólico, buscando combatê-lo ou ignorá-lo. Urge modificar a mentalidade reinante no trato da questão, para aprofundarmos a análise de seus pressupostos e de seu modo de operar; e até mesmo para que possamos identificar e rechaçar os seus freqüentes excessos.

mo sustentam a prevenção geral positiva de formas distintas. **Mir Puig**,⁽⁶⁾ de maneira didática, agrupa tais formas em duas posições: a primeira defende a prevenção geral positiva como limitadora e a segunda como fundamentadora da pena.

A visão limitadora da prevenção geral positiva, sustentada (de maneiras diferentes) por **Hassemer** e **Roxin**, se preocupa em limitar a intervenção estatal. Essa visão parte da premissa de que outras teorias preventivas (prevenção geral negativa, prevenção especial etc.) tendem a ampliar, sobremaneira, a atuação do Direito Penal. A proteção de bens jurídicos, individualizados em cada situação histórica e social de um grupo humano, ainda é considerada relevante, sendo instrumentalizada pela prevenção geral positiva. O interessante dessa orientação de prevenção geral positiva é que ela se vale de efeitos marcadamente simbólicos da pena, como a retribuição, para fortalecer a própria prevenção geral. Em outras palavras, não se nega que a pena deve cumprir efeitos instrumentais, objetivando a proteção de bens jurídicos, mas para tanto ela usufrui de efeitos simbólicos.

Por sua vez, a visão fundamentadora da prevenção geral positiva, defendida por **Jakobs**, considera que a única meta do Direito Penal é garantir a função orientadora das normas jurídicas e compensar a frustração das expectativas sociais. Segundo essa orientação, a prevenção geral é completamente abstrata, visando motivar a comunidade a preservar os valores e a cumprir as expectativas intersubjetivas. A idéia de proteção de bens jurídicos é rejeitada, sendo a revalidação fática da norma penal a única finalidade a ser alcançada pela pena⁽⁷⁾ (função normativa da sanção). Dessa forma, o fim simbólico da pena se con-

funde com a própria prevenção geral, que também não possui efeitos concretos.

Diante de todo esse desenvolvimento dogmático no trato da questão dos efeitos simbólicos da sanção criminal; considerando a evolução da teoria dos fins da pena e, em especial, da idéia de prevenção geral positiva; cremos que o Direito Penal brasileiro não pode ficar acomodado frente ao tema do Direito Penal simbólico, buscando combatê-lo ou ignorá-lo. Urge modificar a mentalidade reinante no trato da questão, para aprofundarmos a análise de seus pressupostos e de seu modo de operar e, até mesmo, para que possamos identificar e rechaçar os seus freqüentes excessos. Isto tudo com vistas a concorrer para que o (inevitável) uso dos efeitos simbólicos do Direito Penal tenha legitimidade em nosso Estado Democrático de Direito. ●

Notas

- (1) **ROXIN, Claus**. "Sentidos e Limites da Pena Estatal", in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, trad. **Ana Paula dos Santos**, Lisboa: Vega, 1998, p. 15.
- (2) **GRECO, Luis**. "Introdução à dogmática funcionalista do delito", in *Notícia do Direito Brasileiro*, n° 7, p. 322.
- (3) *Derecho Penal Alemán: Parte General*, 4ª ed., trad. **Juan Bustos Ramírez**, Valparaíso Editorial de Chile, p. 13.
- (4) **ROXIN, Claus**. *Derecho Penal: Parte General*, trad. **Diego Manuel Luzon Peña et alii**, Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 91.
- (5) *Op. cit.*, pp. 91-92.
- (6) *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Ariel, 1999, pp. 129-140.
- (7) **JAKOBS, Günter**. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. **Joaquín Cuello Contreras**, Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 44 e segs.

Fernando Vernice dos Anjos
Advogado

IBCCRIM FORMA CONSELHO EDITORIAL PARA O BOLETIM

Com enorme contentamento, o **IBCCRIM** anuncia a formação, no último mês de janeiro, de **Conselho Editorial para Boletim** — publicação mensal do Instituto. O Conselho Editorial — responsável pela elaboração dos editoriais do *Boletim*, a partir desta edição de n° 171 — é presidido pelo eminente professor **José Eduardo Campos O. Faria** e é integrado, ainda, por **Carolina Haber** (formada em Direito pela USP, onde participou como bolsista de iniciação científica no Programa de Educação Tutorial - PET, financiado pela Capes, e também fez a pós-graduação na área de concentração em Filosofia, Teoria e Sociologia do Direito, em nível de mestrado), **Marta Rodriguez Machado** (formada em Direito pela USP, onde também participou do PET/Capes no curso de graduação, obteve o título de mestre e fez o curso de doutorado. É professora da Escola de Direito de São Paulo - Edesp, da Fundação Getúlio Vargas, e estagiou na Universitat de Barcelona, Espanha e no Instituto Max Plank, Alemanha, nas áreas de Sociologia do Direito e Direito Penal) e **Rafael Pucci** (estudou na Unesp e na USP, onde se graduou e participou do PET/Capes. Atualmente, faz o curso do Instituto Max Plank, em Freiburg, Alemanha, na área de Direito Penal).



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE:

Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO:

Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA:

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRA:

Silvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

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

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA: Sergio Salomão Schecaira

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Thais Aroca

Datcho Lacava

INTERNET: Heloisa Estellita

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline

Sinhoretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina

Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Flávia D'Urso,

Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama

de Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto

Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Mauricio Genofre

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato

Campos Pinto de Vitto

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

O caso concreto, verídico, ocorrido tal como aqui relatado: *A*, um professor universitário, é acordado certo dia, no início da manhã, em sua residência, onde dormiam sua esposa e filhos, por agentes da Polícia Federal portando um mandado de busca e apreensão. Após ver sua casa devassada, documentos e objetos pessoais destruídos e/ou apreendidos sem que pudessem interessar a qualquer tipo de investigação criminal, vizinhança aglomerada para ver o que ocorria e seus filhos apavorados e chorando dentro de casa sem entender a presença daqueles estranhos fortemente armados em seu lar, *A* foi obrigado a acompanhar a segunda devassa, não menos extravagante, realizada em seu escritório.

Ato contínuo, *A* recebeu cópia do mandado de busca e apreensão, sem qualquer esclarecimento adicional acerca dos procedimentos adotados, e tomou sua primeira providência: contactou um advogado, ainda sem entender o que acabara de acontecer. Na manhã seguinte, porém, ao assistir os jornais, *A* começou a perceber o que ocorrera ao ver seu nome estampado em manchetes de jornais como sendo um dos membros de uma “organização criminosa desmantelada” em mais uma das megaoperações da Polícia Federal. Mais tarde, já no banco em que possui conta, descobriu que foi também determinada a quebra de seu sigilo bancário, estando todas as suas contas correntes bloqueadas. Seu sigilo fiscal também foi quebrado. A imprensa de tudo sabia, mas o professor não.

Seu advogado requereu vista dos autos para reprodução xerográfica. O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, o fez favoravelmente ao pedido. Contudo, o Juízo de primeiro grau negou o pedido sob o argumento de que “*existem investigações em curso e a vista dos autos pela defesa poderá prejudicar seu andamento*”. Contra tal ordem denegatória insurgiu-se *A*, por meio de *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual teve a liminar negada por “ausência de *fumus boni iuris*”. Nunca foi finalmente julgado. Foi impetrado, então, novo pedido de *habeas corpus*, desta feita perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo que ali a petição inicial foi indeferida sob o argumento de que “*a jurisprudência deste tribunal firmou-se no sentido de que não cabe habeas corpus contra indeferimento de pedido liminar em outro writ, salvo no caso de flagrante ilegalidade na decisão proferida em sede liminar, circunstância não verificada na presente hipótese*”, como se não existisse “flagrante ilegalidade” na recusa ao advogado de acesso aos autos.

Tal situação vem se tornando, perigosamente, cada vez mais comum. Autoridades policiais e judiciárias, em número hoje bastante elevado, agem dissociadas das previsões legais e constitucionais vigentes e negam as prerrogativas dos advogados. Num país em que a Polícia baseia suas investiga-

ções na utilização de “grampos”, legais ou ilegais, e onde a grande maioria dos Inquéritos Federais são finalizados com base única e exclusivamente em escutas telefônicas, a “exceção do sigilo” parece estar se tornando a regra para muitas autoridades afastarem os advogados dos autos em nome do “segredo”, o qual, diga-se, não existe para juízes, delegados, Ministério Público e, especialmente, imprensa, depositária final das vaidades de algumas autoridades.

Felizmente ainda restava a *A* o Supremo Tribunal Federal, e foi em sua derradeira tentativa de saber os motivos pelos quais seu nome foi divulgado na imprensa como sendo um membro de uma “organização criminosa” e, principalmente, porque teve sua residência e escritório invadidos, com inúmeros documentos e objetos apreendidos, bem como suas contas bancárias bloqueadas, que o Supremo Tribunal Federal acendeu a luz no final do túnel.

O portador dessa tal luz leva o nome de **Sepúlveda Pertence**, relator do *Habeas Corpus* nº 90232, impetrado com pedido de liminar em favor de *A*, que ao vislumbrar o óbice da já mencionada Súmula 591, levou o feito à Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em Sessão realizada no dia 18 de dezembro de 2006 e concedeu a ordem de ofício, determinando de imediato que fosse concedida vista dos autos a *A*, inclusive para reprodução xerográfica.

E felizmente sua voz não ecoa solitária nos corredores da nossa Suprema Corte. Além de ressaltar que a ordem foi concedida por unanimidade, vale aqui a transcrição das palavras proferidas pelo ministro **Celso de Mello** em julgamento realizado no Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 23 de novembro último, as quais dão o teor da indignação dos membros daquela Corte Suprema ao se verem obrigados a lidar com a avalanche de casos análogos ao aqui narrado. Disse o ministro **Celso de Mello**: “*não se pode admitir que autoridades policiais estaduais ou federais, juízes federais e estaduais ou Tribunais Regionais Federais desconheçam ou descumpram a lei da forma como vêm fazendo*”.⁽¹⁾

Ressalte-se que no referido julgamento a ordem foi concedida por unanimidade, mudando-se, inclusive, a jurisprudência daquela Corte Suprema, que vinha se guiando no sentido de que em casos análogos, em que a liminar já havia sido deferida e a vista dos autos obtida, concluía-se pela perda de objeto do writ.

Lembrou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento, do acórdão paradigma proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 82.354, onde claramente foi delimitado um rumo a ser seguido pelos juízes e tribunais de instâncias inferiores. Pena, no entanto, que tal caminho venha sendo ignorado e desrespeitado pelos referidos responsáveis pela condução de ações penais.

Parecem tais autoridades terem esquecido da existência da Lei nº 8.906/94, que em seu artigo 7º, XIV, garante de forma explícita, como prerrogativa do advogado, o direito de acesso aos autos, estejam eles em fase de inquérito ou já em sede de ação penal.

E note-se que como se tal previsão legal não fosse suficiente, tal prerrogativa do advogado nada mais é do que corolário da existência de direitos fundamentais, constitucionais, de qualquer pessoa que seja investigada, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se auto incriminar e manter-se em silêncio, o contraditório, a ampla defesa, a imagem, o sigilo fiscal e o sigilo bancário.

Agir em desconformidade com tais preceitos legais/constitucionais, hoje, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, significa um perigoso retrocesso que deveria estar sendo rechaçado violentamente pelo Poder Judiciário e não incentivado por alguns de seus segmentos. O respeito aos direitos e garantias individuais não pode ser excetado sem atenção ao binômio proporcionalidade/necessidade, sob pena de voltarmos aos tempos da ditadura, infelizmente tão sonhada por alguns e saudosa para outros.

À guisa de conclusão, vale a transcrição das palavras do desembargador federal **Tourinho Neto**, da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (infelizmente o caso concreto aqui narrado teve sua distribuição feita para a Quarta Turma daquele Tribunal), que em processo de sua relatoria, ao garantir ao ali paciente o direito de que seus advogados pudessem ter acesso aos autos, lembrou que “*o indiciado não pode viver a angústia do personagem de Franz Kafka, Josef K, em o processo, que lutou, infrutiferamente, para saber do que era acusado, quem o acusava e com base em que lei*”. E, complete-se, mormente nos casos em que Ministério Público, juiz, Polícia e imprensa têm acesso aos autos, mas à defesa o mesmo tratamento é vedado.

O Estado Democrático de Direito lhe agradece ministro **Sepúlveda Pertence**. Esperemos que suas eternas lições atenuem o desamparo que o Poder Judiciário como um todo sentirá com a expulsatória de sua pessoa que se aproxima. ☺

Nota

- (1) Palavras proferidas pelo ministro **Celso de Mello** no Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 23 de novembro de 2006, durante o julgamento do HC nº 88.520, cujo acórdão ainda não foi publicado. Este autor, desde logo, se penitencia se as palavras não forem exatamente iguais, porém, certamente praticamente o são.

Délio Lins e Silva Júnior

Advogado em Brasília, mestre em Ciências Jurídico-Criminais e especialista em Direito Penal Econômico, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FELIZ ANO NOVO?

Ivan Luís Marques da Silva

O mundo deparou-se, no final do ano de 2006, com a execução sumária de Saddam Hussein.

Pior que a morte do ditador, pena absolutamente desnecessária, foi a maneira escolhida para assassiná-lo.

Entramos em 2007, no século XXI. Assistir pela rede de televisão CNN o enforcamento de um ser humano e a celebração de sua bárbara morte por uma multidão reunida no centro de Najaf, cidade santa xiita no sul do Iraque, levanta uma questão: estamos realmente no século XXI?

