

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



EDITORIAL:

O ABSURDO DE UMA PUNIÇÃO “PROTETIVA”

No início de setembro, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos tornou público os resultados do Levantamento Nacional de Atendimento Sócioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei, certamente o maior e mais completo levantamento acerca da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no país.

São dados relevantes, que certamente demandam aprofundada reflexão e acurado estudo pelos operadores e estudiosos do direito. Porém, alguns deles chamam a atenção pela expressividade dos números e porque comprovam um sentimento difuso de que muito vai mal, e mudanças urgentes se impõem.

Entre 2002 e 2006, o número de adolescentes privados da liberdade em regime sócioeducativo de internação cresceu 28% e alcançou 10.446 adolescentes em todo o país. O Estado de São Paulo continua firme na liderança do *ranking* de números absolutos, com o explosivo índice de 39% do contingente nacional de internados, enquanto detém apenas 20% da população adolescente. Em termos proporcionais, São Paulo também comparece entre os líderes do país, atrás do Acre, Distrito Federal e Amapá.

É evidente que análises de padrão ou perfil de delinquência juvenil não explicam tais dados, como de resto absolutamente nenhuma semelhança socioeconômica pode aproximar realidades tão díspares como as das regiões citadas.

O que parece estar na raiz do problema, verdadeiro denominador comum, é a cultura punitiva e a política do encarceramento massivo, fruto da velha crença repressiva que domina o sistema penal adulto e contamina o sistema de justiça juvenil, com a agravante de que neste muitos supõem ou justificam o rigor punitivo por conta da proteção de adolescentes, o que o ministro **Sepúlveda Pertence** denominou com toda a propriedade de humor sádico (RE nº 285571-PR).

Comprova isto o estarrecedor crescimento de adolescentes sujeitos à internação provisória (da ordem de 34% no mesmo período), o que certamente não encontra explicação razoável, principalmente se considerada a natureza cautelar desta modalidade de privação de liberdade.

Trata-se de situação de verdadeiro abuso do uso da medida cautelar de privação de liberdade, utilizado indevidamente como castigo an-

tecipado. O abuso é agravado pela falta de controle de legalidade da decisão judicial, já que o remédio do *habeas corpus* não se mostra efetivo dada a rapidez do processamento dos feitos, e dado que os tribunais estaduais são, no mínimo, módicos e parcimoniosos na concessão de liminares, para não dizer avarentos.

Por uma ou outra via, o que se constata é a mesma realidade de uso excessivo e abusivo da privação de liberdade, em verdadeira afronta ao Princípio Constitucional da Excepcionalidade da Internação, com o qual a Carta Política determina aquilo que os operadores do sistema de justiça juvenil insistem em ignorar, como se investidos do poder de revisão constitucional: a privação da liberdade é medida extrema e excepcional, sujeita à prova de sua necessidade, nos termos do art. 122, § 2º do ECA.

Esta política antijurídica de encarceramento em massa não é nada diferente daquela posta em prática em relação aos adultos. Tanto quanto no sistema penal, o que se vê é **violência institucional a pretexto de coibir a violência comum**, e o resultado disto é a tragédia da crise de segurança de todos conhecida.

A propósito, cabe meditar sobre os dados de recente pesquisa da Febem de São Paulo, segundo a qual 27% dos adolescentes internados se sentem infelizes, 23% deprimidos, e 14% deles sentem ódio. A ninguém é dado desprezar tão grave constatação e ignorar que o sistema de justiça juvenil está destruindo vidas e semeando o crime.

O **IBCCRIM**, mais uma vez, se posiciona firmemente contra a irracional política criminal em curso no país, agora desvelada em seu grau máximo pela política de encarceramento juvenil executada à custa da Constituição Federal e do ECA, e diante da qual cabe perguntar por quanto mais o país suportará sem perder a sua essência democrática ou, de outra forma, quanta destruição de vidas e quanto semear de ódio ainda seremos capazes de absorver.

Hölderlin disse que semelhante ao homem que devora homens é aquele que vive sem amor. Já é perceptível que vamos nos tornando iguais aos inimigos. A Constituição, no art. 227, obriga a todos — família, sociedade e Estado — a assegurar os direitos fundamentais à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, e colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Cabe à sociedade democrática e legalista reclamar seu integral cumprimento.

Editorial

Índice

EDITORIAL: O ABSURDO DE UMA PUNIÇÃO “PROTETIVA”	1
NOVA (?) POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES Rogério F. Taffarelli	2
NOVA LEI DE DROGAS: RETROCESSO TRAVESTIDO DE AVANÇO Cristiano Avila Maronna	4
A LEI Nº 11.343/06 É OS REPETIDOS DANOS DO PROIBICIONISMO Maria Lucia Karam	6
A NOVA LEI ANTIDROGAS É AUMENTO DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES Luciana Boiteux	8
DIREITO PENAL SIMBÓLICO É LEI DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER Fernando Vernice dos Anjos	10
LEI Nº 11.313, DE 28 DE JUNHO DE 2006: PRIMEIRAS IMPRESSÕES Rejane Alves de Arruda	11
O USO ABUSIVO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS Fábio Tofic Simantob	12
A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E O PRONUNCIADO PRESO Amália Gomes Zappala	13
A INCOMPETÊNCIA DO JÚRI PARA VOTAR QUESITO DESCLASSIFICATÓRIO SOBRE A CULPA <i>STRICTO SENSU</i> José Arthur Di Spirito Kalil	14
DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL Ronaldo Batista Pinto	15
OS FINS DA PENA CRIMINAL: LEGITIMAÇÃO E EFICÁCIA DO SUBSISTEMA PENAL, OU, “SEMPRE MAIS DO MESMO” Cláudio Ribeiro Lopes e Simone Custódio	16
OS FINS DA PENA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques	18
Caderno de Jurisprudência	
DOS REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	1025
DA INCONSTITUCIONALIDADE DO RDD	1026
EMENTAS	1027

Como é sabido, no dia 23 de agosto foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 11.343/06, que institui o Sisnad – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e estabelece medidas atinentes à prevenção e repressão das condutas associadas à produção, distribuição e consumo de substâncias psicoativas consideradas ilícitas.

Trata-se de diploma da maior importância não apenas para profissionais do Direito e de outras áreas que possuam alguma relação com o tema, mas para o público em geral, dado o relevo que o problema das drogas conquistou perante a sociedade brasileira nas últimas décadas devido ao aumento da criminalidade⁽¹⁾ e à emergência do *War on Drugs* tupiniquim. Para nós, operadores do Direito Penal, a relevância capital do novo texto legislativo se inicia pelo fato de expressamente revogar as malfadadas Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02, e remanesce, de modo particular, na sensível diferença entre os tipos e sanções penais ainda vigentes — recorde-se que a *vacatio legis* do novo diploma deve perdurar até meados de outubro — e os crimes e penas arrolados pela Lei nº 11.343/06.

Malgrado não seja escopo deste trabalho efetuar análise aprofundada da tipificação penal trazida pelo novo diploma, importa mencionar brevemente duas das muitas modificações a serem inseridas em nosso ordenamento jurídico-penal. Nesse mister, louva-se, em certa medida, o tratamento dispensado para a figura do cedente eventual, merecedor de tipificação própria nos termos do art. 33, § 3º da nova lei, que comina pena de detenção de seis meses a um ano e multa.⁽²⁾ Assim, alguém que passa o cigarro de maconha ao colega em uma roda de fumo não mais haverá de ser equiparado ao traficante, tal como ainda ocorre por força do art. 12 da Lei nº 6.368/76 — em que pese o fato de alguns julgados, dada a flagrante desproporção entre a alegada lesão ao bem jurídico e a sanção correspondente, haverem renunciado à aplicação estrita da norma ao equipararem o cedente eventual à figura do usuário, prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

O novo diploma legislativo, finalmente, vem abolir a previsão de pena privativa de liberdade para o possuidor de droga para consumo próprio. É certo que a prática já a abolira havia tempos, especialmente após a Lei nº 10.259/01 ter ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo; era necessário, porém, que se extinguisse formalmente do orde-

namento a previsão de trinta anos atrás. Nada obstante, não se afigura possível sustentar-se o entendimento de que tenha havido *descriminalização* da referida conduta: em primeiro lugar, cumpre anotar que a posse de droga para consumo próprio é tratada no tit. III, cap. III da Lei nº 11.343/06, em cuja epígrafe se lê, exatamente, “*dos crimes e das penas*”. O legislador estabeleceu clara descrição típica no *caput* e § 1º do art. 28 da nova lei, visando a submeter o autor das condutas ali referidas, de modo isolado ou cumulativo, às *penas* de “*advertência sobre os efeitos das drogas*” (inciso I), “*prestação de serviços à comunidade*” (inciso II), e “*medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo [sic]*” (inciso III). Sucessivamente, ademais, o § 6º, II do mesmo artigo prevê a imposição de multa pelo descumprimento injustificado das sanções⁽³⁾ antes arroladas. Cabe registrar que, a exemplo de muito do que se vem produzindo nesses anos de inflação legislativa, a redação da lei em comento não se quedou imune a problemas; todavia, parece incontestável que os arts. 27 a 30 tratam, efetivamente, de crimes e penas — como, de resto, anuncia a epígrafe supracitada. Destarte, caso não se entenda como pena a imposição de multa prevista no art. 28, § 6º, II da Lei nº 11.343/06, é de se admitir haver sido derogada a disposição da Lei de Introdução ao Código Penal segundo a qual “*considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa*” (Decreto-lei nº 3.914/41, art. 1º), consoante a regra *lex posterior derogat legi priori*.⁽⁴⁾ Em suma, parece claro não ter pretendido o legislador retirar o caráter criminoso da conduta, a despeito de a formal abolição da pena privativa de liberdade significar, certamente, uma *despenalização*.⁽⁵⁾

Tanto a localização do cedente eventual em uma figura típica própria quanto a extinção da privação da liberdade para o usuário representam um inquestionável avanço político-criminal em relação

à matéria. Contudo, tal avanço somente se admite segundo a perspectiva conservadora de uma sociedade que pouco questionou as falhas da Lei nº 6.368/76. Do ponto de vista da principiologia do Direito Penal democrático e das teorias sobre as finalidades da pena, há que se considerar excessivamente tímida a mera despenalização do usuário, que ainda se submeterá a sanções de natureza criminal e à estigmatização inerente ao processo penal.⁽⁶⁾ A manutenção no ordenamento jurídico-penal desta figura típica combatida por quase a totalidade da doutrina

conservará, por tempo indeterminado, o anacronismo e o autoritarismo de nossa política criminal de drogas, cujos principais desdobramentos são o uso do Direito Penal como instrumento de marginalização social e a imposição de óbices a políticas preventivas e de redução de danos eficazes.

De se lamentar, igualmente, a elevação da pena mínima do crime de tráfico e condutas equiparadas de três para cinco anos, consoante o art. 33, *caput* e § 1º da Lei nº 11.343/06, que também já fora objeto de críticas à época em que ainda tramitava no Congresso Nacional o P.L. nº 7.134/02.⁽⁷⁾ Conquanto o § 4º do mesmo artigo preveja a redução de um sexto a dois terços da pena caso o agente “*seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosas*”, o fato de se vedar qualquer possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos demonstra claramente a insistência em uma ingênua noção de que possa a prisão constituir uma panacéia para todos males sociais, cujas causas vão muito além do que a miopia do legislador parece lhe permitir enxergar. De todo modo, remanesce preferível crer que tais equívocos se devam antes à ignorância do legislador do que a um deliberado propósito de perpetuar a exclusão social que resulta do tratamento penal dispensado à produção e distribuição de substâncias psicoativas, aqui e alhures.⁽⁸⁾

Tanto a localização do cedente eventual em uma figura típica própria quanto a extinção da privação da liberdade para o usuário representam um inquestionável avanço político-criminal em relação à matéria. Contudo, tal avanço somente se admite segundo a perspectiva conservadora de uma sociedade que pouco questionou as falhas da Lei nº 6.368/76.

Afiguram-se questionáveis inúmeras outras disposições da nova lei, que decerto não restarão imunes às críticas da doutrina. Desnecessário, outrossim, apontar as falhas de técnica legislativa presentes no novo diploma, o que vem sendo uma constante desses tempos de expansão do Direito Penal. Importa, ora, deixar claro que os avanços da Lei nº 11.343/06 somente podem ser assim considerados sob a perspectiva da equivocada política criminal brasileira acerca do tema, excludente e ineficaz tal como o paradigma fundamental que inercialmente a conduz: o *War on Drugs* estadunidense, cuja principal consequência, além da marginalização social, tem sido exatamente o aumento do tráfico e mesmo do consumo de drogas em toda parte.⁽⁹⁾ Como dito, as iniciativas liberalizantes trazidas pelo novo diploma, ainda que tímidas, são bem-vindas, sobretudo tendo-se em conta o atual contexto de irracionalidade legislativa e as dificuldades que se põem aos Estados nacionais, especialmente os periféricos, que tentam buscar alternativas ao *War on Drugs*. Não se pode, porém, furtar-se a criticar a falta de esclarecimentos e/ou de coragem do legislador pátrio para abandonar um paradigma falho e perverso. A necessária conclusão a que se chega é a de que, se felizmente estamos a sepultar a Lei nº 6.368/76, não dispomos de uma política criminal inovadora em resposta a outra que se mostrou fracassada, pois o fundamento de ambas as leis é o mesmo, desta feita em nova roupagem. Assim sendo, constata-se que muito ainda temos a evoluir à procura de uma política de drogas verdadeiramente democrática e eficaz. ◉

Notas

- (1) Prefiro evitar a utilização da expressão “aumento da criminalidade ligada às drogas” em virtude de constantemente atribuir-se ao “tráfico de drogas” um peso maior sobre a criminalidade em geral do que aquele, já deveras significativo, com o qual a distribuição e mesmo o uso de substâncias psicoativas possui

alguma relação, fenômeno que se reflete nas demandas por respostas oficiais pertinentes — dispensa-se detalhar dados a respeito por se tratar de algo de fácil verificação empírica individual. Faz-se necessário lembrar, ademais, que o aumento da criminalidade ligada ou não às drogas não coincide com as percepções individuais e coletiva do mesmo aumento, que tendem a ser exageradas devido a uma série de fatores cujo detalhamento igualmente não convém a este breve texto, mas que possuem claros reflexos nas demandas por respostas oficiais para o problema.

