

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

A QUEM VIVE UM SONHO

Ao final de mais um biênio de existência — e já se passaram sete — muitos teriam uma visão retrospectiva do que passou, do que se fez, pelo que passamos e o que poderia ter sido feito. Não no **IBCCRIM**.

O passado, para este Instituto, é apenas fonte de aprendizado e de experiências, não é algo a se glorificar ou a se lamentar. A quem vive um sonho, não é dado olhar para trás, só existe o futuro e um presente sempre repleto de labor para as conquistas do porvir.

Como é bom trabalhar com realizadores de sonhos. Como é bom ver sonhos se tornando realidade nas mãos de utopistas dispostos a caminhar conosco em dias difíceis, em momentos duros de involução sociojurídica, em quadrantes desalentadores do ser humano e do ser político.

Não foram poucos os sonhadores dos vários cantos do Brasil e de outros países, que fizeram o crescimento contínuo dos ideais do **IBCCRIM**.

Das trincheiras já conhecidas e reconhecidas de nossas publicações científicas — boletim, revista e monografias — realizamos novos projetos como um programa de televisão semanal, no qual se discutirá ciência criminal de maneira dinâmica e coloquial. Renovam-se e ampliam-se os meios, mas se mantêm a fidelidade, com os compromissos fundamentais de um Estado democrático de Direito.

Nossos eventos — cursos, palestras, simpósios e seminários — deixaram de ser momentos e espaços de apresentação de um Instituto, que mostrava uma ausência nacional de debate científico, para passarem a ser ágoras científicas de exposições de idéias e de novas tendências teóricas, elaboradas por vários agentes nacionais que se irmanam e comungam dos nossos princípios.

O **IBCCRIM** assume, cada vez mais, feições nacionais e traz para seu seio os vários espectros dos debates e preocupações peculiares de cada região brasileira. Irreversivelmente, procura mostrar, em cada uma de suas manifestações, a preocupação de construir uma alma e mentalidade nacionais, como forma de se desenvolver, de maneira harmoniosa, uma verdadeira política criminal brasileira.

Mas, se o crescimento e expansão são contínuos, não menos contínuos são os desafios a que o **IBCCRIM** se dispõe a enfrentar. Nos últimos anos, notadamente nos últimos meses, vazaram nas ruas as consequências da falta de

uma política de Estado para as questões criminais. Os ataques à população, aos próprios públicos, às autoridades públicas e ao poder institucionalizado expuseram o maior desafio nacional na área das ciências criminais: a necessidade de formação de uma política criminal, que abarque desde atos preventivos até atos repressivos aos comportamentos ilícitos. Porém, essa política pública não pode prescindir do estudo e da utilização de aportes criminológicos, únicas vias para se entender quais as razões do surgimento não apenas do crime, mas da violência, e, com isso, neutralizá-las.

O grande desafio do **IBCCRIM** continua sendo demonstrar e reafirmar, a cada instante, que uma boa política criminal não se faz com uma falaciosa e exclusiva atuação punitiva e encarceradora. Aliás, até mesmo os mais duros e tecnicamente despreparados já começam a sentir que essa não é a melhor solução. Sentem que a melhor forma de reduzir o crescente número de “doenças” e “doentes” é evitando que os “focos de transmissão” surjam e se proliferem. Até eles estão verificando que, também para o âmbito da área criminal, não adianta aumentar os hospitais (juízos criminais) ou inaugurar mais cemitérios (presídios). Punir e prender pressupõem que o crime já ocorreu e o Estado e a sociedade já sofreram a violência. Atuar de modo científico é evitar que o crime e a violência surjam, germinem e produzam efeitos.

Esse grande desafio não será vencido com uma única grande batalha, mas se vencerá — e todos os associados do **IBCCRIM** guardam e exercem a grande convicção que isso acontecerá — por pequenos, mas não menos importantes, enfrentamentos cotidianos.

Nas trincheiras das ciências criminais, ainda devemos lutar desde as decisões judiciais e posturas institucionais até as equivocadas legislações e atuações administrativas, quando apartadas do Estado democrático e social de Direito, expresso em nossa Constituição da República.

O **IBCCRIM**, em sua evolução constante, nunca se mostrou tão preparado, estruturado e disposto a uma saudável luta pela afirmação dos princípios constitucionais. O **IBCCRIM**, nesse instante em que todos refletimos sobre os verdadeiros e legítimos desígnios de nossas vidas, conclama a todos a continuar perseverando na realização de um sonho: **a busca do bem comum e da construção de uma sociedade mais justa e igualitária.** ☐

Editorial

Índice

EDITORIAL:	
A QUEM VIVE UM SONHO	1
NOVA LEI Nº 11.343/2006: DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE PORTE PARA CONSUMO PESSOAL DE DROGAS?	
João José Leal	2
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRETENSÃO DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES PELA LEI Nº 11.343/2006	
Reinaldo Daniel Moreira	4
A DESPROPORCIONALIDADE DA COMINAÇÃO DA PENA DE MULTA NA LEI DE DROGAS	
Salvador José Barbosa Júnior, Nara Cibele Neves Morgado e Sandro Marcelo Paris Franzoi	6
ANÁLISE À LUZ DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ARTIGO 19 DA LEI DE CONTRAÇÕES PENAIIS (DECRETO-LEI Nº 3.688/41)	
Fernando de Oliveira D. Ladeira	7
INDULTO, PENA LONGA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Maria Eloiza J.F. Giron De La Torre	8
O PERDÃO JUDICIAL EM LESÃO CORPORAL E HOMICÍDIO CULPOSOS	
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques	9
A JUSTIÇA FEDERAL É O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO	
Alberto Zacharias Toron	10
AINDA SOBRE A EUTANÁSIA: É POSSÍVEL JUSTIFICAR O HOMICÍDIO PIEDOSO MESMO SEM CONTAR COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA?	
Gisele Mendes de Carvalho	13
UMA VISITA AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 385	
Fábio Bergamin Capela	14
TUTELA PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	
Antônio Tide Tenório A.M. Godoy	16
PROJETO DE LEI Nº 282/2003, DO SENADO FEDERAL: UM NOVO ATENTADO AO DIREITO DE DEFESA	
Fernando Antônio de Lima	18

Caderno de Jurisprudência

LIVRAMENTO CONDICIONAL. LAPSO TEMPORAL EM SIMPLES ATESTADO DE CONDUTA CARCERÁRIA. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE	1041
SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL PROFERIDA NOS AUTOS DE UMA AÇÃO PENAL NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL EM FEITO DIVERSO	1042
EMENTAS	1042

NOVA LEI Nº 11.343/2006: DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE PORTE PARA CONSUMO PESSOAL DE DROGAS?

João José Leal

João José Leal

1. Nova descrição típica para a conduta de porte para uso próprio de substância entorpecente

Talvez a mudança mais significativa positivada pela Lei nº 11.343/2006, aqui denominada de *Lei Antidrogas*, foi, sem dúvida, a opção por uma Política Criminal de rejeição da prisão como instrumento válido de resposta punitiva à conduta do consumidor de drogas. Assim é que, de conformidade com o disposto no § 2º, do art. 48, tratando-se de consumidor, “*não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente*”.

Portanto, em hipótese alguma, o usuário de drogas poderá ser levado à prisão. Ressalte-se que essa forma de enfrentamento do conflito sem prisão já é prevista no parágrafo único, do art. 69, da Lei nº 9.099/95.

A descrição do tipo penal, embora tenha se mantido próxima da anterior (art. 16, da Lei nº 6.368/76), refere-se agora ao *consumo pessoal de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal*. Em termos de técnica legislativa e de semântica jurídica, o texto legal ficou mais claro e taxativo.

A nova infração penal está descrita no art. 28 e seus incisos, com a seguinte redação: “*Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido a uma das seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*”

O prazo máximo cominado é de cinco meses, podendo ser dobrado no caso de reincidência (art. 28, §§ 3º e 4º) e as penas podem ser aplicadas cumulativamente ou substituídas entre si (art. 27).

A pena de advertência — até então, desconhecida do Direito Penal brasileiro — representa uma autêntica inovação, mas não apresentará dificuldade para se conhecer o seu sentido jurídico e o modo de aplicação. O próprio dispositivo determina que o juiz deve esclarecer ao “condenado” sobre as consequências, nocivas à saúde, do uso de drogas.

O mesmo deve ser dito e, com maior razão, em relação à pena de prestação de serviço à comunidade, que já integra o

rol das penas restritivas de direitos previsto no art. 43, do CP, com escassa aplicação, no campo da prática judiciária. No caso do usuário de drogas, dificilmente os juízes lançarão mão desta espécie de sanção restritiva de direitos.

Quanto à medida educativa de comparecimento a programa ou curso, trata-se de sanção penal nova. O texto contém um pleonismo: se a medida é de natureza educativa, não havia necessidade de se acrescentar o adjetivo *educativo* ao substantivo *curso*, conforme consta do inciso III, do referido art. 28. De qualquer forma, deve o programa ou curso ser previamente habilitado

para que a nova medida possa ser aplicada pelo juiz. Aqui, a experiência indica que, mais uma vez e sem trocadilhos, estamos diante de uma norma apenas programática.

Parece que a “repressão” ou o controle do “crime” de porte para consumo pessoal vai se restringir à aplicação da medida de *advertência sobre os efeitos das drogas*. É mais simples, mais rápido e mais fácil de ser efetivada. cremos que, de agora em diante, os juízes, identificado o caso como de porte para consumo pessoal de drogas, deverão simplificar o procedimento e aplicar de *advertência* como a medida sancionadora adequada à “repressão” desta nova infração penal.

2. Consumo pessoal de drogas, sem autorização legal: inusitada espécie de descriminalização branca

Em termos de Política Criminal, a Lei Antidrogas não atendeu à corrente doutrinária que defendia a pura e simples descriminalização da conduta consistente no porte para uso pessoal de substância entorpecente. Mas, também não manteve a solução da lei anterior, que cominava pena privativa de liberdade para esse tipo de infrator.

Acabou prevalecendo a opção por uma espécie de *descriminalização branca*. Como a lei não admite o uso da prisão, nem

mesmo no caso de reincidência e/ou de não cumprimento das sanções não-detentivas aplicadas pelo juiz, na prática, o usuário acabará excluído do controle de natureza estritamente penal. Isto não deixa de ser inovador, pois o atual sistema penal ainda se encontra ancorado na prisão como pressuposto nuclear de sua eficácia e funcionalidade.

Acabou prevalecendo a opção por uma espécie de descriminalização branca. Como a lei não admite o uso da prisão, nem mesmo no caso de reincidência e/ou de não cumprimento das sanções não-detentivas aplicadas pelo juiz, na prática, o usuário acabará excluído do controle de natureza estritamente penal.

Na verdade, a Lei nº 11.343/06 criou uma figura típica inusitada em nosso Direito Penal. A rigor, a conduta de *porte para consumo pessoal* não pode ser considerada crime ou contravenção, que são as duas espécies de infração admitidas em nosso sistema penal. Nos

termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, “*crime é a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”.

Tem-se argumentado que a Lei Antidrogas é norma posterior e, ao dispor de outro modo, acabou criando uma nova espécie de infração criminal para a qual foram cominadas penas distintas da detenção e da reclusão. Assim, a partir de agora, nosso sistema penal estaria convivendo com duas espécies de crimes, quanto à natureza das penas cominadas. A conduta típica de consumir drogas seria o único crime não punido com pena de detenção ou reclusão, enquanto que todos os demais crimes, previstos no Código Penal ou nas leis especiais, continuariam legalmente identificados pela marca da pena privativa de liberdade.

No entanto, é preciso observar que o § 1º, do art. 28, em exame, ao sancionar o semeador ou cultivador de drogas para consumo pessoal, reporta-se à aplicação das “*mesmas medidas*” e não das *penas*. Isto constitui uma contradição jurídica em relação ao disposto na rubrica do próprio capítulo e deve ser

➔ considerada para se estabelecer a correta natureza jurídica desta nova conduta típica.

Além disso, é preciso não esquecer dos princípios que fundamentam a Lei Antidrogas. No tocante ao simples usuário ou consumidor, o artigo 1º é taxativo ao dispor que “esta lei (...) **prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas**”. Este é um dos princípios que orientam todas as normas da Lei nº 11.343/2006. E, em seu texto, não há qualquer referência à repressão, pena, nem a crime, relativamente, ao consumidor ou usuário. E todos sabemos que os princípios, em termos de hierarquia normativa, pairam num plano superior ao das normas.

Diante disso, cremos ser mais razoável o entendimento de que a Lei Antidrogas criou uma nova infração penal, que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção pe-

nal. Criou, simplesmente, uma *infração penal inominada*, punida com novas alternativas penais e isto não contraria a diretiva genérica de classificação das infrações penais, emanada do referido dispositivo da Lei de Introdução ao Código Penal.

No texto da Lei Antidrogas, podemos perceber o compromisso com uma nova proposta de Política Criminal em relação ao consumidor de drogas: prevenção, atenção e reinserção social.

E isto constitui um forte argumento de hermenêutica jurídica em favor da tese de descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas. No mínimo, de uma imprópria *descriminalização branca*. 

João José Leal

Livre-docente/doutor (UGF/FURB), professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (CPCI/UNIVALI) e ex-procurador-geral de Justiça de SC

João José Leal



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

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

1º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

1º SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2º SECRETÁRIO:

Theodomiro Dias Neto

1º TESOUREIRO:

Roberto Maurício Genofre

2º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CURSOS:

Carlos Alberto Pires Mendes

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maria Elizabeth Queijo

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Thais Aroca Datcho Lacava

INTERNET:

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Renato Sérgio de Lima

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D' Urso

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marina Pinhão Coelho

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Paula Bajer F.M. da Costa

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.



EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**, a se reunirem em **Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária**, a realizar-se em 14 de dezembro de 2006, às 10:00 horas, em primeira convocação se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte **Ordem do Dia**:

1. Eleição da Diretoria Executiva e do Conselho Consultivo;
2. Aprovação de contas referentes ao ano fiscal de 2006;
3. Apresentação de relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2006;
4. Apresentação de propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2007;
5. Deliberação sobre a mensalidade para 2007;
6. Reforma Estatutária;
7. Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

Maurício Zanoide de Moraes

Presidente

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRETENSE DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES PELA LEI Nº 11.343/2006

Reinaldo Daniel Moreira

Reinaldo Daniel Moreira

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRETENSE DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES...