Reza o art. 8, nº 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o mais completo documento internacional sobre a dignidade do ser humano: “1. *Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela.*”

Reza o art. 4, nº 1 da mesma Convenção: “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*”

Com base nas assertivas acima apresentadas e nos horrores praticados na base militar americana de Guantánamo, pergunta-se: em que George W. Bush é melhor do que o recém-assassinado Saddam Hussein? Por que uma pessoa que defende a tortura preventiva e as execuções sumárias é vista como líder e outra como matador? Quem faz essa seleção e quem é responsável pela documentação dos fatos históricos da humanidade?

A maioria das Constituições prevê o direito à vida. Já em 1764, **Cesare Bonesana**, o **Marquês de Beccaria**, já repudiava a pena de morte e, graças ao seu trabalho intelectual, alguns países aboliram essa pena desumana e cruel.⁽¹⁾

Entretanto, alguns países ainda têm a pena capital entre as modalidades previstas e, por força de sua soberania, não podemos impor sua extinção.

Alguns países entendem que homens e mulheres devem receber tratamento diferente por razões históricas ou religiosas e, por força de sua soberania, não podemos impor sua mudança.

Todos devemos respeitar as diferenças, desde que não ofendam bens jurídicos relacionados à dignidade da pessoa humana.

Qual a legitimidade jurídico-internacional de uma invasão armada para alterar o regime jurídico, político e social de outro povo?

O porta-voz do movimento islâmico palestino Hamas, Fawzi Barthum afirmou, com razão, que assistimos a um “assassinato po-

lítico” de um prisioneiro de guerra. E critica a escolha da data da execução, o dia do *Aid al Adha*, festa tipicamente muçulmana.

Em que pesem as ingerências políticas do mundo contemporâneo, nada justifica uma condenação à força.

O manejo da corda em formato de lágrima estampa o quão atrasada é a sociedade pós-industrial. A globalização e seus avanços tecnológicos não foram capazes de banir o simbolismo da crucificação e da forca. Não seria suficiente uma injeção letal ou um tiro à queima roupa? Não. Afinal, de que vale a morte sem sofrimento?

Não estamos nem mesmo questionando a legitimidade da pena de morte. Não lamentamos a morte de um ditador sanguinário. Apesar da repulsa à essa modalidade de castigo, mais repugnante foi o meio utilizado na execução.

Se foi decidido por alguém que outro alguém iria perder a chance de continuar vivo, por que fazê-lo da forma mais brutal, valendo-se do cadafalso? Por que cumular tortura com morte? Para onde essa fonte infinita de ódio e sede de vingança levará a humanidade? Quais são os limites (se é que existem) dessa barbárie desumana? Será realmente preciso regredirmos à Idade Média, à Inquisição, para que surja uma nova Revolução Francesa, capaz de despertar nessa massa de carrascos virtuais um pouco de compaixão para com seus semelhantes?

Não importa se queimando uma família viva em um veículo; queimando famílias inteiras no interior de ônibus; torturando prisioneiros em bases militares; enforcando seres humanos ao vivo na TV, a conclusão é uma só: *lamentável*, mas necessário, continuar lutando pelo desenvolvimento e melhoria da vida de todos.

Sempre pertinente, fazemos nossas as palavras de **Carnelutti**: “*Como é possível distinguir incivilizados dos civilizados, por meio do frágil julgamento humano?*”⁽²⁾

Meus pêsames aos que se importam. Minha piedade aos que celebram. ☺

Notas

- (1) **BONESANA, Cesare.** *Dos Delitos e das Penas.* Trad. **Lucia Guidicini.** São Paulo: Martins Fontes, 1997, *passim*.
- (2) **CARNELUTTI, Francesco.** *As Misérias do Processo Penal.* Trad. **Luís Fernando Lobão de Moraes,** Campinas: Edicamp, 2002, p. 95.

Ivan Luís Marques da Silva

Professor da Escola Superior de Advocacia (ESA), Mestrando em Direito Penal na Faculdade de Direito da USP, revisor técnico sênior da Editora Revista dos Tribunais e advogado

Ivan Luís Marques da Silva

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 Assis 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 Stanziola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax (11) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:

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

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

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

TIRAGEM: 15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8
http://www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

I. Introdução

Sucedeu no dia 30 de dezembro a execução de Saddam Hussein, marcada pelo espetáculo macabro, com ares de medieval, do enforcamento transmitido para os televisores iraquianos. Tal fato se deu quatro dias após a largamente prevista confirmação, por parte do Alto Tribunal Penal iraquiano, da condenação à morte do ex-ditador, acusado de haver cometido crime contra humanidade em seu país no ano de 1982, quando 148 moradores do vilarejo de Dujail, majoritariamente xiita, foram assassinados por forças do governo em retaliação a um atentado sofrido pelo ex-ditador de origem sunita. A manutenção da sentença proferida no início de novembro foi decidida sem que se houvesse levado a cabo qualquer reexame da matéria de mérito.

II. O julgamento

Todo o processo criminal ao qual Saddam fora submetido havia sido alvo de reiteradas críticas da comunidade internacional, mormente por parte de organizações defensoras de direitos humanos. Com efeito, esteve-se diante de um juízo de exceção, constituído ao arrepio das leis internacionais pela atual administração do Iraque que, para chegar ao poder, teve de contar com a bênção do governo estadunidense (o qual acompanhou de perto, e ao que tudo indica perto demais, os trabalhos da Corte Especial de Bagdá — inclusive financiando-a) que ilegalmente ocupa o país. Ademais, parece claro que o direito à ampla defesa dos acusados — saliente-se, desdobramento do princípio do *substantive due process of law*, consagrado pelo próprio direito americano — não foi devidamente atendido. Contrariamente à garantia do duplo grau de jurisdição, ao Tribunal de Apelação iraquiano cumpria apenas verificar se houvera falha procedimental durante o trâmite do processo em primeira instância, não lhe sendo dado, portanto, analisar questões de direito material. Ou seja, assemelhava-se mais a uma corte de cassação, analisando a forma em detrimento do conteúdo — sendo que as formalidades ali eram mitigadas com vistas à facilitação da condenação. Poucas dúvidas havia quanto à superveniência da confirmação da sentença proferida em 5 de novembro, o que resultou na execução imediata do ex-ditador.

Desde a sua captura em dezembro de 2003, Saddam Hussein permaneceu confinado sob condições lamentáveis, vigiado pelos mesmos militares norte-ameri-

canos que vêm destratando prisioneiros em Guantánamo e, até há pouco, Abu-Ghraib, tendo-se-lhe restringido direitos fundamentais como o de encontrar-se com sua família ou mesmo com os seus advogados privativamente. Interesses políticos se sobrepuseram à esperança de procedimentos e resultado justos que pudessem significar um marco para o futuro da democracia no Iraque e em outras terras do oriente. A instrumentalização, na guerra contra o terror, do ex-ditador que tanto colaborara com os governos norte-americanos pretéritos — notadamente os republicanos —, de que decorreu a sua irracional satanização, levou, inclusive, a que Ramsey Clark, ex-procurador-geral dos Estados Unidos (administração Lyndon Johnson), houvesse decidido colaborar na defesa de Saddam, consoante anunciara em contundente artigo publicado no *Los Angeles Times* de 24 de janeiro de 2005. Convém anotar que, durante a sessão final de julgamento, Clark foi retirado à força do Tribunal, após ter afirmado que o processo fora uma “farsa”.

Efetivamente, em vez de significar o marco fundamental da transformação política de um país rumo à democracia e ao império da lei sobre todos seus cidadãos, o julgamento de Saddam pareceu representar apenas mais um entre tantos eventos lamentáveis na vida de uma nação marcada por um incessante cenário de caos.

III. A pena e os valores ocidentais

Sem embargo de lembrar algumas das inúmeras falhas de um processo que se manteve apartado de princípios elementares para qualquer democracia ocidental, cumpre analisar, brevemente, por seu conteúdo fortemente simbólico — e necessariamente injusto —, a modalidade de sanção imposta ao ex-ditador. Muito já se escreveu acerca da desproporcionalidade e da ineficácia preventiva da pena capital desde quando **Beccaria** contra ela se insurgiu, em 1764; ademais, seus desdobramentos perversos vêm sendo reiteradamente denunciados. Não cabe, portanto, ser repetitivo. Todavia, importa anotar que a própria intervenção militar no Iraque — forjada não somente por forças americanas, mas também britânicas, espanholas, italianas, australianas etc. —, uma vez fulminado o argumento da existência de armas de destruição em massa no país, tem sido justificada, em última análise, pela alegada necessidade de se

impor valores ocidentais a uma cultura estranha ao ocidente (até porque as possíveis razões de natureza econômica para a invasão sempre remanescerão inconfessáveis). Sustenta-se que referida introjeção de valores terá um positivo impacto social no país, tornando acessíveis a seu povo a paz, a felicidade e o desenvolvimento.

Questiona-se, então, se há fundamento suficiente para que o ocidente possa se considerar portador de uma ética superior, e se lhe é lícito obrigar terceiros a adotarem seus valores. Trata-se, pois de uma velha — e não resolvida — discussão da filosofia geral e jurídica, em que se contrapõem universalismo e relativismo axiológicos. Nesse sentido, os que sustentam o caráter universal de um núcleo de valores ocidentais argumentam que estes foram conquistados a duras penas — inúmeros conflitos, bélicos ou não, e, conseqüentemente, inúmeras vidas, ao longo de sucessivos séculos — pela sociedade do ocidente que, por isso mesmo, teria atingido um estágio evolutivo superior. Justificar-se-ia, pois, seu ímpeto civilizatório, necessariamente voltado para o bem, e o modelo ocidental de ordem jurídica e democracia seria um desses valores fundamentais a serem disseminados.

Nem é o caso de se contrapor o argumento relativista segundo o qual o universalismo se revela totalitário ao desconsiderar idiosincrasias de outras nações e culturas: ocorre, deveras, que a utilização da pena capital fulmina as alegadas boas intenções. Se se tenciona levar a cabo uma jornada civilizatória, jamais se pode admitir tolher a vida alheia — seja como retribuição jurídica em face do mal causado, seja como exemplo dirigido aos demais, visando à prevenção de males futuros. A imposição da pena de morte a Saddam Hussein contradiz a alegada superioridade ética e axiológica do ocidente, na medida em que, mesmo a observadores ocidentais, referida sanção mais parece simbolizar o direito penal da vingança privada e da exemplaridade desproporcional dos tempos primitivos, ao passo que, a olhos de muitos cidadãos iraquianos, trata-se de claro e aviltante atentado à sua soberania e às suas normas culturais. Argumentou-se que tal modalidade de sanção já fazia parte do direito iraquiano desde antes da invasão; convém indagar, então, qual foi o critério utilizado pelos invasores ocidentais para decidir quais normas iraquianas deveriam ser mantidas, quais deveriam ser abolidas e,

ainda, quais normas estranhas àquele país deveriam simplesmente lhe ser impostas.

É notório, ademais, que, desde o domingo de novembro em que adveio a sentença condenatória contra o ex-ditador, inúmeras foram as manifestações contrárias à imposição da pena capital por parte de representantes de governos e de reconhecidas instituições internacionais ocidentais, renovadas após a confirmação da sentença em fins de dezembro.⁽¹⁾ O governo Bush, no entanto, considerou o deslinde do julgamento *“um marco do esforço do povo do Iraque para substituir um governo tirano por um governo das leis; uma grande conquista para a jovem democracia e o governo constitucional iraquianos”*⁽²⁾ — o que remete, uma vez mais, à indagação sugerida no encerramento do parágrafo anterior. À parte o risco de consequências políticas perniciosas como a intensificação da rivalidade entre xiitas e sunitas, do anti-ocidentalismo e, mesmo, do estado de guerra civil latente no país, e mantendo-se a discussão no plano jurídico-filosófico, ora questiona-se: é assim que se pretende tornar o Iraque um verdadeiro Estado de Direito?

IV. Conclusão

Compromete-se, pois, o argumento civilizatório com o qual se busca justificar a invasão, após superada a sua justificação inicial e considerando a inaceitabilidade da assunção de possíveis motivações econômicas. Se, com o julgamento, o ocidente e o atual governo pró-ocidente do Iraque pretendiam demonstrar alguma suposta superioridade ética e, destarte, introjetar valores democráticos na cultura iraquiana, ao reduzirem o caso Saddam à simplória e maniqueísta oposição

entre bem e mal acabam de perder excepcional oportunidade de denotar fundamental respeito pela vida humana. Isso sem mencionar o fato de que, se o tribunal tencionasse justiça e isonomia, seu escopo de competência deveria igualmente compreender crimes de guerra cometidos pelas forças invasoras tanto ao tempo da Guerra do Golfo (1991) quanto desde que se iniciou a presente operação militar, em março de 2003.

Afigura-se que o julgamento e seu resultado pouco significam além da imposição da historicamente conhecida — e retrospectivamente lamentada — *justiça do vencedor sobre o vencido*, em que uns possuem mais direitos que outros, contribuindo ainda mais para a deslegitimação da intervenção militar no Iraque. A adoção da pena de morte se contrapõe à tendência mundial de se abolir referida sanção dos ordenamentos jurídicos nacionais — notada pelas crescentes adesões ao Segundo Protocolo Opcional à Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos —, tendência esta emergida primariamente de postulados jurídico-políticos ocidentais, que influenciaram codificações e movimentos constitucionais ulteriores. Decerto não deveria tal modalidade de sanção imiscuir-se no rol de valores democráticos que supostamente caberia ao ocidente dispersar em terras iraquianas, mesmo que não houvesse significado o desfecho de um julgamento viciado. E o lamentável fato de que um sem-número de pessoas, iraquianos ou estrangeiros, ofereceram-se para executar a sentença somente veio a ilustrar, com perfeição, o desprezo pela vida humana *albeia* simbolizado e — sobretudo nesse caso — clara-

mente incentivado pela pena capital.

