

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

A ESCALADA DA VIOLÊNCIA

A escalada da violência recolocou na agenda do País o recorrente tema das reformas estruturais. Em nome do combate ao crime organizado, que tem recorrido a métodos cada vez mais ousados de afronta institucional, pedem-se medidas de exceção. Em nome do combate à criminalidade de massa, pedem-se leis penais mais duras. No primeiro caso, todavia, esquece-se de que a relativização da legalidade é o primeiro passo de um processo que converte vingança em fator de intolerância, levando à corrosão moral do poder público e jogando no lixo conquistas democráticas. No segundo caso, esquece-se de que mudanças circunscritas apenas ao plano legal não dão conta de problemas de deterioração do tecido social decorrentes de séculos de exclusão.

O que se tem em ambos casos é o risco de um perverso paradoxo: quanto mais se reivindica repressão em nome da ordem, por meio de uma mídia que confunde informação com cultura do espetáculo e clamor do olho por olho, mais se retrocede do estado civil ao estado da natureza. Quanto mais se aceita a supressão do respeito à lei em nome do restabelecimento da segurança, mais se recorre à truculência e se dilui a idéia de cidadania — em suma, mais a sociedade se sujeita a combater o crime organizado e a criminalidade de massa por intermédio de métodos criminosos.

A ressurreição do fascismo, pela manipulação de uma opinião pública assustada com a incapacidade do Estado de manter ordem, é uma consequência preocupante desse paradoxo no plano político. As diferentes formas de opressão, voltando-se justamente contra os que vêm nas medidas de exceção uma resposta à banalização do mal, configuram outra perigosa consequência no cotidiano da sociedade.

É preciso, portanto, afastar o risco da tentação totalitária. Não se nega a necessidade de reformas profundas na legislação penal e nas instituições judiciais. Mas, pelo que tem sido revelado pelas últimas pesquisas sobre a opinião do eleitorado com relação aos temas sobre segurança, todo cuidado é necessário. Levantamento do *Datafolha* mostrou que, do total de 6.969 entrevistados em todo o País, 51% querem a pena de morte e 84% defendem a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. Tão ou mais grave foi a constatação de que os jovens de hoje tendem a assumir posições mais conservadoras do que a de seus pais. E quanto menor é o nível de escolaridade dos depoentes, maior é a defesa do endurecimento penal, a simpatia pela política de encarceramento em massa e a

indiferença com relação ao extermínio de jovens não-brancos, sem escolaridade, economicamente excluídos e socialmente rejeitados — o perfil predominante nas taxas de homicídio do *Censo de Vitimologia do IBGE*.

O que muitas dessas pessoas não percebem, por desinformação, é que o aumento do rigor punitivo voltar-se-á contra elas próprias. Iludidas pelos discursos justiceiros de aproveitadores de ocasião, o que não compreendem é que, por sua cor, faixa etária, baixa qualificação e exclusão, elas se enquadram nos protótipos de delinquência definidos por órgãos policiais e esquadrões da morte. Nesse sentido, a sucessão de massacres de adolescentes e jovens pobres nas áreas menos favorecidas das regiões metropolitanas, evidenciando o que ocorre quando a ordem é posta à frente do direito, não é apenas trágica. Também é emblemática, sinalizando o niilismo moral com relação ao que compromete a condição da dignidade humana.

Graças à resistência cívica, o País desde 1988 dispõe de um regime democrático e uma Constituição promulgada. Mas os ganhos registrados no campo da política não foram acompanhados de conquistas democráticas nos planos da inclusão econômica e integração social. O acesso a uma educação de qualidade e a uma mídia responsável e pluralista são desafios até hoje não vencidos, o que se traduz na desconexão entre hábitos e costumes da população e cultura política. Entre direito à livre expressão e capacidade de discernimento. Por desinformação, a sociedade jamais pode de ir além de manifestar a concordância ou a discordância para as coisas como lhes são apresentadas.