- (2) Em concurso, naturalmente, com a sanção concernente ao consumo, prevista no art. 28.
 (3) Aqui, porém, o legislador se utiliza da expressão *medida educativa* em lugar do termo *pena*, originalmente empregado.
 (4) A respeito das hipóteses de cessação da vigência normativa e dos critérios para a superação de antinomias do ordenamento, *vide*: **FERRAZ JR., Tércio Sampaio**. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pp. 199-211; **DINIZ, Maria Helena**. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 71-75.
 (5) A respeito, *vide*: **DOTTI, René Ariel**. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 75-79.
 (6) Nesse sentido, “*exalta Ferrajoli ser ilegítima a incriminação do uso de entorpecente, pois além de não ofender nem à sociedade nem a quem quer que seja, não tem eficácia dissuasória, apenas provocando a marginalização do usuário*”. **REALE JR., Miguel**. *Instituições de Direito Penal*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.
 (7) **PASCHOAL, Janaina Conceição**. “A Importância do encontro sobre drogas: aspectos penais e criminológicos”. In: **REALE JR., Miguel**. *Drogas: Aspectos Penais e Criminológicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 02-03.
 (8) A respeito, *vide*: **TAFFARELLO, Rogério Fernando**. *Da legalização das drogas como instrumento de política criminal*, São Paulo, 2004. Tese de láurea apresentada à Faculdade de Direito da USP, *passim*.
 (9) **DAVENPORT-HINES, Richard**. *The Pursuit of Oblivion: A Global History of Narcotics*. Lon-don-New York: W. W. Norton, 2002, pp. 15-17.

Rogério F. Taffarello

Advogado e mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo

Rogério F. Taffarello



IBCCRIM
 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

1ª 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:

Juliana Sinhorini Nahum

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.

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*.

A nova lei de drogas adota orientação político criminal de caráter duplice: de um lado, a prevenção para o uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes; de outro, inclemente repressão ao tráfico.

A nova lei transita no fio da navalha, entre a cruz e a caldeirinha, tentando equilibrar os pratos da prevenção e da repressão: afirma o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade, compromete-se com a diversidade e com uma abordagem multidisciplinar, reconhece a necessidade de equilíbrio, a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso e da repressão à produção e ao tráfico. Nada obstante o discurso conciliatório, o pendor repressivo da Lei nº 11.343/06 é inegável e reafirma a opção do legislador pelo alargamento do campo punitivo.

O novo diploma legal, nesse passo, possui duas marcas distintivas:

1) sanciona a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte, o porte, o semeio, o cultivo e a colheita para consumo pessoal com sanções não privativas de liberdade.

2) agrava a repressão ao tráfico e à produção não autorizada, inclusive com a criação de novas figuras típicas, como o informante colaborador do tráfico (reclusão de 2 a 6 anos) e o financiador do tráfico (reclusão de 8 a 20 anos), majorando a pena mínima do tráfico e figuras equiparadas de 3 para 5 anos de reclusão, vedando ainda fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Há quem sustente ter optado a nova lei pela não incriminação do porte para consumo pessoal ao argumento de que a Lei de Introdução ao Código Penal apenas considera crime 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.

Com a devida vênia, a não cominação de pena de reclusão ou detenção ao porte para consumo pessoal não desnatura o indiscutível caráter penal da norma em questão, malgrado a proibição de incriminação de condutas que não excedem o âmbito do próprio autor. Afinal, a natureza da sanção não possui o condão de determinar, de *per se*, se uma determinada conduta é ou não criminosa, especialmente quando tal conduta está prevista no capítulo da lei que trata dos crimes e das penas. Além disso, o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal dispõe que a lei regulará a individualização da pena

e adotará, **entre outras**, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. A locução “entre outras” deixa evidente que o rol é meramente exemplificativo. Continua sendo, portanto, o porte para uso próprio uma infração penal de menor potencial ofensivo.

No que diz respeito à previsão de sanções alternativas à prisão, no caso de porte para uso próprio, em que pese louvável por ser dos males o menor, na prática não representa nenhuma novidade em comparação à legislação anterior, que já permitia a transação penal e também a aplicação de substitutivos penais em caso de condenação definitiva (*sursis* e penas restritivas de direitos, exceto no caso de reincidência em crime doloso).

Já o exacerbamento punitivo patrocinado pela nova lei de drogas em relação ao tráfico representa uma significativa mudança. Desde a edição da malsinada Lei dos Crimes Hediondos e, posteriormente, com o advento da 9.714/98, estabeleceu-se um acerbado debate no meio jurídico a respeito da possibilidade de aplicação dos substitutivos penais (*sursis* e penas restritivas de direito) em relação ao tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo e submetido, portanto, ao regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.072/90. Após muita polêmica e não poucas hesitações, o Supremo Tribunal Federal entendeu admissível a aplicação dos substitutivos penais aos crimes hediondos e equiparados.

Dois julgados em especial foram fundamentais para a pacificação da matéria: HC nº 84.414/SP (STF, 1ª T., rel. **Marco Aurélio**, v.u., j. 14.09.04), onde se decidiu pela possibilidade da aplicação da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP) aos crimes hediondos e equiparados, desde que presentes os requisitos legais, tendo em vista a ausência de vedação expressa, bem como a inexistência de incompatibilidade *a priori*, e, posteriormente, HC nº 84.928 (STF, 1ª T., rel. **Cezar Peluso**, v.u., j. 27.09.05), onde se entendeu não haver óbice à aplicação da regra do art. 44 do CP, tendo em vista que a Lei nº 8.072/90, embora determine o regime integralmente fechado, não proibiu sua substituição por pena restritiva de direitos, não sendo pertinente cogitar-se do regime prisional de execução como obstáculo à substituição. Além do mais, a Lei nº 9.714/98, posterior à Lei nº 8.072/90, ao ampliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não vedou sua aplicação aos crimes hediondos e equiparados.

Sérgio Salomão Shecaira, um dos primeiros doutrinadores a defender a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de tráfico de drogas, anotou com precisão que “*nem toda conduta descrita no artigo 12 da Lei de Tóxicos há de ser considerada ‘hedionda’*”, cabendo “*ao magistrado, como observa com sensibilidade o procurador de Justiça Mário de Magalhães Papaterra Limongi, ‘distinguir entre quem é verdadeiramente perigoso e quem apenas é uma pequena peça desta estrutura podre’*” (“Mudança de mentalidade”, in **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, nº 27, jul./set. 1999, pp. 353/354).

Nada obstante, a nova lei de drogas, ao majorar a pena mínima do tráfico e figuras equiparadas de 3 para 5 anos de reclusão, adotou a privação da liberdade como única sanção possível, impedindo expressamente a substituição por pena restritiva de direitos (art. 33, § 4º). O legislador, uma vez mais, apresenta um voto de desconfiança em relação ao juiz criminal, reduzindo acentuadamente o âmbito da individualização da pena.

O novel diploma, como se vê, segue o ideário da *war on drugs*. Nem mesmo o colapso do sistema prisional arrefeceu o ímpeto punitivo do legislador pátrio, para quem a sensação de insegurança causada pelo crime (e muito especialmente pelo “problema” das drogas ilícitas) deve ser combatida com ordem, disciplina e punição sem quartel. Encarceramento em massa. Prisão processual obrigatória. Penas longas. Tolerância zero.

O proibicionismo triunfou novamente e talvez seja uma das raras unanimidades planetárias, da direita à esquerda, do centro à periferia, da ditadura à democracia. Nesse contexto, a nova lei de drogas representa mais do mesmo: a opção pelo modelo proibicionista e sua política criminal bélica, com derramamento de sangue.

No que tem de essencial, portanto, a Lei nº 11.343/06 é draconiana. O alardeado abrandamento do tratamento dado ao porte para consumo pessoal é, na verdade, uma cortina de fumaça com o objetivo de contrabalançar o agravamento da punição ao tráfico. No entanto, somente será possível encontrar uma solução racional e eficaz para ambas as questões fora da proibição, pois, conforme a lição que se pode extrair da Lei Seca que proibiu o álcool nos EUA entre 1919 e 1933 (*Volstead Act*), é melhor, mais eficiente e razoável tentar controlar e prevenir do que proibir e reprimir. ◻

CURSOS E EVENTOS

II CICLO DE PALESTRAS IBCCRIM/UNIRITTER

16 a 19 de outubro

O Direito e o Processo Penal na Atualidade: Crise e Perspectivas
Evento integrante das comemorações dos 35 anos da Uniritter

Realização: IBCCRIM e Uniritter

Horário: das 19h30min às 22h30min

Local: Rua Santos Dumont, 888 - Bairro Niterói

Canoas/RS Uniritter (campus Canoas)

Informações e inscrições: www.uniritter.edu.br, tel.: (51) 3464-2024

Programa:

16/10 – 19h30min

Solenidade de Abertura - Reitor Flávio D'Almeida Reis

Conferência de Abertura: *Princípio Constitucional e o Direito de Punir*

- Marco Antonio Rodrigues Nahum

Aspectos Atuais dos Crimes Contra a Ordem Tributária

- Davi Tangerino

A Crise do Direito Penal e o Papel dos Movimentos de Resistência Constitucional

- Alexandre Wunderlich

17/10 – 19h30min

Ambigüidades e Perversidades nos Institutos da Execução Penal

- Luiz Antônio Bogo Chies

Crimes financeiros e Lavagem de Dinheiro - Alexandre Isbarrola

Crimes Financeiros: 20 Anos da Lei 7.492/86 - Theodomiro Dias Neto

Presidente de Mesa: André Bencke

Secretário de Mesa: Antônio Prestes do Nascimento

18/10 – 19h30min

Delação Premiada - Renata Costa

Magistratura como Resistência ao Terror - Amilton Bueno de Carvalho

Política Criminal de Drogas no Brasil - Salo de Carvalho

19/10 – 19h30min

O Papel do Advogado Criminalista no Estado Democrático de Direito - Nereu Lima

Banalização da Prisão Preventiva - Luiz Fernando Pereira Neto

Duração Razoável do Processo Penal - Aury Lopes Jr.

Valores:

Alunos de Graduação: R\$ 25,00

Alunos de Pós-Graduação: R\$ 35,00

Profissionais: R\$ 50,00

Desconto: 50% para sócios do IBCCRIM

20º CONGRESSO NACIONAL DE DELEGADOS DE POLÍCIA

8 a 10 de novembro de 2006

Local: Centro de Convenções de Bonito/MS

O 20º Congresso Nacional de Delegados de Polícia tem por objetivo promover ampla discussão sobre novas diretrizes para a Segurança Pública Nacional, estabelecendo padrões de procedimentos através de um Sistema Único de Segurança Pública e discussões pontuais relativas às facções criminosas, aos projetos em tramitação no Congresso Nacional e as estratégias do Governo Federal para o enfrentamento à violência.

Programa:

08/11/06 – Quarta-feira

20h - Apresentação cultural

20h30 - Solenidade de Abertura com a presença do governador do Estado de Mato

Grosso do Sul - José Orcírio Miranda dos Santos

21h30 - Lançamento do livro *dicionário das Drogas e Termos Afins*

09/11/06 – Quinta-feira

8h30 - *Lavagem de Dinheiro e as Facções Criminosas*

9h50 - *O Governo Federal e o Plano Nacional de Enfrentamento à Violência de Gênero –*

Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006

11h40 - *Informatização e Modernização da Polícia Judiciária*

10/11/06 – Sexta-feira

8h30 - *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*

9h50 - *O Inquérito Policial como Instrumento de Defesa da Cidadania*

11h40 - *Sistema Único de Segurança Pública e os Projetos para a Segurança*

Cursos e Eventos



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Mariângela Gama
de Magalhães Gomes

COORDENADORES ADJUNTOS:

André Pires de Andrade Kehdi,
Andréa Cristina D'Angelo,
Leopoldo Stefano Leone Louveira,
Luiz Felipe Azevedo Fagundes e
Raissa 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

CURSOS E EVENTOS

A nova lei brasileira em matéria de drogas — Lei nº 11.343/06 — não traz qualquer alteração substancial, até porque, como suas antecessoras, suas novas ou repetidas regras naturalmente seguem as diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais de que o Brasil, como quase todos os demais Estados nacionais, é signatário. A nova lei é apenas mais uma dentre as mais diversas legislações internas que, reproduzindo os dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, conformam a globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das drogas qualificadas de ilícitas, com base em uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com base na supressão de direitos fundamentais e suas garantias.

A Lei nº 11.343/06 aumenta para 5 anos de reclusão a pena mínima para os tipos básicos de crimes identificados ao “tráfico”, desde logo revelando o desmedido rigor penal voltado contra os produtores e distribuidores das substâncias e matérias primas proibidas. E com a ampliação do já extenso rol de qualificadoras, as penas previstas para aqueles tipos básicos quase sempre ainda sofrerão o aumento decorrente da qualificação.

Repetindo dispositivos da Lei nº 6.368/76, a Lei nº 11.343/06 reafirma a antecipação do momento criminalizador da produção e da distribuição das drogas qualificadas de ilícitas, seja abandonando as fronteiras entre consumação e tentativa, com a tipificação autônoma de condutas como sua posse, transporte ou expedição, seja com a tipificação autônoma de atos preparatórios como o cultivo de plantas ou a fabricação, fornecimento ou simples posse de matérias-primas, insumos ou produtos químicos destinados à sua preparação, ou mesmo a fabricação, transporte, distribuição ou simples posse de equipamentos, materiais ou precursores a serem utilizados em sua produção. A criminalização antecipada viola o princípio da lesividade da conduta proibida, assim violando a cláusula do devido processo legal, de cujo aspecto de garantia material se extrai o princípio da proporcionalidade expressado no princípio da lesividade.

O princípio da proporcionalidade também é violado na equiparação do fornecimento gratuito ao “tráfico”. A Lei nº

11.343/06 insiste em apenas distinguir a conduta de quem eventualmente oferece droga qualificada de ilícita, sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para um consumo conjunto, conduzindo à esdrúxula situação de se tratar como “traficante” quem oferece ou fornece, mas não pretende consumir. Parece um incentivo ao consumo, que, paradoxalmente, permanece criminalizado na vaga tipificação da indução, instigação ou auxílio ao uso.

A Lei nº 11.343/06 repete a Lei nº 6.368/76 ao prever a “associação” específica para o “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas e traz como inovação a tipificação, como figuras autônomas, do financiamento ou custeio do “tráfico”. A violação ao princípio da proporcionalidade aqui se revela não apenas na figura da associação, que, como todos os tradicionais tipos de crimes de conspiração, quadrilha e outros assemelhados, criminalizam meros atos preparatórios, mas também, sob outro aspecto, na previsão como tipos autônomos do financiamento ou do custeio, que, inseridos no âmbito do próprio tipo do “tráfico”, poderiam, no máximo, funcionar como circunstâncias agravantes da pena àquele cominada.