Cumprido, portanto, à sociedade ocidental refletir acerca de sua suposta superioridade ética e do papel que deve desempenhar ao lidar com culturas que lhe são estranhas. Tal interação deve se realizar através dos meios político-jurídicos institucionais disponíveis. No momento em que a sociedade ocidental vier a se despir da missão civilizatória que se atribui, e lograr reconhecer suas responsabilidades no atual contexto internacional de intransigências culturais de toda ordem, poder-se-á, talvez, obter uma sociedade humana mais pacífica e segura, tanto no ocidente quanto no oriente. 

Notas

- (1) A título de exemplo, vale lembrar os veementes protestos dos ministros das Relações Exteriores da Itália, Massimo D'Alema, e da França, Philippe Douste-Blazy, bem como do porta-voz adjunto do governo alemão, Thomas Steg e do argentino Leandro Despouy, atual relator especial das Nações Unidas sobre a independência de juízes e advogados. Este, inclusive, ao questionar a credibilidade das cortes iraquianas, chegou a sugerir que houvesse um novo julgamento a ser realizado por um *“tribunal internacional independente e imparcial, com todas as garantias necessárias a que possua o aval da ONU”* (vide: U.N. Press release, November 6, 2006 [tradução livre]). Registrem-se ainda os igualmente agudos protestos de organizações como a Anistia Internacional, a Human Rights Watch e a Federação Internacional dos Direitos Humanos.
- (2) Declaração presidencial de Grand Island, 05.11.2006. Tradução livre.

Rogério F. Taffarello

Advogado e mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo

CRIME TRIBUTÁRIO: PERSPECTIVAS NA EUROPA E EFICÁCIA DO PAGAMENTO

Élcio Arruda

Noutro ensaio,⁽¹⁾ perquiríamos a respeito da legitimidade dos tipos tributários, em cotejo ao pagamento dotado de força extintiva de punibilidade, independentemente de quando efetuado. Agora, seja-nos permitido trazer aportações sobre o tratamento do assunto em algumas nações européias, o chamado velho mundo. Quiçá, a experiência deles nos sirva de norteamento, tanto mais pelo contexto da queda de fronteiras decorrente da União Européia, a descortinar o trata-

mento mais consentâneo e eficaz à criminalidade de colarinho branco (*white-collar-crime*).

Em Itália, com a Lei n° 205, de 25.06.99, o Parlamento delegou ao Governo poderes à descriminalização de crimes mais brandos e à modificação do sistema penal e tributário (*“delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifichie al sistema penale e tributario”*). A mudança na disciplina quanto às sanções por violações às leis financeiras e tributárias⁽²⁾ deveria

se inspirar nas seguintes diretrizes: *a)* substituição por penas administrativas proporcionais ao montante do tributo alvo da evasão, considerando a reiteração de conduta e a gravidade das sanções penais já previstas; *b)* agregar sanções acessórias; *c)* abolir o princípio da ultra-atividade em matéria tributária; *d)* estabelecer nova configuração dos crimes atinentes ao imposto de renda e seu valor agregado, prevendo um restrito rol de tipos (*fattispecie*), circunscritos às agressões

economicamente significativas; e) previsão de mecanismos a premiar a reparação do dano operada pelo agente; f) estabelecer somente a aplicação da disposição especial, quando o mesmo fato for punido no plano penal e administrativo. Os Decretos Legislativos n° 507, de 30.12.99, e n° 74, de 10.03.2000, oriundos de deliberação do Conselho de Ministros, depois de ouvida a respectiva comissão da Câmara dos Deputados e do Senado da República, trataram de despenalizar o contrabando aduaneiro,⁽³⁾ de estabelecer novos tipos tributários e de atribuir ao pagamento integral do débito tributário o efeito de reduzir a pena até metade (excluídas as penas acessórias), se efetuado logo em seguida ao procedimento especial de conciliação ou de adesão previsto na legislação fiscal.

Na França, o Código Geral de Impostos, em caso de sonegação ou manobra fraudulenta análoga, a título de sanções penais, prevê multas substanciais (37.500 a 75.000 euros; 100.000 euros, em caso de reincidência), prisão de até cinco anos e privação automática, em caso de condenação, dos direitos cívicos, civis e familiares. Impõe, ainda, às expensas do condenado, a publicação, integral ou por extrato, do teor do julgamento, em jornal oficial da República Francesa (art. 1.741). Pronuncia, por igual, a responsabilidade solidária de todos os agentes ao ressarcimento do imposto sonegado (art. 1.745). O incitador à sonegação é passível de sanção penal autônoma: multa de 3.750 euros e prisão de até seis meses (art. 1.747). Em tema de impostos diretos, é possível a fixação de penas complementares, de duração não excedente a dois anos: ao agente, direta ou indiretamente, veda-se o exercício de toda profissão industrial, comercial ou liberal; suspensão do direito de conduzir veículo automotor (art. 1.750). O pagamento do imposto, total ou parcialmente, não enseja mitigação especial de pena.

Já em Portugal, as infrações tributárias referem disciplina apartada (Lei n° 15, de 05.06.2001). Bifurcam-se em crimes e contra-ordenações: àqueles, aplica-se pena de prisão de até 8 (oito) anos ou multa de 10 a 600 dias, além de seguirem o procedimento traçado no Código de Processo Penal; as derradeiras — infrações colocadas à margem do Direito Penal⁽⁴⁾ — se subdividem em simples (coima não excedente a 3.750 euros) e graves (coima superior a 3.750 euros ou expressamente declaradas como tais na lei), sob o procedimento específico do ilícito de mera ordenação social. A modulação da sanção do

crime atende, sempre que possível, ao grave causado pelo agente. A pena privativa de liberdade de até 3 (três) anos pode ser “dispensada” se, concorrentemente, a gravidade do fato e a culpabilidade do agente não forem acentuados, houver se operado o adimplemento total da prestação tributária (com os acréscimos) e não objetarem razões de prevenção. Impossível a dispensa da pena, a reposição da verdade fiscal e o pagamento integral da exação, até a final decisão, impõem sua atenuação especial. Ainda quanto aos crimes, a pena de prisão é susceptível de suspensão, sob condição de adimplemento total da prestação tributária, no prazo de até cinco anos da condenação, além do eventual pagamento — se assim o pronunciar o juiz — do limite máximo estabelecido para multa. Ausente o adimplemento no interstício delimitado, ou se exigem garantias, ou se prorroga o período de suspensão até a metade, sem exceder o máximo tolerado (5 anos), ou se revoga a suspensão da pena privativa de liberdade. Prevê-se a imposição cumulativa de penas acessórias,⁽⁵⁾ de duração não excedente a três anos e relacionadas às condutas tipificadas: a) interdição temporária ao exercício de atividades e profissões; b) vedação ao recebimento de subvenções/subsídios públicos, suspensão de qualquer benefício/franquia tributário e inibição do direito de obtê-los; c) proibição à participação de licitações públicas; d) encerramento do estabelecimento, dissolução da pessoa coletiva a que se relacione o agente; e) cassação de licenças/concessões e suspensão de autorizações; f) publicação da sentença condenatória, às expensas do condenado.

Na Espanha, o Código Penal de 1995, alterado em 2003, na disciplina dos crimes contra a Fazenda Pública e a Seguridade Social (*delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Título XIV), atrela a tipicidade a um montante mínimo de sonegação tributária ou de indevida apropriação: 120.000 (cento vinte mil) euros. Na determinação da quantia, em se tratando de tributos, retenções, ingressos à conta de devoluções, períodos ou de declarações periódicas, observa-se cada período impositivo ou de declaração; se os interregnos forem inferiores a doze meses, o montante deverá se referir ao ano natural. A pena é tabulada em 1 (um) a 4 (quatro) anos de prisão e a multa equivale à quantia sonegada/apropriada, a última passível de aumento até o seu sêxtuplo. A reprimenda comporta exacerbação, até a metade, quando se evidenciar o escopo de acobertar o verda-

deiro responsável tributário, mediante utilização de interpostas pessoas, e quando se verificar a especial transcendência e a gravidade da defraudação, à luz do montante sonegado e da existência de estrutura organizada com poder de afetar uma pluralidade de obrigados tributários. Ao condenado, automaticamente, sob a rubrica de pena acessória, aplica-se a vedação à obtenção de subvenções, ajudas públicas e ao direito de gozar de incentivos fiscais e de seguridade social, num interstício de 3 (três) a 6 (seis) anos. A sonegação contra a Fazenda da União Européia, se o objeto material for igual ou superior a 50.000 (cinquenta mil) euros, é igualmente passível de censura penal. Há isenção de responsabilidade se a situação tributária do agente é regularizada antes de ser notificado pela administração tributária a respeito do início das atuações tendentes à determinação das dívidas tributárias ou, quando inexistirem atuações, antes de o poder público interpor querela/denúncia ou antes de o Ministério Fiscal ou o juiz de instrução realizarem atuações permitindo o conhecimento formal da iniciação das diligências: é dizer, a regularização fiscal deve preceder à formal atuação das agências públicas (Código Penal Espanhol, artigos 305 e 307).

Na Alemanha, a primeira lei de luta contra a criminalidade econômica (1976) incorporou ao Código Penal Alemão os crimes de fraude de subvenções públicas (§ 264-a), de estafa⁽⁶⁾ de crédito (§ 265-b). Também cunhou figuras abarcando a moderna delinquência financeira (crimes do colarinho branco: *white-collar-crime*), sob a fórmula de tipos de perigo, onde a subministração da informação falsa é suficiente à punibilidade, dispensada a ocorrência de dano patrimonial a que o dolo se endereça. Sua sucessora, a segunda lei contra a criminalidade econômica (1986), buscou ajustar o Direito Penal às variações técnicas e econômicas de operação no tráfico de negócios, em ordem a combater a criminalidade de informática (§ 263-a), criminalizar o branqueamento de capitais (§ 261) e agregar mecanismos idôneos a melhor arrostar a criminalidade organizada atuante no segmento.⁽⁷⁾ A retenção e malversação de contribuições arrecadadas dos trabalhadores para a seguridade social — correspondente à apropriação indébita previdenciária nacional — é apenada com privação de liberdade de até 5 (cinco) anos e multa (§ 266-a). É possível a dispensa da censura penal, quando o agente, (1) até a data de vencimento ou imediatamente depois, comunicar, por

escrito, à autoridade arrecadadora o montante das cifras retidas e (2) expor o porquê da impossibilidade de recolhê-las dentro dos prazos assinalados, apesar do sério esforço em fazê-lo. Havendo restituição das contribuições dentro do prazo assinalado pela autoridade arrecadadora, dês que cumprida a primeira providência (1), a pena não é imposta (§ 266-a-5). A *lei geral tributária alemã* de 1977 (*abgabenerdung - AO/1977*), nos parágrafos 369 a 376, tipifica os crimes tributários. A sonegação de cunho *profissional* e relativa a *bens roubados* (§§ 373 e 374) é passível de configurar crime de *lavagem de dinheiro* ou *ocultação de bens havidos ilicitamente* (CP Alemão, § 261). Se o crime se implementar a partir de dados incompletos ou incorretos, é possível a dispensa na aplicação da pena, contanto que o agente suplemente ou recupere os dados omitidos, antes de qualquer atuação da autoridade fiscal (AO, § 371).