Portanto, as reformas têm de ser encaminhadas com cuidado. É preciso evitar que a desordem pautada a definição da ordem e que o combate à violência sirva de pretexto para se por o arbítrio à frente do direito. Em ocasiões anteriores, a sociedade se revelou capaz de manter o delicado equilíbrio entre os impulsos de vingança e o respeito aos procedimentos legais do Estado de Direito. Mas os intolerantes jamais deixaram de aguardar novas oportunidades para ladainhas fascistas.

O IBCCRIM reconhece a importância das reformas. Mas denuncia o perigo totalitário das medidas que poderão ser apresentadas por quem só sabe ver na violência a única forma de resposta à explosão da violência. Nada justifica, em nome da segurança, o menosprezo pela pessoa e o desprezo aos direitos. O combate à criminalidade não pode ter como preço a chacinha das instituições. ●

Editorial

Índice

EDITORIAL:	
A ESCALADA DA VIOLÊNCIA	1
REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL	2
Antonio Scarance Fernandes	
A INUTILIDADE DO PROTESTO POR NOVO JÚRI	4
René Ariel Dotti	
O PREÇO DO CASTIGO	5
Adeildo Nunes	
EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL	6
Marta Saad	
TIPIFICAÇÃO CRIMINAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: PATERNALISMO LEGAL OU MORALISMO PENAL?	7
Renato de Mello Jorge Silveira	
ELEMENTOS NORMATIVOS E DESCRIÇÃO DA TIPICIDADE NA DENÚNCIA	9
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho	
EFEITOS PENAIIS DO REFIS III (MP Nº 303/06)	11
Fabio Machado de Almeida Delmanto, Gauthama Fornaciari de Paula e João Daniel Rassi	
A JUSTIÇA TERAPÊUTICA AQUI E AS CORTES DE DROGAS LÁ	13
Janaína Conceição Paschoal	
CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS ACERCA DAS INTERVENÇÕES BIOMÉDICAS	14
Paulo Vinícius Sporleder de Souza	
A EFICÁCIA DAS VARAS ESPECIALIZADAS - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA E AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DE DEPOIMENTOS: NOVOS BENS JURÍDICOS, VELHAS VIOLAÇÕES?	16
Alexandre Wunderlich	
A CONSTITUIÇÃO, O ROUBO E A ARMA DE FOGO INEFICAZ	18
Marco Antonio R. Nahum	
Caderno de Jurisprudência	
CRIME ELEITORAL	1017
COMPETÊNCIA	1017
LEI Nº 9.099/95	1017
CORRUPÇÃO ELEITORAL	1018
CRIMES CONTRA A HONRA	1019
DECLARAÇÃO FALSA	1019
DESOBEDIÊNCIA	1020
PROPAGANDA	1021
TRANSPORTE	1021
ASPECTOS DIVERSOS	1022
TEMAS VARIADOS	
LIMITES CONSTITUCIONAIS À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA	1024

Os dez anos da Lei nº 9.099/95 e, agora, a Lei nº 11.313/06, levam a que se reflita sobre a justiça consensual no Brasil, principalmente no que diz respeito a alguns pontos suscitados pela nova lei. A Lei nº 11.313, aparentemente desprezível, representa interessante convergência de várias idéias que foram se delineando e afirmando desde 1995.

A leitura da lei evidencia que, provavelmente, o seu principal objetivo foi o de cristalizar orientação já assentada na doutrina e na jurisprudência de que o aumento do âmbito da infração de menor potencial ofensivo realizado pela Lei nº 10.259/01, dos Juizados Especiais Federais, aplicava-se à Justiça Estadual. Por isso, alteraram-se os artigos 61, da Lei nº 9.099, e 2º, da Lei nº 10.259, para que houvesse sintonia entre as duas disposições no definir a infração de menor potencial ofensivo, agora, declaradamente, infração que abrange as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Não interessa, aqui, lembrar todo o debate que se travou após o artigo 2º, da Lei nº 10.259, mas somente salientar o fato de esse debate mostrar que o fundamento constitucional e político da aplicação dessa lei à justiça estadual foi o de que não se pode deixar de proporcionar a possibilidade de transação aos suspeitos de infrações de menor potencial ofensivo, independentemente do juízo competente para o processo e julgamento. Trata-se de orientação que, após obter acolhimento da doutrina e da jurisprudência é, agora, com a Lei nº 11.313, acolhida pelo legislador nacional.