A violação ao princípio da proporcionalidade se revela também nas penas delirantemente altas, previstas para essa indevidamente criada figura autônoma: reclusão de 8 a 20 anos, a pena mínima sendo assim superior à prevista para um homicídio. A ânsia repressora é tal que a Lei nº 11.343/06, ignorando a vedação do *bis in idem*, ainda inclui os mesmos financiamento ou custeio dentre as qualificadoras do “tráfico”.

O desmedido rigor penal volta a se manifestar na Lei nº 11.343/06 que, indo além da vedação à graça e à anistia, imposta por cláusula de penalização deslocadamente incluída na Constituição Federal, também veda o indulto, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade ou sua conversão em pena restritiva de direitos e, reproduzindo dispositivo introduzido no Código Penal pela Lei nº 8.072/90, impõe o cumprimento de dois terços da pena para o livramento condicional, vedando-o para “reincidentes específicos”.

O tratamento diferenciado para apontados autores de “tráfico”, a partir tão somente da consideração desta espécie abstrata de crime, sem qualquer relação com a finalidade e os fundamentos dos insti-

tutos considerados, conflita com o princípio da isonomia. Igualmente viola o princípio da individualização, que repele generalizações fundadas na espécie abstrata do crime, exigindo, ao contrário, em tudo que diz respeito à aplicação e à execução da pena, a consideração da situação fática da infração concretamente praticada e da pessoa de seu autor. A extração de efeitos gravosos da reincidência para vedar o livramento condicional aos “reincidentes específicos” conflita também com o princípio da culpabilidade pelo ato realizado, violando ainda a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato.

A indevida extração de efeitos gravosos da reincidência se repete na previsão da Lei nº 11.343/06 de causa de redução de pena que inclui, dentre seus requisitos, a primariedade e bons antecedentes. Nessa previsão, a Lei nº 11.343/06 ainda impede a conversão da reduzida pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, assim repetindo também a violação aos princípios da isonomia e da individualização.

Na cominação das penas de multa para os tipos de crimes identificados ao “tráfico”, a Lei nº 11.343/06 exacerba seus valores, afastando-se das regras gerais do Código Penal. Assim, mais uma vez viola o princípio da isonomia, não havendo qualquer razão para diferenciar o “tráfico” de outras condutas criminalizadas em que o agente igualmente se move pela busca de proveito econômico.

Em matéria processual, a supressão de direitos fundamentais logo surge no dispositivo da Lei nº 11.343/06 que veda a liberdade provisória. Assim, repetindo regra indevidamente introduzida pela Lei nº 8.072/90, a Lei nº 11.343/06, negando a natureza cautelar da prisão imposta no curso do processo, repete a violação à garantia do estado de inocência. Reproduzindo regra do Código de Processo Penal que condiciona a admissibilidade de recurso interposto contra a sentença condenatória ao recolhimento à prisão do réu que não ostente primariedade e bons antecedentes, a Lei nº 11.343/06, além de insistir na extração de efeitos gravosos da reincidência, além de repetir a violação à garantia do estado de inocência, ainda viola a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição.

A Lei nº 11.343/06 refere-se expressamente à infiltração e à ação controlada de agentes policiais e reafirma a delação premiada ao se referir também expressa-

mente aos “colaboradores”. Juntando-se à quebra do sigilo de dados pessoais, à interceptação de correspondências e de comunicações telefônicas, às escutas e filmagens ambientais, previstas em outros diplomas que, integrando a legislação brasileira de exceção, permanecem aplicáveis a hipóteses de acusações por alegado “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas, esses insidiosos, indevidos e ilegítimos meios de busca de prova objetivam fazer com que, através do próprio indivíduo, se obtenha a verdade sobre suas ações tornadas criminosas. As regras que os prevêm assim violam direta ou indiretamente a garantia do direito a não se auto-incriminar.

Prevedo o prosseguimento de diligências policiais após o início do processo e encaminhamento de seus resultados até três dias antes da audiência de instrução e julgamento, a Lei nº 11.343/06 viola as garantias do contraditório e da ampla defesa, assim violando a própria cláusula do devido processo legal. Proposta e admitida a ação penal condenatória, nenhuma prova de interesse da acusação poderá ser produzida fora do processo, nenhuma prova poderá ser produzida sem a participação da defesa, nenhuma prova poderá ser produzida sem concomitante submissão ao contraditório.

A cláusula do devido processo legal também é violada quando a Lei nº 11.343/06 atribui ao réu o ônus de provar a origem lícita de bens alegadamente obtidos através do “tráfico”. Além dessa inversão do ônus da prova, a Lei nº 11.343/06, repetindo dispositivo introduzido pela Lei nº 9.613/98, ainda condiciona a apreciação do pedido de restituição do bem ao comparecimento pessoal do réu.

A Lei nº 11.343/06 mantém a criminalização da posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, apenas afastando a cominação de pena privativa de liberdade, para prever penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, admoestação e multa. Não traz assim nenhuma mudança significativa, na medida em que, dada a pena máxima de detenção de 2 anos prevista na Lei nº 6.368/76, a indevidamente criminalizada posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, a que aplicável a imposição antecipada e “negociada” de penas não privativas da liberdade.

Mantendo a criminalização da posse para uso pessoal, a Lei nº 11.343/06 repete as violações ao princípio da lesividade

e às normas que, assegurando a liberdade individual e o respeito à vida privada, se vinculam ao próprio princípio da legalidade, que, base do Estado de direito democrático, assegura a liberdade individual como regra geral, situando proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do livre exercício de direitos de terceiros.

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser.

Assim, ao contrário do que muitos querem fazer crer, a nova Lei nº 11.343/06 não traz nenhum avanço nesse campo do consumo. Uma lei que repete violações a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas jamais poderá ser considerada um avanço. Nenhuma lei que assim suprime direitos fundamentais pode merecer aplausos ou ser tolerada como resultado de uma conformista “política do possível”.

Claro assim que tampouco merece qualquer aplauso ou representa qualquer avanço a explicitação na Lei nº 11.343/06 da equiparação à posse para uso pessoal das condutas de quem, com essa mesma finalidade, prepara, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade da substância proibida. Aqui também se cuida de condutas privadas, que não podem ser objeto de qualquer intervenção do Estado.

Essa rápida análise da nova lei especial brasileira em matéria de drogas já sinaliza que as reflexões suscitadas por sua edição não devem se esgotar no exame de seus novos ou repetidos dispositivos. As reflexões devem avançar e colocar em pauta o repúdio à repressão e a afirmação da liberdade, revelando os riscos, os danos e os enganos globalmente produzidos pelo proibicionismo, questionando o discurso que oculta fatos, demoniza substâncias e pessoas, molda opiniões conformistas e imobilizadoras, censura e desinforma, entorpecendo a razão.

A sistemática violação a princípios e normas das declarações universais de di-

reitos e das Constituições democráticas, que, presentes na nova lei brasileira, reproduzem as proibicionistas convenções internacionais e as demais legislações internas criminalizadoras da produção, da distribuição e do consumo das drogas qualificadas de ilícitas, já demonstra que os riscos e danos relacionados a tais substâncias não provêm delas mesmas. Os riscos e danos provêm sim do proibicionismo. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que, expandindo o poder punitivo, superpovoando prisões e suprimindo direitos fundamentais, acaba por aproximar democracias de Estados totalitários.

Além de ocultar os riscos e danos à democracia, o discurso proibicionista oculta também o fato de que a proteção da saúde pública, que estaria a formalmente fundamentar a criminalização das condutas relacionadas às drogas qualificadas de ilícitas, é afetada por esta mesma criminalização, que impede um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo, impõe obstáculos a seu uso medicinal, dificulta a informação e a assistência, cria a necessidade de aproveitamento de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, incentivando o consumo descuidado ou anti-higiênico propagador de doenças como a aids e a hepatite.

Além de ocultar os riscos e danos à democracia, além de ocultar os riscos e danos à saúde pública, o discurso proibicionista oculta ainda o fato de que, com a intervenção do sistema penal sobre as condutas de produtores e distribuidores das substâncias e matérias primas proibidas, o Estado cria e fomenta a violência, que só acompanha suas atividades econômicas porque o mercado é ilegal.

Já é hora de romper com o proibicionismo e promover uma mobilização global que conduza a uma ampla reformulação das convenções internacionais e das legislações internas, para legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, regulando-se tais atividades com a instituição de formas racionais de controle, verdadeiramente comprometidas com a saúde pública, respeitadas da dignidade e do bem-estar de todos os indivíduos, livres da danosa intervenção do sistema penal. ●

Maria Lucia Karam
Juíza de Direito aposentada

As primeiras notícias veiculadas nos principais meios de comunicação do Brasil foram favoráveis à nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06), tendo sido dado destaque na mídia que “*com a nova lei de drogas, usuário não pode mais ser preso*”,⁽¹⁾ assim como nos primeiros artigos publicados na *Internet*. Porém, o aspecto mais preocupante da nova legislação não tem sido objeto de destaque, pelo menos até agora, é o aumento da pena mínima para o tráfico de drogas ilícitas, de três para cinco anos, previsto no artigo 33. Diante deste quadro, simbolismos à parte, deve ser questionado qual será o impacto desta alteração na prática.

Foi longo e tempestuoso o caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas que tramitaram a partir da “retalhada” Lei nº 10.409/02, que teve grande parte de seus artigos vetados pelo Presidente da República. Tão logo isto ocorreu, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso um novo projeto de lei (nº 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao Projeto de Lei nº 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS nº 115/02). A Câmara analisou os dois conjuntamente e aprovou no Plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados (PLS nº 7.134-B). Devido a alterações feitas pela Câmara, o projeto retornou ao Senado, onde tramitou como SCD nº 115/02, que deu origem à nova lei de drogas (nº 11.343/06).

Ao se fazer uma breve análise comparativa entre o projeto proposto pelo Executivo e o texto que restou aprovado pelo Congresso nota-se que, com relação à posse de drogas ilícitas, ambos se mostram bastante semelhantes, e seguem a linha da despenalização, com medidas que já estavam previstas no inovador PLC nº 3.901/93, elaborado em 1992 pelo Confen, na gestão de Ester Kosovski, que, na época, acabou arquivado. A rejeição de sanções privativas da liberdade em caso de reincidência também se mostra um ponto positivo⁽²⁾ adotado pela nova lei e que já constava do projeto apresentado.

Constituem ainda outros aspectos positivos da nova legislação, além da despenalização da posse para uso próprio (artigo 28) e a equiparação a este da conduta do *grower*, ou seja, quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º), a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º), antes equiparada ao tráfico, a previsão expressa do “*fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas*” (art. 19, III), e o reconhecimento dos princípios da liberdade e da diversidade (art. 4º) são medi-

das acertadas por refletirem uma redução do controle penal sobre o usuário de drogas, especialmente se comparadas com a antiga Lei nº 6.368/76.

No que tange, porém, ao comércio de entorpecentes, a nova lei deu tratamento penal bastante diferente, por ter aumentado a pena mínima do tráfico para cinco anos. Originalmente, o projeto encaminhado pelo Executivo mantinha a pena mínima de três anos, embora aumentasse a pena máxima para quinze anos para este delito. O texto aprovado aumentou tanto o patamar mínimo para cinco anos de reclusão como o máximo para quinze anos, provavelmente a fim de tentar impedir a aplicação das penas alternativas, o que constitui outro retrocesso, tendo em vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que deferiu a substituição.⁽³⁾

Diante desta grande diferença imposta às duas condutas supõe-se que o grande destaque dado à despenalização da posse de entorpecentes, com pequena representatividade estatística, teve por objetivo atuar como uma “cortina de fumaça”, para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante do mesmo diploma legal.

Desde logo deve ser registrado que se adota posição favorável à despenalização do uso, por considerá-la como um primeiro passo necessário de uma política criminal de drogas que deverá idealmente incluir a legalização das drogas em sua integralidade. Ao mesmo tempo destaca-se que a posse de drogas ilícitas para uso próprio já havia sido despenalizada, na prática, desde a Lei nº 6.416/77, que ampliou o *sursis*, e foi reforçada mais adiante pela Lei nº 9.099/95 que trouxe a possibilidade da suspensão condicional do processo e, mais recentemente, pela Lei nº 10.259/01, que aumentou o alcance da transação penal. Na realidade, a tão destacada impossibilidade de usuários serem presos já existia antes, sendo a nova lei de drogas apenas um símbolo, por ser a primeira vez em que se deixa de prever pena de prisão para um delito, ainda que mantendo o usuário dentro da esfera de controle penal, enquanto que, na prática, pouco altera a realidade social.

Daí porque, neste momento inicial de sua vigência, não se considera ter havido um avanço, e que melhor seria manter a lei anterior, já que o usuário não era preso da mesma forma, mas encaminhado ao Juizado Especial, enquanto que a pena mínima para o tráfico prevista era de três anos. Ao contrário, com a lei nova haverá um reforço do abismo já existente entre a figura do usuário e do traficante, que atingirá diretamente os pequenos traficantes selecio-

nados pelo sistema para cumprirem pena.

Para que se avalie a desproporcionalidade da situação, basta imaginar a hipótese de dois garotos de dezoito anos negociando a compra de droga considerada ilícita: se a polícia os flagrasse no momento em que o vendedor (pobre, que precisa vender droga para sobreviver) entregasse a mercadoria para o usuário (rico, que tem dinheiro de sobra para poder comprar droga sem traficar), este iria ser encaminhado ao Juizado Especial e não poderia ser preso de jeito nenhum, enquanto que o outro estaria sujeito a uma pena mínima de cinco anos, somente tendo direito à liberdade condicional com dois terços da pena cumprida, desde que não fosse reincidente específico.

Tal situação só irá reforçar a grave situação atual das prisões brasileiras, que certamente sofrerão o impacto desta nova legislação. Como reflexo direto desta lei, o contingente penitenciário será diretamente afetado pelo grande número de presos que cumprem pena por este delito. Em dados atuais de junho de 2006, o Estado de São Paulo possui 18.040 pessoas cumprindo pena por tráfico, índice só inferior se comparado ao crime de roubo qualificado, pelo qual 31.953 pessoas estão encarceradas. O mesmo fenômeno ocorre no Rio de Janeiro, onde 5.297 pessoas cumprem pena por tráfico de drogas, enquanto 14.175 por roubo qualificado.⁽⁴⁾

É de se notar a total desproporcionalidade de uma pena mínima de cinco anos, superior até ao patamar mínimo do crime de roubo, que requer violência ou grave ameaça, além de ter sido mantida, pelo art. 44 da nova lei, a inafiançabilidade do delito, proibida a concessão de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que fará com que os presos por tráfico fiquem encarcerados um tempo ainda maior.