Do breve apanhado, aflora a conformação dos crimes tributários e congêneres à linha de política criminal de cada nação. Na maioria dos sistemas, o integral adimplemento da prestação tributária, de ordinário, surge como legítima *terceira via* do direito repressivo.⁽⁸⁾ Às vezes, antecipam-se-lhe os efeitos, ora se obviando a persecução penal, ora permitindo-lhe o estancamento: sempre, porém, a partir de marcos temporais. Nenhuma disciplina perfilha a irrestrita “benevolência”⁽⁹⁾ da legislação brasileira, onde o pagamento do tributo sonegado⁽¹⁰⁾ ou da contribuição apropriada, *independentemente de quando efetuado*, ostenta aptidão à extinção de punibilidade (Lei nº 10.684/03, art. 9º, § 2º).⁽¹¹⁾ Entre nós, hoje, é indisfarçável o escopo meramente *arrecadador* da incriminação. A bem da verdade, quando o caso aponta em juízo, tem-se genuína “*ação penal de cobrança*”.⁽¹²⁾ É dizer, à “*execução fiscal*”, em curso no cível, agrega-se a “*execução criminal*”. Daí, liminarmente, afluem pelo menos três questões, cujo enfrentamento tem se proposto no foro criminal: 1) Haveria maltrato à garantia do *ne bis in idem*, na medida em que um único fato gerador (inadimplemento: critério meramente econômico) estaria lastreando duas frentes de persecução, resolvíveis por um remédio comum: o integral pagamento? 2) Nos demais crimes patrimoniais,⁽¹³⁾ igualmente perpetrados sem violência ou ameaça à pessoa (furto simples, estelionato, apropriação indébita comum etc.), não seria lícito se pugnar, à base de analogia *in bonam partem*,⁽¹⁴⁾ pelo direito à fruição de idêntica benes-

se? 3) Ao Judiciário, não seria outorgada a tarefa de servir de anteparo ao abuso estatal na incriminação,⁽¹⁵⁾ quando a fórmula proibida se ressentir de legitimidade, por divorciada da preservação do mínimo ético, por maltratar a isonomia e por se confrontar com normas sociais aniquilando — deslegitimando — a atuação de normas penais?⁽¹⁶⁾

São reflexões, dentre tantas outras, que se impõem ao operador do Direito, a quem não se admite cerrar fileiras à *dramaturgia punitiva* de que fala Zaffaroni.⁽¹⁷⁾ Talvez, fosse curial se deslocar o eixo da discussão: ao invés de se buscar a “solução” do problema da sonegação exclusivamente com o Direito Penal, forma suprema de coação estatal, urge se colocar em pauta, concorrentemente, a crônica ineficácia das políticas públicas no seu combate e o completo desguarnecimento das agências executivas vocacionadas à cobrança da dívida pública. ●

Notas

- (1) “Existe crime tributário?”. *Boletim IBCRIM*, v. 12, nº 149, abr. 2005, p. 9; *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, v.17, nº 4, abr. 2005, pp. 51-53.
- (2) A doutrina italiana, de muito, assinala a necessidade de eliminar totalmente, senão de reduzir, o caráter especial do Direito Penal Financeiro/Tributário: sua regulação também deveria se operar no leito do Direito Penal comum (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, 16ª ed., atualizada por Luigi Conti, Milano: Giuffrè, 2003, p. 21).
- (3) A *depenalizzazione dei reati minori* também abrangue a emissão de cheque sem autorização e sem fundos, a facilitação culposa à violação de sigilo, o uso de bilhete falsificado em transporte público, o exercício de comércio de pedras preciosas sem autorização legal, dentre outros.
- (4) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. 1, pp. 149-161.
- (5) Denominação ordinariamente repudiada no Direito brasileiro, preferindo-se, em seu lugar, fazer uso da locução *efeitos extrapenais genéricos* ou *específicos* da condenação (CP, artigos 91 e 92).
- (6) A descrição do crime de “estafa”, no Código Penal da Alemanha (§ 263), corresponde ao estelionato do Código Penal Brasileiro (art. 171).
- (7) JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, tradução espanhola da 5ª ed. alemã por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, pp. 112-113.
- (8) Modernamente, fala-se de um direito punitivo lastreado em *três vias*: às duas já existentes (pena e medidas de segurança), agrega-se a reparação de dano como recurso mais eficaz à consecução dos fins da pena, conciliando os legítimos interesses da vítima e suas necessidades preventivas (ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, tradução espanhola da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2006, t. 1, pp. 42-43 e 108-110).
- (9) A complacência chega às raízes de se permitir, relativamente à sonegação de contribuição previdenciária, a extinção de punibilidade sob “promessa” de pagamento, se pronunciada antes do início da ação fiscal (CP, artigo 337-A, § 1º).
- (10) Já se incluindo as exações relativas aos crimes de contrabando e descaminho (CP, artigo 334), nos termos da súmula 560 do Supremo Tribunal Federal (“A extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho por força do art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157/67”).
- (11) “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias.”
- (12) TRF/2ª Região, Apelação Criminal nº 01760/RJ, rel. desembargador federal Carreira Alvim, DJ 06-07-2001, pp. 48-50.
- (13) Os crimes financeiros e tributários, indubitavelmente, têm como objeto jurídico o “patrimônio” estatal, donde deveriam ser extraídas receitas às melhorias públicas indistintas.
- (14) Qualquer causa excludente de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade ou dispensando a censura penal é susceptível de aplicação analógica (CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*, tradução portuguesa de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2002, v. 2, p. 366; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 2004, t. 1, p. 214).
- (15) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, tradução Ana Paula Zomer et al, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 15 e segs.
- (16) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal e Controle Social*, tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25.
- (17) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana”, *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 2, nº 4, jul./dez. 1997, pp. 25-36.

Élcio Arruda

Professor de Direito Penal e de Processo Penal, mestre em Direito e juiz federal

O STF aprovou em 24/09/2003 a Súmula nº 691 com o seguinte teor: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar.” O fundamento, em síntese, para tal enunciado é de que “a antecipação pretendida transgredir princípios processuais básicos, com o postulado da hierarquia dos graus de jurisdição, de um lado, e o princípio da competência, do outro”.⁽¹⁾

Desde então, tanto o STF quanto o STJ, reiteradamente, invocam o enunciado e não admitem habeas corpus contra indeferimento de liminar.⁽²⁾

Dois anos após a publicação da referida súmula no *Diário da Justiça*, a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC nº 85.185, acolheu, por unanimidade, a proposta do ministro **Sepúlveda Pertence** de remeter os autos ao Plenário para decisão quanto ao cancelamento da súmula nº 691. Naquela oportunidade, o ministro **Pertence** enfatizou: “estamos, decidida e declaradamente, a propor uma restrição à Súmula; na verdade um cancelamento, porque na medida em que admitimos, sendo flagrante a ilegalidade, caber o habeas corpus contra o indeferimento da liminar, teremos de examinar todas as impetrações em que essa ilegalidade flagrante seja alegada”.⁽³⁾ O Plenário rejeitou a proposta de cancelamento da súmula, entretanto, recentes decisões do ministro **Gilmar Mendes** trazem à tona novamente a discussão sobre a pertinência do enunciado.

Apesar da objetividade da súmula, o STF tem afastado sua incidência quando a situação apresentada no habeas corpus for de flagrante ilegalidade. Isto ocorreu recentemente nas decisões proferidas nos autos de Habeas Corpus nºs 90.348, 90.349 e 90.363 do STF. Expôs o ministro **Gilmar Mendes**: “É bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula nº 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior apontado como coator importe a caracterização ou manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF.”⁽⁴⁾ No final, afastou a aplicação da súmula e concedeu as liminares nos habeas corpus.

Na realidade, estas decisões questionam a própria instituição e condição exis-

tencial da súmula, pois esta é “uma pura declaração solene do tribunal de que considera determinada questão pacificada, e conseqüentemente, dispensa novas discussões, citações de precedentes, longas e eruditas fundamentações”.⁽⁵⁾ Portanto, o afastamento da sua incidência, ou mesmo a sua interpretação, implica o reconhecimento que o assunto sumulado não é mais pacífico no tribunal, ensejando o seu cancelamento. Em suma, o enunciado não vale mais como súmula, pois ou se aplica, ou se cancela.⁽⁶⁾

Ainda, “aplicar” a súmula com a expressão “a menos que a ilegalidade ou o abuso do poder seja flagrante” também a aniquila, pois, a admissão de exceções acaba por cancelá-la implicitamente. Como exposto pelo ministro **Cezar Peluso** “essa sugestão significaria, ademais, que o tribunal tem competência para conhecer do habeas corpus, sempre que, conhecendo, o juízo de mérito leve a concessão da ordem”.⁽⁷⁾ Tal situação seria, no mínimo, contraditória. Condicionar o juízo de conhecimento do habeas corpus à flagrante ilegalidade é confundir o requisito de admissibilidade com o próprio mérito do pedido.⁽⁸⁾

Trata-se, então, de indagar sobre a competência do STF em conhecer e julgar habeas corpus contra decisão que indefere liminar proferida por ministro do STJ. O art. 5º, LXVIII da CF/88 garante a concessão de 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”. Nesse sentido, todo e qualquer constrangimento ilegal deverá ser prontamente atendido pelo Poder Judiciário. A CF/88 prevê em seu art. 102, inciso I, alínea i, a competência do STF para processar e julgar “habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior”. Como expôs o ministro **Cezar Peluso** no HC nº 85185 “quanto esteja autorizado a proferir decisão jurisdicional, todo ministro é considerado órgão fragmentário do Superior Tribunal de Justiça (...) se a decisão monocrática contém ilegalidade suscetível de reparo por via de habeas corpus, tal ato, provindo de um dos seus órgãos, é imputável ao próprio Superior Tribunal de Justiça e, como tal, desata a específica competência constitucional desta Corte para conhecer de pedido tendente a repará-lo”.⁽⁹⁾ Portanto, em decorrência do texto constitucional, não resta dúvida quanto à competência do STF nesses casos.

Qualquer limitação à utilização do habeas corpus só pode ser estipulada pelo texto constitucional. Entretanto, não é o que ocorre quando da aplicação da súmula nº 691/STF. Não reconhecer a competência do STF, ou suscitar a eventual supressão de instância e aguardar recurso ou novo pedido de habeas corpus, convalida o constrangimento ilegal e destoa o tribunal do seu objetivo constitucional,⁽¹⁰⁾ pois situa o verbete acima da própria Constituição, o que não pode prosperar em um Estado Democrático de Direito.

Assim, as decisões proferidas pelos ministros do STF, ao afastarem ou mesmo “cancelarem implicitamente” a Súmula nº 691/STF, cumprirão o dever jurídico constitucional, pois cessarão com o constrangimento ilegal sofrido. ●

Notas

- (1) Neste sentido vide STF, HC nº 89.994, HC nº 87.065; e STJ, HC nº 63.360, HC nº 52.110.
- (2) STF, HC nº 79.748, DJU 23.06.00, fls. 52.
- (3) HC nº 85.185, DJU 10.08.2005, fls. 06.
- (4) HC nº 90.363, min. **Gilmar Mendes**, decisão de 27/12/2006, fls. 06/07.
- (5) HC nº 85185, DJU 10.08.2005, fls. 24.
- (6) Expôs o ministro **Sepúlveda Pertence** no HC nº 85.185: “Quando se discute que a súmula não devia dizer o que os precedentes disseram, ela já não presta como súmula. Então, o caso é de cancelar. Assim, não há meia medida: ou se cancela, ou se aplica súmula” (HC nº 85.185, DJU 10.08.2005, fls. 24).
- (7) HC nº 85.185, DJU 10.08.2005, fls. 21.
- (8) “(...) só com a possibilidade de conhecimento e, portanto, tendo por admissível o pedido, o tribunal pode dizer se a ilegalidade é flagrante, ou não” (HC nº 85.185, DJU 10.08.2005, fls. 21).
- (9) HC nº 85.185, DJU 10.08.2005, fls. 19.
- (10) Neste sentido o ministro **Cezar Peluso**: “A Corte reconhece a ilegalidade ou o abuso de poder contra a liberdade do cidadão e condescende com isso, quando a Constituição lhe impõe como dever jurídico velar pelas garantias constitucionais! Isso me parece incompatível (...) com a alta função que a Constituição reserva à Corte em nome e por conta desse valor da vida humana” (HC nº 85.185, DJU 10.08.2005, fls. 27).

Danyelle da Silva Galvão

Advogada em Curitiba (PR), pós-graduanda em Direito Penal Econômico Internacional pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal, em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

“As pessoas, os momentos são sempre diferentes para mim e as pessoas deveriam parar um pouco, observar um pouco (...) conhecer e conversar com um homem preso, dialogar sobre qualquer coisa e então a mágica acontece...”⁽¹⁾

I. Proler Carcerário e a “escrita de si”

A mágica a que o então preso-escritor **Rosieles Ramos Sales** se refere é a mágica do encontro, que os muros prisionais e nossas próprias defesas se encarregam de evitar.

Sales, enquanto preso em Vitória da Conquista (Bahia), participou do projeto Proler Carcerário,⁽²⁾ sob coordenação da professora **Heleusa Câmara**, que incentivava que os presos desenvolvessem a leitura e a “escrita de si”.

A “escrita de si” é um exercício de autoria, uma oportunidade de releitura dos nossos caminhos (**Câmara**, 2001), a qual, no contexto prisional, adquire uma importância excepcional, pois além de consistir em uma atividade para ocupar os dias vazios da prisão, faz que o indivíduo, a partir do resgate de sua história, comece a se diferenciar dos demais, aumentando a sua auto-estima e a compreensão de si e do mundo que o cerca.

O projeto parte do pressuposto que a “escrita de si” liberta, à medida que ela nos situa em determinado contexto e nos devolve a nossa história. A partir dela podemos resgatar os acontecimentos de nossa vida, redimensioná-los e ressignificá-los, elucidando os processos que nos constituíram enquanto sujeitos, de forma de apurar a nossa compreensão do presente e vislumbrar caminhos futuros.

O passado, o presente e o futuro são articulados em uma mesma trama. Nesse sentido, a etimologia da palavra trama é muito significativa: do latim *fiu* que *vai de través*, ao mesmo tempo representativa de uma linearidade (fiu) e de uma confluência (través: que se une, cruza, atravessa). Lugar onde os acontecimentos, personagens e relações são reconstruídos a partir da experiência individual.

Qualquer experiência de interação social é tanto auto como hétero-constitutiva à medida que seus atores se modificam no transcurso e a partir da interação. Nessa dinâmica social, deparamo-nos com a possibilidade de constante re-invenção de nós mesmos e do outro, visto que a identidade é um processo, fluido, que se atualiza e se modifica nas nossas relações cotidianas (**Ciampa**, 2004).

Nesse sentido, a “escrita de si” no ambiente prisional aparece como uma oportunidade de interação única, uma vez que foge ao padrão da interação estabelecido a partir das relações institucionais: o pre-

so escreve a um interlocutor externo e pode escolher vivenciar outras personagens, mostrar-se a partir de perspectivas diferentes das quais normalmente ele é visto no ambiente institucional.