Em síntese, essa orientação assentou as seguintes idéias: a norma que dispõe sobre a transação penal em caso de infração de menor potencial ofensivo é de natureza material e, por conseguinte, ocorrendo infração de menor potencial ofensivo, deve-se, para não ferir o princípio constitucional da isonomia, proporcionar a possibilidade de transação independentemente de a competência para o processo e julgamento ser da Justiça Estadual ou Federal.

Com a Lei nº 10.259 e, agora, com a nova lei, a infração de menor potencial ofensivo, antes composta por elementos materiais (contravenção, crime cuja pena não fosse superior a um ano) e processual (inaplicabilidade de procedimento especial), despe-se do seu elemento processual.

A Lei nº 11.313 cuidou também, até despretensiosamente, da conexão e da conti-

nência em casos em que há infração de menor potencial ofensivo. Com isso, suscita reflexões interessantes sobre transação penal, competência e procedimento.

A Constituição Federal, no artigo 98, I, estabeleceu a possibilidade de transação para as infrações penais de menor potencial ofensivo; atribuiu aos Juizados Especiais Criminais a competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo; previu que os juizados atuassem em processos regidos por procedimento oral e sumaríssimo. A Lei nº 9.099/95, em atenção aos comandos constitucionais, cuidou da transação penal, fixou a competência dos Juizados Especiais para a transação, o julgamento e a execução e previu procedimento sumaríssimo. Contudo, a Lei nº 9.099 retirou dos Juizados Especiais a competência para o processo, julgamento e execução de infrações de menor potencial ofensivo quando o acusado fosse citado por edital (art. 66, parágrafo único) ou o fato fosse complexo (art. 77, § 2º), e subtraiu dos Juizados Especiais a competência para a execução de penas restritivas de direito ou penas privativas de liberdade impostas em sentenças sobre infrações de menor potencial ofensivo (arts. 84 a 86).

Quando sobreveio o Código de Trânsito, surgiram discussões sobre a possibilidade de transação além do âmbito delimitado pelo artigo 98, I, da Constituição Federal, e pela Lei nº 9.099/95. Como se sabe, o Código admitiu, no artigo 291, parágrafo único, transação penal para as infrações de lesões corporais culposas de trânsito, de direção de veículo em estado de embriaguez, de participação em competição não autorizada (racha), que não eram de menor potencial ofensivo. Prevaleceu entendimento de que a transação não estava circunscrita ao âmbito do artigo 98, I, da Constituição Federal, e da Lei nº 9.099/95, podendo ocorrer em infrações que não são de menor potencial ofensivo.

As ilações que vinham sendo extraídas desde a Lei nº 9.099 e, principalmente, após a Lei nº 10.259, levaram-nos a afirmar (*Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, 2005, p. 68) que, no caso de deslocamento de competência para o juízo comum porque o fato era complexo, devia ser verificada, antes da denúncia, a possibilidade de transação penal. Só assim seria dado o mesmo tratamento a pessoas suspeitas de prática de infrações de menor potencial ofensivo, independentemente do juízo perante o qual fossem processadas ou do procedimento a ser seguido.

As idéias que se afirmavam eram, então, as seguintes: a) admite-se transação penal fora do âmbito das infrações de menor potencial ofensivo; b) deve-se admitir transação penal quando infrações de menor potencial ofensivo estão sendo objeto de processos de competência da justiça comum e regidos por procedimentos diversos do sumaríssimo da Lei nº 9.099/95.