De fato, o crescimento acelerado da população carcerária em todo o País nos últimos anos deu-se em decorrência do endurecimento das penas, e envolveu especialmente os delitos equiparados a *hediondos*, dentre eles o tráfico de entorpecentes, antes sujeito a regime integralmente fechado. Considera-se, então, a política criminal de drogas no Brasil como um dos fatores que mais contribuiu para o agravamento da população carcerária na última década, situação que só tende a piorar com a nova lei.⁽⁵⁾

A influência do modelo proibicionista norte-americano no Brasil é muito forte e, em especial, o impacto recai sobre o Legislativo, que tem reiteradamente recusado medidas alternativas para o tráfico

co, preferindo tratar a questão das drogas ilícitas dentro do direito penal e com o amplo uso da pena de prisão para o comércio de droga.

A comparação da legislação brasileira com as leis penais de drogas da maioria dos países europeus demonstra como, dentro de um mesmo sistema proibicionista, pode-se optar por linhas diversas, algumas mais humanas, garantistas e racionais do que outras, mas este não tem sido o exemplo seguido pelo legislador brasileiro.

Devem ser especialmente criticadas as propostas que, mantendo as situações problemáticas envolvendo tóxicos sob a égide do Direito Penal, promovam separação tão radical entre usuário e traficante. A mera despenalização do uso de drogas, mesmo benéfica ao usuário, é ainda muito tímida, por insistir em manter o controle penal sobre o uso de todas as drogas, independente de quantidade, ainda que tal uso não cause qualquer risco concreto aos demais.

Mas muito pior, sem dúvida, será a condenação de pequenos traficantes a penas de, no mínimo, cinco anos, por retirar os pequenos traficantes de seu convívio familiar, integrando-os nas facções criminosas, além de submetê-los à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia.

O modelo proibicionista de drogas viola princípios garantistas e se baseia na imposição de um ideal de abstinência em relação ao consumo de um produto cuja demanda é alta, e que possui um exército de pessoas prontas para distribuir, sendo certo que a lei penal não conseguirá alterar essa realidade, como não conseguiu até hoje.

O final do século 20 marca um momento em que o proibicionismo, apesar de questionado por seu fracasso, ainda se mantém forte graças à postura norte-americana, que continua defendendo sua estratégia punitiva extremada nos fóruns internacionais, e evitando políticas de redução de danos. Por outro lado, o continente europeu vem se destacando na implementação de estratégias alternativas ao proibicionismo, como as de redução de danos, e leis que prevêm desde a despenalização da posse e do uso, encontrada na ampla maioria dos países europeus, passando pela descriminalização levada a cabo por Portugal, Itália e Espanha, até a experiência holandesa que despenalizou, além da posse de drogas, o cultivo e o pequeno comércio de *cannabis*. Estas últimas em especial são estratégias de

política criminal a serem estudadas, pois representam uma oposição, ainda que moderada, ao proibicionismo.

Nos EUA, contudo, mantém-se a estratégia repressiva, com as prisões gerando negócios de bilhões de dólares, enquanto as cadeias brasileiras estão superlotadas, com presos em condições desumanas e sem qualquer perspectiva. Mesmo a Europa, tradicionalmente menos repressiva, viu o número de presos aumentar, pelo reforço da severidade penal, inclusive com relação ao tráfico de drogas.

Enquanto isso, por aqui, a política criminal com relação ao usuário foi no sentido da despenalização, mas só alcança aquele que não precisa traficar para consumir droga. A estratégia penal foi fracionada: para o viciado, o modelo despenalizador, influenciado pelo discurso médico-sanitário; ao traficante a prisão, justificada pelo discurso simbólico do proibicionismo.

Diante de tudo o que já foi estudado no campo da política criminal de drogas, não se tem dúvida de que o modelo proibicionista não se mostra apropriado para proteger a saúde pública, e ainda causa outros impactos negativos na sociedade.

Não se pode esquecer, por fim, que uma política de drogas que enche as penitenciárias, originada dos EUA, encontrou um terreno fértil no Brasil, onde tradicionalmente se exerce o controle social sobre as populações desfavorecidas por meio do sistema penal, pela alta representatividade destas nas estatísticas penitenciárias, na linha que **Loïc Wacquant** fala nas *"prisões da miséria"*.⁽⁶⁾

Ainda que haja uma certa dificuldade de se alterar uma política atualmente consagrada em vários países do mundo, questionamentos precisam ser feitos, sob pena de se manter uma política irracional por inércia e falta de propostas alternativas concretas. De fato, se defende um modelo alternativo mais humano e racional que é o da legalização controlada, que inclui a legalização de todo o processo, do comércio à posse de drogas, sujeita à fiscalização pelo Estado, na forma do sistema que hoje se segue para as drogas lícitas (álcool e tabaco), muito embora se saiba das dificuldades práticas de implementação de uma proposta como essa, bem como da necessidade de uma modificação das convenções internacionais sobre o tema.⁽⁷⁾ Tal modelo deve incluir necessariamente a proibição de propaganda, o controle de qualidade dos produtos e o maciço investimento em prevenção e em estratégias de redução de danos. Trata-se de opção que não considera suficiente a mera despenalização do uso ou mesmo sua descriminalização, e que visualiza a questão de forma ampla, incluindo o tráfico.

Existe ainda um longo caminho a ser trilhado até que se consiga alcançar um modelo de controle de drogas fora do sistema penal, mas é preciso suscitar o debate acerca da incoerência e das graves conseqüências de políticas tal como a adotada pela nova lei de drogas que reforça o abismo colossal entre usuário e traficante, razão pela qual não se considera ter havido um avanço positivo com a nova lei. Pelas graves conseqüências para os condenados por tráfico, era melhor ter deixado como estava antes. ◉

Notas

- (1) Vide o noticiário da Agência Brasil, órgão oficial de notícias, que foi depois publicado, com título semelhante, nos principais jornais do País: *"Usuários e dependentes de drogas passam a receber tratamento diferenciado do que é dado aos traficantes no país. A nova lei sobre drogas foi publicada hoje (24) no Diário Oficial da União. Uma das principais mudanças é que quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo drogas para consumo pessoal, sem autorização legal, não poderá mais ser preso."* Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/08/24/materia.2006-08-24.8281139313>, consultado em 17.09.06.
- (2) Caso tivesse prevalecido o Substitutivo aprovado na Câmara, neste ponto, ter-se-ia previsto a absurda pena por desobediência, em caso de dupla reincidência, o que configuraria uma aberração jurídica.
- (3) HC nº 84.928/MG, rel. min. **Cezar Peluso**. *"Sentença Penal. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nºs 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos."* Publicado no DO de 11.11.05.
- (4) Fonte Infopen, Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/Depen/sistema/2006/julho/SP.pdf> e <http://www.mj.gov.br/Depen/sistema/2006/julho/RJ.pdf>. Consulta em 19.09.06.
- (5) **RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo**. "O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade", tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.
- (6) **WACQUANT, Loïc**. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- (7) Para maior aprofundamento sobre a proposta de legalização controlada remete-se ao Capítulo II da tese de doutorado de nossa autoria acima citada.

Luciana Boiteux

Mestre em Direito pela UERJ, doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP e professora universitária no Rio de Janeiro

O caráter meramente simbólico do Direito Penal brasileiro vem sendo criticado, com razão, por abalizada doutrina nacional. Sustenta-se que a função simbólica é aquela pela qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais. O objetivo da pena e do Direito Penal para a visão simbólica é apenas a produção na opinião pública de uma impressão de tranquilidade gerada por um legislador diligente e supostamente consciente dos problemas gerados pela criminalidade.⁽¹⁾

Diante da notória e já de longa data crise da segurança pública, o legislador brasileiro apenas se limitou a adotar medidas legislativas simbólicas, sem nenhuma efetividade prática. Poderíamos citar, como exemplos de tais medidas casuísticas, diversas leis que aumentaram sistematicamente as penas e a incidência de diversos tipos penais. Não obstante tais leis visassem ao combate do crime, elas não conseguiram diminuir a criminalidade. Na verdade, o único resultado prático destas leis foi abarrotar ainda mais os presídios, sem solucionar as múltiplas causas estruturais que geram as diversas modalidades de delitos. Tal constatação, certamente deslegitima um sistema penal meramente simbólico.

Por outro lado, não há como negar a natureza intrinsecamente simbólica do Direito e da sanção penal. De fato, a sociedade tende sempre a considerar a pena um mal que se impõe como castigo pela prática de um crime. É verdade que uma coisa é a pena e outra distinta é a sua função que legitima seu exercício,⁽²⁾ sendo esta razão que leva os operadores e cientistas do Direito a buscarem estruturar o sistema penal para que ele concretize fins mais úteis que a mera expiação das condutas criminosas (proteção de bens jurídicos, prevenção geral e/ou especial etc.). No entanto, a natureza simbolicamente retributiva do Direito Penal é uma realidade inofismável, que deve ser equacionada em um sistema penal que se supõe democrático.

Neste contexto, surge a Lei nº 11.340/06 que, segundo seu enunciado, cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal lei, de forma incisiva, cria medidas integradas de prevenção e repressão à violência contra a mulher, abrangendo a sociedade civil e diversas instituições estatais (Policia, Ministério Público, Poder Judiciário, assistência social etc.). As citadas medidas, sobretudo as extrapenais, são bastante avançadas e muito bem vindas; isto apesar de algumas serem de difícil implementação, podendo cair no in-

ferno das boas intenções, onde residem diversos dispositivos, também avançados, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Execução Penal.

No bojo da Lei nº 11.340/06, encontram-se também dispositivos penais que objetivam recrudescer o tratamento penal de homens que agredem mulheres.

Entre os dispositivos penais, destacam-se o aumento da pena máxima do crime de violência doméstica,⁽³⁾ o impedimento à aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 aos casos de crimes que envolvam violência doméstica e familiar

contra a mulher e a ampliação das hipóteses de prisão preventiva e em flagrante que passam a abranger os crimes supracitados.

Seria ingênuo achar que as mencionadas medidas penais sejam significativamente efetivas na redução de casos de violência contra a mulher. Pelo contrário, elas visam apenas dar uma resposta repressiva a um problema de variadas causas que é a violência de gênero. Como sempre, o Direito Penal simbolicamente se direciona para acenar que determinadas condutas não são aceitáveis, através do aumento de penas e da incidência de tipos penais. Ocorre que, como a presente lei demonstra, tal função simbólica pode ser direcionada para fins nobres e democraticamente orientados, dependendo de seu contexto de atuação. A mensagem que a Lei nº 11.340/06 nos passa é que a sociedade e o poder estatal não tolerarão mais a discriminação e a violência contra a mulher. O Presidente da República, inclusive textualmente, nos passou tal impressão ao afirmar, na ocasião da sanção da lei, que a impunidade dos agressores de mulheres tinha chegado ao fim.

Sem dúvida, a própria realidade nos mostrará que a impressão gerada pela lei é equívoca, e que a violência contra a mulher, corroborada pela omissão estatal quanto a este problema, está longe de acabar. As normas penais serão insuficientes no combate aos crimes contra a mulher. O caráter marcadamente simbólico das novas normas penais, contudo, não é negativo, pois democraticamente orientado no sentido que proclama não serem admissíveis condutas que, baseadas no gênero, causem danos físicos, morais ou patrimoniais contra a mulher.

Desta forma, as novas normas penais estabelecem um marco a ser seguido. Tal ponto de partida, simbólico é bem verdade, se insere em um contexto de discriminação positiva a favor das mulheres. Ressalta-se que a lei em discussão não se atreve às medidas penais simbólicas, mas procurou esboçar medidas efetivas, de cunho

eminente extrapenal. Creemos que o legislador encontrou uma forma justa de conciliar o caráter intrinsecamente simbólico das normas penais com um contexto democrático e funcionalmente orientado. Sendo assim, a Lei nº 11.340/06 não é

Seria ingênuo achar que as mencionadas medidas penais sejam significativamente efetivas na redução de casos de violência contra a mulher. Pelo contrário, elas visam apenas dar uma resposta repressiva a um problema de variadas causas que é a violência de gênero.

meramente simbólica (o que seria inadmissível), mas apenas a *princípio simbólica*, na medida que sua parte penal reforça um plano maior de atuação estatal.

Lembremos, por fim, que as medidas penais simbólicas não são, evidentemente, satisfativas. O combate à violência contra a mulher depende, fundamentalmente, de amplas medidas sociais e profundas mudanças estruturais da sociedade (sobretudo extrapenais). Como afirmamos, a nova lei acena nesta direção, o que já é um bom começo. Esperamos que o poder público e a própria sociedade concretizem as almejadas mudanças necessárias para que possamos edificar uma sociedade mais justa para todos, independentemente do gênero. Desta forma, o caráter simbólico das novas medidas penais da Lei nº 11.340/06 não terá sido em vão, e sim terá incentivado ideologicamente medidas efetivas para solucionar o grave problema da discriminação contra a mulher. ◉

Notas

- (1) Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza, *Funções do Direito Penal*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 52.
- (2) MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Ariel, 1999, pp. 118-119.
- (3) O curioso é que, apesar do aumento da pena máxima para três anos de detenção, a pena mínima diminuiu de seis para três meses, o que na prática, dada a política judiciária de fixação da pena no mínimo legal, significa que a sanção ficou mais branda!

Fernando Vernice dos Anjos
Advogado

LEI Nº 11.313, DE 28 DE JUNHO DE 2006: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Rejane Alves de Arruda

Rejane Alves de Arruda

Após decorridos mais de dez anos da edição da Lei nº 9.099/95, finalmente adveio uma regulação acerca da aplicabilidade dos institutos da composição civil dos danos e da transação penal em caso de conexão e continência.

A Lei nº 11.313, publicada no dia 28 de junho de 2006, retifica, de uma vez por todas, o conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95, adotando a ampliação já consolidada pela jurisprudência e considerando como tal as contravenções penais e os crimes com pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa.

Por outro lado, a novel legislação volta os olhos para a unidade de processo, advinda de conexão ou continência, em que uma das infrações é de menor potencial ofensivo.