Ademais, a escrita é uma possibilidade de expressão dos desejos e sentimentos mais íntimos, uma fresta que se abre dentro do espaço prisional. Principalmente se tratando de um presídio masculino, onde a energia feminina (*yin*), do acolhimento, da sensibilidade, da fluidez é prejudicada pela superposição do masculino (*yang*), que se manifesta nas ações, no plano da racionalidade.⁽³⁾

De acordo com a perspectiva discursiva da psicologia social,⁽⁴⁾ a comunicação não é meramente funcional, visando à transmissão de idéias, mas representa sentidos compartilhados, códigos comuns e, principalmente, produz os objetos de que fala. A linguagem constitui as idéias e o nosso conhecimento sobre a realidade, razão pela qual lhe é atribuída a função de produção de significados.

A linguagem visa a estabelecer denominadores comuns para que a sociabilidade se realize. Porém, além disso, enquanto uma espécie de codificação, está intimamente ligada à disciplina e normalização das práticas, cumprindo a função de manutenção de uma ordem simbólica (**Bordieu**, 2004). Logo, os códigos linguísticos respaldam um saber específico, oficial, legitimam uma certa maneira de contar história e quem pode contá-las, limitando, dessa forma, a apropriação do saber, e, conseqüentemente, o acesso ao poder.

A confecção da própria história, principalmente pelo código escrito, faz que a pessoa se “empodere”, na medida em que o poder e o saber não podem ser dissociados. Ao contrário, um serve de sustentáculo ao outro (**Foucault**, 2003, 2006). Esse “empoderamento” ocorre com uma apropriação dos instrumentos, espaços e códigos de produção do saber; com a inserção no espaço da literatura, da escrita, da produção de verdade.

O mais importante é o fato do preso reconquistar o poder e os meios de produção de sua história, cujo saber jurídico, médico, policial e penitenciário tratam de se apropriar.⁽⁵⁾

“As práticas judiciais (...) me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade” (**Foucault**, 2003, p.11).

II. GIP

Em 1971, **Michel Foucault**, juntamente com outros dois intelectuais (**Jean-Marie Domenach** e **Pierre Vidal-Naquet**), assinou manifesto de criação do Grupo de Informação sobre as Prisões

(GIP), como forma de lutar contra “as barreiras do silêncio” e revelar o que passava no interior das prisões francesas.

O grupo foi formado por outros intelectuais, além de inúmeros profissionais — jornalistas, médicos, advogados, e de pessoas diretamente afetadas pelo mundo prisional: os presos e seus familiares, assim como os que trabalham nas próprias instituições. Em menos de cinco semanas, centenas de pessoas já participavam do grupo.

Dentre as principais ações do GIP, estavam as inquirições realizadas com os familiares dos presos nos dias da visita e os questionários distribuídos clandestinamente aos próprios detentos sobre as condições das prisões, as quais deram origem à brochura realizada pelo GIP e publicada em 1971 com o nome *Enquête dans vingt prisons* (**Foucault**, 2006, p. 28).

O GIP aboliu a hierarquia dentro de um grupo onde todos eram “especialistas do intolérável”. Fazia um trabalho descentralizado a partir de grupos locais, que colhiam as informações das prisões e enviavam-nas à base parisiense. O grupo acreditava na possibilidade dos próprios presos poderem construir uma teoria sobre a prisão. Só lhes faltavam os meios. Porém, não cabia ao grupo falar em seu nome, mas dar-lhes a palavra:

“Trata-se de dar a palavra àqueles que têm uma experiência da prisão. Não porque precisem que os ajudemos a ‘tomar consciência’: a consciência da opressão está ali... Mas o sistema atual lhe recusa os meios de se formular, se organizar.”⁽⁶⁾

III. GDUCC

No segundo semestre de 2006, como um projeto paralelo ao Grupo de Estudos de Temas de Criminologia (GETCrim),⁽⁷⁾ foi criado, no âmbito da Faculdade de Direito da USP, o Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere e Comunidade (GDUCC),⁽⁸⁾ com o objetivo de estreitar a distância universidade-cárcere, partindo do conceito de reintegração social de **Alessandro Baratta**, segundo o qual a reintegração é uma “via de mão dupla”, em que, tanto o preso quanto a sociedade, têm responsabilidade por essa reaproximação.⁽⁹⁾

Sob essa perspectiva, a reintegração social ocorre a partir da abertura de um processo de comunicação, em que os presos se reconhecem na sociedade e esta se reconhece na prisão (**Baratta**, 1990).

Beristain (1993) já tratava da necessidade do re-encantamento da Criminologia em contraposição ao desencantamento que atinge toda a sociedade contemporânea, que se caracteriza pela desmoralização, apatia, distância entre os indivíduos, não reconhecimento do próximo, perda das ilusões e do sentido da vida, os

➔ quais seriam, enquanto fatores desintegrantes, fontes da criminalidade.

Esse re-encantamento só seria possível com a substituição da perspectiva da alteridade (que concebe o eu e outro como entes separados e desconectados) pela perspectiva da proximidade, do desenvolvimento da capacidade de se reconhecer no outro, de compreendê-lo em sua dignidade e apesar das diferenças.

Porém, uma das condições para essa compreensão é a superação das tradicionais categorias bipolares (bom-mau, cidadão de bem-delinquente, certo-errado), e, conseqüentemente, a aceitação das nossas sombras, da dualidade que nos conforma.

Nossa mente tende a cindir o bom do mau e a projetar no ambiente e nos outros tudo o que não aceitamos em nós mesmos. A prisão possibilita que esses dois eficazes mecanismos de defesa do ego (cisão e projeção) sejam acionados: “a segregação através da prisão representa simbolicamente a expulsão do criminoso que existe dentro do indivíduo, concentrando naquele que está preso tudo o que existe de ruim” (Sá, 1990, p. 26).

A motivação pessoal que me levou ao GDUCC foi a possibilidade desse re-encantamento, do encontro, a disponibilidade para escutar dos indivíduos presos a sua história, a qual não compõe a “verdade dos autos”; me reconhecer no outro, me emocionar⁽¹⁰⁾ com o humano que há em todos nós:

“É o desejo de ler na fisionomia, nas palavras das pessoas, a escrita declaratória da compreensão, da compaixão com as verdades confessadas, a fim de diminuir a distância do isolamento vivido, lembrando à humanidade de que são constituídos, e que podem, também, ser percebidos pelos sentimentos demonstrados” (Câmara, 2001, p. 173).

Muito já me questionei se essa seria uma visão romantizada dentro de um trabalho de execução penal. Mas cada vez mais me convenço de que, ao lado de uma mudança estrutural do sistema penal — no sentido de ter seu alcance reduzido tanto quantitativa como qualitativamente, de forma a se tornar menos seletivo e estigmatizante —, faz-se necessária uma mudança nas concepções mais sutis da sociedade.

A transformação começa com a disponibilidade individual de integrarmos nossos opostos e aceitarmos o diferente, o desviante, como parte nossa e da sociedade em que vivemos; de abrirmos mão da “nossa pureza” e da glória de estarmos incluídos entre os “cidadãos de bem”, para reconhecermos que também somos feitos de sombra.

Essa mudança passa ainda pelo fortalecimento psíquico-social dos segmentos menos privilegiados da sociedade, de forma a ampliar suas possibilidades de defe-

sa frente à estigmatização e à exclusão. E termina com uma reflexão quanto à necessidade da escolha da punitividade como estratégia de disciplinamento dentro das nossas instituições, sejam elas escolas, igrejas, prisões ou nossas próprias casas.

IV. Conclusão

Essas três propostas buscam se contrapor à lógica do cárcere ao devolver ao indivíduo a responsabilidade sobre sua história a partir do poder simbólico da fala. O cárcere, ao determinar quando, como, e quais atividades o preso deve realizar, contribui para a infantilização do sujeito, assim como para a homogeneização das suas diferenças, na medida que não há espaço, nem interesse, na manifestação de subjetividades.

Ademais, como a seletividade do sistema de controle constitui uma realidade inegável, assim como a resistência da sociedade em aceitar esses indivíduos, a tendência dos presos (até enquanto mecanismo de defesa que justifica sua inércia) é a vitimização e, conseqüentemente, a desresponsabilização pela sua vida.

A “escrita de si” ou qualquer outra forma de dar a palavra ao preso faz que este se “empodere”; que tenha sua força reconquistada; que tome a autoria da sua história em suas mãos e, conseqüentemente, se responsabilize por essa trajetória.

“Volto a afirmar que, mesmo com o apoio de todos, foi preciso me esforçar muito. Fazer é querer, se o indivíduo não quiser mudar a vida ninguém jamais consegue fazer ele mudar. Eu me sinto honrado por minha persistência, pois passei dias difíceis no cárcere, ao lado de um caderno, escrevendo o meu livro, o qual não foi em vão”.⁽¹¹⁾

Bibliografia

- BARATTA, Alessandro.** *Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado*, in **OLIVEIRA, E.** (coord.), *Criminologia Crítica* (Fórum Internacional de Criminologia Crítica Belém: CEJUP, 1990, pp. 141-157).
- BERISTAIN Antonio.** *Re-Encantamiento Crimi-no-logic en Proximidad desde el Des-En-can-ta-mien-to*, Madrid: Actualidad Penal, 1993, pp. 343-359.
- BORDIEU, Pierre.** *Coisas Ditas*, São Paulo: Brasiliense, 2004.
- CÂMARA, Heleusa Figueira.** *Além dos Muros e das Grades (Discursos Prisionais)*, São Paulo: EDUC, 2001.
- CIAMPA, Antônio da Costa.** “Identidade”, in **W. Codo & S. T. M. Lane** (orgs.), *Psicologia Social: O Homem em Movimento* (pp. 58-75), São Paulo: Brasiliense, 2004.
- FOUCAULT, Michel.** *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.
- FOUCAULT, Michel.** *Estratégia, Poder-Saber*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- SÁ, Alvinho Augusto de.** “Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade”, *Revista da Es-ma-pe Recife*, v. 5, n° 11, jan./jun. 2000, pp. 25-70.

SPINK, Mary Jane (org.). *Práticas Discursivas e Produção dos Sentidos no Cotidiano: Aproximações Teóricas e Metodológicas*, São Paulo: Cortez, 1999.

Notas

- (1) Fala de **Sales** (1994) in **CÂMARA**, 2001, p. 156.
- (2) Convênio da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia com a Fundação Biblioteca Nacional para implementação do Programa Nacional de Incentivo à Leitura (Proler) primeiramente na Casa de Detenção (1990-1993) e depois no Presídio Regional Nilton Gonçalves (a partir de 1994).
- (3) Daí talvez, a importância da presença da figura materna na vida dos presos. A prisão é definida pela cultura carcerária pelo ditado “onde o filho chora e a mãe não ouve” (há inclusive uma letra de rap do grupo Facção Central cujo refrão diz “Ratatá, ratatá, o sangue vai escorrer, aqui é onde o filho chora (BUM) e a mãe não vê”).
- (4) Como referência temos a pesquisadora **Mary Jane Spink**, professora do programa de pós-graduação em Psicologia Social da PUC-SP e coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre as Práticas Discursivas e Produção de Sentidos (especificamente **SPINK**, 1999).
- (5) Nesse sentido a iniciativa de **Foucault** de organizar e editar o memorial escrito por **Pierre Rivière** (que assassinou brutalmente parte de sua família), no qual ele reconstrói os caminhos da própria conformação identitária a partir de discursos jurídicos e psiquiátricos (*Eu, Pierre Rivière, que Degolei Minha Mãe, Minha Irmã e Meu Irmão*, Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2003).
- (6) Trecho de *Sobre as Prisões* de **Michel Foucault**, publicado originalmente em 1971 (**FOUCAULT**, 2006, p. 4).
- (7) <http://getcrim.blogspot.com/>
- (8) O GDUCC é um grupo interdisciplinar composto por estudantes e profissionais das áreas do Direito e Psicologia, que tem a coordenação do prof. dr. **Alvinho Augusto de Sá**, e a coordenação conjunta minha e da pesquisadora **Maria Emília Nobre Bretan**.
- (9) Diferentemente das chamadas ideologias “res” (ressocialização, reeducação) pelas quais cabia ao indivíduo readequar-se valorativamente como condição de seu aceite pela sociedade.
- (10) As primeiras lágrimas vieram logo no 2º Encontro do GDUCC a partir de uma dinâmica que propunha a todos os participantes (tanto nós da academia, quanto os presos e os agentes de segurança penitenciária) que contassem uma lembrança alegre e uma outra triste da sua trajetória. Essa experiência trouxe a percepção de que apesar de todas as diferenças individuais, e principalmente, sociais, nós estávamos unidos por nossas dores e alegrias, nossos sorrisos e lágrimas ainda eram constituídos da mesma matéria.
- (11) Fala de **Teixeira** (1996) in **CÂMARA**, 2001, p. 156.

Ana Gabriela Mendes Braga

Pós-graduanda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP, pesquisadora com Bolsa Capes e coordenadora adjunta do Grupo de Temas de Criminologia e do Grupo de Diálogos Universidade Cárcere Comunidade (ambos da FDUSP)

É muito provável que todo e qualquer estudante de Direito, ainda que não opte pelo intrincado caminho das Ciências Penais, saiba, mesmo que *en passant*, o que é “detração penal”.⁽¹⁾

Entretanto, quicâ por conta da singeleza do seu conceito, certo é que o instituto da detração penal não costuma despertar muitos debates no seio da doutrina criminal. Na jurisprudência, da mesma forma, o art. 42, do Código Penal não é foco de grandes controvérsias ou debates, salvo a difícil questão que envolve a possibilidade de se computar na pena privativa de liberdade/medida de segurança de um determinado feito, o tempo de prisão provisória/prisão administrativa/internação ocorrido em outro processo.