Contudo, divergia-se sobre as soluções adequadas para os casos de concursos entre infração de menor potencial ofensivo e infração de outra natureza. A Lei nº 9.099/95 não cuidou do assunto. Para alguns, como a competência dos Juizados Especiais é absoluta e foi estabelecida constitucionalmente, a solução em caso de concurso é separar os processos: os Juizados Especiais seriam competentes para o processo das infrações de menor potencial ofensivo, seguindo-se o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099, enquanto o processo da outra infração seguiria as regras de competência e de procedimento do Código de Processo Penal e de outras leis especiais. Por sustentação diversa, seriam aplicadas as regras de conexão e continência, reunindo-se as duas infrações em um só processo, submetendo-as ao juízo competente conforme as regras de prevalência do Código de Processo Penal e seguindo-se o rito adequado. Os defensores da posição oposta viam inconstitucionalidade na reunião das infrações em um mesmo processo, pois, em virtude de norma ordinária, subtraía-se dos Juizados Especiais a competência para o julgamento da infração de menor potencial ofensivo conexa.

Quanto ao concurso material entre infrações de menor potencial ofensivo, ganhou muito prestígio orientação de que não seria possível a transação penal se a soma das penas máximas superasse o patamar previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, antes um ano, e, agora, com a Lei nº 11.313, dois anos.

Pretendeu a nova lei regular o tema da competência em face da conexão e continência e fê-lo de maneira bastante simples, sem maiores preocupações com o alcance de suas disposições.

O novo artigo 60, *caput*, da Lei nº 9.099, com a redação da Lei nº 11.313, após afirmar que “o Juizado Especial Criminal ... tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo”, em consonância com o que dispõe o artigo 98, I, da Constituição Federal, determinou que fossem: “respeitadas as regras de conexão e continência”.

➔ No parágrafo único, do artigo 60, constou que na “*reunião de processos, perante o júri comum ou o tribunal do júri, decorrentes de aplicação das regras de conexão e continência*”, fossem observados “*os institutos da transação penal e da composição dos danos civis*”. Regras semelhantes foram estabelecidas para o Juizado Especial Federal no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.259.

Para **Rômulo de Andrade Moreira** (“Conexão e Continência e os Juizados Especiais Criminais – A Lei nº 11.313/2006”, www.jusnavigandi.com.br), o afastamento da competência dos Juizados Especiais Criminais pela nova lei em virtude de conexão e continência afronta o artigo 98, I, da Constituição Federal. Mas seriam constitucionais as normas da Lei nº 9.099/95 que deslocam a competência em razão da complexidade na apuração dos fatos e da citação por edital, pois “*as duas hipóteses se ajustam perfeitamente aos critérios da celeridade, informalidade e economia processual propostos pelo legislador (art. 62)*”.

Não é fácil, contudo, afirmar-se a inconstitucionalidade da Lei nº 11.313 e aceitar a supressão de competência prevista pela Lei nº 9.099/95 nos casos de citação por edital (art. 66, parágrafo único) e complexidade do fato (art. 77, § 2º). Em todas as situações retira-se a competência dos Juizados Especiais para julgar infrações de menor potencial ofensivo.

De qualquer forma, o interesse no momento não é aprofundar o exame da constitucionalidade da lei examinada, mas verificar quais seriam os seus reflexos na atuação da justiça consensual.

Assim, se aceita a constitucionalidade da nova lei, admite-se que em outros juízos, diferentes dos Juizados Especiais, possa haver transação e possam ser julgadas infrações de menor potencial ofensivo. Por outro lado, reafirma-se idéia de que, em casos de infrações de menor potencial ofensivo, sempre haverá necessidade de transação, independentemente do procedimento seguido e do órgão competente para o processo e julgamento.

Pode-se, portanto, concluir que deve ser proporcionada a transação quando houver deslocamento de competência em

virtude da complexidade do fato (art. 77, § 2º), conforme sustentamos na obra antes citada, impedindo-se tratamento desigual a suspeitos de uma mesma infração em virtude de norma processual de competência.

Por outro lado, infere-se da lei que o concurso entre infração de menor potencial ofensivo e infração de outra natureza não impedirá que, em relação à primeira, realize-se a transação penal e a composição civil, se não o impedir os requisitos dos incisos I a III do § 2º, do artigo 76, da Lei nº 9.099/95.