O art. 60 da Lei nº 9.099/95 e o art. 2º da Lei nº 10.259/01 passaram, desde então, a contar com um parágrafo único que apresenta a seguinte redação: “*Na reunião de processo, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão ou continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.*”

Analisando-se tal disposição legal, percebe-se que o legislador põe um ponto final em duas divergências apontadas pela doutrina e reinantes no dia a dia daqueles que trabalham com a matéria penal. A princípio, define o juízo comum (singular ou do Tribunal do Júri) como o prevalente em caso de conexão ou continência entre uma infração de menor potencial ofensivo e outra de maior gravidade. Logo, dita como superada a corrente que aponta a necessidade de separação de processos, com vistas a possibilitar o julgamento da infração de menor potencial ofensivo no Juizado Especial Criminal, em respeito ao foro disciplinado no art. 98 da Constituição Federal.

Em segundo lugar, a Lei nº 11.313 prevê que a unidade de processo e de julgamento não implica em desprezo aos benefícios da Lei nº 9.099/95. Isto é, mesmo prevalecendo a competência do juízo comum para julgar o crime mais grave, cabe, em relação à infração de menor potencial ofensivo, a formulação da proposta de transação penal (se preenchidos os requisitos do art. 76) e, se for o caso, a composição civil dos danos (na forma do art. 74, parágrafo único).

A recente legislação deixa claro, portanto, o propósito de existir uma diferenciação entre as infrações penais imputadas ao agente infrator, advertindo os sujeitos processuais de que o fato da infração de menor potencial ofensivo não ser julgada no Juizado Especial Criminal, e ser conexa ou continente a outra de maior

gravidade, **não significa** que tenha que ter, necessariamente, um tratamento mais rigoroso e dissociado dos princípios da simplicidade, da informalidade e do devido processo legal consensual.

Sob este norte, ao receber os autos para o oferecimento da denúncia, caberá ao Ministério Público conceder tratamento diferenciado para cada uma das infrações. Para a de menor potencial ofensivo, proporá transação penal, oferecendo denúncia em relação ao crime mais grave. Se preferir, poderá aguardar a realização da audiência preliminar e, caso se frustrar a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, aí sim oferecerá denúncia por ambas as infrações penais, adotando-se o rito mais complexo.

No que concerne à composição civil dos danos, deve existir o mesmo cuidado por parte dos sujeitos processuais, ainda mais quando se recorda da possibilidade de extinção de punibilidade pela renúncia da queixa ou da representação (art. 74, parágrafo único, Lei nº 9.099/95).

Cumprindo advertir que a Lei nº 11.313/06 vem disciplinar a aplicação dos institutos da transação e da composição civil dos danos em sede de conexão e continência de forma diferente da adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a suspensão condicional do processo, benefício este previsto na mesma Lei nº 9.099/95 (art. 89).

Com efeito, enquanto que na transação e na composição civil dos danos as infrações penais devem ser vistas de forma **isolada**, na suspensão condicional do processo as infrações **não são** desvinculadas das demais cometidas **em concurso**. Tanto assim que a súmula 723 do STF prevê que “*não se admite suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano*”. Da mesma forma a Súmula 243 do STJ: “*o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano*”.

Para se ter uma idéia da diversidade de tratamento, aponta-se um singelo exemplo: o agente comete uma lesão corporal leve (infração de menor potencial ofensivo) e uma lesão corporal grave (crime de média gravidade) em continuidade delitiva. Pelo art. 76 do CPP existe conexão e, portanto, deve existir unidade de processo e de julgamento. Aplicando-se a Lei nº 11.313/06, o foro competente para o julgamento de tais infrações será o do crime mais grave e, por conseguinte, o juízo co-

mum. Em consonância com a redação do parágrafo único do alterado art. 60, caberá proposta de transação para o crime de lesão corporal leve. Então, neste contexto, pergunta-se: caberá suspensão condicional do processo para o delito de lesão corporal grave? Pela Súmula 723 do STF não, pois, em tal caso, deve ser acrescido, à pena mínima, o montante de um sexto referente à continuidade delitiva — daí o contra-senso!

Os problemas não param por aí... Se o agente tiver extinta a pena pela transação, cumprida no crime de lesão leve, e não tiver a suspensão pela lesão corporal grave, não poderá o juiz, na sentença condenatória, considerar a causa de aumento de um sexto na dosimetria da pena; isto porque a majorante do art. 71 do CP somente deve ser levada em conta se houver condenação por **ambos** os crimes. Da mesma forma, questiona-se: como pode o representante do Ministério Público considerar, em tal caso, a causa de aumento da continuidade delitiva para negar a proposta de suspensão se o juiz não poderá considerá-la na condenação? — outro contra-senso.

Do mesmo modo, a opção de tratar, de forma isolada, as infrações penais cometidas, também não tranqüiliza o representante do Ministério Público, pois a formulação de proposta de *sursis processual* para o crime de lesão corporal grave, sem o respectivo aumento da continuidade delitiva, somente poderia ocorrer após o cumprimento **integral** da transação penal realizada pelo crime de lesão corporal leve. Em tal caso, caberia ao representante ministerial obstar o oferecimento da denúncia ou oferecê-la de imediato, postergando, para o momento devido, a proposta de suspensão condicional do processo.

Enfim, o rol de embaraços trazidos pela nova lei já começa a ser escrito, deixando clara não só a incongruência da súmula 723 do STF, como também a vontade de se tratar isoladamente cada uma das infrações cometidas, ainda que conexas ou continentes. Mesmo porque é sabido que a continuidade delitiva, assim como o concurso formal, servem, por razões de política criminal, para beneficiar o agente infrator.

As novas disposições da Lei nº 11.313/06, restringindo-se a regular a aplicação da transação e da composição civil dos danos em caso de conexão e continência, já se mostram incompletas, levando-nos a recordar que o direito já nasce velho... ●

Rejane Alves de Arruda

Advogada, doutora e mestre em Direito pela PUC/SP, professora da Graduação e Pós-Graduação da UCDB, Unaes e Uniderp e professora da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul

Quem milita na área criminal sabe que virou moda processar — e condenar — alguém com base apenas em conversas telefônicas interceptadas. Basta colocar alguém no grampo durante alguns meses, prorrogáveis por mais quantos meses for necessário para ouvir algum diálogo em tese incriminador, e Eureka! Está feito o trabalho de investigação.

Não é necessário nem mesmo que a conversa seja relacionada ao delito que o ouvinte — agente policial ou membro do Ministério Público — tenha interpretado uma conversa de forma a sugerir a prática de algum ilícito.

Com base nas conversas, o Ministério Público oferece denúncia, descrevendo fatos cuja prova da existência é totalmente menoscabada diante das “contundências” policiais sobre o teor (leia-se: sua interpretação) de alguns diálogos interceptados.

Algumas coisas são muito comuns nestas denúncias. A primeira delas é que invariavelmente as exordiais não descrevem diálogos tais como foram ditos, mas apenas a interpretação destas conversas já realizadas de antemão, ou por um agente de polícia, ou por um membro do Ministério Público.

Outra coisa comum é haver um parágrafo na denúncia no qual se explica que, embora as conversas não façam referência expressa a algum ilícito, é uma praxe dos acusados se comunicarem por meio de códigos.

Com esta justificativa, então, a denúncia abre caminho para se utilizar de um dicionário *ab doc*. Assim, *documento* passa a significar propina; *mercadoria* vira entorpecente; *resolver* passa a ser sinônimo de corromper, e daí por diante.

Alguns acusadores, bom que se diga, em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, vão ainda mais longe. No afã de suprir a carência investigatória, esperam o momento do interrogatório para inquirir o acusado acerca de conversas que sequer constam da denúncia, na esperança de que o inusitado da pergunta e o nervosismo natural do momento auxiliem o acusado na sua auto-incriminação.

Trata-se da velha e odiosa prática de se utilizar o próprio acusado como meio de prova para incriminá-lo, felizmente rechaçada pela Constituição Federal que assegura ao réu o direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII).

Trilhando esta linha de raciocínio, cabe indagar. Não seria a própria interceptação uma forma de auto-incriminação? Afinal, se o acusado não é obrigado

a produzir prova contra si mesmo, como conceber que suas palavras possam servir de base para condená-lo, sem que ele seja comunicado de que, ao falar ao telefone, poderá estar se incriminando?

Em outras palavras, se chamado a produzir uma prova da qual poderá depender sua incriminação, o acusado tem o direito de não o fazer, como admitir que o Estado arranque dele esta prova sem seu consentimento?

Se alguns já disseram que a transação penal se transformou num meio de extorsão do Estado contra o cidadão (porque, às vezes, o réu é forçado a aceitar propostas indecentes, só para não ter que se aventurar no terreno espinhoso do processo penal), a interceptação telefônica virou um estelionato contra o direito ao silêncio (o cidadão é levado por ignorância a dizer coisas que, depois, serão interpretadas em seu desfavor) e, com isto, o Estado faz do homem o inimigo de si mesmo.

Alguns dirão que a interceptação deve ser proibida, opinião da qual, no entanto, não compartilhamos. Não se discute a eficácia da interceptação telefônica para a descoberta de alguns crimes de difícil elucidação, como por exemplo, para desvendar crimes de seqüestro, inclusive, com a libertação da vítima de seu cativeiro.

É válido encetar uma investigação originada de suspeitas obtidas através de conversas telefônicas interceptadas. Isto o ordenamento, indiscutivelmente, não proíbe.

O que não se pode admitir é uma condenação fundada única e exclusivamente nas conversas telefônicas interceptadas, o que — na melhor das hipóteses — nada mais são do que confissões extrajudiciais (às vezes, em “código”), sendo cediço que nossa jurisprudência dominante tampouco admite como prova única a confissão obtida sob o crivo do contraditório.

Ainda que se admita sua utilização como meio de prova — por amor ao debate — outra questão relevante sobre o tema é a necessidade de perícia de voz, que confronte a voz do acusado com a do interlocutor dos diálogos atribuídos a ele, bem como de perícia oficial sobre o conteúdo do áudio, inclusive descrevendo a entonação das conversas (para se saber quando uma frase é dita em sentido irônico, raivoso, educado, grosseiro, submisso, autoritário, intimidativo etc...).

Sim, pois, nos casos em que toda a prova se resume a conversas telefônicas, de duas uma, ou se admite que elas não podem ser consideradas corpo de delito do crime — e neste caso, a absolvição por

falta de materialidade delitiva é a única opção viável — ou, admitindo-se o contrário, é inescusável a realização de perícia, como reza o artigo 158, do Código de Processo Penal.

No caso da degravação das conversas por perito oficial, sua imprescindibilidade exsurge do fato de que a função da testemunha — e testemunhas são também os agentes envolvidos na fase pré-processual — é informar e não opinar, sendo, pois, inadmissível condenações fundadas nas interpretações dadas pelos policiais sobre o conteúdo dos diálogos interceptados.

Nem sequer a jurisprudência que confere validade ao depoimento dos policiais pode falar em abono a uma condenação baseada apenas na opinião dos agentes responsáveis pela investigação sobre o teor dos diálogos interceptados.

Veja-se que o problema não é conferir credibilidade às palavras dos policiais — ou pessoas equiparadas — mas permitir que emitam juízos de valor sobre fatos acerca dos quais não estão oficialmente habilitados a examinar, até mesmo pela visceral relação destes agentes com a investigação, focada, a rigor, na incriminação dos suspeitos.

Ademais, nem se argumente que o fato do juiz disponibilizar às partes o material gravado em áudio supriria a falta da perícia, uma vez que as partes têm o direito de participar do momento em que o juiz toma contato com a prova — imediação.

Mas, se não pela imediação — que, no caso, obrigaria a realização de uma audiência para oitiva dos áudios, com a participação de todos os envolvidos, reduzindo-se a termo o teor das conversas — a perícia oficial é a única forma das partes se debruçarem sobre uma prova única, que esteja imune às variações e imprecisões dos sentidos humanos (ou pelo menos com a minimização deste risco).

Enfim, proibir a utilização da interceptação telefônica como prova isolada de autoria e materialidade delitiva, e, de todo modo, submeter o teor das conversas ao necessário exame pericial de voz e de conteúdo (transcrição integral das conversas), são as únicas formas de compatibilizar esta modalidade de medida cautelar com os preceitos constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito. ●

Fábio Tofic Simantob
Advogado e sócio fundador
do Instituto de Defesa do
Direito de Defesa-IDDD

A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E O PRONUNCIADO PRESO

Amália Gomes Zappala

Amália Gomes Zappala

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, acrescentando ao artigo 5º da CF o inciso LXXVIII, consolidou a garantia da duração razoável do processo. Garantia que já integrava nosso ordenamento jurídico pela incorporação automática dos tratados internacionais, reconhecida nos parágrafos primeiro e segundo do mesmo dispositivo constitucional.⁽¹⁾

Portanto, desde 1992, quando o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica foram recepcionados por nosso sistema jurídico, garantida estava a duração razoável do processo, e em caso de descumprimento, a imediata libertação do processado preso.⁽²⁾

O direito a ser julgado em um prazo razoável estende-se, naturalmente, tanto ao acusado preso, como àquele que acompanha o processo em liberdade. O acusado solto tem o direito de obter, num período razoável, uma decisão sobre sua culpabilidade, tem o direito a ver-se livre da situação de processado para retomar o curso de sua vida particular e profissional. Mas, é inegável que o direito ao julgamento em um prazo razoável é mais premente para aquele que se encontra preso.

O Código de Processo Penal não estabelece prazos para todos os atos e fases processuais, não estipulando, como consequência, um prazo de duração máxima para a obtenção de uma decisão definitiva sobre o mérito da acusação. Não há, portanto, com relação ao acusado preso, a previsão de prazo máximo de custódia cautelar.

A jurisprudência nacional, levando em conta a soma dos prazos previstos na lei para os diversos procedimentos, orientou-se no sentido de fixar o prazo máximo de custódia cautelar em 81 (oitenta e um) dias para o procedimento ordinário, de modo que, mesmo não estando encerrada a instrução, findo o lapso temporal estabelecido, deverá o acusado ser colocado em liberdade.

Ocorre que, embora o prazo de 81 (oitenta e um) dias se mostre razoável, atendendo a desejável celeridade da instrução cujo acusado encontra-se preso, permanecem, na legislação, lacunas relativas a fases do procedimento para as quais não há previsão de prazo.⁽³⁾

Além desses períodos não considerados, se tem entendido que o prazo máximo de 81 (oitenta e um) dias só deve ser computado até o encerramento da instrução acusatória, impossibilitando o reconhecimento de eventual excesso entre a oitiva das testemunhas de acusação e a sentença no procedimento comum, ou a

pronúncia no rito dos crimes da competência do júri.