No dia 8 de outubro de 2006 entrou em vigor a Lei nº 11.343/2006, a Nova Lei de Tóxicos. O novel diploma traz em seu bojo dispositivos que não merecem ficar imunes a críticas. Cite-se, a guisa de exemplo, a previsão do artigo 59 da Nova Lei Antitóxicos, que consagra, na linha do artigo 594 do Código de Processo Penal, a exigência de prisão para apelar, no caso de acusados dos delitos previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, que não ostentem primariedade e bons antecedentes. Tal disposição merece as mesmas críticas lançadas pela doutrina ao artigo 594 do Código de Processo Penal, visto como ofensivo ao estado de inocência, por prever uma prisão sem a necessária nota de cautelaridade que deve marcar as prisões provisórias.

Outra previsão a ser repensada consta do artigo 51, *caput* e parágrafo único da Lei nº 11.343, donde se extrai que o indiciado preso pode aguardar até 60 dias para a conclusão das investigações preliminares. Trata-se do prazo para conclusão do inquérito de acusado preso mais extenso previsto na legislação brasileira, aparentemente afrontador ao princípio da razoabilidade dos prazos, ao direito a um julgamento em um processo sem dilações em excesso e indevidas.⁽¹⁾

Contudo, a previsão da lei que tem despertado de maneira mais presente a atenção e o debate da doutrina é o trato conferido ao usuário de drogas, nos moldes do artigo 28, *caput*, do novel diploma: *“Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”*

Em análise ao dispositivo, **Luiz Flávio Gomes** sustenta ter havido a descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal. Parte o doutrinador da previsão constante do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/41) *verbis*: *“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”*

A partir de tal dicção legal, argumenta que não se estaria diante de um crime, nos moldes tradicionais. As penas ou medidas educativas previstas na lei não conduzem à privação da liberdade — detenção ou reclusão. Tampouco tratar-se-ia de uma contravenção, caracterizada pela cominação de prisão simples ou multa. Assim, o legislador teria promovido a descriminalização da conduta. Seria, para o autor, uma infração *sui generis*. A conduta, por um lado, não teria perdido seu caráter ilícito. Todavia, não seria um ilícito penal e nem mesmo administrativo, uma vez que a aplicação das sanções legais incumbiria à autoridade judiciária.⁽²⁾

Em recente publicação, **Rodrigo Iennaco** defende que a conduta teria deixado de ser crime, passando a figurar no rol das contravenções penais. O autor tem por referência, igualmente, o supracitado artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Em suas considerações, a Lei nº 11.343/2006 prevê, ainda que mediatamente, a aplicação de pena de multa, nos termos do art. 28, § 6º, II c/c art. 29. Assim, para **Iennaco**, estar-se-ia diante de uma nova contravenção, uma vez que, pelo critério legal, esta seria a categoria jurídica da infração penal apenada em abstrato com multa.⁽³⁾

Tal leitura, contudo, não parece adequada, ainda que se considere a dicção da Lei de Introdução ao Código Penal. O que dispõe o seu artigo 1º é que a contravenção é *“a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”*. Assim, requisito para se estar diante de uma contravenção seria que se tivesse no preceito secundário do tipo uma prisão simples, uma prisão simples alternativa ou cumulativamente com uma multa, ou somente uma pena de multa. E, o que o artigo 28, § 6º, da lei prevê ao tratar da multa é que *“para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo sucessivamente, a: I – admoestação verbal; II – multa”*.

Da literalidade do dispositivo, extrai-se que a multa não é prevista como sanção alternativa, cumulativa, nem isolada, e sim sucessiva. E tem uma finalidade bem marcada na lei: para garantia do cumprimento das penas cominadas no

artigo 28, *caput*, quais sejam, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e frequência a cursos e programas educativos. A multa seria medida coercitiva, fixada no curso da execução penal, de acordo com os parâmetros do artigo 29 da Lei Antitóxicos, apenas em caso de eventual descumprimento injustificado das sanções outrora mencionadas. Controvertida é mesmo a natureza penal da multa prevista no artigo 28, § 6º da lei, medida coercitiva que não visa senão ao cumprimento de outra sanção. Mas, ainda que se admitisse a natureza penal da multa assim fixada, a rigor ela não seria cominada isoladamente. Seria, em verdade, uma possibilidade, e que só caberia após o trânsito em julgado da decisão que aplicou as sanções do artigo 28, *caput*, da Lei Antitóxicos, sucessivamente a uma admoestação verbal, para levar o agente ao cumprimento do comando judicial que fixou previamente a pena. E, considerar contravenção uma infração pela eventualidade de uma multa futura, na fase executiva e após uma advertência verbal, não parece o melhor critério.

Cumprido deixar marcado que não se está aqui firmando uma posição acerca da não conveniência político-criminal da descriminalização do uso, e sim procedendo a uma análise estritamente técnico-jurídica da Nova Lei de Tóxicos. E, desta análise, não parece ter sido o propósito da lei a descriminalização do uso. Em doutrina, **Guilherme de Souza Nucci** aponta o artigo 28 da Lei Antitóxicos como prevendo um crime, criando para sua designação doutrinária uma categoria específica: seria um crime de ínfimo potencial ofensivo, em vista do tratamento brando ao mesmo conferido pela lei.⁽⁴⁾ Fosse a descriminalização a intenção da lei, certamente não estaria a conduta descrita no artigo 28, topograficamente inserida no Título III, Capítulo III: *“Dos crimes e das penas”*.⁽⁵⁾ Ademais, embora curial se dizer que, após sua vigência a lei se desvincta dos propósitos do legislador, ganhando autonomia, o fato é que a *mens legislatoris* constitui no mínimo um importante referencial interpretativo. E, quando da análise das manifestações do deputado Paulo Pimenta, relator do projeto de lei que deu origem ao recente diploma, constata-se claramente que não fora do intento do legislador a descriminalização do uso.⁽⁶⁾

Some-se a isto o fato de que o critério da pena cominada ao ilícito, utilizado pela Lei de Introdução ao Código Penal para diferenciação das figuras delitivas crime e contravenção, revela-se falho e inseguro.⁽⁷⁾ **Delmanto** nos dá notícia da existência de crimes que são apenadas, somente, com multa.⁽⁸⁾ Ademais, tal diploma legal data de 1941, período em que ordenamento brasileiro não conhecia a gama de penas com que hodiernamente conta, distintas das privativas de liberdade de reclusão e detenção, e de multa. O próprio caráter de lei de introdução, conferido ao Decreto-lei nº 3.914/41 já exprime tratar-se de uma lei de cunho geral, o que não impediria previsões especiais e diversas acerca da definição do que seria crime em outros diplomas. Acresce que, quando o texto constitucional enumerou as penas aplicáveis no Direito Penal brasileiro, em seu artigo 5º XLVI, valeu-se da expressão “*adotará entre outras as seguintes penas*”. A dicção ampla permite aferir a possibilidade de previsão de outras penas, para além das tradicionais privativas de liberdade e de multa, que remontam a outrora.⁽⁹⁾

Trata-se, de fato, o artigo 28 da Lei nº 11.343, de previsão singular no ordenamento brasileiro, com a cominação no preceito secundário da descrição típica de penas distintas das privativas de liberdade e de multa, medida de caráter nitidamente despenalizador. Contudo, ao que parece, este fator, por si só, não pode conduzir ao entendimento de que a conduta ali prevista fora descriminalizada. ●

Notas

- (1) **LOPES JR., Aury.** *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 98 e segs.

- (2) **GOMES, Luiz Flávio** (org.). *Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 108 e segs.
- (3) **IENNACO, Rodrigo.** “Abrandamento jurídico-penal da ‘posse de droga ilícita para consumo pessoal’ na Lei nº 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não-ocorrência de ‘abolitio criminis’”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8868>>. Acesso em: 13 out. 2006.
- (4) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 755.
- (5) Neste sentido: **TAFFARELLO, Rogério F.** “Nova (?) política criminal de drogas”, *Boletim IBCCRIM* nº 167, out./2006. Disponível em <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 13 out. 2006.
- (6) Leia-se a propósito in *Revista Drogas e Conflito*, TNI – Transnational Institute, número 11, Ano 2004. Disponível em: <<http://www.tni.org/reports/drugs/search=%22criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20droga%207134%22>>. Acesso em 10 out. 2006.
- (7) Vide a respeito **FRAGOSO, Heleno Cláudio.** *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 145-146. E ainda **BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.
- (8) **DELMANTO, Roberto et al.** *Código Penal Comentado*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18.
- (9) **MARONNA, Cristiano Ávila.** “Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço”, *Boletim IBCCRIM* nº 167, out. 2006. Disponível em <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 13 out. 2006.

Reinaldo Daniel Moreira

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

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2007 - RBCCRIM

O portal www.ibccrim.org.br já oferece possibilidade para a assinatura da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* no ano de 2007, com preços especiais para associados do IBCCRIM.

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRIM*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em parceria com a Editora Revista dos Tribunais, expõe as mais relevantes discussões das ciências criminais e disciplinas correlatas, tais como sociologia, polícia, infância e juventude, entre outros.

Os associados do IBCCRIM têm 30% de desconto na assinatura da *RBCCRIM* e, para 2007, o valor da assinatura, cujo preço de tabela é de R\$ 535,00, passa a custar R\$ 374,50 para sócios do Instituto. Este valor também pode ser dividido em 5 vezes no cartão ou em 3 vezes no boleto bancário.

Para mais informações, acesse o portal (www.ibccrim.org.br) ou entre em contato com o Departamento de Publicações, através do telefone: (11) 3105-4607 ou do e-mail revista@ibccrim.org.br



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

Reinaldo Daniel Moreira

COORDENADORA-CHEFE:
Mariângela Gama
de Magalhães Gomes

COORDENADORES ADJUNTOS:
André Pires de Andrade Kehdi,
Andréa Cristina D'Angelo,
Leopoldo Stefano Leone Louveira
e Raíssa dos Reis Balaniuc Mendes

“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

No compasso do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a nova Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que revogou as antigas Leis nº 6.368/76 e 10.409/2002, cominou ao dependente químico penas que não constam do rol do art. 32 do Código Penal. Assim, a nova legislação, em seu art. 28, prevê penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, além da admoestação verbal e multa, no caso de descumprimento das referidas medidas educativas.

Percebe-se na nova Lei de Drogas rasgada opção pela teoria da prevenção geral positiva limitadora como razão de ser da pena, cuja finalidade é evitar o arbítrio estatal. Outra, aliás, não poderia ser a escolha, à medida que a Constituição Federal, ao prever como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, impõe a ressocialização como objetivo da execução criminal, delimitando sobremaneira a intervenção na esfera do indivíduo, mesmo quando condenado por violação à norma criminal.

Há duas correntes de adeptos da teoria da prevenção geral. Uma, classificada como negativa, é a que entende que a pena tem por fim incutir temor na coletividade, a ponto de dissuadir o indivíduo de enveredar-se pela senda criminal. Já a outra, denominada positiva, sustenta que o fundamento da pena tem por escopo o estímulo do cumprimento da norma incriminadora, visto que esse fenômeno faz parte de um processo de “*formação do povo, com oportunidades de assimilar os valores básicos da sociedade*”.⁽¹⁾ Essa corrente divide-se em duas vertentes. A capitaneada por **Welzel** e **Jakobs**, denominada teoria da prevenção positiva fundamentadora, segundo a qual a finalidade da pena é exclusivamente “*a confirmação da norma e dos valores nela contidos*”.⁽²⁾ De outro lado, a defendida por **Hassemer** e **Roxin**, designada como teoria da prevenção geral positiva limitadora, sustenta que a pena “*deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc.*”.⁽³⁾ com vistas a sempre limitar o arbítrio estatal na órbita dos direitos subjetivos do indivíduo.

É claro que o ordenamento jurídico penal, arquitetado pela Constituição Federal de 1988, aproxima-se muito mais da teoria da prevenção geral positiva limitadora. Basta lembrar que recentemente o

Supremo Tribunal Federal reconheceu, no memorável julgamento do *HC* nº 82.959-SP a inconstitucionalidade do óbice à progressão de regime carcerário, contido no § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, reafirmando que o legislador ordinário deve obediência aos princípios da individualização da pena e reintegração social do condenado.

Mas, apesar do avanço na política criminal quanto ao tratamento dado aos usuários e dependentes de drogas, ao que nos parece, a nova legislação se afastou dos comandos constitucionais e da teoria da prevenção geral positiva limitadora ao cominar a pena de multa no art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006. Com efeito, buscando acolher pleito da doutrina e procurando consolidar entendimento jurisprudencial já consagrado, foi criado o tipo para punir a conduta de quem oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, cominando-se a pena de detenção de seis meses a um ano, e pagamento de setecentos a um mil e quinhentos dias-multa, sem prejuízo das sanções aplicadas ao usuário ou dependente.

A toda evidência, que, ao estabelecer os limites da pena pecuniária, forçou a mão o legislador e acabou por ferir o princípio da proporcionalidade. A sanção mínima de setecentos dias-multa, equivalente hoje a R\$ 8.166,66 (oito mil, cento e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos),⁽⁴⁾ a ser aplicada em desfavor de qualquer pessoa, sem consideração ao seu poder econômico, desrespeita a razoabilidade. De modo que de nada vale a diretriz para que o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42, atribua como resposta a cada crime o valor da multa segundo as condições econômicas dos acusados. Em verdade, na sentença não haverá espaço para a individualização da pena pecuniária, diante do visível arbítrio contido na lei.

Se, ao fixar os limites da pena pecuniária cominada ao delito de uso compartilhado de entorpecente o legislador violou o princípio da proporcionalidade, é forçoso admitir que será lícito ao magistrado, no caso concreto, considerar parcialmente inconstitucional o preceito secundário do § 3º do 33 da Lei nº 11.343/2006 e, por via de consequência, fixar a pena pecuniária atendendo aos limites do artigo 29 da aludida lei.⁽⁵⁾ A solução advogada tem por mira a reafirmação dos princípios de interpretação do direito

constitucional, visto que, a despeito de parcial vício, defende-se a permanência da norma no ordenamento jurídico, desde que aplicada em sintonia com a Carta Magna.