Como fazer em casos de concurso entre infrações de menor potencial ofensivo quando a soma das penas impediria a transação penal? Ora, se é possível transação penal quando a soma das penas da infração de menor potencial ofensivo e de infração de outra natureza exceder o limite máximo de dois anos de pena privativa de liberdade, deve-se permitir também a transação em relação a uma das infrações conexas de menor potencial ofensivo, ficando impedida essa solução somente em relação às demais em virtude do inciso II, do § 2º, do artigo 76, da Lei nº 9.099.

Firmada a idéia de que é admissível transação penal e julgamento de infração de menor potencial ofensivo por juízos outros, diversos dos Juizados Especiais, ainda que somente para prestigiar a celeridade processual como sustenta **Rômulo de Andrade Moreira**, é razoável aceitar que nos casos de desclassificação, como sucede no júri, por exemplo, a transação e o julgamento fossem feitos no juízo originário, sem necessidade de envio do processo ao juizado.

Por fim, importa registrar que o uso da expressão “transação penal” pela nova lei representa incorporação legal da posição do Supremo Tribunal Federal de que a aplicação de pena pecuniária ou restritiva de direitos na fase preliminar do procedimento dos Juizados Especiais é transação e, por isso, depende de proposta do Ministério Público e aceitação do autor do fato, não podendo resultar de ato do juiz. ●

Antonio Scarance Fernandes
Professor titular da USP e advogado

Antonio Scarance Fernandes



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

1º SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2º SECRETÁRIO:

Theodomiro Dias Neto

1º TESOUREIRO:

Roberto Maurício Genofre

2º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CURSOS:

Carlos Alberto Pires Mendes

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maria Elizabeth Queijo

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

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.

SITE NOVO NO AR!!!

O site do Instituto está de cara nova!! Não deixem de conferir as mudanças que foram desenvolvidas para facilitar a “navegação”, bem como as novidades, como os vídeos com depoimentos de pessoas que falam da importância do IBCCRIM, e a revista eletrônica “*Liberdades*”, que será lançada em breve.

1. Em notável síntese, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) definiu: “*A lei é a expressão da vontade geral*” (art. 6º). E a Constituição francesa de 1793 ampliou o conceito para declarar: “*A lei é a expressão livre e solene da vontade geral; é a mesma para todos, quer proteja quer castigue; não pode ordenar senão o que for justo e útil para a sociedade; e só pode proibir o que lhe for prejudicial*” (art. 4º).

2. Estas observações vêm a propósito do recente julgamento pelo Tribunal do Júri paulista dos irmãos Daniel e Cristian Cravinhos de Paula e Silva que, juntamente com Suzane Louise von Richthofen, praticaram *homicídio triplamente qualificado* (CP, art. 121, § 2º, I, III e IV) contra os pais desta, Manfred e Marisia von Richthofen. A acusação ainda atribuiu aos réus o crime de *fraude processual* (CP, art. 347, parágrafo único). Em relação a Cristian houve também a imputação de furto (CP, art. 155, *caput*). O concurso de crimes foi de natureza material (CP, art. 69).

3. O processo teve ampla repercussão nacional desde a comprovação da autoria dos delitos e suas deploráveis circunstâncias, cuja reprovabilidade foi ampliada em face do relacionamento entre acusados e vítimas e a inovação artificiosa de lugar, pessoa e coisa com o propósito de induzir em erro a perícia com a encenação de que teria ocorrido latrocínio.

O interesse público em acompanhar os debates e a decisão do tribunal popular foi intenso. A convicção generalizada acerca da culpabilidade dos réus levou uma infinidade de cidadãos a opinar sobre a quantidade das penas de prisão que deveriam ser aplicadas. A imprensa noticiou que o promotor de Justiça iria pleitear, para cada réu, o total de 50 (cinquenta) anos. Também o interesse privado na punição ficou caracterizado pela assistência do Ministério Público, representada pelo criminalista **Alberto Zacharias Toron**.

4. O Júri admitiu a ocorrência dos homicídios qualificados, a fraude processual e o furto. Daniel foi condenado a 39 anos e 6 meses de reclusão; Cristian recebeu a pena de 38 anos e 6 meses e Suzane 39 anos e 6 meses.