Estas duas circunstâncias — ausência de prazos fixados para determinadas fases do procedimento e a antecipação do prazo estabelecido na jurisprudência para o término da instrução — colaboram para a indefinição do prazo de duração da prisão provisória. Como salienta **Roberto Delmanto Junior**, estes “*tempos mortos*” representam momentos em que o Judiciário pode permanecer “*inerte ou atuar de maneira extremamente morosa, não impondo o devido andamento ao processo, sem que esse tempo fosse contado para efeitos de excesso de prazo na prisão cautelar.*”⁽⁴⁾

Com relação ao acusado de crime da competência do tribunal do júri que se encontra preso, a questão da duração da prisão, e conseqüente reconhecimento do excesso de prazo da custódia cautelar, torna-se ainda mais tormentosa.

A pronúncia surge como um marco zero para o cômputo do prazo de duração da custódia do acusado. Os excessos eventualmente ocorridos antes da prolação da decisão ficam convalidados; e a prisão, que passa a ter seu fundamento na pronúncia, deve manter-se até o julgamento pelo júri, para o qual não há prazo determinado para realização.

Se o réu foi preso em flagrante ou preventivamente, e a instrução excedeu o prazo de 81 (oitenta e um) dias, a jurisprudência, que encontra apoio na Súmula nº 21 do Superior Tribunal de Justiça,⁽⁵⁾ considera que uma vez pronunciado o acusado, está superado o excesso de prazo para efeito da alegação de constrangimento ilegal — sem esquecer que estes 81 (oitenta e um) dias foram antecipados, diminuindo-se o número de atos processuais que deveriam ser realizados nesse lapso de tempo, compreendendo agora o fim da instrução acusatória, o que equivale dizer que, em tese, não poderá o acusado alegar excesso de prazo entre a produção da prova acusatória e a decisão de pronúncia.

Uma vez pronunciado, como o CPP só fixa prazo para a realização do julgamento pelo júri para possibilitar o desforramento e não o relaxamento da prisão, e como a jurisprudência considera que a prisão tenha vigência até o julgamento pelo júri, a custódia do pronunciado não está sujeita a prazo determinado, resta indefinida, à mercê da morosidade do Judiciário.

Portanto, o acusado que reconhecida-mente ficar preso muito além dos 81 (oitenta e um) dias até que seja pronunciado, uma vez decidido seu envio a julgamento pelo júri, pode, indefinidamente, aguardar preso a realização do julgamento.

O CPP estabelece a prioridade do julgamento dos réus que estejam há mais tempo presos, e dentre os que se encontram em igualdade de condições, daquele que foi pronunciado há mais tempo. Também estabelece, no anteriormente citado parágrafo único do artigo 424, a possibilidade do desforramento, se o julgamento não se realizar no período de um ano sem que para a demora tenha concorrido o réu ou a defesa.

Infer-se, então, que, para o legislador, o prazo razoável para o julgamento do pronunciado é um ano; prazo que, excedido por demora não atribuível ao réu ou a defesa, ensejará o desforramento, sem nenhum efeito no *status libertatis* do pronunciado, ou seja, se estiver preso, assim deverá aguardar a inclusão do julgamento na pauta do tribunal do júri da nova comarca, também sem prazo determinado para realização.

Reina a inconstitucionalidade. Não há para o pronunciado preso a garantia de duração razoável do processo que possibilite sua liberação. Não há prazo fixado para a duração da prisão decorrente da pronúncia, tampouco critérios para aferir sua razoabilidade.

Se a possibilidade, também constitucionalmente prevista, da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais não foi capaz de alterar a situação do pronunciado preso, que a legislação ordinária fixe um prazo de duração da prisão decorrente da pronúncia, ou melhor, estipule um prazo para a realização do julgamento do pronunciado preso, prevenindo e limitando as hipóteses de dilação, de modo que, expirado o prazo sem julgamento, seja o acusado colocado em liberdade. ●

Notas

- (1) Ver quanto à exigibilidade e implementação imediatas dos direitos e garantias expressos nos tratados internacionais: **Flávia Piovesan**, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, pp. 89 e 107.
- (2) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 9º, 3; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, art. 7º, 5.
- (3) Ver sobre os “*tempos mortos*”, **Alberto Silva Franco**, *Crimes Hediondos: Notas sobre a Lei 8.072/90*, p. 367, nota de rodapé nº 1.
- (4) *As Modalidades da Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, Rio de Janeiro, Renovar 1998, p. 233.
- (5) Súmula nº 21 do STJ: “*Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.*”

Amália Gomes Zappala
Advogada, doutora em Direito Penal pela USP e professora da Universidade São Judas Tadeu

Questão que merece reflexão refere-se à forma de se propor aos jurados a desclassificação para homicídio culposo, no questionário do Júri. Os manuais frequentemente indicam em seus modelos a formulação da existência de alguma das modalidades de culpa *stricto sensu*, questão a ser redigida logo após os dois primeiros quesitos obrigatórios (autoria e materialidade). Cabe analisar a pertinência dessa indagação.

A Constituição da República assegura ao Júri a competência para julgar crimes dolosos contra a vida, na forma do art. 5º, XXXVIII, “d”. Excepcionalmente, por conexão ou continência, o Tribunal Popular julga outras espécies de delitos, tendo em vista que a sua competência funciona como *vis attractiva*. Frise-se, entretanto, que tal possibilidade só se verifica depois de respondidos todos os quesitos pertinentes ao fato principal. Desse modo, quanto ao crime que atraiu a competência do Júri (fato principal), o conselho de jurados só pode ser questionado sobre crime doloso contra a vida.

Então, argüida a desclassificação para homicídio culposo, não se pode formular quesito, indagando sobre a existência de culpa *stricto sensu* na conduta do réu. Procedendo-se, desse modo, haverá incompetência *rationae materiae* do Júri, e o julgamento restará eivado de nulidade, *in casu* absoluta. É que, tendo apenas competência para julgar fato principal doloso, não pode o Júri apreciar existência de alguma das modalidades de culpa.

A solução que se nos afigura é indagar do conselho de jurados sobre a existência do dolo, direto e eventual. A resposta negativa a tais quesitos desclassifica o delito descrito no libelo e acolhe a pretensão defensiva; fica o julgamento encerrado.

Nesse sentido, é de ser invocada lição de **José Barcelos de Souza**, professor titular da Faculdade de Direito da UFMG:

“É exatamente por não poder o júri dizer da culpa stricto sensu, que fica ele impossibilitado de indicar para qual artigo é feita a desclassificação. O juiz presidente do tribunal, então, é quem, acolhendo as alegações da defesa, poderá classificar o fato no art. 121, § 3º (homicídio culposo).

Não devem, pois, ser propostos ao conselho de sentença quesitos que indaguem a respeito da existência de homicídio culposo, mas que inquiram sobre a inocorrência de homicídio doloso”⁽¹⁾ (pp. 123-4).

Negado o dolo na perspectiva que ora se vislumbra, cabe ao juiz-presidente precisar a definição jurídica dos fatos, e não o Júri, que teve cessada a sua competência. A esse instante, o juiz de direito poderá optar não só pelo homicídio

culposo, mas, outrossim, por lesões corporais seguidas de morte, como também ponderou o citado estudioso ao longo de seu trabalho.

Sem embargo da tradicional corrente doutrinária e jurisprudencial que quesita a existência da culpa *stricto sensu*, a sugerida fórmula *retro* é absolutamente coerente com a competência assegurada ao Tribunal Popular.

Frise-se que tal orientação tem prestígio perante o Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme pesquisa colacionada pelo desembargador **Saulo Brum Leal**, daquela Corte, em seu livro *Júri Popular*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 442-4⁽²⁾.

Sustentando a tese em foco, registra o mencionado magistrado gaúcho:

“Se a tese defensiva é no sentido de que o réu não agiu dolosamente (negativa de dolo), formulam-se ao Conselho de Sentença somente os dois quesitos do dolo (direto e eventual). Afirmado qualquer um deles, o réu está condenado, prosseguindo-se a votação sobre atenuantes.

Negados os dois quesitos do dolo, o júri declarou sua incompetência, afirmando não se tratar de crime doloso e para tanto tem competência constitucional. Com isso, operou-se uma desclassificação própria, deslocando a competência do julgamento integral do processo ao juiz-presidente, na forma do art. 74, § 3º, 2ª parte, combinado com o art. 492, § 2º, ambos do CPP” (op. cit., p. 207).

Saliente-se que vez ou outra exsurtem recursos contra decisões do citado tribunal, insurgindo-se contra os quesitos sobre a existência de dolo, alegando, inclusive, cerceamento de defesa e/ou negativa de vigência do art. 484, III, do CPP. Contudo, tais inconformismos vêm sendo rechaçados pelos Tribunais Superiores⁽³⁾, que vêm plena pertinência na questão sobre o dolo com a desclassificação alegada pela defesa.

Afirme-se, ainda, que indagar sobre o dolo é adequado à essência do conselho de jurados, pessoas leigas não aventuradas nos conceitos e nas ficções jurídicas. Obviamente, o dolo é um conceito técnico, mas é daqueles poucos que são mais acessíveis ao cidadão comum — afinal, vontade na produção de um evento é manifestação subjetiva comum a todos.

Como vantagem, evita-se, da forma sugerida, a elaboração de quesitos com-

plexos, que se arriscam a definir e a identificar com fatos uma das modalidades do art. 18, II, CP. Pondere-se que a conceituação da culpa é tarefa árdua doutrinariamente. E nem se diga do problema de identificar no caso concreto a modalidade correta de culpa *stricto sensu*...

Indagar-se do Júri a existência do dolo em face da desclassificação pleiteada pela defesa é medida que preserva a sua competência constitucional e apresenta-se adequada às suas funções; demais disso, põe-se de

acordo com já antiga reivindicação de se simplificar o questionário. A propósito, conforme anotou **René Ariel Dotti**⁽⁴⁾, já se escreveu nas razões do Projeto de Lei nº 4.900, de 1995 (Mensagem 1.272/94), que visa a alterar o procedimento do Júri, que se pretende modificar, “*extraordinariamente, a redação dos quesitos e a colheita dos votos para, destarte, libertar o juiz, as partes e os jurados de um tormento bíblico a que estão atualmente condenados*” (grifo nosso).

Poupemos, pois, o Conselho de Jurados de mais um dos tormentos conceituados jurídicos, especialmente em se tratando de definir e exemplificar a culpa *stricto sensu*. Sigamos o caminho da simplificação. ●

Notas

- (1) “Quesitos Desclassificatórios”, publicado na *Revista de Identificação e Ciências Conexas*, ano XXII, nº 40, 1º sem./1966, pp. 119-126.
- (2) Confira: rel. **Luiz Glênio Bastos Soares**, RJTJRS 156/112; rel. **Luiz Felipe Vasques de Magalhães**, RJTJRS 180/153; rel. **Nério Letti**, RJTJRS 154/116; rel. **Milton dos Santos Martins**, RJTJRS 130/111.
- (3) No STF: HC nº 71.800/RS, 1ª Turma, rel. min. **Celso de Mello**; HC nº 70.418/RS, rel. min. **Marco Aurélio Mello**; e RHC nº 60.950/RJ, rel. min. **Moreira Alves**. No STJ: Recurso Especial nº 59.670/RS, rel. min. **José Dantas**, 5ª T., j. em 21/06/1995, DJ 14/08/1995, p. 24.037.
- (4) “A reforma do procedimento do Júri”, in *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, coord. **Rogério Lauria Tucci**, São Paulo: RT, 1999, pp. 288-330.

José Arthur Di Spirito Kalil
Advogado em Belo Horizonte, mestre em Ciências Penais/UFMG e professor Universitário de Direito Penal

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL

Ronaldo Batista Pinto

Ronaldo Batista Pinto

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL

É discutível a legitimidade do promotor de justiça para propor a revisão criminal, dividindo-se a doutrina a respeito dessa questão⁽¹⁾. Os principais argumentos no sentido de negar ao *parquet* a legitimidade ativa para ajuizar o pedido são que, primeiro, a lei não prevê tal possibilidade, conforme se verifica do minucioso rol trazido pelo art. 623 do CPP. E, segundo, que não teria cabimento o Ministério Público ocupar o pólo ativo da relação processual, na qualidade de autor do pedido revisional e, ao mesmo tempo, compor o pólo passivo desta mesma relação, eis que, nas revisões criminais, é o *parquet* a parte passiva na demanda.⁽²⁾

Pensamos diferentemente. O Ministério Público, conforme tantas vezes alertado, de há muito deixou de atuar no processo penal como um verdadeiro *acusador profissional*, buscando, a qualquer custo, uma condenação, pouco se importando com a forma pela qual ela foi obtida. Ao revés, encarna hoje o interesse primordial do Estado que consiste na obtenção de uma sentença justa, seja ela absolutória ou condenatória. Por ser uma *parte diferenciada* (ou *parte imparcial*, para se utilizar de força de expressão), é que se admite, de forma hoje incontestável, que, por exemplo, recorra em favor do réu, que peça antes sua absolvição ou que impetre *habeas corpus* em prol do agente. Assim, agindo como fiscal da correta aplicação da lei, naquilo que se convencionou chamar de *custos legis*, não há como se negar, ao Ministério Público, a titularidade da revisão criminal.

Não aproveita se afirmar que o art. 623 do CPP não prevê tal possibilidade. É que o código, quando trata de recursos, em mais de uma passagem elenca um rol apenas exemplificativo, sem inibir que outras pessoas, além daquelas apontadas no texto legal, possam recorrer. Assim, *v.g.*, ao tratar dos legitimados para a apelação, no art. 577, o código não mencionou a figura do curador e, apesar disso, jamais lhe foi negada a legitimidade ativa para interpor o recurso.⁽³⁾ De outro lado, ao tratar da legitimidade do assistente de acusação, no art. 271, o código não alude à possibilidade dele opor embargos de declaração da sentença ou do acórdão e, apesar disso, alguém negaria essa faculdade? Não se ignora, é verdade, o tranqüilo entendimento no sentido de que a revisão criminal não possui a natureza jurídica de recurso. Todavia, para fins de argumentação, parece válida a analogia sugerida entre legitimidade para recorrer e legitimidade para propositura da revisão.

Outro argumento a ser lembrado é que o CPP em vigor é datado de 1941, quando a posição do Ministério Público era totalmente diversa, não tendo assumido, ainda, o *status* de defensor da sociedade bem delineado pela Constituição de 1988. Não é de se estranhar, assim, que o legislador do processo penal não apontasse o *Parquet* como um dos legitimados para propor a revisão criminal.