Acresça-se que o novo tratamento legal dado ao uso compartilhado de entorpecentes, após a cessão gratuita da droga, configura hoje delito de menor potencial ofensivo, diante da pena corporal máxima prevista em abstrato. Portanto, poder-se-ão ser criados obstáculos à transação penal, caso venham a ser utilizados pelo Ministério Público os limites mínimo e máximo da pena pecuniária como balizas para o acordo.

Last but not least, em caso de condenação definitiva, será quase impossível a execução civil da pena na hipótese de descumprimento voluntário do disposto na sentença, se miserável for o réu. Vale lembrar que a sensação de impunidade gera consequências mais graves à coletividade do que a aplicação de sanção moderada e justa. ●

Notas

- (1) **Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior**. *Teoria da Pena. Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*, São Paulo: RT, 2002, pp. 131/2.
- (2) **Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior**. *Ibidem*, pp. 131/2.
- (3) **Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior**. *Ibidem*, pp. 131/2.
- (4) O art. 43 da Lei nº 11.343/2006 estabelece que “Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário mínimo.”
- (5) “Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um a trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.”

Salvador José Barbosa Júnior
Procurador do Estado de São Paulo e pós-graduando em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura

Nara Cibele Neves Morgado
Procuradora do Estado de São Paulo

Sandro Marcelo Paris Franzoi
Procurador do Estado de São Paulo e pós-graduando em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura

ANÁLISE À LUZ DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ARTIGO 19 DA LEI DE CONTRAVENTÕES PENAIS (DECRETO-LEI Nº 3.688/41)

Fernando de Oliveira Domingues Ladeira

Fernando de Oliveira Domingues Ladeira

ANÁLISE À LUZ DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ARTIGO 19 DA LEI DE CONTRAVENTÕES PENAIS...

A incriminação do porte de arma inicialmente decorreu do artigo 19 do Decreto-lei nº 3.688/41 que tipificou o porte de arma de forma ampla, razão pela qual a jurisprudência passou a considerar típicas o porte e posse de armas, quer se tratando de armas propriamente ditas, ou seja, instrumentos originalmente desenvolvidos para ataque e defesa, como para armas denominadas impróprias, assim também consideradas as armas brancas, ou seja, todas aquelas que, embora tenham em sua gênese finalidade diversa do ataque e defesa, pudessem ser também usadas para tal fim.

Entretanto, o dispositivo em comento traz em seu *caput* um elemento normativo consistente na inexistência de autorização da autoridade competente que, em regra, viu-se ignorado pela doutrina e a jurisprudência para a análise da tipicidade do delito.

No tocante às armas de fogo, dúvida alguma subsistia a respeito da necessidade de autorização da autoridade competente, pois desde o Decreto nº 1.246 de 11 de dezembro de 1936, que regulamentou o Decreto nº 24.602/1934 atribuindo ao Ministério da Guerra a fiscalização do material bélico, mais conhecido como R-105, havia a classificação das armas de fogo como produtos controlados.

Posteriormente, referido diploma normativo foi substituído pelo Decreto nº 55.649/1965, o qual, em seu Capítulo XX, discriminou os Produtos Controlados de Uso Proibido (art. 161) e Permitido (art. 162), dentre eles as armas de fogo.

Natural que, em se tratando de produtos controlados, fosse exigida a autorização de autoridade competente para a aquisição do produto e, segundo o decreto, a autorização ficava a cargo da autoridade policial local e seu registro na repartição competente (art. 229).

Entretanto, no tocante às denominadas armas brancas, não fez menção o decreto a respeito de autorização para seu porte e posse, razão pela qual nunca foram classificadas como produtos controlados e, por consequência, não haveria como se exigir autorização de autoridade competente para seu uso, porte ou transporte onde quer que fosse.

Desta forma, jamais se perfez o elemento normativo do tipo do artigo 19 da LCP no tocante às armas brancas, pois mostra-se inexigível a apresentação de licença para seu porte.

A jurisprudência paulista, entretanto, no intuito de incriminar o porte de arma branca, passou a entender como tal, aquela que possuísse lâmina superior a 10cm, valendo-se do Decreto nº 6.911/35 editado pelo interventor federal no Estado de São Paulo **Armando Sales** no período da

ditadura Vargas após a Revolução Constitucionalista de 1932 que de fato exigia autorização para referidos instrumentos.

Contudo, as condenações do porte de arma branca com base no artigo 19 da LCP não subsistem a uma análise atenta do tipo frente à Constituição Federal de 1988.

Nos Estados da Federação que em sua história legislativa não possuem disposição normativa com teor similar ao Decreto Estadual paulista nº 6.911/35, a atipicidade da conduta é evidente, pois o tipo penal do artigo 19 da LCP expressamente apresenta um elemento normativo que impõe a obtenção de autorização para o porte do instrumento, de forma que deve existir disciplina normativa que estabeleça atribuições para o mencionado ato normativo.

Com efeito, o Princípio da Legalidade como norma-princípio que visa preservar a esfera individual de interferências estatais indevidas estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Desta feita, não havendo legislação de qualquer natureza que imponha ao indivíduo a obtenção de autorização para o transporte, posse ou porte de armas impróprias, quais sejam, facões, canivetes, machados e tantos outros, não se perfaz a tipicidade se é o agente encontrado munido destes instrumentos, pois a conduta mostra-se atípica lícita.

De outro prisma, a imputação de contravenção penal ao agente que porte instrumento denominado como arma imprópria não é menos ilegal em Estados da Federação como São de Paulo que possam um decreto estadual septuagenário diante de sua notável inconstitucionalidade.

Inconstitucional o Decreto-estadual por não possuir caráter de lei em sentido estrito, violando assim o Princípio da Reserva Legal estabelecido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.⁽¹⁾

Ademais, a disciplina da autorização de porte de arma branca por meio de um Decreto estadual também não está em consonância com o disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal que impõe à União a legislação sobre Direito Penal, no que se inclui a legislação sobre armas brancas, isto, pois, sendo a necessidade de autorização de autoridade competente para a tipificação do porte de arma elemento normativo do tipo constante no artigo 19 da LCP, naturalmente disposição de caráter estadual que tornasse, p. ex., *faca* produto controlado dependente de autorização possuiria reflexos penais e geraria a inaceitável contingência de punir diversamente indivíduos que transportassem referido objeto em um Estado da federação, sendo atípica idêntica conduta em Estado vizinho. Por consequência, ver-se-ia feri-

do, também, o Princípio da Unitariedade do Direito Penal e, outrossim, Princípio da Isonomia, pois indivíduos em situações idênticas receberiam teriam tratamento diverso do Estado-juiz.

Não obstante toda a fundamentação acima exposta, subsiste ainda hipótese em que o porte de arma branca gera a adequação típica sem violação de garantias constitucionais, não estando, portanto, revogado o artigo 19 da LCP. Isto, pois, no artigo 16, inciso XV, do Decreto nº 3.665/2000 (R-105) do Poder Executivo da União está classificado como de uso restrito a posse de espadas e espadins utilizados pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares.⁽²⁾

Analisando mencionado diploma normativo verifica-se que em seu artigo 3º é feita a classificação de diversos instrumentos, dentre eles arma branca e adiante, em seu artigo 16, inciso XV, estabelece-se que os espadins e espadas das Forças Armadas são caracterizados como produtos controlados de uso restrito.

Em síntese, os demais instrumentos que possam ser interpretados como armas brancas, não são de uso controlado e, por consequência, não demandam autorização de autoridade, o que torna atípica a conduta prevista no artigo 19 da LCP, salvo em se tratando de espadas ou espadins das Forças Armadas e Auxiliares, pois neste caso aperfeiçoa-se o elemento normativo do tipo, de modo que nos demais casos não se aperfeiçoa o elemento normativo do tipo. 

Notas

- (1) Desde logo se salienta que embora as normas penais em branco de natureza heterogênea possam disposições complementares baseadas em normas infralegais, esta possibilidade decorre de uma lei em sentido estrito que preveja a hipótese e a matéria já está assentada na doutrina, inclusive porque as classificações de armas de fogo de uso permitido e restrito, desde a Lei nº 9.437/97, são feitas por meio de Decreto do Poder Executivo da União, *vg.* o Decreto nº 3.665/2000, o atual R-105, que substituiu os diplomas acima mencionados.
- (2) A Constitucionalidade de referido Decreto 3665/2000 do Poder Executivo da União que estabelece e classifica armas e demais produtos controlados funda-se no artigo 21, inciso VI, que dispõe ser competência material exclusiva da União a autorização e fiscalização da produção e comercialização de material bélico, ao mesmo tempo em que seus naturais reflexos no Direito Penal, por força de sua origem, não violam a competência legislativa privativa da União quanto ao Direito Penal.

Fernando de Oliveira Domingues Ladeira
Juiz de Direito, ex-delegado de Polícia,
especialista em Direito Público pela
Escola Paulista da Magistratura

Vimos assistindo inúmeros casos de indeferimento, em breves linhas, de pedidos de indulto, após meses de espera, onde sequer se observa qualquer consideração acerca da situação processual e carcerária do requerente, sob o fundamento do argumento de que, por ser a pena longa, a concessão do benefício significaria a “derrogação da ordem jurídica, o império do arbítrio e a insegurança social”, a pretexto de se estar com isso inobservando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A experiência cotidiana no contato com a população carcerária mostra nitidamente que os condenados à penas mais longas são justamente os que mais rigidamente cumprem com suas obrigações legais e administrativas. São os que mais resignadamente vivem as agruras do ambiente carcerário, revelando um respeito e uma solidariedade faltante a grande parte dos seres humanos.

Mas, ainda que assim não fosse, indeferir pedido de indulto sob o argumento de que a pena a cumprir é longa se mostra um tanto quanto vago, infundado e abstruso no incompreensível afã de infringir dogmas constitucionais à mercê de uma mal arrevesada asserção de “inobservância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, pois estes são aportes hermenêuticos ínsitos em todo e qualquer processo de interpretação constitucional, tendentes a atingir um único escopo: o de servir de guia, em meio à exegese das normas constitucionais, à efetiva e concreta observância do princípio basilar do ordenamento jurídico, qual seja o da **prevalência da dignidade humana**.

Tais princípios, na dogmática jurídica, nada mais representam do que critérios de avaliação entre meios e fins demarcados pelo arco de garantias emanado do texto constitucional.

Portanto, estes aportes — mais do que impedir — procuram sim garantir a concretização desse basilar escopo constitucional — a dignidade humana — e, não servem como mecanismo de aferição da “conveniência ou oportunidade” acerca de um ato da exclusiva competência do Presidente da República (como o é a emissão do Decreto de Indulto – art. 84, XII, CF), posto que não é franqueado ao Judiciário, nesta esfera de atuação, incursionar nos meandros de matérias que lhes são constitucionalmente vedadas, mas sim de verificar se o Decreto de Indulto, jungido aos requisitos contemplados pelo requerente no pleito inicial, está em consonância com o princípio da individualização da pena (mero desdobramento do princípio mais amplo inerente à dignida-

de humana), expresso no artigo 5º, XLVI, da Lei Maior.

Se após esta devida aferição, resultar patente a compatibilidade entre o teor do Decreto e o princípio maior da Individualização da pena, nada mais há a fazer senão o inadiável cumprimento dos preceitos normativos, embutidos no decreto, que asseguram o direito ao indulto vindicado.

Corroborando as asserções até aqui defendidas, pontifica **Willis Santiago Guerra Filho** que

“O princípio da proporcionalidade determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo

essencial’, de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas hipotéticas desvantagens” (“O princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil”, disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>).

Ainda nesse rumo, acentua **Luis Roberto Barroso** que *“o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior a todo o ordenamento jurídico: a justiça”* (“Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade”, disponível no site da Faculdade de Direito da UERJ: <http://www2.uerj.br>).

A par de todo este contexto, o que se afigura desproporcional e nada razoável é criar enfermidades óbices à concessão do direito de liberdade a sentenciado que demonstrou, mediante os documentos que instruem o pedido, cumprir rigorosamente com todas as exigências contidas no decreto presidencial.

A concessão do pleito seria, em última análise, o reconhecimento pela notável performance que durante anos e anos lutou o sentenciado por desem-

penhar, não obstante todos os reveses e infortúnios que, sabe-se, deve ter vivenciado neste longo tempo de cárcere, mantendo-se fiel ao seu intento de retornar ao convívio social com a dignidade que nunca perdeu.

Oportuno salientar que a *“criminalidade não será contida (como até hoje não foi) em virtude da manutenção de alguns criminosos presos a perder de vista. É sabido que a grande maioria daqueles que praticam crimes jamais será presa ou passará pelo sistema penitenciário.*

(...) Quanto mais afastado se mantiver o condenado do convívio social, maior será a dessocialização” (**Carmem Sílvia de Moraes Barros**, in *A Individualização da Pena na Execução Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 146).

No mais, na mesma obra citada, observa a ju-

rista que *“a proporcionalidade, como garantia individual, assegura que a pena seja executada dentro do marco constitucional, de respeito à dignidade do sentenciado e não em função dos anseios sociais”*. Acresce que, *“enquanto a individualização no processo de conhecimento implica proporcionalidade entre crime (fato) e pena e está voltada ao passado, a individualização no processo de execução implica proporcionalidade entre homem condenado e pena em execução e está voltada ao presente e ao futuro do sentenciado”* (p. 133).

Assim, recente decisão afirma *“O agravante conforme feita documentação juntada aos autos, preenche os requisitos fixados no aludido Decreto presidencial, não cabendo à magistrada de primeiro grau restringir o seu alcance. Nada importa, destarte, se a condenação corporal é longa, como no caso (71 anos). Tampouco se deve ter em conta fatores não determinados pelo Chefe Maior da Nação.*

Fixadas exaustivamente as condições objetivas e subjetivas à obtenção do indulto, mostra-se indevida a inclusão de outros requisitos pela autoridade judiciária, sob pena de substituir a quem detém poderes de clemência, sem dispor de delegação para tanto (RSTJ 94/349)” (Agravado em execução nº 862.393.3/0-0000-000, TJSP, 12ª Câmara, rel. **Sydney de Oliveira Jr.**). 