Na individualização das penas para os crimes de morte, o magistrado aplicou a Daniel e Suzane 19 anos e 6 meses enquanto Cristian foi apenado com a reclusão de 18 anos e 6 meses. Tais penas foram somadas pelo número de vítimas e os demais delitos.

5. A previsão legal de 12 (doze) a 30 (trinta) anos para cada homicídio qualificado certamente implicaria na fixação

superior a 20 (vinte) anos pela ocorrência das qualificativas de intensa reprovabilidade: motivo torpe, recurso que impossibilitou a defesa das vítimas e meio cruel. Mas o obstáculo para a imposição da *pena justa* foi a regra do art. 607 do Código de Processo Penal que prevê a realização de um novo — e automático — julgamento quando a sentença for de reclusão por tempo igual ou superior a 20 (vinte) anos.

6. O critério pragmático do juiz e que constitui rotina em casos idênticos — como o do jornalista Pimenta Neves, condenado a 19 anos, 2 meses e 12 dias — jamais é compreendido pela sociedade. Principalmente quando órgãos destacados da mídia nacional espalharam a equivocada e sensacionalista informação de que os réus poderiam obter a liberdade antes de cumpridos 8 (oito) anos de prisão, diante da revogação da norma que vedava a progressão do regime de execução da pena em crime hediondo. É elementar que a repulsa popular contra os autores dos delitos tão graves foi um *combustível* ideal para a *fogueira da descrença* na justiça criminal. Os meios de comunicação omitem que após o cumprimento de uma parte da pena em regime fechado o condenado permanece preso em estabelecimento de regime semi-aberto. E que a transferência não é automática; depende do bom comportamento carcerário.

7. Em 1992, o Ministério da Justiça e a Escola Nacional da Magistratura instituíram comissões de juristas para propor a simplificação dos Códigos de Processo Civil e Penal.⁽¹⁾ Em relação ao processo penal, o presidente das comissões, ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, criou um grupo sob a coordenação do professor **Luiz Vicente Cernicchiaro**. Como um de seus membros, ao lado de ilustres colegas,⁽²⁾ tive a honrosa atribuição de elaborar um anteprojeto de reforma dos procedimentos do Tribunal do Júri. E, em separado, apresentei a proposta de supressão do recurso de protesto por novo júri (CPP, arts. 607 e 608). A matéria foi objeto do Projeto de Lei nº 4.900, de 1995, que após ter recebido parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, foi retirado pelo ministro da Justiça, **Nelson Jobim**.⁽³⁾ No entanto, em janeiro de 2000, o seu sucessor, ministro **José Carlos Dias**, formulou convite ao Instituto Brasileiro de Direito Processual para prosseguir nos trabalhos. E, não obstante a renúncia ao cargo do ilustre criminalista, os esforços prosseguiram sob a liderança do ministro **José Gregori** que encaminhou ao Congresso Nacional 17 projetos de reforma. O *disegno di legge* relativo ao Tribunal do Júri tomou o número 4.203/2001 e foi objeto de acuradas observações do pro-

fessor **Gustavo Henrique Badaró**.⁽⁴⁾

8. Há vários projetos de lei em andamento visando a revogação dos arts. 607 e 608 do CPP. O mais recente, de autoria do deputado **Elimar Máximo Damasceno** (nº 5.815, de 2005), foi apensado ao de número 2.701/2003, por tratar da mesma matéria.

Antonio Carlos da Ponte sustenta, à base de uma visão histórica e da realidade, que a manutenção desse recurso “afronta a mais comezinha noção de interesse público” além de criar desigualdades entre situações que deveriam ter o mesmo tratamento, como as condenações por latrocínio ou extorsão mediante seqüestro com o resultado morte. E aplaude a orientação do *projeto* em abolir o vetusto protesto por novo julgamento.⁽⁵⁾