Parece não refutar esse entendimento o argumento contrário consistente no fato de que o Ministério Público jamais poderia compor os dois pólos da revisão criminal: como réu, representando o Estado e, como autor, propondo a revisão criminal.⁽⁴⁾ Ora, quando oferta a denúncia e, ao final do processo, pede a absolvição, também não ocorreria o mesmo antagonismo? Ou, quando apesar de propor a inicial, recorre em favor do réu condenado, também não estaria o Estado presente nos dois pólos do pedido, como recorrente e recorrido? Apesar disso, de há muito se confere ao Ministério Público a possibilidade de pedir absolvição ou recorrer em favor do réu. Ou, ainda, quando impetra *habeas corpus* contra uma sentença transitada em julgado, não estaria o Estado ocupando ambos os pólos da demanda? Não vislumbramos, assim, qualquer impedimento que possa ser suscitado sob esse fundamento. A propósito, excetuando-se o *nomem juris* e os pressupostos que são típicos de cada pedido, não há qualquer diferença, quanto à legitimidade ativa, entre se impetrar um *habeas corpus* contra sentença transitada em julgado ou se propor uma revisão criminal na mesma situação.

Aliás, não há nada de inédito no fato do Estado, de forma simultânea, ser encontrado em ambos os pólos da relação processual. Quando, através da Procuradoria do Estado (ou Defensoria Pública), se ingressa, em favor da pessoa pobre, com uma ação de indenização contra o Estado, um outro setor da mesma Procuradoria (ou Defensoria), será incumbido da defesa. Quando o promotor de Justiça recorre pleiteando a absolvição do réu e a Procuradoria-Geral emite parecer contrário à apelação, é o Estado, através da mesma Instituição

(Ministério Público), ofertando posicionamentos diversos para o mesmo caso. O Estado é um só. Por razões de boa administração é que ele se divide. Caberá a um outro órgão do Estado, o Poder Judiciário (“Estado-juiz”), dar a palavra final. De qualquer sorte, mesmo que se admitisse essa incompatibilidade, não se poderia negar ao Ministério Público, na ação penal privada, a legitimidade para propor revisão criminal em favor do querelado, pois, nessa hipótese, não foi o *Parquet* quem movimentou o processo inicial, mas sim o querelante, desaparecendo, assim, a alegada incongruência entre uma e outra posição.

Em suma, tomado o Ministério Público de forma mais abrangente, despi-do da condição de mero acusador, não há como se negar à Instituição a possibilidade de, na busca da correta aplicação da justiça, manejar pedido de revisão criminal. ●

Notas

- (1) Pela legitimidade do MP: **Ada, Magalhães e Scarance**, *Recursos no Processo Penal*, p. 311; **Tourinho Filho**, *Processo Penal*, vol. 4, p. 605; **Demercian & Maluly**, *Curso de Processo Penal*, p. 575; **Sérgio de Oliveira Médici**, *Revisão Criminal*, p. 155. Negando essa possibilidade: **Julio Fabbrini Mirabete**, *Processo Penal*, p. 733; **Guilherme de Souza Nucci**, *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 852.
- (2) Na jurisprudência, não reconhecendo a legitimidade do MP: RT 795/524 (STF), 694/375.
- (3) Claro que o curador aqui mencionado não é mais aquele nomeado em favor do réu menor de 21 anos, ante a revogação do art. 194 do CPP pela Lei nº 10.792/03. Mas, por exemplo, o curador indicado em prol do réu que apresente problema mental, nos termos do art. 151 do CPP.
- (4) Mesmo a posição do Ministério Público como parte passiva da relação processual é discutida na doutrina. No sentido afirmativo, **Ada, Magalhães e Scarance**, *ob. cit.*, p. 308. Em sentido contrário, isto é, negando ao *Parquet* a qualidade de parte, **Sérgio de Oliveira Médici**, *ob. cit.*, p. 311.

Ronaldo Batista Pinto

Promotor de Justiça em São Paulo e
mestrando em Direito pela Universidade
Estadual Paulista (Unesp)

1. Introdução

Há grande discussão na atualidade em torno das espécies de pena criminal existentes no Brasil, aos critérios utilizados para a sua aplicação e, sobretudo, em relação aos fins da pena perseguidos. É certo que o Direito Penal, assim como todos os outros ramos do Direito, passa por intensas mudanças; a sociedade mudou, seus conceitos e pré-conceitos se alteraram; isso tende a gerar profundas alterações no universo jurídico, particularmente, no penal.

Quando se fala em Direito Penal, a primeira idéia parece ser a de punição. Punir o delinqüente e restabelecer a paz social por meio de sanções que vão desde a pena de multa até a privação da liberdade, inclusive, nos casos mais graves, em estabelecimentos de segurança máxima, com regime prisional extremamente rigoroso (ao menos em tese), quase sem comunicação com o exterior prisional.

Porém, se um dos objetivos (fins) da sanção penal é a ressocialização, onde este se insere no atual sistema?

O fato é que se tem chegado a situações graves, mesmo catastróficas do ponto de vista pragmático, tanto que a idéia motriz para alguns de ressocializar o condenado muita vez é legada a segundo plano em detrimento da necessidade de afastá-lo do convívio social a fim de que não venha a cometer mais delitos (ao menos extramuros), preservando-se, em tese, os bens jurídicos tutelados pelas normas penais. Assim, ressocializar já não mais se afigura como o objetivo fulcral do sistema penal.

Por outro lado, como o número de apriisionados tem se elevado significativamente nas duas últimas décadas e, concomitantemente, também se ampliou o tempo de prisionização, favoreceu-se o surgimento de uma escola do crime que tem por escopo preparar e aprimorar mão de obra especializada para suprir a demanda que emerge da organização do crime, como um todo.

Assim, prepara-se a personalidade do condenado preso no sentido diametralmente oposto às expectativas sociais, submergindo-o na subcultura delinqüente do cárcere, cuja perspectiva se volta ao cometimento de novos delitos, geralmente mais elaborados e mais graves do que aquele que lhe deu ingresso no sistema penal.

Por conta da percepção de segmentos representativos da sociedade do problema da denominada “universidade do crime”, ou seja, da identificação de efeitos graves e deletérios do cárcere na vida do condenado à pena privativa de liberdade, surgiu a descarceirização, pela qual se busca punir determinados delinqüentes sem levá-los à submissão da falência do cárcere.

A idéia motriz, então, é que criminosos condenados por condutas de pouco ou médio potencial ofensivo (geralmente, primários que praticam crimes sem violên-

cia ou grave ameaça à pessoa) venham a receber um tratamento penal mais adequado no sentido da prevenção e que, ao mesmo tempo, não deixe de representar a retribuição inerente à sanção penal. Esta nova perspectiva da legislação penal — e mesmo da própria política criminal nacional — remete para a discussão de fundo: quais fins legitimam o Direito Penal na atualidade, isto é, quais os fins da pena criminal prevalentes no Século XXI?

2. Fins da pena criminal e legitimação do sistema penal

De uma forma bastante genérica é possível identificar três grandes grupos de teorias que procuram legitimar a pena e, em última instância, conferir legitimidade à própria intervenção penal.

Sérgio Salomão Shecaira e **Alceu Corrêa Junior** noticiam a teoria absoluta ou retributiva como o primeiro grupo, afirmando “*com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo*”.⁽¹⁾

Logo, na visão dos autores, para **Kant**, a pena nada mais era do que um imperativo categórico de exigência de justiça: ao mal do crime, o mal da pena. Prescrevia um embrião de proporcionalidade quase talionial. Em continuidade, para **Hegel**, com efeito, a retribuição devia ser jurídica, servindo a pena como a afirmação jurídica do direito negado com a prática delitiva.

Atualmente, poderia definir-se como uma proporcionalidade que deriva da própria magnitude do injusto típico, na concepção dualista⁽²⁾ — desvalor da ação e desvalor do resultado.

O segundo grupo é composto pelas teorias de prevenção ou relativas.

Shecaira e **Corrêa Junior** afirmam que “*a pena se explica por seus efeitos de prevenção geral e especial, que atualmente são entendidos em dois sentidos, um negativo e outro positivo*”.⁽³⁾

Com efeito, as teorias relativas têm em si uma forte conotação utilitarista, pois, em princípio, surgiram para negar a retribuição como fim exclusivo da pena criminal.

Assim, quer seja propondo a intimidação,⁽⁴⁾ num modelo negativo de prevenção geral, ou, colimando por fins a reafirmação da consciência social na eficácia do direito⁽⁵⁾ (exemplaridade) e/ou a própria contenção da pena nos estreitos limites das garantias constitucionais,⁽⁶⁾ ou mesmo até apregoando a simples segregação dos delinqüentes incorrigíveis (não intimidáveis)⁽⁷⁾ e a ressocialização dos emendáveis,⁽⁸⁾ fato é que o ser humano passa a ser visto de certa forma como objeto da ciência e não como sujeito de direitos.

Aliás, nesta sede, **Bustos Ramírez** já havia advertido sobre as teorias de pre-

venção, geral e especial, que “*em su base hay falta de ética social fundamental em cuanto se instrumentaliza al hombre para los fines del Estado*”.⁽⁹⁾

Por fim, em relação ao terceiro grupo, **Luiz Regis Prado** defende uma teoria unificadora da pena, destacando os fins neoretribucionistas representados pela reafirmação do ordenamento jurídico e a proporcionalidade da pena à gravidade do delito praticado, além da exigência de justiça, pois, “*... a adoção de uma teoria unitária da pena coaduna-se, de modo incontestado, com as exigências de um Estado Democrático e Social de Direito, na medida em que fornece sólido amparo à necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas*”.⁽¹⁰⁾

Portanto, resta a possibilidade de se concluir que as chamadas teorias relativas, com efeito, em verdade são muito próximas às absolutas, como concluiu **Regis Prado**,⁽¹¹⁾ o que reafirmaria a necessidade de se preservar ainda um mínimo ético aceitável de retribuição jurídica como instrumento limitador da própria concepção da pena, a fim de garantir “*a missão precípua do Direito Penal, de proteção de bens jurídicos fundamentais*”.⁽¹²⁾

3. Eficácia

Sob o influxo dos argumentos utilitaristas, vale dizer, das teses preventivistas, a eficácia deve representar um critério bastante ponderável para a adequação do sistema, como um todo.

Neste sentido, a utilização de penas criminais, mormente as privativas de liberdade, deve ser legitimada sob a égide de que funcionam, isto é, são capazes de levar à reafirmação da consciência social na eficácia do direito, isto é, no fortalecimento geral da confiança normativa, evidenciando, talvez, três principais efeitos, no dizer de **Regis Prado**:

“*Aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida por meio da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica*”.⁽¹³⁾

Aliás, nesta perspectiva, **Érika Carvalho** aponta que “*a pena encontra seu fundamento e limite no delito perpetrado, o que significa que deve guardar uma relação de proporcionalidade com relação à magnitude do injusto e da culpabilidade*”.⁽¹⁴⁾ posição esta compartilhada neste trabalho.

Com efeito, em se tratando do tema deste ensaio, isto é, os fins da pena criminal, a legitimação do sistema com base na eficácia utilitarista das teorias de prevenção, particularmente as de cunho positivo, mister se faz acorrer a alguns dados

empíricos que resultam da pesquisa local levada a cabo nos últimos três anos e que concluiu que, apesar da efetiva aplicação de penas privativas de liberdade a um número bastante significativo de roubos cometidos na Comarca de Presidente Prudente na última década, com a diminuição significativa dos fatos impunes, ao menos em relação ao delito objeto da pesquisa — o tipo de injusto do roubo —, certo é que isto não influenciou a redução da prática dessa modalidade delitiva.

Ao contrário, notou-se exatamente o contrário: a prática de furtos que sempre trouxe a maior parte da clientela prisional na Comarca⁽¹⁵⁾ passou a ser gradativamente substituída por roubos.

Assim, a tipificação de furto, antes considerada delito de passagem para crimes mais graves, ao menos no que resultou localmente da pesquisa, foi desconsiderada por grande parte da clientela prisional, não sendo raro encontrar hipóteses em que primários já ingressaram no sistema penal exatamente com a prática de roubos.

4. Conclusões

Objetivou-se, neste ensaio, delinear os fins da pena criminal legitimadores da intervenção penal e sua eficácia como instrumento de controle social formal.

Neste sentido, evidenciam-se algumas conclusões que resultam diretamente da pesquisa:

1ª) As organizações criminosas estariam recrutando pessoal ainda sem vínculo com o sistema penal, mas em situação social de risco, treinando-os para o cometimento de ilícitos mais graves do que os tradicionalmente aferíveis, como o furto, o estelionato etc.; esse recrutamento e treinamento pode ter sido favorecido pela intensa instalação de unidades prisionais e transferência significativa de condenados para a região de Presidente Prudente nos últimos anos.

2ª) A subcultura delinquentes fora do cárcere, nos ambientes de periferia, traria consigo o efeito da geração de violência contra a sociedade, como um todo, resultando nas práticas de ilícitos mais graves por jovens excluídos social e economicamente, reflexo de uma sociedade de consumo que exige determinadas expectativas sociais, porém, não assegura os meios lícitos para obtê-las.

3ª) As vantagens patrimoniais e extra-patrimoniais das práticas de roubo seriam mais evidentes, tanto do ponto de vista econômico, pelos maiores valores que se logariam obter nas incursões criminosas, como, também, pelo maior “respeito e notoriedade” que tais condutas trariam aos infratores no seio da comunidade em que vivem.

De qualquer forma, como resultado da pesquisa que, como já dito, restringe-se à Comarca de Presidente Prudente e abrangeu apenas a última década, verifica-se que há uma significativa ampliação do número de roubos e que tal ampliação se move no mesmo sentido das punições às

penas privativas de liberdade.

Assim, é possível concluir que, isoladamente, a diminuição da impunidade pela efetiva aplicação da pena criminal, vale dizer, da pena privativa de liberdade de média/longa duração, não logra obter os efeitos necessários e desejados pelo mote da reforma penal, tais sejam, a sua necessidade e eficácia para reprovação e prevenção do crime. ●

Notas

* Este artigo é resultado de projeto de pesquisa que tem origem em trabalho de Grupo de Pesquisa CNPq coordenado, então, pelo professor dr. Sérgio Salomão Shecaira. Ao professor Salomão nossa íntegra gratidão, com a consciência da desproporcionalidade ao seu incomensurável desprendimento, dedicação e humildade acadêmica.