Contudo, apesar do aparente desinteresse da doutrina e da jurisprudência pátrias, vale ressaltar que a **forma de contagem do tempo de prisão provisória/internação na pena privativa de liberdade/medida de segurança efetivamente aplicada** é um ponto extremamente importante que, lamentavelmente, vem merecendo pouca atenção por parte dos aplicadores da lei penal, muito embora possa gerar grandes dúvidas na prática e incommensuráveis prejuízos ao jurisdicionado.

É bom salientar, desde logo, que o Código Penal, em seu art. 42, não determina a maneira pela qual se computará, “na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, (...) o de prisão administrativa e o de internação”. Daí, então, é que vem a seguinte indagação:

- Apesar da objetividade do texto legal, o “tempo” da detração a ser computado na pena aplicada deve ser somado ao tempo de pena já cumprido (ou seja, acrescido no final do cálculo dos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais) ou, então, deve aquele período ser abatido do total da pena imposta na sentença (ou seja, um mero “desconto” da pena aplicada), sendo que, nesse caso, a concessão dos benefícios dependerá do cálculo efetuado sobre a pena remanescente?⁽²⁾

O tema efetivamente merece certa reflexão, uma vez que aquelas duas formas distintas de se enxergar a detração (o que ocasiona diferentes maneiras de se computar o tempo a ser “detraído”) conduzem a resultados absolutamente diferentes na prática.

Senão, vejamos:

Situação 1 — “A”, primário e de bons antecedentes, foi condenado a 6 (seis) anos de reclusão (ou 72 meses), em regime inicial fechado, pela prática de crime de roubo com o emprego de arma. Durante a fase de instrução, ficou preso por

3 (três) meses até ser beneficiado com a liberdade provisória. Após o trânsito em julgado da condenação, “A” é preso em 01/01/2007 e, daí em diante, passa a cumprir a sua pena.

Sendo assim, certo que o acusado pretende progredir ao regime semi-aberto (o que ocorrerá quando ele cumprir 1/6 da pena, isto é, **1 ano**), temos o seguinte quadro:

a) Se considerarmos que o tempo de prisão provisória é, de fato, “pena cumprida” e, por isso, deve ser somado ao tempo de “prisão-pena” efetivamente descontado, “A” teria direito à progressão ao regime semi-aberto em **30/09/2007**, já que, nessa situação, em se adicionando os 3 (três) meses de prisão provisória aos 9 (meses) de pena cumprida, teríamos, naquela data, exatos 12 meses já cumpridos (ou seja, 1/6 do total da pena aplicada).

b) De outro lado, em se adotando o entendimento de que o período de prisão provisória deve ser “abatido” do total da pena, para só ao depois analisar o cumprimento do lapso temporal necessário à progressão de regimes, é certo que o cálculo para a obtenção do benefício seria feito sobre 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de pena (69 meses, no total). E, nessa situação, “A” só poderia progredir de regime em **15 de novembro de 2007** (explica-se: 1/6 de 69 meses = 11 meses e 15 dias).

Situação 2 — “B”, reincidente em crime doloso, foi condenado a 10 anos de reclusão. Permaneceu provisoriamente preso por 2 anos, quando veio a ser solto por força de *habeas corpus*. Transitada em julgado a condenação, “B” foi preso em **01/06/04** e, agora, almeja obter o benefício do livramento condicional.

Como é reincidente em crime doloso, só terá direito ao benefício quando completar mais da metade da pena (art. 83, inc. II, do CP, isto é, **5 anos e 1 dia**). Sendo assim, dentro do tema aqui levantado, teríamos as seguintes possibilidades:

a) Em se considerando o período de prisão provisória como pena efetivamente cumprida, “B” fará jus ao benefício a partir de **01/06/07**, já que somente naquela data é que ele terá cumprido 5 anos e 1 dia do total da sua pena (2 anos de prisão provisória + 3 anos e 1 dia da chamada “prisão pena”).

b) Pela outra forma de cálculo, segundo a qual o tempo de prisão provisória é “abatido” do total da pena (sendo certo que, ao depois, o cálculo do benefício é feito sobre o montante remanescente), “B” faria jus ao livramento condicional somente a partir de **01/06/08** (explica-se: 10 anos de pena – 2 anos de prisão provisória = 8 anos a serem cumpridos; logo, como 1/2 de 8 é quatro, “B” deveria ficar

preso por mais 4 anos a partir da data da sua prisão, ocorrida em 01/06/04).

Como se vê, a questão aqui debatida é extremamente importante, pois acarreta diversas consequências na execução da pena privativa de liberdade.

Entretanto, apesar de existirem duas formas para se calcular o tempo a ser computado como “detração penal”, certo é que, *data maxima venia*, aquele “desconto” do total da pena (letra “b”, nos exemplos dados) não pode, de forma alguma, ser aceito como a forma correta de se fazer o cálculo.

E tudo porque, **em primeiro lugar**, vale salientar que o legislador penal, ao tratar da detração, foi taxativo ao reger que o tempo de “prisão provisória”, “prisão administrativa” ou de “internação” é, de fato, **computado** na pena privativa de liberdade.

Assim, muito embora o nosso Código Repressivo não tenha definido um método ideal para o cômputo do tempo da detração, é importante ressaltar, no entanto, que ao menos indicou o caminho a ser seguido, haja vista que o verbo “computar”, no seu sentido semântico, nada mais é do que “incluir”, “somar”, “acrescentar”.

Sendo assim, fica evidente, pois, que o período de “prisão provisória ou administrativa” anterior à condenação deve ser tido como pena efetivamente cumprida, já que deve ser **somado** ao período de “prisão-pena” para efeito de cálculo de algum benefício inerente à execução penal.

Nesse sentido, inclusive, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão recente, já definiu que “a soma dos períodos é consequência do disposto no artigo 42 do Código Penal que usa o verbo “computar”, cujo comando é incluir, contar”.⁽³⁾

Em segundo lugar, como se não bastasse o próprio sentido do verbo adotado no art. 42, do CPB, nunca é demais lembrar que, mormente no Direito Penal, existindo alguma dúvida na interpretação da norma, há que se buscar, sempre, uma posição que não prejudique em demasia o acusado.

In casu, como já dito retro, o legislador penal não foi claro ao reger a forma pela qual se opera a detração.

E, como essa “lacuna” existente no art. 42, do CP, provoca interpretações diversas, certo é que, em situações que tais, até mesmo em obediência a princípios de hermenêutica, deve-se, sempre que possível, buscar a forma mais benéfica ao réu.⁽⁴⁾

Logo, pouco mais precisaria ser dito para se demonstrar que o tempo a ser “detraído” da pena aplicada é, de fato, **pena cumprida** e, por isso, deve ser somado ao lapso temporal da sanção penal efetiva-

mente descontada pelo condenado (posição “a”, nos exemplos dados).

Desta forma, evidente, pois, que o instituto da detração penal não provoca um “desconto” da pena aplicada, já que, para os efeitos de concessão de benefícios durante a execução da pena, esta interpretação é mais prejudicial ao condenado.

Em terceiro lugar, nunca é demais lembrar que o cálculo dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal deve ser feito, sempre, sobre o montante da **pena cumprida e à luz da pena aplicada** na sentença condenatória.

De outro lado, é cediço, também, que ao Juízo das Execuções Criminais é vedado modificar o *quantum* e, em regra, a espécie de pena aplicada na sentença condenatória.

Dessarte, em se permitindo que o Juiz das Execuções Penais utilizasse, num primeiro momento, o tempo a ser “detraído” para descontá-lo da pena efetivamente aplicada e, ao depois, calculasse os benefícios com base no *quantum* remanescente, estar-se-ia, em real verdade, possibilitando uma indevida alte-

ração da sentença penal condenatória e, no mais das vezes, com ofensa à própria coisa julgada material.

Por todas essas razões, portanto, é que se afirma, sem medo de errar, que, apesar do silêncio da lei penal, o tempo de “prisão provisória/administrativa” ou de “internação” que o condenado suportou antes da condenação vale, efetivamente, **como pena cumprida** e, por isso, para efeito do cálculo de benefícios típicos da fase de execução penal, deve ser **somado** ao tempo de “prisão-pena” cumprido, formando, assim, um só e monolítico todo. Trata-se, indubitavelmente, do critério que melhor se coaduna com a moderna política criminal.

Por derradeiro, vale salientar que entendimento diverso, além de injusto, também acarretaria um desnecessário prejuízo à já tão sofrida situação dos encarcerados do nosso falido sistema prisional. ●

Notas

- (1) Detração penal, em largas linhas, nada mais é do que “a contagem no tempo da pena priva-

tiva de liberdade e da medida de segurança do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento” (cf. **Guilherme de Souza Nucci**, in *Manual de Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 389).

- (2) *Mutatis mutandis* e guardadas as devidas diferenças, situação semelhante também ocorre no cômputo do prazo do tempo remido, referente ao instituto da remição (art. 126, da LEP).
- (3) *Habeas Corpus* nº 984.218.3/2, de Laranjal Paulista, julgado em 9 de outubro de 2005, pela colenda 2ª Câmara do 1º Grupo da Seção Criminal do eg. TJ/SP, em que foi relator o des. **Almeida Braga**.
- (4) Nesse sentido, embora com algumas ressalvas, ver **Carlos Maximiliano**, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980, p. 326.

Euro Bento Maciel Filho

Bacharel em Direito pela PUC/SP, mestre em Direito Penal pela PUC/SP, advogado e professor de Direito Penal, na Unip/SP

ASPECTOS POLÊMICOS DA LEI DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI Nº 11.340/06)

Paulo Henrique Aranda Fuller

O art. 41 da Lei nº 11.340/06, de 7 de agosto de 2006, dispõe que “*aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*”.

Como se percebe, a proibição da aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 (notadamente a transação penal e a suspensão condicional do processo) se restringe aos **crimes** praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher e, por isso, não alcança quaisquer contravenções penais, ainda que sujeitas ao regime jurídico da Lei nº 11.340/06.

Tal interpretação é corroborada pelo fato de o art. 41 da Lei nº 11.340/06 salientar que a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 *independe da pena cominada*, pois a quantidade da pena privativa de liberdade apenas se afigura relevante para a definição do menor potencial ofensivo de crimes e não de contravenções penais, como se infere do art. 61 da Lei nº 9.099/95 (com a redação da Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006).

Assim, *v.g.*, no caso de vias de fato (art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41), a despeito da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher⁽¹⁾

— ou das varas criminais, enquanto não estruturados⁽²⁾ (mas nunca dos JECrim's) —, continuam podendo ser aplicadas a transação penal e a suspensão condicional do processo, bem como o procedimento (preliminar e sumariíssimo) da Lei nº 9.099/95 e a necessidade de representação da ofendida, por interpretação extensiva do art. 88 do mesmo diploma legal.

O art. 16 da Lei nº 11.340/06, ao admitir a renúncia ao direito de representação antes do recebimento da denúncia, suscita uma aparente contradição: como se poderia cogitar de renúncia (abdicção de um direito ainda não exercido) depois do oferecimento da denúncia, que pressupõe a representação como condição de procedibilidade?

Diante disso, alguns autores sugerem a inutilidade da alusão ao “recebimento da denúncia”,⁽³⁾ enquanto outros consideram que o legislador empregou a palavra “renúncia” com o sentido comum de retratação (desistência) da representação manifestada.⁽⁴⁾

Discordamos das interpretações que reduzem o espectro do art. 16 da Lei nº 11.340/06, criando restrições não contempladas em lei. Creemos que o dispositivo em questão simplesmente criou uma fu-

são de dois atos, compreendendo, ao mesmo tempo, a retratação da representação e a abdicção (renúncia) de seu exercício em momento ulterior, impedindo com isso a denominada “retratação da retratação” (que significa nova representação dentro do prazo decadencial).

Com efeito, se se tratasse de mera retratação da representação, não se justificaria a preocupação do legislador em cercar o ato de garantias, impondo que a renúncia seja manifestada perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, e ouvido o Ministério Público.

Consigne-se ainda que o art. 79 da Lei nº 9.099/95, ao permitir a aplicação do seu art. 74 (composição civil) antes da abertura da audiência de instrução e julgamento (antes do recebimento da denúncia), já reconhecia a possibilidade de renúncia (legal) ao direito de representação, mesmo depois do seu exercício e do oferecimento da denúncia.

O art. 16 da Lei nº 11.340/06, portanto, passou a albergar, em sede legal, a renúncia *voluntária* ao direito de representação (o Código Penal disciplina somente a renúncia ao direito de queixa⁽⁵⁾ e, no sistema dos JECrim's, a renúncia decorrente

do acordo civil homologado é legal⁽⁶⁾ e não-voluntária), impondo ao juiz, no procedimento dos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, a designação de audiência preliminar (antes do recebimento da denúncia) para a ofendida manifestar sua renúncia ou ratificar a representação.

Importante salientar que a **renúncia** ao direito de representação e a **retratação** da representação (arts. 102 do CP e 25 do CPP) se distinguem claramente, quer em função da *eficácia* (com a renúncia, opera-se a extinção da punibilidade imediata, enquanto que, com a retratação, conserva-se a fluência do prazo decadencial), quer em face do *limite temporal* (a re-

núncia pode ocorrer antes do recebimento da denúncia, ao passo que a retratação pode ocorrer antes do oferecimento da denúncia) que cada qual apresenta.