Maria Eloiza J. F. Giron De La Torre
Advogada da Funap

O PERDÃO JUDICIAL EM LESÃO CORPORAL E HOMICÍDIO CULPOSOS

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques

O perdão judicial constitui causa extintiva da punibilidade prevista no Código Penal, vinculada a situações nas quais o julgador reconhece a desnecessidade da pena, isso porque a imposição da pena só se legitima quando necessária. Como dizia o **Marquês de Beccaria**, “*para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária...*”⁽¹⁾ Essa máxima de necessidade foi adotada em nosso Código Penal vigente, em seu artigo 59, ao prescrever a aplicação das penas “conforme seja **necessário** e **suficiente** para reprovação e prevenção do crime”. Assim, somente a partir do exame desses fundamentos da pena, arri-mados principalmente nos valores constitucionais, será possível avaliar a necessidade de sanção penal no caso concreto, nas hipóteses de perdão judicial a serem examinadas.

O perdão judicial, para os casos de homicídio culposos, foi introduzido no Código Penal pela Lei nº 6.416, de 1977, com a seguinte redação: “Na hipótese de homicídio culposos, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária” (art. 121, § 5º, do Código Penal). Por força do artigo 129, § 8º, do mesmo Código, esse dispositivo também é aplicado à lesão corporal culposa. Consoante **Damásio E. de Jesus**, tal inovação não fazia parte do projeto do qual resultou a Lei nº 6.416/77, tendo surgido da Emenda nº 27, que sugeria o acréscimo do inciso X, ao artigo 108, do Código Penal, com a seguinte redação: “*Extingue-se a punibilidade: X - pelo perdão judicial, quando do fato decorram graves consequências desfavoráveis, físicas ou morais, de tal ordem que a imposição da pena apareça ao juiz como desnecessária. Este dispositivo é inaplicável aos crimes cuja pena mínima seja superior a um ano*”.⁽²⁾

Na época da introdução desse direito subjetivo na legislação ao autor dos citados crimes culposos, vigoravam os artigos 42 e 77, § 1º, da antiga Parte Geral do Código Penal, que cuidavam da qualidade e quantidade da pena e do juízo de periculosidade do agente para a forma de execução da pena. Segundo o primeiro dispositivo: “*Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável*”. De acordo com o se-

gundo dispositivo, por sua vez, compete ao juiz declarar na sentença a periculosidade do réu para o regime de cumprimento de pena, nos termos do § 5º do artigo 30 do mesmo Código. Na lição de **Damásio E. de Jesus**, o legislador buscou reunir duas tendências para a finalidade da pena. A primeira, de cunho francamente retributivo, de qualidade e quantidade da pena com base na culpabilidade do agente (art. 42, do CP). A segunda, de natureza utilitária, preventiva especial, de declaração ou não da periculosidade do réu, com reflexos na execução penal (art. 77, § 1º, do CP).⁽³⁾

Assim, não havia qualquer finalidade preventiva geral para a pena, o que a tornava exclusivamente retributiva, segundo as circunstâncias objetivas e subjetivas da infração. Por seu caráter retributivo, a pena consubstanciava-se em instrumento de expiação do crime (*punitur quia peccatum est*), como exigência de justiça.⁽⁴⁾ Diante da interpretação do perdão judicial, tal como previsto no § 5º do artigo 121 do Código Penal, em consonância com a finalidade retributiva da pena, nos termos do artigo 42, da antiga Parte Geral do Código Penal, para a concessão do benefício, o fato culposos deveria causar um dano moral, um mal no agente, tornando desnecessária a finalidade retributiva da pena.

Agora, com a Nova Parte Geral do Código, introduzida pela reforma de 1984, o artigo 59, do Código vigente, alterou a finalidade da pena, passando a determinar que o juiz, atendendo às chamadas circunstâncias judiciais, estabeleça, considerando a *necessidade* e *suficiência* para a reprovação e prevenção do crime, a pena e sua quantidade, dentre os limites previstos, o regime inicial de seu cumprimento, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de sanção, quando cabível. Foram então estabelecidas, dessa forma, as finalidades de reprovação e de prevenção do crime, arri-madas no princípio da necessidade, conforme referido. Além disso, tais finalidades devem estar conjugadas à realidade constitucional de 1988, alicerçada na dignidade da pessoa humana. Dessa ótica, a reprovação — que não se confunde com a retribuição — deve ser entendida em consonância com a moderna concepção de culpabilidade, ou seja, como medida da pena. A prevenção, por sua vez, em sua perspectiva geral, voltada para a coletividade, tem como função primordial reforçar a confiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais,

com limites nos direitos fundamentais do indivíduo.

Diante do exposto, impõe-se uma releitura da desnecessidade da pena pelo perdão judicial, nas hipóteses dos referidos crimes culposos, que não pode mais ser interpretada a partir da finalidade retributiva da pena, mas sim da reprovação e da função preventivo-geral positiva, alinhada aos princípios e fundamentos constitucionais. Tal pensamento, em relação à finalidade preventiva da sanção, encontra amparo no magistério de **Santiago Mir Puig**, para quem um Estado não-teocrático ou não-metafísico “*no puede hacer uso de la pena e privar con ella de uno de sus derechos a alguien si no lo exige el bien de la colectividad*”.⁽⁵⁾

A desnecessidade da pena que esteja o perdão judicial, no novo modelo, não pode mais estar vinculada ao sofrimento do infrator, completando a equação “*mal do crime para a comunidade = mal do crime para o infrator, que substitui a pena*”. Tal desnecessidade deve, a partir da nova ótica penal e constitucional, referir-se à comunicação para a comunidade de que o mal gerado para o infrator não justifica o reforço de vigência da norma por meio da sanção penal. A imposição da pena, nesse caso, não seria apta a cumprir sua função preventiva, por ferir o sentimento de humanidade inserido na consciência coletiva. Por esse motivo, a antiga equação, de cunho exclusivamente retributivo, deve ser substituída pela seguinte: “*consequências do crime para o infrator = desnecessidade da pena enquanto prevenção geral positiva*”. 

Notas

- (1) **Cesare Beccaria**. *Dos Delitos e das Penas*, Bau-ru: Edipro, 1997, p. 104.
- (2) *O Novo Sistema Penal: De Acordo com a Lei nº 6.416, de 24-5-1977*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p. 174.
- (3) *O Novo Sistema Penal: De Acordo com a Lei nº 6.416, de 24-5-1977*, cit., pp. 37 e 38.
- (4) Cf. **Aníbal Bruno**. *Direito Penal. Parte Geral*, 3ª ed., t. 1º, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 79.
- (5) *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1ª ed., Barcelona: Ariel, 1994, p. 117.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Defensor público, mestre e doutorando em
Direito Penal pela PUC/SP

Oswaldo Henrique Duek Marques
Procurador de Justiça e professor titular da
Faculdade de Direito da PUC/SP

A despeito de critérios estritamente jurídicos para a fixação da competência, está se disseminando entre nós a falsa idéia de que a Justiça Federal é aquela que reúne condições mais eficazes para combater determinados crimes e, por isso, além das hipóteses taxativas definidas na primitiva redação do art. 109 da Constituição Federal, procura-se atrair para a sua competência também “os crimes contra os interesses da República Federativa do Brasil perante a ordem internacional”.⁽¹⁾ Não foi por acaso que a Emenda Constitucional nº 45 criou a possibilidade de “nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o procurador-geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça, ..., incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal” (CF, art. 109, § 5º).

Uma primeira leitura do novo dispositivo constitucional passa a impressão de que a Justiça Federal estaria, pela magnitude do bem atingido — os direitos humanos —, mais bem aparelhada para desenvolver a atividade persecutória ou, por outra, trataria de assuntos mais relevantes. Sem querer entrar nessa espinhosa discussão, a essa altura inócua porque o legislador já concretizou sua opção, é imperioso ressaltar que, afora a *captis diminutio* que isso representa para a jurisdição estadual, nada está a indicar que as coisas se passam melhor na Justiça Federal do que no âmbito das Estaduais. Embora debruçado sobre antigo projeto do Executivo, como bem disse **Inocêncio Mártires Coelho**, com a autoridade de eminente constitucionalista e ex-procurador-geral da República, tornou-se público que, aos olhos da União, “tanto a polícia quanto a justiça estaduais, manipuladas por interesses locais, perderam as condições mínimas para reprimir lesões contra os direitos humanos e, por isso, deveriam ter confiscada essa relevante atribuição constitucional”.⁽²⁾

A verdade é que se está depositando nos ombros da Justiça Federal a esperança de que seja mais eficiente, isenta e rigorosa que, no entanto, não encontra amparo na realidade. É enganosa tal opção! Seja porque tal ramo do Judiciário não é necessariamente mais célere que o outro, seja porque nada indica que não esteja acometido dos mesmos males que a Justiça Estadual. Os recentes fatos envolvendo juízes federais e até os autodenominados desembargadores federais denunciavam isto. Como realçou **Inocêncio Mártires Coelho**, quem imagina que a Justiça Federal ostente maior isenção para apurar os crimes em geral e, em particular, os que

atingem os direitos humanos, está incidindo no equívoco de supor “a existência de um **homem incondicionado**, materializado na figura do juiz federal - um indivíduo impermeável e refratário às influências do meio; um personagem alheio ao que na vida é **porosidade e comunicação**; enfim, um magistrado acima de qualquer suspeita, a quem se deve atribuir, precisamente em razão de todos esses atributos celestes, a espinhosa missão de julgar os crimes contra os direitos humanos”.⁽³⁾

Agora, o presidente da Associação dos Juízes Federais (Ajufe), **Walter Nunes**, reclama também a fixação da competência da Justiça Federal em relação a todos “os crimes contra os interesses da República Federativa do Brasil perante a ordem internacional”,⁽⁴⁾ arrolando-se entre estes a repressão penal do assim chamado **trabalho escravo** que, na sistemática do Código Penal, se situa entre os crimes contra a **liberdade individual** e vem descrito no art. 149 sob a rubrica de “redução a condição análoga à condição de escravo”.

A expressão “crimes contra os interesses da República Federativa do Brasil perante a ordem internacional” é tão ampla e vaga quanto à *grave violação de direitos humanos* e, uma vez adotada, ensejaria o reconhecimento da maior diversidade de crimes a ser doravante julgado pela Justiça Federal. Sim, porque o Brasil se comprometeu internacionalmente a reprimir os crimes contra a dignidade da mulher. Assim, por exemplo, toda a vez que ocorrer um estupro se poderia dizer que isso afeta os interesses da República, pois perante a ordem internacional estamos comprometidos em reprimir tal crime. Idem o tráfico de drogas de qualquer espécie, revele este internacionalidade ou não. O mesmo, a se adotar um critério tão amplo, valeria para os homicídios e toda a sorte de ações previstas no Código Penal, não se esquecendo de crimes como os popularmente chamados de pirataria (contrafação de marca, produtos etc.).

Ou bem se adota um **critério objetivo** para se definir a competência da Justiça Federal, ou esqueçamos a Justiça Estadual e com ela a garantia do juiz natural e a própria idéia de federação.

Não concerne ao crime de descrito no art. 149, consistente na redução de alguém “a condição análoga à condição de escravo” a sistemática penal encarta-o, como já dito, entre os que atentam contra a liberdade individual. A doutrina, sem exceção, anota que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal é a liberdade individual, isto é, o *status libertatis* da pessoa.⁽⁵⁾ Não estamos, portanto, situados no campo dos crimes contra a organização do trabalho previstos entre os arti-

gos 197 a 207 do Código Penal. Só por isso já se poderia dizer **descabida** a pretensão de se deslocar para o campo da Justiça Federal a competência para o processo relativo à violação ao art. 149 do Código Penal. Bem por isso, os **Delmanto**, referindo um acórdão do TRF da 2ª Região, anotam: “É da competência da Justiça Estadual, por não acarretar dano de bens, serviços ou interesse da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; tampouco está inserido entre os crimes contra a organização do trabalho, pois o CP classifica-o como crime contra a liberdade pessoal (RT 786/763)”.⁽⁶⁾

Mas, independentemente do critério classificatório adotado pelo Código Penal, seria possível, numa tentativa de interpretação conforme a Constituição, considerar o crime do art. 149 como crime contra a organização do trabalho? A resposta é igualmente negativa.

Em caso de acusação de trabalho escravo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo como relator o il. juiz **Tourinho Neto**, firmou a competência é da Justiça Estadual realçando o seguinte: “é da competência da Justiça Federal, C.F. art. 109, VI, processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, tomada essa organização em si, e não em relação a questões individuais, ou seja, quando o trabalho é atingido em sua feição orgânica. O ataque é contra os direitos dos trabalhadores considerados no seu todo. O crime deve ser praticado contra instituição ou órgãos que integram a organização do trabalho, atingindo, portanto, de uma maneira coletiva, os direitos do trabalhador. Assim não sendo praticado, a competência é da Justiça Estadual (cf. Súmula 115/TFR). Na hipótese, o fato foi praticado em um imóvel rural, atingindo 53 trabalhadores rurais, individualmente”.⁽⁷⁾ Ou, mais enfaticamente: “O tipo do art. 149 do CP, redução de trabalhador à condição análoga a de escravo, classificado como crime contra a liberdade individual, não é considerado como crime contra a organização do trabalho, coletivamente considerada, não configurando, portanto, a competência da Justiça Federal — art. 109, VI da CF, Súmula 115 do TRF”.⁽⁸⁾

Daí o fato de, quanto aos crimes contra a organização de trabalho, **Antonio Scaranze Fernandes** sublinhar: “é pacífico o entendimento de que só são da competência da Justiça Federal aqueles que ofendem a própria organização geral do trabalho ou os direitos dos trabalhadores considerados coletivamente, não quando se tratar de lesão a direito individual do trabalho”.⁽⁹⁾

De fato, a atual Constituição Federal estipulou, conforme elucida **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, que os direitos relativos aos trabalhadores são de duas ordens fundamentais: “a) direitos dos trabalhadores em

➔ suas relações individuais de trabalho, que são os direitos dos trabalhadores do art. 7º, e b) **direitos coletivos dos trabalhadores** (arts 9º a 11), que são aqueles que os trabalhadores exercem coletivamente ou no interesse de uma coletividade deles, e são: **os direitos de associação profissional ou sindical, o direito de greve, o direito de substituição processual, o direito de participação e, por fim, o direito de representação classista.**"⁽¹⁰⁾

Ocorre que na hipótese da redução análoga à condição de escravo não existe lesão, **nem em tese**, aos direitos compreendidos nos artigos 9º, 10º e 11 da Constituição Federal, que autorizariam o deslocamento da competência para a esfera Federal. Portanto, é da sistemática constitucional, conjugada com a penal, que **também** se extrai ser o crime em foco da competência da Justiça Estadual.