- (1) SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e Outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 130.
- (2) PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, parte geral, 5ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 367.
- (3) *Idem, op. cit.*, p. 131.
- (4) MARCÃO, Renato Flávio e MARCON, Bruno. “Rediscutindo os fins da pena”, *Revista dos Tribunais*, ano 90, volume 786, abril de 2001, p. 540.
- (5) ALVES DA FROTA, Hidemberg. “Lineamentos sobre a teoria da prevenção geral da pena”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, RT, ano 11, outubro-dezembro de 2003, p. 148.
- (6) PRADO, Luiz Regis. “Teoria dos fins da pena: breves reflexões”, *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, nº 00, 2004, p. 149.
- (7) LISZT, Frans von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, tomo I, traduzido por José Higino Duarte Pereira, Campinas: Russell Editores, 2003, p. 144.
- (8) TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120*, vol. 1, São Paulo: Atlas, 2004, p. 323.
- (9) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*, 1ª ed., Barcelona: P.P.U., 1987, p. 105.
- (10) PRADO, Luiz Regis. “Teoria dos fins da pena: breves reflexões”, *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, RT, ano 1, nº 00, 2004, p. 158.
- (11) *Idem, op. cit.*, p. 152.
- (12) *Idem, op. cit.*, pp. 155-156.
- (13) *Idem, op. cit.*, p. 149.
- (14) CARVALHO, Erika Mendes de. “Punibilidade e fins da pena”, *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, RT, ano 2, nº 3, julho-dezembro de 2005, p. 123.
- (15) A referência aqui é feita ao entorno de Presidente Prudente, cidades e distritos: micro-região com aproximadamente 300.000 habitantes.

Cláudio Ribeiro Lopes

Mestrando em Direito Penal Supra-individual pela Universidade Estadual de Maringá, professor de Direito Penal e Tópicos Especiais em Direito Penal na Unoeste, advogado em Presidente Prudente

Simone Custódio

Graduanda em Direito Penal e pesquisadora participante do Programa Especial de Pesquisa da Unoeste



IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(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)
- Fabiolla 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)
- 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'Avila (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)
- 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!

Diante da atualidade dos debates promovidos pelas várias correntes filosóficas acerca dos fins das penas, com reflexos na aplicação da lei aos casos concretos, o presente estudo pretende analisar as reais finalidades da pena, previstas no Código Penal brasileiro em vigor, em consonância com os princípios constitucionais consagrados na Constituição de 1988.

Segundo o artigo 59 do Código Penal, e, atendendo às chamadas circunstâncias judiciais, o juiz estabelecerá, considerando a *necessidade* e a *suficiência* para a *reprovação* e a *prevenção* do crime, a pena e sua quantidade — entre os limites estabelecidos —, o regime inicial de seu cumprimento, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de sanção, quando cabível. Os critérios de *suficiência* e de *necessidade* referem-se ao princípio de intervenção mínima na esfera de liberdade do indivíduo no âmbito penal, com raízes históricas na Declaração Francesa de 1789, cujo artigo 8º previa que a lei só deveria estabelecer penas *estrita e evidentemente necessárias*.

As medidas preventivas utilizadas pelo Direito Penal, por atingirem a liberdade individual protegida constitucionalmente, exigem uma relação dialética entre as exigências de *prevenção* e *reprovação* e as de preservação da liberdade. A Constituição brasileira não estabelece, de forma expressa, o princípio da *necessidade*. No entanto, explica **Mariângela Gama de Magalhães Gomes**: “O fundamento material do princípio da *necessidade*, na Constituição brasileira, pode ser apreendido a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e V, respectivamente), assim como por meio da garantia da liberdade inserida entre os direitos e garantias individuais (art. 5º, caput) e do amplo rol de direitos individuais e coletivos (art. 5º), que atuam como freio à criação e manutenção das normas penais” (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84). O princípio da *necessidade*, comentado pela doutrinadora, encontra-se interligado às finalidades de *reprovação* e *prevenção do crime*, previstas no artigo 59, do Código Penal, que comportam uma releitura de seus significados, a partir da nova realidade constitucional de 1988, arrimada na dignidade da pessoa humana.

A *reprovação* é normalmente associada à idéia de retribuição na aplicação da pena, o que constitui, em verdade, um equívoco. A retribuição, em sua leitura tradicional, apregoa a consagrada noção de que

“ao mal do crime” deve corresponder “ao mal da pena”, para haver equilíbrio e Justiça. Tal justificativa, por seu caráter metafísico, deve ser afastada como fundamento ou finalidade da pena. Como assinala **Claus Roxin**: “É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a asunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a ‘culpa do sangue do povo’, expie o delinquent, etc., tudo isto é concebível apenas por um acto de fé que, segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal” (Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2ª ed., tradução de **Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz**, Lisboa: Vega, 1993, p. 19).

Assim, *reprovação* não se confunde com retribuição, e deve ser entendida a partir da moderna concepção de culpabilidade como medida da pena. Como ensina **Cezar Roberto Bitencourt**: “Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade...” (Manual de Direito Penal, Parte Geral, 6ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 273). De acordo com **Aníbal Bruno**, deve-se a **Freudenthal** “a acentuação da idéia de que na culpabilidade a reprovabilidade resulta de que o agente procedeu assim, quando devia e podia proceder de outra maneira, baseando o juízo da culpabilidade na exigibilidade de um comportamento conforme ao Direito” (**Aníbal Bruno**, Direito Penal, Parte Geral, 3ª ed., t. 2º, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 100).

Adotada a moderna concepção de culpabilidade, o juízo de reprovação deve ser mensurado no menor ou maior grau de evitabilidade do fato praticado, considerando-se, para tanto, os seguintes elementos da culpabilidade, segundo a teoria finalista: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de um comportamento conforme ao Direito. Dessa forma, a *reprovação* passou a estabelecer limite ao retributivismo tradicional, sem confundir-se com este.

A *prevenção*, por sua vez, pode ser analisada de uma perspectiva geral ou especial. A primeira tem como destinatário de seus efeitos a comunidade, enquanto a segunda, o próprio condenado. Na prevenção geral, deve afastar-se a idéia da pena como ameaça ou intimidação (prevenção geral negativa), porquanto atentatória à dignidade humana e contrária à

moderna concepção de Democracia, pois o homem passa a ser instrumentalizado, servindo de meio para intimidar terceiros, o que fere a máxima kantiana segundo a qual o indivíduo só pode ser tratado como fim em si mesmo. Já a chamada prevenção geral positiva reconhece um efeito comunicativo na pena: o de reforçar a confiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, ainda que tal prevenção deva encontrar limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição. Por esse motivo, a vertente positiva da prevenção geral, em consonância com os princípios constitucionais, tomou o lugar da prevenção geral negativa.

A prevenção especial, por seu turno, tem como destinatário o próprio condenado, quer inocuizando-o ou segregando-o (vertente negativa), quer buscando sua ressocialização (vertente positiva). A primeira vertente, por inviabilizar a reconstrução individual do sentenciado, também foi banida pelos cânones democráticos, pois a pena que busca exclusivamente afastar o sujeito da comunidade é degradante, afigurando-se, por esse motivo, inconstitucional. A segunda, de reintegração social, em consonância com os princípios constitucionais, embora também irradie efeitos na prevenção do crime, é especialmente tratada, na Lei de Execução Penal, como uma das finalidades da execução penal, prevista em seu artigo 1º, qual seja, a de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”. Assim, tal finalidade deve ser especialmente considerada durante a fase de cumprimento de pena.

Diante do exposto, é possível concluir que a finalidade da pena de *reprovação*, tal como prevista no Código Penal em vigor, em seu artigo 59, a partir de uma releitura constitucional, afasta o fundamento metafísico que justifica a pena pela retribuição ou castigo. Por isso, a *reprovação* só pode ser compreendida como limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator. A finalidade de *prevenção* geral, também prevista no referido dispositivo, deve ser compreendida em sua vertente positiva, limitada aos princípios constitucionais, de reforçar os valores contidos na norma penal. ●

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

CURSOS E EVENTOS

I SEMANA JURÍDICA DA FACULDADE DE SERGIPE

9 a 11 de novembro de 2006

Revolução Paradigmática e os Desafios do Direito

Local: Teatro Atheneu, Aracajú/SE

Informações e inscrições: Tel.: (79) 2106-0133 - Site: www.fase-se.edu.br

Palestrantes convidados:

Cristiano Avila Maronna/SP: *Direito Penal*;
Eduardo C.B. Bittar/SP: *Filosofia do Direito*;
Kátya Kosicki/SC: *Filosofia do Direito*;
Maria Lúcia Karam/RJ: *Criminologia*;
Valber Agra/PE: *Direito Constitucional*;
Daniela Carvalho Almeida da Costa: *Direito Penal*;
José Anselmo de Oliveira: *Direito Constitucional*;
Maria de Fátima Lima: *Antropologia*.

II SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTTAS

10 e 11 de novembro de 2006

Local: Centro de Convenções do Sindicato Rural de Brotas

Rua Américo Piva, 180 - Brotas/SP

Promoção: 206ª Subseção de Dois Córregos

Coordenação: IBCCRIM e 206ª Subseção da OAB/SP

Informações e inscrições: Praça 9 de Julho, 26 - centro - Edifício do Fórum,
OAB de Brotas (14) 3653-2752 ou (14) 3653-4888

Inscrições mediante a doação de 1 lata de leite em pó

Programa

10/11 sexta-feira

19h00 - Alberto Silva Franco - *Abertura*

19h15 - Marco Antônio Rodrigues Nahum - *Direito Penal e Constituição*

20h20 - Carlos Vico Mañas - *Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal*

11/11 sábado

09h00 - Maria Thereza Rocha de Assis Moura - *Habeas Corpus*

10h15 - Antônio César Peluso - *A Visão do STF sobre Questões Penais e Processuais Penais*

XI TRÍDUO JURÍDICO DO CEAP

15 a 18 de novembro de 2006

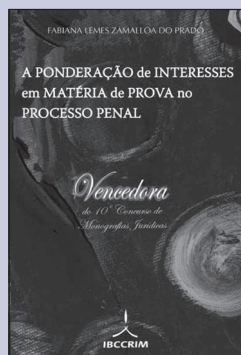
Local: Teatro das Bacabeiras, Av. Cândido Mendes, centro - Macapá/AP

Programa em fase de elaboração

Mais informações: www.ibccrim.org.br

CONHEÇA MAIS SOBRE A MONOGRAFIA Nº 38

A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal



O poder punitivo é uma realidade social, um fato de poder. É uma forma de poder verticalizante das relações sociais, produtor e reprodutor de desigualdades, que é exercido em interação com outras formas de poder, as quais o condicionam. Pela sua potencialidade verticalizante das relações sociais, é um poder deslegitimado no Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, a qual tem a dignidade da pessoa humana como seu fundamento. Nesse contexto, o processo penal é instrumento para a contenção da irracionalidade e violência do poder de punir. A prova, por seu turno, como o meio para o conhecimento, ainda que parcial, da realidade, constitui garantia do acusado contra a violência do poder punitivo, e não meio para a violação dos direitos e garantias fundamentais. Sendo o poder punitivo que, em re-

gra, contrapõe-se aos direitos fundamentais da pessoa por ocasião da produção da prova no processo penal, não há que se falar em colisão real entre interesses constitucionalmente protegidos, pressuposto necessário para a ponderação de interesses com base no princípio constitucional da proporcionalidade, razão pela qual é ilegítima a invocação deste princípio para a restrição dos direitos fundamentais da pessoa quando em colisão com o poder estatal de punir.

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado

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 - Asmeço

— 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

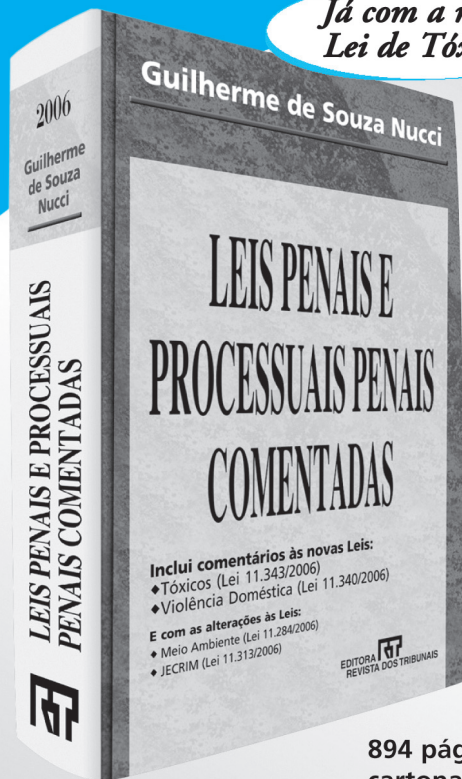
• Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

— SÃO PAULO

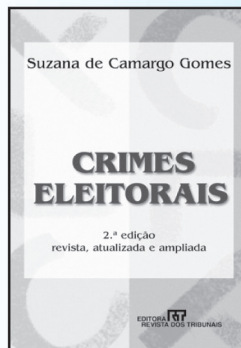
• Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPEP
• Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
• Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
• Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
• Curso C.P.C.
• Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Editora Revista dos Tribunais

*Já com a nova
Lei de Tóxicos*

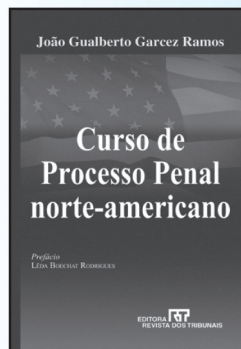


894 páginas
cartonado



Crimes Eleitorais,
2.^a edição
*Suzana de Camargo
Gomes*

384 páginas • brochura



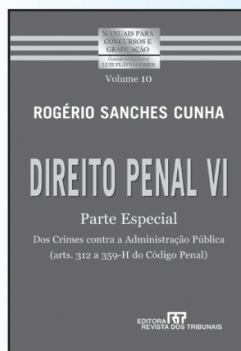
Curso de Processo Penal
Norte-americano
*João Gualberto Garcez
Ramos*

288 páginas • brochura



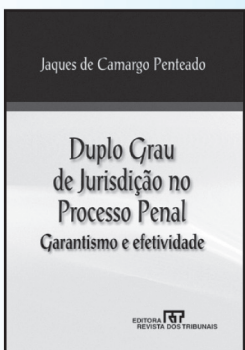
Direito e Razão,
2.^a edição
Luigi Ferrajoli

926 páginas • cartonado



Direito Penal VI –
Parte Especial
Rogério Sanches Cunha

256 páginas • brochura



Duplo Grau de
Jurisdição no
Processo Penal
*Jaques de Camargo
Penteado*

208 páginas • brochura

Adquira estas
e outras obras
na Livraria
RT Virtual

**livraria
RT**

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br