Por derradeiro, cabe apreciar a subsistência ou a supressão da representação da ofendida no crime de lesão corporal de natureza leve qualificada pela ambiência doméstica ou familiar (art. 129, § 9º, do CP).

Como cediço, o art. 129, § 9º, do Código Penal, não distingue se o sujeito passivo é homem ou mulher, de sorte que a subsunção a este tipo penal não exige a ocorrência de violência doméstica ou familiar *contra a mulher*. Por isso, pode-se perfeitamente cogitar de crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica ou familiar, sem que incidam os rigores da Lei nº 11.340/06, bastando, para tanto, que o sujeito passivo da infração penal haja sido um homem (pai, filho, irmão do agente etc.).

Tratando-se, no entanto, de crime praticado com violência doméstica ou familiar contra a mulher, e considerando que a necessidade de representação, no crime de lesão corporal de natureza leve, decorre do disposto no art. 88 da Lei nº 9.099/95, questiona-se, em face da proibição contida no art. 41 da Lei nº 11.340/06, se a ação penal do crime definido no art. 129, § 9º, do Código Penal, teria (ou não) se tornado pública *incondicionada*.

Duas orientações podem ser sustentadas a esse respeito:

Primeira posição: a ação penal passou a ser pública **incondicionada**, pois, no

crime de lesão corporal de natureza leve, a necessidade de representação da ofendida decorre do art. 88 da Lei nº 9.099/95, cuja aplicação foi afastada pelo art. 41 da Lei nº 11.340/06.⁽⁷⁾

Para essa corrente, o art. 16 da Lei nº 11.340/06, que admite a renúncia ao direito de representação, diria respeito apenas aos crimes de ação penal pública condicionada em que a representação fosse pre-

vista em diploma legal diverso da Lei nº 9.099/95, como ocorre com o crime de ameaça (art. 147, parágrafo único, do CP) ou com os crimes contra os costumes, quando a ofendida for pobre (art. 225, § 1º, I, c/c o § 2º).

A adoção dessa orientação implicaria o surgimento de duas categorias de lesão cor-

poral qualificada pela violência doméstica ou familiar (art. 129, § 9º, do CP): uma, de ação penal pública *incondicionada*, para os casos em que o sujeito passivo da ofensa for mulher; outra, de ação penal pública *condicionada* à representação do ofendido, quando este for homem, em flagrante afronta ao princípio constitucional da isonomia (basta imaginar a conduta de uma filha que agrida seus pais, causando-lhes lesões corporais de natureza leve: o crime praticado contra a mãe seria de ação penal pública *incondicionada*, por força do art. 41 da Lei nº 11.340/06, enquanto que o crime perpetrado contra o pai seria de ação penal pública *condicionada* à representação do ofendido, a teor do art. 88 da Lei nº 9.099/95).

Segunda posição: a ação penal permanece pública **condicionada** à representação do ofendido, nos termos do art. 88 da Lei nº 9.099/95.⁽⁸⁾

Entendemos correta a segunda posição, afinal, se o legislador cercou de garantias a renúncia ao direito de representação, prestigiando assim a vontade da ofendida, não seria coerente ignorar esta mesma autonomia no caso do crime definido no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Ademais, se fosse essa a intenção do legislador, ele certamente teria estabelecido a ação penal pública incondicionada para a generalidade dos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, mormente para aqueles mais graves, como os de estupro e atentado violento ao pudor.

Por isso, a partir de uma interpretação

sistemática da Lei nº 11.340/06, notadamente de seus arts. 41 e 16, consideramos que a ação penal do crime de lesão corporal de natureza leve qualificada pela ambiência doméstica ou familiar (art. 129, § 9º, do CP) continua sendo pública condicionada à representação da ofendida, de sorte que a proibição da aplicação da Lei nº 9.099/95 (art. 41 da Lei nº 11.340/06) não alcançaria o art. 88 do aludido diploma legal, em respeito à liberdade de decisão da mulher, considerada de acordo com suas condições peculiares (art. 4º da Lei nº 11.340/06). ●

Notas

- (1) Art. 14, *caput*, da Lei nº 11.340/06.
- (2) Art. 33, *caput*, da Lei nº 11.340/06.
- (3) **Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini** entendem que “o citado art. 16, de modo incompreensível, diz que a audiência (designada para que a vítima manifeste sua renúncia) deve ser realizada ‘antes do recebimento da denúncia’ (sic). Nesse ponto, salvo melhor juízo, o legislador escreveu palavras inúteis. Se a renúncia só pode ocorrer antes do oferecimento da representação e se o Ministério Público antes dessa manifestação de vontade da vítima não pode oferecer denúncia, parece evidente que a lei não poderia ter feito qualquer menção ao ‘recebimento da denúncia’” (“Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 1178, 22 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em: 5 jan. 2007).
- (4) **JESUS, Damásio de**. “A questão da renúncia à representação na ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)”, São Paulo: *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, set. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>.
- (5) Arts. 104 e 107, inciso V, primeira figura, do Código Penal.
- (6) Art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.
- (7) Cf. **GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice**. *Op. cit.*
- (8) Cf. **JESUS, Damásio de**. “Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)”, São Paulo: *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, set. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>.

Paulo Henrique Aranda Fuller

Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, juiz de Direito no Estado de Minas Gerais, ex-delegado de Polícia em São Paulo, professor de Direito Penal e Processo Penal no Curso Prima e Escola Superior da Advocacia /SP

Condenados definitivos a pena privativa de liberdade em regime inicial *semi-aberto*, que se apresentam para cumprimento da sanção imposta, têm sido recolhidos a Delegacias de Polícia ou a Centros de Detenção Provisória, em regime *fechado*, no meio de presos não condenados, com total desrespeito às garantias constitucionais da coisa julgada e da individualização da pena.

Só depois de estarem em regime *fechado* é que se expede a guia de recolhimento, com a qual principia a execução, possibilitando aos condenados a ida para o regime *semi-aberto*, se e quando houver vagas.

Esse é o entendimento de juízes e tribunais, que invocam, para tanto, o **art. 105 da LEP**, o qual preceitua: “*Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento.*”

Sucedo, porém, que o **art. 107** da mesma LEP prevê textualmente: “**Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.**”

Como compatibilizar esses dois dispositivos? Se a guia só puder ser expedida “*se o réu... vier a ser preso*”, **sob que fundamento ou a que título** — inexistindo prisão cautelar — seria o condenado “recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, **sem** a guia expedida pela autoridade judiciária?”

Esse *conflito aparente de normas* deverá ser resolvido em favor do acusado, em face do secular princípio *favor libertatis*, que sempre o beneficia, **prevalecendo**, na espécie, o referido art. 107.

É esse dispositivo o **único** compatível, outrossim, com a garantia da individualização de pena, prevista no art. 5º, inciso XLVIII, da *Magna Carta*, *verbis*: “*A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.*”

Dispõe, a seu turno, o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República que “*a lei regulará a individualização da pena.*”

Ora, o Código Penal, em seu **art. 33, § 1º, b**, considera “*regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar*”, enquanto que o **§ 2º, b**, do mesmo artigo estabelece que “*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá desde o início, cumpri-la em regime semi-aberto.*”

O mencionado *conflito aparente de normas* repercute na doutrina.

Júlio Fabbrini Mirabete, comentando o art. 105 da LEP, afirma que “*enquanto não ocorrer a prisão, não se pode expedir a guia de recolhimento*”, sendo que a razão dessa exigência seria o fato de que a guia “*deve conter a data da terminação da pena (art. 106, V), que só será conhecida, em princípio, quando se souber a data em que o condenado foi preso*” (*Execução Penal*, 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2004, p. 302).

Todavia, é o mesmo saudoso autor, quem, na mesma obra, em comentário ao art. 107 da LEP, assevera: “O art. 107 declara a **garantia** de que **não se pode recolher qualquer pessoa para cumprimento de pena privativa de liberdade sem a guia expedida pela autoridade judiciária**” (fls. 314).

É, ainda, **Mirabete** quem adverte que “*o diretor do presídio tem, assim, o dever de recusar o internamento do preso — e tal fato deve ser levado ao conhecimento do Ministério Público — quando desacompanhado de guia correspondente*”, constituindo “**crime de abuso de autoridade** ‘ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder’ (art. 4º, a, da Lei nº 4.898, de 9-12-65)” (*idem, ibidem*).

No mesmo sentido, o escólio de **Rogério Lauria Tucci**, para quem a LEP “*estabelece um único pressuposto (à evidência, jurídico) da execução penal, qual seja o título executivo consubstanciado em ato decisório de mérito condenatório, coberto pela coisa julgada; e expressando o conjunto dos arts. 105, 107, 171 e 172 que ninguém poderá ser recolhido em estabelecimento prisional... sem a respectiva guia...*” (*Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, pp. 282 e 283).

Por outro lado, não pode a garantia constitucional da **individualização da pena** — *in casu*, o regime inicial **semi-aberto** coberto pela **coisa julgada** — ceder lugar à exigência, meramente burocrática, de que a guia deverá conter “*a data em que o condenado foi preso*”, o que poderá ser feito *a posteriori*, quando a prisão — garantido já o regime inicial fixa-

do — for efetuada, mesmo porque o **§ 2º** do art. 106 da LEP prevê que a guia “**será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução**”.

Alguns acórdãos têm citado o art. 5º, b, da Resolução nº 9/1985 do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual “*a guia de execução ... será expedida... logo após o cumprimento do mandado de prisão*”.

Contudo, uma **simples resolução** não pode, *data maxima venia*, a exemplo do art. 105 da LEP isoladamente considerado, prevalecer sobre uma garantia constitucional!

A Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, em parecer exarado no HC nº 981.276.3 e aco-

lhido pela Corte paulista, já se pronunciou, por sua vez, no sentido de que “*o cumprimento específico do regime de pena fixado, depende de providência administrativa por parte do Estado, qual seja — a existência de vagas no regime aberto*”.

Despiciendo lembrar-se, aqui, que uma providência administrativa também não pode impedir o exercício de uma garantia constitucional!

Abordando o tema tratado, o STJ, no RHC nº 5.482/SP da 5ª Turma, relatado pelo ínclito ministro **Assis Toledo**, por votação unânime, teve a oportunidade de proclamar: “*A sentença condenatória é o título executivo judicial que deve ser executado com observância estrita do que nele se contém. Logo, constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso, ainda que por pouco tempo e no aguardo da expedição da Guia de Recolhimento.*”

Acrescente-se que, apesar do art. 105 da LEP restringir a expedição da guia de recolhimento ao réu já preso ou que vier a ser preso, **não obriga seja o mesmo custodiado em regime mais rigoroso do que o imposto pela sentença condenatória. Ante o exposto, conhecimento do recurso e dou-lhe provimento parcial para assegurar ao paciente a execução da pena desde o início no regime aberto.**”

Na mesma esteira, inúmeras outras decisões do STJ, garantindo, na falta de vagas no regime *semi-aberto*, o *aberto* ou a prisão domiciliar, podem ser citadas: RHC nº 8.250/SP, rel. min. **Gilson Dipp**, ➡

A guia de recolhimento deve ser expedida independentemente do cumprimento do mandado de prisão, garantindo-se ao condenado a execução da pena que lhe foi imposta, desde o início, no regime semi-aberto

➔ DJU 22.03.99; RHC nº 9.447/SP, rel. min. **Jorge Scartezini**, DJU 05.03.00; HC nº 7.370/MG, rel. min. **Fernando Gonçalves**, DJU 24.08.98, p. 105; e RHC nº 1.731/SP, rel. min. **Adhemar Maciel**, DJU 08.03.93, p. 3.137.

E mais recentemente: HC nº 48.629/MG, rel. min. **Hamilton Carvalhido**, DJU 04.09.06, p. 331; RHC nº 16.582/MG, rel. min. **Paulo Medina**, DJU 06.12.04, p. 365; Embargos de Declaração no REsp. nº 538.362/SP, rel. min. **José Arnaldo**, DJU 08.11.04, p. 271; e RHC nº 16.058/SP, rel. min. **Felix Fischer**, DJU 06.09.04, p. 271.

A nosso ver, portanto, a guia de recolhimento deve ser expedida **independentemente** do cumprimento do mandado de prisão, garantindo-se ao condenado a execução da pena que lhe foi imposta, **desde o início**, no regime **semi-aberto**, conforme decisão condenatória transitada em julgado.

Caso assim não seja, caberá a impropriedade de ordem de *habeas corpus* para que a Corte *ad quem* determine a imediata expedição da guia ou, subsidiariamente, permita ao condenado iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou em prisão domiciliar, até que lhe seja assegurada a vaga no regime semi-aberto. Caverá, ainda, pedido de liminar para sustar os efeitos do mandado de prisão até o julgamento do mérito do *writ*.