No Superior Tribunal de Justiça, ao contrário do que sustentou **Walter Nunes**, vigora o entendimento de que a competência nos casos de "trabalho escravo" é da justiça estadual, v. g.: "Por certo, não há confundir os interesses do Estado brasileiro (arts. 1º e 18, CRFB), que não se restringe à União (arts. 20 a 24, CRFB), com o interesse jurídico desta.

A questão, que resulta de notícia trazida a conhecimento judicial por trabalhadores e pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Açailândia, além de fiscais do trabalho, trata da manutenção de indivíduos em propriedade rural, submetidos a excessiva jornada, infimamente remunerada, à margem da legislação previdenciária, sujeitos a endividamento crescente, sob ameaça e vigilância ofensivas, de maneira a impedi-los de abandonar o local de trabalho, enquanto não quitassem as dívidas contraídas.

Conduto, não será o conjunto de 86 (oitenta e seis) indivíduos que definirá, em termos de coletividade, o alcance da suposta ofensa, para alçá-la como lesiva à organização geral do trabalho, posto que a conduta tida por delinqüente não abarca nem compromete, no todo, tal bem jurídico.

Para além do inadequado critério aritmético, é necessário notar que o interesse do Estado em proteger o status libertatis individual não é suficiente para, per se, deslocar, para a Justiça Federal, a competência para processar e julgar casos desta espécie, pois, se assim fosse, todas as hipóteses de violência, em especial a urbana, bem como qualquer conduta delituosa capaz de causar dano à liberdade individual ou à dignidade da pessoa haveriam de ser julgados por juízes federais, raciocínio que, sem dúvida, não reflete a melhor interpretação da lei.

Do mesmo modo, não há porque conferir à Justiça Federal a competência para julgar feito afeto aos tipos contidos na denúncia, porque não se cuida de crimes cometidos con-

tra a organização do trabalho ou de lesão a bens, serviços ou interesse da União.

O juiz natural, tanto quanto o devido processo legal, são garantias constitucionais inarredáveis e imbricadas, que não se excluem sem ofensa à Carta Magna".⁽¹¹⁾

Também a 3ª Seção do STJ, dirimindo um Conflito de Competência, já se pronunciou sobre o tema: "Depreende-se dos autos que aos acusados são imputadas as práticas dos delitos de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional e de suas reduções à condição análoga à de escravo. Contudo, tais fatos não podem ser considerados como delitos contra a Organização do Trabalho, de competência federal, porque não houve ofensa ao sistema de órgãos e instituições que preservam coletivamente os direitos e deveres dos trabalhadores. Os delitos foram cometidos contra determinado grupo de trabalhadores refugindo, portanto, a competência federal para o julgamento da lide".⁽¹²⁾

Observa-se que tal julgado foi proferido depois que o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica e o fato não abalou a competência da Justiça Estadual.

No Supremo Tribunal Federal, é antigo o entendimento segundo o qual "A expressão 'crimes contra a organização do trabalho', utilizada no referido texto constitucional, não abarca o delito praticado pelo empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado. Competência da Justiça Estadual. Em face do artigo 125, inciso VI, da Constituição Federal, são de competência da Justiça Federal apenas os crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservem, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores".⁽¹³⁾

Na linha do precedente da lavra do min. **Moreira Alves**, ergueu-se sólida e justa jurisprudência sobre o tema como se percebe do seguinte julgado relatado pelo min. **Ilmar Galvão**: "Em face do mencionado texto, são da competência da Justiça Federal tão-somente os crimes que ofendem o sistema de órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores" (RE nº 156.527-6/PA, DJ 27.05.94). E no corpo do v. aresto, vem destacado:

"... Interpretando o atual dispositivo cons-

titucional, o STF e demais tribunais distinguem entre: a) crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições destinados a preservar coletivamente o trabalho; b) crimes que apenas violam os direitos de determinados trabalhadores. Apenas os primeiros (a) são da competência da Justiça Federal, enquanto que os outros b) competem à Justiça Estadual. (...) Jurisprudência: só competem à Justiça Federal os crimes que

ofendam os sistema de órgãos e institutos que preservam coletivamente os direitos do trabalho, e não os crimes que são cometidos contra determinados trabalhadores (STF, Pleno, RE nº 90.042, TRJ 94/1227; RHC nº 62.896, RTJ 115/1126...) (RE nº 156.527-6/PA, DJ 27.05.94).

E conclui: "As demais imputações criminosas, referidas no parecer do Ministério Público Federal, quais sejam os arts. 149, 227, 228, 229 e 230, do Código Penal, são, indubitavelmente, da competência da Justiça Estadual. (...) A narrativa dos autos, tal como oferecida, não contém notas caracterizadoras do crime contra a organização do trabalho, na abrangência que lhe dá a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Cuida-se, pois, de condutas individuais de empregador que não ofendem órgãos e instituições que preservam os direitos e deveres dos trabalhadores em coletividade, como força de trabalho**" (RE nº 156.527-6/PA, DJ 27.05.94).

Aliás, o min. **Moreira Alves**, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 300.244-9/SC foi enfático ao afirmar que "o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna tem de ser direito e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União" (DJ 19.12.2001). Nesse sentido, a interpretação dada pelo eminente ministro **BILAC PINTO** em prestigioso julgado no qual afirmava que "a fórmula constitucional referente aos 'interesses da União' deve ser interpretada como atinente apenas àqueles interesses diretos e inequívocos da Federação como um todo homogêneo. A interpretação ampla e extensiva do dispositivo levaria, sem dúvida, a extre-

➔ **mos indesejáveis, já que, por via oblíqua, nenhum ilícito penal poderia ser inteiramente estranho aos interesses da União Federal**” (RHC nº 50.268, DJ 28.03.1973).

E ainda: “O inciso IV do art. 109 da Constituição, ao atribuir competência à Justiça Federal para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União, não tem a extensão pretendida pelos impetrantes, até porque no cenário desta singular amplitude seria muito difícil excluir alguma infração penal que não fosse praticada em detrimento dos interesses diretos ou indiretos da União” (STF, rel. min. **Maurício Correa**, HC nº 75.404-0/DF, DJ 27.04.2001).

Agrega-se a tudo, o acórdão paradigmático do Pleno do Col. STF, que se aplica com perfeição ao tema objeto de estudo. No voto do min. **Thompson Flores**, tratando sobre a limitação da competência da Justiça Federal, define-se bem a matéria da competência da Justiça Federal: “*ampliá-la importaria sua denegação pela absoluta falta de meios adequados para seu mais amplo exercício. Assim, a distinção que a maioria está fazendo é, a meu ver, a única forma de justificar o regular exercício da competência da Justiça Federal aos crimes sobre a Organização do Trabalho. Somente quando ele afeta a ordem econômica ou social, originando perturbação que não se compreenda em crimes contra a própria Segurança Nacional, da competência da Justiça Militar, é que cabe na jurisdição da Justiça Federal*” (RE nº 90.042-SP, DJ 30.10.1979).

Não obstante a clareza da matéria, o min. **Joaquim Barbosa**, no julgamento do RE nº 398.041-PA, revendo a jurisprudência da Suprema Corte, propôs em 03/3/05 que se considerasse o delito de redução do trabalhador a condição análoga à de escravo como da competência da Justiça Federal. O argumento central é o de que “*quaisquer condutas que violem não só o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também o homem trabalhador, atingindo-o nas esferas em que a Constituição lhe confere proteção máxima, se enquadraram na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto de relações de trabalho. Concluiu que, nesse contexto, o qual sofre influxo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, informador de todo o sistema jurídico-constitucional, a prática do crime em questão se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de competência da justiça federal (CF, art. 109, VI)*”.⁽¹⁴⁾ É bom dizer que os votos dos mins. **Cezar Peluso** e **Carlos Velloso** prestigiam “a jurisprudência do STF

no sentido de que apenas compete à Justiça Federal o julgamento de crimes contra a organização do trabalho que afetem diretamente o sistema de órgãos e instituições do trabalho”.⁽¹⁵⁾

A tese sufragada pelo voto do min. **Joaquim Barbosa** e já acompanhada por três outros ministros merece profunda reflexão. Sim, pois a se entender que a afetação do trabalhador “na esfera de proteção máxima” que a Constituição Federal lhe confere se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de competência da justiça federal (CF, art. 109, VI), teremos hipóteses das mais diversas ensejando o deslocamento da competência da estadual para a federal. É que o conceito do que seja a “*esfera de proteção máxima*” conferida ao trabalhador pode, segundo as inclinações ideológicas do intérprete, ou suas idiossincrasias, implicar nas mais díspares **inclusões** ou **exclusões**. Ademais, a idéia de crime contra a organização do trabalho não pode vir confundida com a vulneração dos interesses fundamentais dos trabalhadores. Do contrário, até mesmo as hipóteses de homicídio decorrente da atividade laboral virão para a órbita da justiça do trabalho. Afinal, com carradas de razões se pode dizer que mais caro que a liberdade individual, é a própria vida.

Afora o mais, no debate que se travou por ocasião do julgamento do RE nº 398.041-PA o min. **Pertence** trouxe a questão dos vínculos de dependência das autoridades locais, o que tornaria mais salutar a colocação da repressão aos cuidados da Polícia Federal e a competência da correlata justiça, dotadas da independência necessária. O argumento coloca em pauta uma questão que já foi tormentosa, mas na República Velha tão bem retratada na obra do imortal **Victor Nunes Leal**,⁽¹⁶⁾ quando a polícia e a justiça locais estavam debaixo do tacho do Coronel.

Há muito tempo que as polícias estaduais, com todos os defeitos que possam ter (e dos quais a federal não está infensa) estão profissionalizadas, seguindo as determinações de juízes estaduais concursados e colocados nas diferentes Comarcas por critérios objetivos. De outro lado, a atuação dos promotores de Justiça, no controle externo da polícia e na condução da repressão aos crimes não pode ser diminuída. Enfim, por que se pode dizer que “a força federal”, compreendida aí a polícia e o judiciário, é mais independente? Estaria presente aquele preconceito que parece se erguer contra a jurisdição penal estadual ou um novo modismo de glorificação à jurisdição federal?

Como quer que seja, o fato é que o alar-

gamento da competência da justiça federal, mediante a adoção de critérios vaporesos, gerará todo tipo de insegurança e, quando não, um sem número de ofensas à garantia do juiz natural. ☉

Notas

- (1) Assim, em expressivo artigo, “Impasse na luta contra o trabalho escravo”, o juiz federal **Walter Nunes da Silva Júnior**, atual presidente da Ajufe, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo* de 13/11/06, p. A3 e no site *Conjur*.
- (2) *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* nº 11, janeiro/junho 1998, Brasília/DF, pp. 83/100.
- (3) *Idem*.
- (4) “Impasse na luta contra o trabalho escravo”, cit.
- (5) **Cezar Roberto Bitencourt**. *Tratado de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, II/485; **Celso Delmanto et alii**. *Código Penal Comentado*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 320; **José Henrique Pierangeli**, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 257; e, por todos, **Hungria**. *Comentários*, 5ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense, 1982, VI/199, nº 164.
- (6) *Código Penal Comentado*, ob. cit., p. 321. Na mesma linha, mais recentemente, decidiu também o TRF da 1ª Região no Habeas Corpus nº 2005.01.00.023009-0, rel. juiz **Hilton Queiroz**, m.v., j. 28/6/05, DJ 22/9/05. Observa-se que o voto vencido apenas propunha o não-conhecimento da impetração por entender que o juiz não era autoridade coatora.
- (7) HC nº 2004.01.00.042385-6/MT, DJ 03/12/2004.
- (8) TRF da 1ª Região, juiz **Candido Moraes**, 2ª Turma Suplementar, ACR nº 1998.01.00.064116-1/PA, DJ 15/08/2002.
- (9) *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 154.
- (10) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 291.
- (11) 6ª T, RHC nº 15.702, rel. min. **Paulo Medina**, DJ 22/11/04.
- (12) CC nº 23.514, DJ 16/11/99, rel. min. **Fernando Gonçalves**. Nessa mesma de entendimento confirmaram-se os seguintes julgados: CC nº 34424, rel. min. **Laurita Vaz**, DJ 16/6/03; CC nº 33505, rel. min. **Paulo Medina**, DJ 09/12/03 e CC nº 29851, rel. min. **Hamilton Carvalhido**, DJ 17/9/01.
- (13) STF, Pleno, rel. min. **Moreira Alves**, RE nº 90.042, DJ 05/10/79.
- (14) Citação colhida do *Informativo do STF* nº 378, de 4/3/05.
- (15) *Idem*.
- (16) *Coronelismo, Enxada e Voto*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Alfa-Omega, 1975.

Alberto Zacharias Toron

Advogado, conselheiro federal da OAB, doutor em Direito pela USP e professor de Direito Penal da PUC-SP

AINDA SOBRE A EUTANÁSIA: É POSSÍVEL JUSTIFICAR O HOMICÍDIO PIEDOSO MESMO SEM CONTAR COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA?

Gisele Mendes de Carvalho

Gisele Mendes de Carvalho

AINDA SOBRE A EUTANÁSIA: É POSSÍVEL JUSTIFICAR O HOMICÍDIO PIEDOSO MESMO SEM CONTAR...