Historicamente, o protesto se impunha em face do Código Criminal do Império (1830) cominar a pena de morte, justificando a revisão obrigatória do julgamento. Nos tempos modernos, a supressão já foi sustentada por **Borges da Rosa** e pelo mais fervoroso defensor do tribunal popular: o magistrado **Magarinos Torres** que, presidindo durante tantos anos o Conselho de Sentença, averbou este recurso de supérfluo e inconveniente.⁽⁶⁾

Quanto ao aspecto da pena justa, forçoso é reconhecer que, embora condenados por homicídio com mais de uma qualificadora, muitos réus são beneficiados com a pena de reclusão inferior a 20 (vinte) anos. Tal estratégia tem o claro objetivo de impedir o novo Júri que se realizará mediante simples petição. ☐

Notas

- (1) Portaria nº 145, do ministro da Justiça, **Célio Borja**.
- (2) Sobre a criação e os trabalhos das Comissões originárias (redação e revisão) e da Comissão posterior, instituída pelo ministro **José Carlos Dias** e coordenada pela professora **Ada Pellegrini Grinover**, ver o meu artigo “A reforma do procedimento do Júri”, em *Tribunal do Júri – Estudo Sobre a Mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira*, coordenação de **Rogério Lauria Tucci**, São Paulo: RT, 1999, pp. 290 e segs.
- (3) Cf. a Exposição de Motivos do MJ nº 237, de 16.05.1996.
- (4) **FERRARI, Eduardo Reale**. *Código de Processo Penal – Comentários aos Projetos de Reforma Legislativa*, Campinas: Millenium Editora Ltda., 2003, pp. 167 e segs.
- (5) “A evolução do protesto por novo Júri no direito brasileiro”, em RT 726/483 e segs.
- (6) Estes mestres do processo penal são referidos por **ESPÍNOLA FILHO, Eduardo**. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1955, VI/217.

René Ariel Dotti

Professor titular de Direito Penal da Univ. Fed. do Paraná e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal

O PREÇO DO CASTIGO

Adeildo Nunes

Até início do século 19 predominava no mundo a fase do “Direito Penal do terror”. Era o tempo da aplicação das denominações “penas cruéis”. Quem eventualmente cometesse um crime — de pequeno ou de grande potencial ofensivo, não importava — invariavelmente seria castigado fisicamente, ora através de açoites, ora com a perda da própria vida. Esse período terrível da humanidade, por isso, significava que a pena era sinônimo de castigo. Punia-se o infrator da lei penal, somente, com a finalidade de castigá-lo. Furtasse o agente um objeto, fatalmente teria ele a mão cortada. “Dente por dente, olho por olho”, era a expressão maior da pena. O ódio, a descrença, o rancor e a desumanidade, por certo imperavam a olhos vistos, como se a natureza humana não fosse frágil e criminógena.

Com a Revolução Francesa, no final do século 18, iniciou-se a fase da “humanização da pena”, movimento social que pregou o fim da pena de morte, ao argumento de que o crime é intrínseco ao homem e todos têm direito à vida, cabendo ao Estado punir a todos, indistintamente, de acordo com o tipo de delito praticado. Destarte, a pena de prisão surgiu em substituição às penas cruéis, dando ensejo à criação de uma nova perspectiva: a pena deve servir como intimidação, também, mas a recuperação do criminoso é essencial para a paz social. Foi assim que a pena de morte, aos poucos, foi sendo expelida dos códigos penais modernos, introduzindo-se a privação da liberdade aos criminosos, ao invés de tirar-lhes a vida. Embora ainda hoje a pena capital possa ser fixada nos Estados Unidos — dos 51 Estados, 11 deles a admitem — e nos países islâmicos, a verdade é que ela vem sendo rejeitada a cada dia, ademais restou comprovado que ela não intimida, nem tampouco atenua a criminalidade. Está aí o exemplo da Califórnia — o mais populoso Estado norte-americano — onde ainda hoje ela é adotada, sem que a violência seja contida.