Isto porque não é constitucional, nem justo, muito menos moral, permitir-se que um condenado aguarde no medieval sistema carcerário brasileiro fechado, em uma Delegacia de Polícia ou em um Centro de Detenção Provisório, no meio de presos não condenados — sabe-se lá por quanto tempo — a disponibilização pelo Estado de vaga no regime menos rigoroso que lhe foi assegurado por decisão condenatória transitada em julgado. ◉

Roberto Delmanto
Advogado em São Paulo

Roberto Delmanto

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

UniRitter/IBCCRIM - 2ª Edição

Aula inaugural ministrada por Carlos Vico Mañas

Inscrições: de 4 de dezembro a 15 de março de 2007, na Sede da Faculdade de Direito: Rua Santos Dumont, 888 Niterói - Canoas - RS - CEP 92120-110

Fone/fax (51) 3464-2016 / 3464-2024 ou www.uniritter.edu.br

Coordenadores: professores Davi Tangerino e Rafael Braude Canterji

Período: março a dezembro de 2007

(segundas às quintas-feiras, das 19h às 22h30min)

Mais informações: www.uniritter.edu.br ou pelo fone: (51) 3464-2024 falar com Rafael Gaston ou Fatten Zaidan

(de segunda a quinta-feira, das 9h30min às 22h30min e às sextas-feiras, das 9h30min às 17h).

MESA DE ESTUDOS E DEBATES O (IM)POSSÍVEL JULGAR PENAL

8 de fevereiro de 2007 às 10h00

Local: Auditório do IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar - São Paulo/SP

Expositor: Amilton Bueno de Carvalho - desembargador do TJ/RS

Coordenadores: Paulo Sérgio de Oliveira, Andréa Cristina D'Angelo, Lucas C. Guimarães Diaz e Raíssa R. Balaniuc Mendes.

Vagas Limitadas!

Inscrições e informações: (11) 3105-4607 ramais 140/144

AULA INAUGURAL DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO DE MATO GROSSO - ESUD

1º de março de 2007 às 19 horas

Ministrada por **Alberto Silva Franco**

Local: Auditório da ESUD - Av. Bosque da Saúde nº 200,

Bairro Bosque da Saúde, Cuiabá -MT

Informações: (65) 3023-8565/8566 - www.esud.com.br

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº64 - JANEIRO-FEVEREIRO/2007

- *Funções e Limites da Prisão Processual* - **Antonio Scarance Fernandes**
- *Os Direitos Humanos na Zona de Contacto entre Globalização Rivals - Boaventura de Souza Santos*
- *El Derecho Penal Español y la Violencia de Género en la Pareja* - **Luís Arroyo Zapatero**
- *A Efetividade da Lei Maria da Penha* - **Maria Berenice Dias**
- *Drogas e Redução de Danos* - **Maria Lúcia Karam**

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Já estão abertas as inscrições para o **Laboratório de Ciências Criminais**, um programa de iniciação científica destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito.

Ao longo do curso serão abordadas questões atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal.

O Laboratório é gratuito para os alunos associados; os não-associados pagam mensalidade equivalente àquela associativa do IBCCRIM para estudantes.

O regulamento para participar do Laboratório de Ciências Criminais já se encontra no site do IBCCRIM.

Mais informações podem ser obtidas no site do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br), pelo e-mail (laboratorio@ibccrim.org.br) ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 124.

A mediação penal consiste na busca da solução de um conflito, originado de um ato delituoso, mediante a intervenção de um mediador e por meio do restabelecimento do diálogo entre as partes atingidas, dando ensejo à solução livremente negociada entre as partes.

O processo de mediação exige a intervenção de uma terceira pessoa, qual seja, o mediador, na qualidade de técnico habilitado na facilitação da comunicação.

Entende-se que na mediação penal devem atuar, no mínimo, dois mediadores, os quais devem ser profissionais com formação superior, não só na área do Direito, mas também nas áreas da Assistência Social, ou da Psicologia, ou da Sociologia, ou da Educação, ou da Saúde, ou da Administração de Empresas, com capacitação em curso de mediação e que devem atuar sob compromisso, independência e sigilo profissionais.

Merece ser destacado, a propósito, que a formação do grupo de mediadores deve levar em conta a interdisciplinaridade, como pedra de toque para criação de uma equipe dotada de conhecimentos em diversas áreas das ciências humanas, ou seja, multidisciplinar, para congregar esforços na mudança da cultura da adversidade e para alcançar a verdadeira cultura da paz.

A solução alcançada, por meio da mediação penal, pode ser algo diverso da indenização patrimonial, ou de uma obrigação de fazer ou não fazer, ou do perdão, através da retratação ao direito de representação. Vale dizer, a verdadeira solução para o conflito será algo estabelecido livremente pelas partes envolvidas, com a intervenção da equipe de mediadores.

Nessa linha de raciocínio, importa observar que a mediação difere da conciliação, pois nesta um terceiro procura restabelecer a negociação, apresentando alternativas que levem a um acordo. Os mediadores, por sua vez, são *facilitadores da comunicação* entre as partes, ou seja, técnicos habilitados em restabelecer o diálogo entre as pessoas, para que estas possam, por meio da comunicação, encontrar a solução do conflito.

Com essas concepções, a Promotoria de Justiça Criminal de Santana implantou o **Projeto Experimental Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar** por meio de uma parceria com os integrantes

do *Instituto Famíliae*,⁽¹⁾ utilizando os recursos humanos da referida entidade, de mediadores voluntários e da mencionada Promotoria de Justiça.

Com o propósito de intervir nos conflitos originados de infrações penais, caracterizados pela *violência modulada pelo ambiente doméstico*,⁽²⁾ tal parceria objetivou prestar atendimento à comunidade, sem qualquer custo, e proporcionar, também, a oportunidade de treinamento aos profissionais que concluíram o Curso de Capacitação de Mediação no citado Instituto, com a utilização de Oficinas de Prática de Mediação.

Foram criados dois núcleos. O primeiro, realizando atendimentos às quartas-feiras e integrado por mediadores voluntários. O segundo, com sessões aos sábados e utilizando as Oficinas de Prática de Mediação.

Entre a passagem do termo circunstanciado pela Promotoria de Justiça Criminal de Santana e a data da audiência preliminar, há um interregno, no qual os casos selecionados são encaminhados à mediação penal. É mister destacar que não há paralisação do andamento do feito criminal para atuação da mediação penal, pois se aproveita o referido lapso até a audiência preliminar.

A dinâmica desse projeto se inicia pelo convite às partes para participarem dos encontros de mediação, os quais, no mínimo de quatro sessões, são realizados nas instalações da citada Promotoria de Justiça.

A primeira dessas sessões denomina-se encontro de pré-mediação, no qual as partes envolvidas no conflito são orientadas acerca dos propósitos desse projeto, quais sejam, o restabelecimento do diálogo e a busca da paz, como também são informadas acerca dos procedimentos e das técnicas que serão utilizadas.

É importante ressaltar que as partes podem comparecer à mediação acompa-

nhadas de seus advogados ou de outras pessoas que se façam necessárias, desde que haja concordância entre elas.

Após **dezoito meses** de atuação, apurou-se que 23% das pessoas envolvidas celebraram acordos e outras 23% restabeleceram o diálogo, estas sem formalização de acordos. Verificou-se, também, que outras 43% pessoas submetidas à mediação penal restabeleceram o diálogo, sem que fosse necessária a frequência às

quatro sessões programadas.

A indagação que deve afligir, a esta altura, cinge-se em saber qual foi a repercussão da mediação penal nos termos circunstanciados, que deram ensejo à participação das pessoas envolvidas no projeto?

Em 47% dos casos, as vítimas retrataram-se da represen-

tação oferecida. Tiveram prosseguimento 13% dos feitos, nos quais foi oferecida transação penal. Em 33% dos casos houve pedido de arquivamento pelo Ministério Público por ausência de indícios de crime.

Note-se que, na maioria dos feitos, a vítima retratou-se da representação apresentada na polícia, como consequência do restabelecimento do diálogo e da convivência harmoniosa.

Verificou-se, ainda, que, em outros feitos o promotor de Justiça Criminal requereu o arquivamento por ausência de elementos indiciários, mas as pessoas envolvidas foram encaminhadas à mediação penal, como instrumento preventivo à utilização da via penal no enfrentamento de novos conflitos de *violência modulada pelo ambiente doméstico*.

A indicação retro de que, em alguns casos foi efetuada a transação penal, em que pese o restabelecimento do diálogo entre as partes, evidencia que a mediação penal não constituiu óbice à regular tramitação do procedimento penal, pois a parte ofendida, querendo, pode manter a representação e, nas in-

Essa nova visão da Justiça Penal, trazida pelo modelo restaurativo, implica uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, tanto para reconhecer a importância das medidas adotadas para efetiva solução dos conflitos entre as partes, mas também para apurar sua eficiência, em médio prazo, na diminuição do custo social para contenção da violência modulada pelo ambiente doméstico.

➔ frações penais de ação penal pública incondicionada, a despeito do encaminhamento das partes à mediação penal, o Ministério Público não foi tolhido da sua função institucional de oferecimento da transação penal ou da denúncia.

Outra constatação importante diz respeito à natureza dos conflitos levados à mediação penal interdisciplinar. A expressiva maioria deles, como dito, está relacionada à *violência modulada pelo ambiente doméstico*, envolvendo a chamada violência de gênero, porém, como se trata de um projeto-laboratório, se experimentou, também, a violência entre pai e filho, conflitos entre vizinhos, desentendimentos com a participação de idosos e envolvendo locador e locatário. Em todos esses conflitos a mediação penal se mostrou eficiente, sobretudo pela característica de que neles as pessoas envolvidas continuaram a manter contatos após o entrevero, por força das circunstâncias.

Conclusões

A mediação penal constitui um dos instrumentos da Justiça Restaurativa e que se volta, com ênfase, no restabelecimento do diálogo entre o ofendido e o agressor, para propiciar o encontro de uma solução para o conflito ou a restauração da vítima, com a perspectiva da reparação dos danos experimentados.

Essa nova visão da Justiça Penal, trazida pelo modelo restaurativo, implica uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, tanto para reconhecer a importância das medidas adotadas para efetiva solução dos conflitos entre as partes, mas também para apurar sua eficiência, em médio prazo, na diminuição do custo social para contenção da *violência modulada pelo ambiente doméstico*.

Na experiência apurada nesse projeto verificou-se que a mediação penal tem o condão de buscar o *empoderamento* das partes, vale dizer, a criação de uma cultura de auto-composição, não só para o conflito estabe-

lecido, mas também para prepará-las para outros eventuais desentendimentos, nos quais, fortalecidas, poderão prevenir sua ocorrência ou encontrar uma solução adequada e respeitosa, sem a intervenção do aparato estatal.

A mediação penal constitui, portanto, um novo mecanismo de encaminhamento de conflitos, originados da prática de crimes de menor gravidade — com resultados eficazes na contenção da violência, sobretudo na modulada pelo ambiente doméstico, na ressocialização dos autores, no restabelecimento das relações e na educação da sociedade —, a ser inserido no ordenamento jurídico processual penal. ●

Notas

- (1) O Instituto Familiaie é uma associação sem fins lucrativos, criada em 1991, por um grupo de psicólogos e psiquiatras. Referida Instituição há anos presta, entre outras atividades, atendimento em mediação aos indivíduos que estejam vivendo situação de conflito em suas relações de casal, família ou institucional e realiza seminários, cursos e eventos para a formação, atualização e aperfeiçoamento profissional, teórico e técnico de mediadores.
- (2) Para os efeitos do projeto experimental de mediação penal, ora apresentado, entende-se *por violência modulada pelo ambiente doméstico* aquela em que os atores são pessoas conhecidas e que continuarão a viver, no mais das vezes, sob o mesmo teto, ou no mesmo condomínio ou ambiente, ou terão contatos frequentes após a prática da infração penal por força das circunstâncias. Ao contrário de outros delitos, como o roubo ou o acidente de trânsito, em que os envolvidos são pessoas estranhas e que jamais se encontrarão após a intervenção do aparato estatal.

Airton Buzzo Alves

Promotor de Justiça Criminal de Santana, coordenador do Projeto Experimental Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar, mestre em Processo Penal/PUC e professor da Universidade São Judas Tadeu

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

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ MINAS GERAIS

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

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná
- Ministério Público 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

11º CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS - 2007

É hora de se programar. O regulamento não demora a chegar.

O trabalho premiado será conhecido no 13º Seminário Internacional do IBCCRIM.

8 a 11 de outubro de 2007

Mais informações: www.ibccrim.org.br ou pelo telefone 3105-4607, ramais 125 ou 133.

ATUALIZE SEU CADASTRO!

Para aperfeiçoarmos o contato com nossos associados, pedimos a gentileza de que seus dados estejam sempre atualizados. Isto pode ser feito diretamente através do site www.ibccrim.org.br, na seção "Fale Conosco", no campo "Atualização de Cadastro".

Se preferir, envie um e-mail para ibccrim@ibccrim.org.br



integrada

RT CÓDIGOS MINICÓDIGOS E VADE MECUM 2007

Aos melhores, o melhor. Você pode confiar na RT:
esta marca vem com 95 anos de experiência e tradição.

Vade Mecum

- Mais de 300 normas em 2.144 páginas. Impressão em 2 cores, papel e letras especiais.
- + Capa plástica protetora, fitas marcadoras e etiquetas adesivas identificadoras.
- + Brochura de 128 páginas com conteúdo doutrinário de 10 matérias.
- + CD-ROM com mais de 700 normas, com versão para palm-top.

Códigos

Conteúdo completo,
nova diagramação,
fita marcadora e
acabamento cartonado.



MiniCódigos

Novo formato, novo papel,
fita marcadora
e etiquetas identificadoras.
Mais portátil e com
mais conteúdo.

Faça seu cadastro e tenha, pela internet, vantagens exclusivas: atualização gratuita até 1º.11.2007, com texto formatado e pronto para encaixe no volume; acesso a palestras com os maiores juristas do País; e cupom de desconto para compras em nosso site.

Os únicos
atualizados
até janeiro
de 2007

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br