Recentemente, alguns episódios relacionados a homicídios perpetrados em contextos eutanásicos chamaram a atenção da opinião pública sobre a possibilidade de que os mesmos fossem levados a cabo sem ouvir o desejo do paciente. Sem dúvida, o mais representativo deles é o caso de Terri Schiavo, a mulher que após mais de uma década em estado vegetativo, teve seu destino finalmente decidido por um juiz da Corte do Estado norte-americano da Flórida, gerando grande comoção naquele país e reacendendo a polêmica em torno ao já tão controvertido tema da eutanásia. Como bem se sabe, o principal problema que encerrava esse caso era o de que a guarda de Terri era objeto de uma intensa disputa judicial entre seus pais e seu marido — enquanto os primeiros defendiam que a paciente ainda podia se recuperar e que seria em todo caso precipitado deixá-la morrer, desconectando as sondas que a alimentavam e hidratavam, este último era abertamente favorável à cessação dos cuidados médicos que mantinham Terri artificialmente com vida.

Pois bem, em princípio, a resolução do caso parecia depender exclusivamente da possibilidade de conhecer qual teria sido o desejo da paciente, se estivesse em condições de outorgar seu consentimento, já que, de acordo com a tendência amplamente consagrada na jurisprudência norte-americana, a declaração de vontade do enfermo contrária à continuação do tratamento deve ser respeitada como manifestação de seu direito constitucional à privacidade (*privacy*). Daí que a polêmica poderia ter sido facilmente resolvida se Terri tivesse deixado constância de sua vontade em algum documento de instruções prévias, como o chamado “testamento vital”, declarações pelas quais o enfermo pode rechaçar a iniciação ou o prosseguimento de qualquer terapêutica, ainda que vital, previamente ao início do estado de inconsciência, e que são aceitos tanto em países onde a eutanásia se encontra legalizada (Holanda), como naqueles em que a mesma continua sendo delito (Espanha), já que atualmente a doutrina majoritária em matéria de delitos omissivos tende a considerar que a oposição da vítima cancela a posição de garante do sujeito ativo (neste caso, do médico), fazendo com que as suspen-

sões de terapias vitais — é dizer, as formas passivas de eutanásia — não devam ser consideradas delito por absoluta falta de tipicidade do comportamento.⁽¹⁾

Trasladando a questão ao ordenamento brasileiro, tem-se que a resposta ao problema poderia ser encontrada por outras vias que não passam necessariamente pela obtenção do consentimento da vítima, isto é, ainda que não se disponha de elementos suficientes para conhecer a decisão do paciente, caso este se encontrasse consciente no momento da toma da decisão de interromper o tratamento vital. Assim, embora a legislação pátria não admita os testamentos vitais, é cediço o entendimento de que, dentro da estrutura típica dos delitos impróprios de omissão, não basta que o autor ocupe a posição de garante — é mister que tenha capacidade concreta de ação, requisito ausente naqueles casos em que nada mais pode ser feito para recuperar a saúde do paciente, como era o caso de Terri Schiavo, já que o dever de agir do facultativo, como qualquer outro dever de agir, encontra-se condicionado à possibilidade de o médico cumprir sua função curativa.⁽²⁾

Mas será que a atipicidade da eutanásia passiva, incontestável neste e em outros casos em que o paciente se encontra em estado vegetativo persistente, resolve satisfatoriamente a questão? Recordemos brevemente as circunstâncias da morte de Terri: após a decisão do juiz norte-americano que ordenou a suspensão dos cuidados intensivos, a paciente faleceu de inanição e desidratação, ao cabo de 14 dias de intensa agonia. Embora o injusto das formas passivas de eutanásia seja indiscutivelmente considerado menos grave que o injusto das modalidades ativas, parece ser que em casos como os de Terri, bastante frequentes na prática médica, as dantescas condições em que a morte ocorreu poderiam legitimar uma inversão dessa lógica, com base no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). A aplicação da eutanásia passiva, aliás, poderia configurar o delito de maus tratos (art. 136, CP), já que o médico estaria expondo a perigo a vida de pessoa sob sua guarda para fim de tratamento, privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, sendo prevista para os casos em que resulta a morte da vítima a pena de 4 a 12 anos de reclusão (§ 2º).

Desse modo, e constatando-se a maior gravidade da omissão com respeito à ação nesses casos, nada impede aplicar a eutanásia ativa à paciente, pois não resta dúvida de que em tais hipóteses a ação de matar o enfermo produz menos sofrimento que a mera abstenção de prosseguir com o tratamento. De fato, teria sido bem mais ético aplicar uma injeção letal à paciente, permitindo assim que a morte ocorresse de forma breve e indolor. Do ponto de vista moral, essa idéia é defendida por filósofos defensores da chamada corrente consequencialista, que se centra principalmente nos resultados das ações, buscando chegar a eles por meio do caminho mais benévolo.⁽³⁾ Pois bem, em casos como o de Terri, em que o enfermo se encontra em estado vegetativo persistente, sem qualquer possibilidade de recuperar sua capacidade de interagir com o mundo e de voltar a exercer sua autonomia, mais do que uma falta de capacidade concreta de ação por parte do médico que interrompe o tratamento vital, estamos diante de uma omissão que, não fosse pelas cruéis circunstâncias em que se verifica (é dizer, falta de alimentos e hidratação), não lesaria bem jurídico algum. Afastada a possibilidade de aplicação da eutanásia passiva por configurar um delito de maus tratos, resta, portanto, praticar a eutanásia ativa, único e verdadeiro homicídio piedoso em tais episódios, dado que a mesma não lesaria nem poria em perigo um bem jurídico digno de proteção penal. Pois se existe, de fato, uma opção pela morte nesses casos, então ela deveria se dar da melhor maneira possível. ◉

Notas

- (1) Vide **ROMEO CASABONA, Carlos María**. *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 113.
- (2) Como já destacado em **CARVALHO, Gisele Mendes de**. “Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia”, São Paulo: **IBCCRIM**, 2001, pp. 168-169.
- (3) Vide **SINGER, Peter**. *Repensar la Vida y la Muerte. El Derrumbe de Nuestra Ética Tradicional*. Barcelona: Paidós, 1997, pp. 85-86.

Gisele Mendes de Carvalho

Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá, Paraná e doutoranda em Direito Penal na Universidade de Saragoça, Espanha

Este despretenso artigo busca visitar velhos problemas do Código de Processo Penal brasileiro por meio de um viés pretensamente garantista.

Parece de bom grado, preambularmente, salientar que o paradigma do Estado mudou com a nova idéia de Direito instaurada desde o início da vigência da Constituição da República de 1988, passando de um sistema autoritário para outro efetivamente democrático.

Expressão maior dessa alteração não é a própria Constituição de 88 e sim a real subordinação das normas infraconstitucionais àquela. Pois, a Carta Magna de 67/69 também se mostrava democrática formalmente. O que mudou foi o pensamento, o comprometimento da figura estatal enquanto entidade garantidora e respeitadora dos direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, não se deve aceitar a sujeição do magistrado à lei como regra total e perfeita. Ele tem o dever de analisá-la sempre, observando sua validade enquanto compatibilização com os ditames constitucionais, para, aí sim, se positivo o resultado deste cotejo, submeter-se ao seu comando. Ou seja, expurga-se a idéia de condicionamento acrítico e incondicional à lei e defende-se o posicionamento ativo do juiz, sujeito à Constituição e, por consequência, às normas infraconstitucionais, desde que consentâneas com aquela.

Este comportamento deve ser seguido não só pelos juízes como por todos aqueles que lidam com o Direito, pois é preciso ter intimidade com a Constituição, e não intimidar-se com ela.

O ainda vigente Código de Processo Penal é do ano de 1941, época marcada pelo totalitarismo getulista, então, imprescindível realizar uma espécie de “filtragem constitucional”, para poder identificar o que foi ou não recepcionado pelo atual ordenamento jurídico. Lembrando a passagem de São Francisco, onde o mesmo pede a Deus para que lhe dê coragem de mudar o que precisa ser mudado, conservar o que precisa ser conservado e sabedoria para distinguir uma coisa da outra, o critério a ser adotado para tal distinção na área jurídica é a adequação ou não à Constituição.

De posse destes pressupostos, inicia-se o estudo do Direito positivo.

Diz o Código de Processo Penal, art. 385, *in verbis*: “Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

Pode-se extrair deste mandamento duas permissões ao magistrado: o pedido de absolvição por parte do Ministério Público não vincula sua tarefa jurisdicional e é possível o reconhecimento, *ex officio*, de agravantes.

A primeira assegura o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Se as alegações finais do *Parquet* requerendo a absolvição vinculassem o juiz, estaria aquele dispondo da ação penal pública. Diferentemente ocorre com a ação penal pública de iniciativa privada, onde, segundo o Código de Processo Penal, art. 60, III, que consagra o princípio da disponibilidade desta, se o querelante deixa de pleitear a condenação do querelado em sede de razões finais o magistrado deve declarar a perempção e, conseqüentemente, reconhecer a extinção da punibilidade com base no Código Penal, art. 107, IV.

Ainda que de rara aplicação, o art. 385 preserva o interesse público da persecução penal e a atuação da lei penal nos crimes de ação penal pública.

Oportunamente, Antonio Milton de Barros comenta: “O conteúdo do art. 385 do Código de Processo Penal evoca uma colusão entre dois princípios — legalidade e acusatório. De um lado, pode-se considerar que, ao manifestar-se pela absolvição, o Ministério Público estaria ‘retirando’ a acusação e o juiz, nesse caso, ao decidir pela condenação, estaria assumindo, ao mesmo tempo, as funções acusadora e julgadora. Entretanto, já se aventou que a recíproca seja verdadeira: ao não denunciar ou quando formula pedido de absolvição que vincule o juiz, o Ministério Público estará assumindo as duas funções — de acusar e de julgar —, já que, quando decide não acusar, impede o julgamento.”⁽¹⁾

Portanto, se, contrariamente ao disposto no estatuto adjetivo, o pedido de absolvição do *Parquet* vinculasse a atividade jurisdicional, o recurso do Ministério Público pleiteando a absolvição também vincularia o tribunal. E, imagine quão absurdo seria o caso de, ocorrendo sucessão entre membros do Ministério Público,⁽²⁾ o primeiro atuando até o ato das alegações finais requestando a condenação e o segundo, assumindo a causa depois da sentença condenatória, formulasse outra opinião *delicti* e entendesse que era caso de absolvição, pedindo-a, tempestivamente,

via recursal ao juízo *ad quem*. De nada adiantaria a referida sentença condenatória do juízo *a quo*, porquanto em decorrência da alteração de entendimento da instituição do Ministério Público, a absolvição seria decidida por esta e não pelo Judiciário, uma vez que o recurso vincularia o tribunal. Na verdade, nesta hipótese, estar-se-ia transferindo a função jurisdicional do Poder Judiciário para o *Parquet*.

Contrariamente, afirma Américo Bedê Freire Júnior: “Na verdade há uma relação de prejudicialidade entre o convencimento do promotor e o do magis-

trado, melhor explicando: entendendo o Ministério Público pela não existência de crime, não cabe ao magistrado exercer qualquer juízo de valor sobre a existência ou não do crime, uma vez que a partir desse momento o magistrado estaria atuando de ofício, ou seja, sem acusação e em flagrante desrespeito ao sistema acusatório.”⁽³⁾

Todavia, não merece prosperar esta última idéia, uma vez que, ao contrário da fundamentação acima transcrita, em havendo vinculação do magistrado em relação ao pedido de absolvição por parte do Ministério Público estaria, aí sim, ocorrendo agressão ao mencionado sistema, pois reunidas estariam as funções de acusar e julgar numa mesma instituição.

Tão pernicioso quanto se ter um órgão julgador que acuse é o fato de se possibilitar ao acusador a função de julgar, sob pena de acolhimento do sistema inquisitório com mudança tão-somente de protagonista.

Sendo assim, é constitucionalmente válida a primeira parte do Código de Processo Penal, art. 385.

Já, com relação à segunda parte, que permite ao juiz reconhecer, de ofício, circunstâncias agravantes, algumas observações merecem ser feitas.

O Código de Processo Penal em seu art. 41 determina que a denúncia exponha o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Neste particular, o que deve ser descrito na inicial acusatória é o fato processual com todas as circunstâncias temporais, locais e modais possíveis.

Guilherme de Souza Nucci afirma o seguinte: “Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são cau-

sas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação."⁽⁴⁾

Contudo, não se pode aceitar tal posicionamento, por partir de uma premissa errada. Adotar tal postura seria reduzir o fato processual ou tentar enquadrá-lo em uma categoria do Direito Penal, o que não é correto para a solução do problema. A consideração da relevância da alteração do fato, para fins de correlação entre acusação e sentença, deve ter em mira o fato processual, e não o fato penal.

O fato penal é o acontecimento humano, positivo ou negativo, descrito, modelado abstratamente, em tipo penal, ou seja, hipótese de conduta com prévia reprovação legal, decorrente do princípio da legalidade; enquanto fato processual penal constitui-se na ocorrência histórica, concreta, destacada da realidade, objeto do processo penal, atribuído ao acusado, para comprovação de sua realidade, sobre o qual incidirá a apreciação judicial.

Portanto, o que se analisa é o fato processual e não o penal.⁽⁵⁾ Qualquer alteração naquele, ainda que não importe em mudança no tipo penal, acréscimo ou exclusão de qualificadora ou causa de privilégio, causa de aumento ou diminuição de pena, circunstância agravante ou atenuante, terá como consequência as providências previstas no instituto *mutatio libelli*.

Por exemplo, se durante a instrução processual de um fato caracterizado como homicídio se descobre que a data do evento foi outra que não a descrita na denúncia ou o local onde ocorreram os fatos é diverso do indicado na inicial, o juiz, para que possa decidir tendo em vista a nova data ou o novo local, deverá provocar o aditamento da peça acusatória,⁽⁶⁾ depois, possibilitar a defesa sobre o mesmo, oportunizando, assim, o exercício do contraditório sobre o novo elemento fático, mesmo que não haja qualquer alteração penalmente relevante.

Tem se afirmado que a indicação, mesmo implícita da circunstância agravante na denúncia, já autoriza o juiz a reconhecê-la na sentença, porém entendo que o fato que caracteriza a agravante deve vir descrito explicitamente na denúncia. Ou seja, o que importa é a descrição factual e não a subsunção desta a alguma das hipóteses previstas no Código Penal, arts. 61 e 62, pois esta última tarefa é atribuída ao magistrado, consoante prevê o Código de Processo Penal, art. 383.⁽⁷⁾

Por exemplo, se o órgão de execução acusador descreve explicitamente em sua denúncia que o réu cometeu fato que se

subsume ao tipo penal lesão corporal mediante dissimulação, não há a necessidade de pedido para aplicação da agravante prevista no Código Penal, art. 61, II, *d*. Do contrário, em não havendo mencionada descrição fática, vedado está ao magistrado reconhecer fato descoberto durante a instrução que caracteriza alguma agravante sem proceder aos consectários previstos no Código de Processo Penal, art. 384.

Qualquer relevante alteração fática que importe no surgimento ou não de alguma agravante terá como consequências o aditamento da denúncia, o contraditório e o exercício de eficiente defesa.

Assim, com a proficiência que lhe é peculiar, observa **Weber Martins Batista**: "(...) a permissão do art. 385 deve ser reexaminada à luz dos princípios constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, pois, em muitos casos, a aplicação pura e simples da norma processual poderá causar prejuízo à defesa."⁽⁸⁾

Então, vedado está ao juiz reconhecer algum fato, caracterizador ou não de agravante, que não tenha sido descrito na denúncia, sob pena de negar-se a oportunidade de a defesa debater sobre o mesmo e, conseqüentemente, infringir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Essa mesma conclusão é seguida por **Gustavo Badaró**⁽⁹⁾ e **Benedito Garcia Pozzer**.⁽¹⁰⁾

Em conclusão, admissível que o juiz condene mesmo que o *Parquet* peça a absolvição em alegações finais; e, de outra banda, ainda que não requerida sua aplicação pelo Ministério Público, possível o reconhecimento de circunstância agravante em sentença, desde que prevista factualmente na denúncia.

Esta é a interpretação do Código de Processo Penal, art. 385 que se impõe em atenção ao princípio da correlação entre acusação e sentença no processo penal, princípio este embasado pelos direitos fundamentais, mormente pelo sistema acusatório e pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não há como se negar na atualidade a força vinculante que os direitos fundamentais exercem sobre o magistrado, pois, conforme muito bem advertido por **Aury Lopes Júnior**: "O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É a legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial."⁽¹¹⁾

Bem assim, sempre oportuna e atual é

a afirmação de **Norberto Bobbio**: "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político."⁽¹²⁾

Notas

- (1) **BARROS, Antonio Milton de**. *Processo Penal Segundo o Sistema Acusatório: Os Limites da Atividade Instrutória Judicial*, Leme: Ed. de Direito, 2002, p. 195.
- (2) Por exemplo, na hipótese de férias do promotor de Justiça titular em que o promotor substituto assume suas funções na Comarca ou Vara.
- (3) **FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê**. "Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público", *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.13, n° 152, jul. 2005, p. 19.
- (4) **NUCCI, Guilherme de Souza**. *Manual de Processo e Execução Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 606.
- (5) O Código de Processo Penal ao disciplinar a segunda parte do art. 385 acolhe conceitos penais e não processuais. O que é um equívoco. **Weber Martins Batista** apresenta como razão de tal imprecisão o fundamento de que o atual estatuto processual penal fora elaborado por uma notável comissão composta por penalistas e não por processualistas, o que é desaconselhável (**BATISTA, Weber Martins**. *Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 166).
- (6) Aditamento este que pode ser realizado espontaneamente pelo órgão acusador.
- (7) Com exceção da reincidência. Procedimentalmente quando o promotor de Justiça propõe denúncia contra indiciado requer em cota a determinação de juntada de certidões criminais deste para a verificação da existência ou não da agravante. Desta feita, torna-se impossível a descrição do fato que caracteriza esta agravante já na peça preambular. O que não se pode aceitar, nesta hipótese, é a juntada em momento posterior às alegações finais, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
- (8) **BATISTA**. Ob. cit., p. 166.
- (9) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy**. *Correlação Entre Acusação e Sentença*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 184-188.
- (10) **POZZER, Benedito Roberto Garcia**. "Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro", São Paulo: **IBCCRIM**, 2001, p. 158.
- (11) **LOPES JÚNIOR, Aury**. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77.
- (12) **BOBBIO, Norberto**. *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

Fábio Bergamin Capela
Juiz de Direito/PR, especialista
em Direito Processual Civil

A temática jurídica das implicações oriundas do crescimento do Direito Penal Econômico surge, especialmente, como consequência da ineficiência do Direito Penal “clássico” em responder às demandas da criminalidade moderna. Observa-se claramente uma crise de credibilidade do sistema jurídico, com a sociedade clamando pela defesa de seus valores fundamentais e exigindo a implementação de um sistema penal, que combata com eficácia e justiça social todas as formas de delinquência, sobretudo a econômica.

Apesar de ser discutida a autonomia do Direito Penal Econômico, entende-se que esse novo ramo do Direito dispõe de substrato teórico e prático para resolver grande parte dos problemas que estão postos, fazendo, inclusive, o exame da proporcionalidade e a constatação de que a aplicação da pena privativa de liberdade como sanção justa e eficaz não se amolda a esses tipos de delitos.

Busca-se ainda, apontar, medidas alternativas de política criminal de intervenção mínima, em consonância com a política econômica neoliberal vigente. Isto porque, a sanção criminal de *per se*, além de inócua, é ineficaz para a manutenção da higidez econômica deve ser reservada às hipóteses nas quais outras medidas repressivas se revelem ineficazes. A sanção penal pode inclusive trazer um retorno social negativo, por exemplo: o fechamento de uma empresa, cujo titular é o réu, culminando com a demissão de milhares de pessoas. Isso sem falar no aparato posto à disposição da administração pública, que já é suficiente para garantir a responsabilização dos infratores e a busca das receitas esvaídas.

Sabe-se que a ordem econômica nacional é responsável pela proteção das tutelas sociais, constituindo grande parte da ordem jurídica. Os limites da intervenção do Estado na ordem econômica foram traçados pela Constituição Federal e leis especiais e devem ser observados na intervenção legislativa de combate à criminalidade moderna; isto é, a intervenção tem de pautar-se por uma restrita preservação do sistema econômico e dos preceitos constitucionais (livre iniciativa, controle do abuso do poder econômico, valorização do trabalho e economia popular), corrigindo os excessos da iniciativa privada e evitando, nos dizeres de **Raúl Cervini**, que a economia de mercado se converta numa selva, na qual o mais forte sempre vence.⁽¹⁾

As autoridades, ao se valerem do cará-

ter simbólico do Direito Penal, tentam transmitir à sociedade que se preocupam com a segurança da população, adotando, na maioria das vezes, soluções contrárias ao Direito e à própria proteção jurídica dos sujeitos do processo penal. Nesse diapasão, o legislador não tem, nem terá condições de acompanhar a dinâmica social e suas efetivas necessidades, inflacionando o sistema jurídico posto e aumentando indiscriminadamente as penas privativas de liberdade, contribuindo apenas para o aumento dos casos de reincidência, destruindo as bases fundamentais do Direito Penal.

Ademais, o Estado já possui um aparato bastante eficiente no combate às condutas que colocam em risco a economia de modo geral (preferência de créditos tributários, prazos processuais dilatados, a necessidade de emissões de certidões de regularidade fiscais, dados do CPMF, medidas cautelares de preservação do patrimônio dos administradores de bancos sob intervenção, atuação preventiva do Cade⁽²⁾ etc.).

Claro, muito há que ser feito. Vontade política deve ser mostrada para que seja modificado o quadro atual. De um lado, alguns diplomas legais que foram sancionados há quase uma década demonstram que suas promulgações só serviram para desafogar de modo débil o judiciário, uma vez que na maioria dos processos submetidos ao disposto nessas leis (9.0990/1995 e 9.714/1998) ocorre a prescrição, sem nenhum retorno à sociedade. De outro, de acordo com o Censo Penitenciário de 2003 realizado na cidade de São Paulo, é ínfima a quantidade de detentos por crimes econômicos (menos de 2% do total de criminosos).⁽³⁾ Este quadro sugere a ineficácia da pena privativa de liberdade para os infratores desses tipos de delito; se sequer a função retributiva é atendida, o que não dizer da função prevenção geral ou especial?

Maior autonomia aos órgãos competentes (*v.g.* Cade e Bacen) em fazer valer suas decisões no combate a grandes conglomerados econômicos mundiais e multinacionais, que abusam do poder econômico, deve ser dada. A ameaça de prisão — se se pudesse demonstrar sua força preventiva — não pode ser utilizada como meio de barganha para que empresários paguem os tributos devidos e para que banqueiros respeitem o Sistema Financeiro Nacional.

Sugere-se a adoção de medidas tais como a imposição de pesadas multas, perdas de bens, prestação de serviços à co-

munidade no seu nicho de atuação (como um conselheiro não remunerado de uma empresa pública), interdições de direitos dos sócios infratores, preservando o erário público e a economia local e nacional, proibição de o condenado contratar com o Poder Público, perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito, proibição de receber subsídios, subvenções, incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios ou doações, suspensão e cancelamento de registro, licença ou autorização, como, também, suspensão das atividades da empresa, passagem do controle acionário a um grupo de funcionários, que receberão assessoria especializada pública e privada. Deve ser criado um fundo nacional de aparelhamento e especialização em combate aos crimes econômicos, tributários e previdenciários. Essas medidas parecem ser mais coerentes e socialmente úteis. Abrem-se, assim, as portas para uma perspectiva de reação.

Só assim, sem excessos intervencionistas na economia e sem a imposição de sanções criminais inócuas, o mais das vezes desproporcionais e totalmente nocivas à sociedade, que mais desagregam a empresa e a economia, sem falar na descrença social, pois os condenados sequer cumprem a pena que lhes é imposta, é que o Direito Penal terá seu campo de atuação preservado (*ultima ratio*), havendo a tão sonhada harmonia necessária para o desenvolvimento de um sistema punitivo eficiente e justo, sendo refutada a função simbólica do Direito Penal. ●

Notas

- (1) **CERVINI, Raúl.** *Derecho Penal Económico: Concepto y Bien Jurídico*. International Center of Economic Penal Studies - Asociación Académica Privada, 2004.
- (2) Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, criado em 1962 e transformado, em 1994, em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, tem suas atribuições previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Ele tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão do mesmo.
- (3) Censo Penitenciário de 2003. SAP – Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Disponível em: www.sap.sp.gov.br/common/vinculados.html#censo. Acesso em: 22.06.2006

Antonio Tide Tenório A.M. Godoy
Especialista em Direito Penal
Econômico (FGV) e advogado

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



Inscrições abertas a partir de meados de janeiro de 2007

O Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM

é 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 será publicado no site do **IBCCRIM**, a partir de meados de janeiro de 2007.

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.

PARTICIPEM DO BOLETIM

O **Boletim** está aberto à colaboração de todos para receber artigos a serem publicados e, também, decisões de primeira e segunda instâncias — que podem ser publicadas na íntegra ou resumidas, a critério da Coordenação do Boletim.

Os trabalhos enviados devem ser inéditos e conter, no máximo, **6.700** caracteres, contados os espaços.

As demais regras para publicação encontram-se em nosso *site*, assim como podem ser obtidas no próprio Instituto, por telefone, *e-mail* ou pessoalmente.

Sugestões e críticas também são bem-vindas, uma vez que a colaboração dos associados é de suma importância para o aprimoramento do nosso **Boletim**.



IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

■ ACRE

- Maria de Salette da Costa Maia - cestadual.ac1@ibccrim.org.br

■ AMAPÁ

- João Guilherme Lages Mendes - cestadual.ap1@ibccrim.org.br

■ AMAZONAS

- Ana Beatriz Baraúna Lopes - cestadual.am1@ibccrim.org.br
- Fabiola Monteconrado Ghidalevich - cestadual.am2@ibccrim.org.br

■ BAHIA

- Elmir Duclerc - cestadual.ba1@ibccrim.org.br
- Selma P. de Santana - cestadual.ba2@ibccrim.org.br

■ CEARÁ

- Fernando Luiz Ximenes Rocha - cestadual.ce1@ibccrim.org.br
- Francisco Sales Neto - fsalesneto@uol.com.br
- Patrícia de Sá Leitão e Leão - patriciasaleitao@ig.com.br

■ DISTRITO FEDERAL

- Carmen da Costa Barros - cestadual.df1@ibccrim.org.br
- Marta Saad - cestadual.df2@ibccrim.org.br

■ GOIÁS

- Franciele Silva Cardoso - cestadual.go1@ibccrim.org.br

■ MARANHÃO

- Themis Maria Pachêco de Carvalho - cestadual.ma1@ibccrim.org.br

■ MINAS GERAIS

- Liliane Cristina de Oliveira - cestadual.mg1@ibccrim.org.br
- Marcelo Leonardo - cestadual.mg2@ibccrim.org.br

■ PARÁ

- Edmundo Oliveira - cestadual.pa1@ibccrim.org.br

■ PARAÍBA

- Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato - cestadual.pb1@ibccrim.org.br
- Guilherme Costa Câmara - cestadual.pb3@ibccrim.org.br
- Oswaldo Trigueiro Filho - cestadual.pb2@ibccrim.org.br

■ PARANÁ

- Adelino Marcon - adelino.marcon@terra.com.br
- Maurício Kuehne - cestadual.pr1@ibccrim.org.br
- Walter B. Bittar - walter@advocaciabittar.adv.br

■ PERNAMBUCO

- Adeildo Nunes - cestadual.pe3@ibccrim.org.br
- Flavio Augusto F. de Lima - cestadual.pe2@ibccrim.org.br
- Nilzardo Carneiro Leão - cestadual.pe1@ibccrim.org.br

■ MATO GROSSO DO SUL

- Fabio Trad - cestadual.ms1@ibccrim.org.br

■ RIO DE JANEIRO

- Maria Lúcia Karam - cestadual.rj1@ibccrim.org.br

■ RIO GRANDE DO SUL

- Fabio Roberto D'Ávila - cestadual.rs1@ibccrim.org.br
- Luiz Antônio Bogo Chies - cestadual.rs3@ibccrim.org.br
- Paulo Vinicius Sporleder de Souza - cestadual.rs2@ibccrim.org.br

■ RIO GRANDE DO NORTE

- Lena Rocha - cestadual.rn1@ibccrim.org.br

■ RONDÔNIA

- Pedro Colaneri Abi Eçab - pedroabiecab@hotmail.com

■ SANTA CATARINA

- Felipe Cardoso Moreira de Oliveira - cestadual.sc1@ibccrim.org.br

■ SÃO PAULO (BAIXADA SANTISTA)

- Vinicius Toledo Piza Peluso - cestadual.sp1@ibccrim.org.br

■ SERGIPE

- Daniela Carvalho Almeida da Costa - cestadual.se1@ibccrim.org.br

Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar. **Participe!**

PROJETO DE LEI Nº 282/2003, DO SENADO FEDERAL: UM NOVO ATENTADO AO DIREITO DE DEFESA

Fernando Antônio de Lima

Fernando Antônio de Lima

Dados do Censo Penitenciário Nacional apontam que, em 1995, a população carcerária era de 148.760 pessoas, saltando para 328.776 apenas dez anos depois.⁽¹⁾

A explicação para tudo isso talvez esteja no desmantelamento do tecido social, devido à desestruturação do Estado na prestação das políticas públicas e no combate ao crime organizado.

Volvemos ao ano de 1938. Nos Estados Unidos, um radialista anuncia que o País está sendo invadido por marcianos. A população se desespera. O caos se instala. Importantes intelectuais sustentam que a histeria generalizada se deveu à crise econômica por que passava a população ianque, recém-saída da Grande Depressão de 1929.

Ora, entendiam esses intelectuais, o Estado estava falido; o crime organizado imperava; as famílias não tinham perspectivas de futuro; uma simples brincadeira, como essa, seria capaz de pôr em desespero todo um país.

Talvez isso esteja acontecendo no Brasil. Os ataques promovidos no dia 15 de maio de 2006, direcionados principalmente contra as instituições policiais paulistas, assustaram sobremaneira a população civil brasileira.

Isso porque a desestruturação do Estado, devido à falta de políticas públicas — de saúde, educação, previdência, segurança pública — pôs em desespero todos os que vivem no Brasil. Não se confia no Estado. As boas perspectivas de futuro fogem ao alcance não só dos pobres, mas também da classe média. Daí por que o ataque promovido por alguns marginais sirvam para chacoalhar toda uma nação, assustada pelo desmantelamento do aparelho estatal.⁽²⁾

As políticas fiscalistas e neoliberais, que buscam o enxugamento do Estado e ao mesmo tempo o fortalecimento do aparelho repressivo, parecem apontar como uma das principais causas do aumento da criminalidade. O sintoma principal disso é a duplicação da população carcerária nos últimos dez anos, período no qual o capitalismo financeiro, com as políticas de privatização e de diminuição das prestações estatais, ingressou com força no Brasil.

A classe política, diante desse estado de caos, de ruptura da coesão social, propõe o endurecimento das leis penais e a redução das garantias individuais, como forma de reduzir a criminalidade. É a conhecida função simbólica do Direito Penal, o Direito Penal do “faz-de-conta”.

Aí é que entra o Projeto de Lei nº 282, de 2003, de autoria do senador Antônio Carlos Magalhães. Por meio desse projeto — já aprovado no Senado e com tra-

mitação na Câmara dos Deputados — acusados de certos crimes, como entre outros o tráfico ilícito de entorpecentes, só podem ser assistidos por defensor dativo. Para contratar advogados particulares, tais acusados precisam comprovar a origem lícita dos recursos para pagar a esses causídicos.⁽³⁾

Na Câmara, porém, o relator desse projeto (deputado Marcelo Ortiz) não o viu com bons olhos. No parecer, entendeu pela inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio constitucional da inocência, à dignidade humana, à indispensabilidade do advogado à administração da justiça (Constituição Federal, art. 133), ao direito de o preso ter assistência da família e do advogado (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIII).⁽⁴⁾

Não há dúvidas de que essa nova alteração no processo penal tem conteúdo nitidamente autoritário, fazendo relembrar as origens do Código de Processo Penal brasileiro.

Com efeito, esse diploma legal remonta a 1941. Sua inspiração foi a legislação italiana da década de 30, em que se evidenciava a influência do regime fascista, ao qual estava submetida a Itália. É de **Manzini** — jurista italiano da época, o qual ainda granjeia enorme prestígio no nosso meio — a afirmação de que nós não adotamos o princípio da presunção de inocência, já que seria impossível iniciar uma ação penal em face de uma pessoa presumidamente inocente. Eis a adoção, pois, do princípio da presunção de culpabilidade, que clarifica o autoritarismo que deu base ao nosso Código de Processo Penal.

Por outro lado, veio a Constituição Federal de 1988, para instituir um amplo acervo de direitos e garantias individuais, capaz de superar a visão autoritária sobre a qual foi editado o CPP brasileiro.⁽⁵⁾

Nessa nova visão, democrática e pluralista, devemos olhar o processo penal como presente não apenas em dispositivos legais. As vistas do intérprete devem projetar para o terreno onde se situam as normas constitucionais, as quais irradiam importantes efeitos sobre os direitos e garantias individuais. Daí por que hoje se fala em *processo penal constitucional*.

Assim, toda vez que se trabalhar com o processo penal, impende atentar para a ingente importância desempenhada pela hermenêutica constitucional, que se vale de métodos e, sobretudo, de princípios constitucionais, para solucionar as grandes questões interpretativas que se apresentam aos que lidam com o Direito.

Exsurge, então, o princípio da força normativa da Constituição, segundo o

qual se deve dar preferência àqueles pontos de vista que dêem densidade à imperatividade das normas constitucionais, isto é, que retirem, destas, a maior aplicabilidade e eficácia possível.

Por seu turno, como decorrência do princípio da força normativa da Constituição, vem a pêlo o princípio da máxima efetividade, que veicula um conselho aos aplicadores do Direito. Assim, em matéria de direitos fundamentais, a interpretação tem de visar à compactação de tais direitos.⁽⁶⁾

Nessa ordem de idéias, o intérprete do processo penal, tendo em vista os princípios constitucionais mencionados, deve sempre ter em vista os direitos e garantias individuais.

Não foi o que se aventou com o Projeto de Lei nº 282/2003, do Senado Federal. Ao contrário, esse esboço de legislação retrocedeu às origens principiológicas do Código de Processo Penal, cujas raízes brotam do regime fascista que existia na Itália.

Em primeiro lugar, porque a Carta, preocupada com os direitos individuais, prestigia o advogado, elevando-o à posição de figura indispensável à administração da justiça (art. 133).

É por isso que **Figueiredo Dias**, mencionado por **Tourinho**, ensina que o advogado exerce uma *função pública*, que se insere na administração da justiça. Esse mister não se limita à relação contratual advogado/cliente, mas alcança os superiores interesses da comunidade.⁽⁷⁾

Assim, quando o legislador infraconstitucional traz novas condicionantes ao exercício da Advocacia, é óbvio que exorbita dos poderes que lhe foram conferidos pela Carta Magna.

Com efeito, a Advocacia contribui inestimavelmente para a concretização da liberdade, além de neutralizar os abusos, fazer cessar as arbitrariedades.⁽⁸⁾ Freá-la significa impulsionar o autoritarismo, que parecia ter sido expulso destas terras, mas que, algumas vezes, desponta a medrar, até que venham as instituições democráticas para podá-lo.

Também desrespeitou, o apontado projeto de lei, o *devido processo legal*, nas dimensões *formal* e *material*.

Formalmente, o devido processo legal compreende as formalidades, as garantias processuais, as garantias do procedimento, como o contraditório, a ampla defesa.

Já, no aspecto substancial, diz respeito às garantias contra as investidas abusivas do poder. Confunde-se com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, segundo o qual qualquer ato do poder público deve sempre se ater à justa medida, ao equilíbrio, dissociado do arbítrio,

ponderando, dos valores em conflito, qual deles deve prevalecer, no caso concreto.

Para o Supremo Tribunal Federal, mesmo as leis se sujeitam ao *princípio da proporcionalidade*, de maneira que, se o juízo de ponderação não for razoável, a norma será tida por inconstitucional.⁽⁹⁾

Não bastasse isso, o Projeto de Lei nº 282/2003 também viola o princípio constitucional do estado de inocência, que contém duas regras. Uma, de *tratamento*: ninguém, durante a persecução penal, pode sofrer restrições pessoais, fundadas na possibilidade de condenação. A outra, *probatória*: o ônus da prova da autoria e do fato impende à acusação, somente cabendo ao réu provar as causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade.⁽¹⁰⁾

É que trazer condicionantes arbitrárias ao exercício do direito de defesa traduz em tratar, o acusado, como possivelmente condenado, o que ofende a regra de tratamento, extraída do princípio do estado de inocência.

Também há ofensa ao *princípio do contraditório*, que sempre foi visto com forma de se garantir a participação das partes no processo, como forma de contribuir para o convencimento do juiz.

Isso porque, modernamente, o contraditório deve-se voltar, também, à igualdade entre os litigantes, propiciando-lhes paridade de armas.⁽¹¹⁾ Ora, se o acusado não pode escolher o seu defensor, porque não consegue provar a origem lícita dos recursos com que pagará os honorários advocatícios, como afirmar a paridade de armas, se o réu nem mesmo confia em seu defensor, que seria nomeado pelo juiz?

Aliás, deriva do direito à defesa técnica o direito de escolher o advogado, pois entre o acusado e o causídico deve haver relação de confiança.

Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, segundo mostra **Antônio Scarance Fernandes**, que o direito de escolher o defensor constitui projeção do postulado da plenitude de defesa. Desse modo, se o defensor constituído não puder continuar no processo, o Juiz deve intimar o réu para que este constitua novo advogado. Só depois disso, se o acusado mantiver-se inerte, é que o juiz nomeia-lhe defensor dativo.⁽¹²⁾

Por todos os ângulos que se vê a questão, desde que com base nos princípios constitucionais, percebe-se, com clareza, que o projeto de lei aqui discutido é inconstitucional. Isso porque, quando a criminalidade ameaça o tecido social, surgem propostas autoritárias, inclusive para restringir a atividade do advogado, este que se ocupa a levar os pleitos por justiça ao Judiciário.

Aí é que entra a jurisdição constitucional, que deve colocar-se em campo, quando a atividade legislativa desassocia-se dos direitos individuais.

Por diversas vezes já se tentou, mas nunca se conseguiu destruir a advocacia. Ela sempre reaparece, heróica e retumbante, forte e aviventada, na proteção dos direitos individuais. Suprimi-la vai contra a própria natureza humana, já que a proposta contra os advogados é a proposta contra a parcialidade dos seres humanos,⁽¹³⁾ algo inalcançável por um simples projeto de lei, o qual, se aprovado, sofrerá, com certeza, uma dura reprimenda do Supremo Tribunal Federal, de cujas decisões ultimamente já se percebe exalar um delicioso perfume, aromatizado com o doce cheiro dos direitos individuais. ●

Notas

- (1) Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 7.252/2006. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso: 7.6.2006.
- (2) **ARBEX JÚNIOR, José**. "O Katrina nosso de cada dia", *Revista Carlos Amigos*, São Paulo: Casa Amarela, nº 111, ano X, jun./2006, p. 13.
- (3) O Projeto de Lei nº 282, de 2003, do senador Antônio Carlos Magalhães, pretende dar nova redação ao art. 261 do Código de Processo Penal, *verbis*: "Art. 261-1. Compete exclusivamente a defensor dativo a defesa de acusados de envolvimento nos seguintes crimes: I- ações de associações ou organização criminosas; II- tráfico ilícito de entorpecentes; III- lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; IV- contra a economia popular; V- contra o Sistema Financeiro Nacional; VI- contra a Administração Pública que produzam prejuízo ao Erário. Parágrafo Único. Fica assegurado o direito de contratação de advogados particulares aos acusados capazes de comprovar a origem lícita dos recursos financeiros destinados a essa finalidade, sejam tais recursos próprios ou de terceiros".
- (4) Parecer disponível em: www2.camara.gov.br/proposicoes. Acesso: 7.jul.2006.
- (5) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de**. *Curso de Processo Penal*, 3ª ed., Del Rey: Belo Horizonte, 2004, pp. 8 e 9.
- (6) **COELHO, Inocêncio Mártires**. "Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam", disponível em: www.aberta.unisul.br. Acesso: 6.jul.2006.
- (7) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. *Processo Penal*, 22ª ed., v. 2, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 480.
- (8) STF, HC nº 86.634 MC/RJ, rel. min. **Celso de Mello**, *Informativo* nº 400, de 5 a 9 de setembro de 2005.
- (9) STF, Pleno, ADI nº 1910 MC/DF, min. relator **Sepúlveda Pertence**, j. em 22/4/2004.
- (10) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de**. Ob. cit., pp. 26 e 27.
- (11) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de**. Ob. cit., p. 23.
- (12) **FERNANDES, Antonio Scarance**. *Processo Penal Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 263 e 264.
- (13) **CARNELUTTI, Francesco**. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 43.

Fernando Antônio de Lima

Pós-graduando em Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos - Unama/IELF/UVB e advogado

Fernando Antônio de Lima

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

■ ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego

■ MARANHÃO

- Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão - Adepol/MA

■ 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
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

■ 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

**AS INFORMAÇÕES QUE VOCÊ PRECISA
PODEM ESTAR EM VÁRIOS LUGARES.
OU NUM SÓ.**



integrada

REVISTA DOS TRIBUNAIS. A MAIS COMPLETA E CONFIÁVEL
FONTE DE INFORMAÇÕES JURÍDICAS.

QUANTO ANTES VOCÊ ASSINAR, MAIORES SERÃO OS DESCONTOS.

**APROVEITE: OS PERIÓDICOS
ESPECIALIZADOS DA EDITORA RT
TAMBÉM ESTÃO COM
DESCONTOS ESPECIAIS.**

**FAÇA JÁ A SUA ASSINATURA.
QUANTO MAIS INFORMAÇÃO VOCÊ
TIVER, MAIS VOCÊ VAI ESTAR À
FRENTE NA SUA ÁREA.**



**Procure o seu representante ou ligue
para 0800 702 2433 e faça a sua assinatura.**