No Brasil, a pena de morte restou proibida a partir da Constituição Republicana de 1891, quando, definitivamente, a pena de prisão consolidou-se. Porém, até 1984 presos não eram sujeitos de direito. O detento brasileiro — fosse ele provisório ou já condenado — era, todavia, sujeito de obrigações. Somente com a Lei Federal nº 7.210, de 1984, o recluso passou a ser consi-

derado “ser humano”, quando o legislador criou um conjunto de direitos em seu favor (educação, saúde, lazer, assistência social, dentre outros), que ainda hoje permanecem inertes, porque continuam sendo desrespeitados. Sempre foi assim: exige-se obrigação do preso, mas pouco lhe é oferecido. O desrespeito à Lei de Execução Penal e o castigo físico e moral impostos aos reclusos brasileiros — principalmente a tortura — sem dúvidas, fizeram surgir dentro das prisões, a partir de 1985, movimentos internos com a finalidade de incitar a luta por obediência aos direitos assegurados pela lei aos encarcerados. Como os castigos físicos e morais permaneceram, era de se esperar uma reação dos reclusos, mas ninguém imaginava que atingisse os efeitos trágicos que hoje são desencadeados em São Paulo. O Brasil, portanto, paga um preço caro pela forma desumana de tratar seus criminosos, em detrimento da perspectiva de reintegrá-los à sociedade, em perfeita harmonia com as regras de convivência humana.

É mister não esquecer, outrossim, que os nossos legisladores tiveram uma participação ativa para a consolidação do atual quadro de pavor carcerário, inicialmente com a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos (1990), que recrudesceu as penas e proibiu a progressão de regime, aumentando consideravelmente a população carcerária brasileira que passou dos 49 mil, em 1990, para os atuais 370 mil, provocando distorções e repúdio nos encarcerados. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), criado em São Paulo em 2001 e transformado em lei federal em 2003, que autorizou o isolamento do preso por tempo indeterminado, fez surgir o Primeiro Comando da Capital (PCC), de trágicas consequências sociais. **Nelson Mandela**, que durante 28 anos conheceu de perto a prisão, assegura: “*Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim como trata seus cidadãos mais baixos*”. ☺

Adeildo Nunes

Mestre em Direito pela Universidade Lusíada de Lisboa, juiz de Execução Penal em Pernambuco, presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal e professor da Faculdade Integrada do Recife (FIR)

Adeildo Nunes



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

Mesa de Estudos e Debates:
PESQUISA NACIONAL DE PENAS ALTERNATIVAS
Ministério da Justiça e ILANUD

Dia 28 de setembro de 2006 às 10 horas — Auditório do IBCCRIM

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

Informações e inscrições: (11) 3105-4607 ramal 153

O inquérito policial, forma mais utilizada de persecução penal preliminar ou prévia no direito brasileiro, exhibe, a um só tempo, dupla função: preservadora, ao garantir que se diminuam, ou minimizem, imputações infundadas, temerárias ou até caluniosas, evitando o custo de acusações formais inúteis perante o juízo criminal; e preparatória, ao acautelar eventuais meios de prova, que podem desaparecer com o tempo.

Em razão da prática, no curso do inquérito, de inúmeros atos instrutórios de caráter definitivo, irrepetíveis, e de atos restritivos de direitos constitucionalmente assegurados — prisões preventiva, temporária, em flagrante, indiciamento, busca pessoal ou domiciliar, apreensão, arresto e seqüestro de bens, quebra de sigilo fiscal, bancário e das comunicações —, deve-se permitir a pronta participação do acusado e de seu defensor nessa fase procedimental, o que independe do estabelecimento de contraditório.

A possibilidade de participação da defesa no inquérito policial não é, todavia, reconhecida sem discussão: nos idos de 1950, travou-se debate doutrinário sobre o tema, entre **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, defensor da idéia, e **José Frederico Marques**, opositor.

A opinião favorável ao direito de defesa não encontrou eco, ao menos na doutrina majoritária, que veio, até recentemente, influenciando os julgados. Consolidou-se entendimento de que o inquérito não passa de peça administrativa, meramente informativa, que exhibe tão-só atos de investigação.⁽¹⁾ Em consequência, nega-se ao indiciado, ou informalmente acusado, o exercício do direito de defesa nessa fase.

Não obstante, alguns progressos em direção ao reconhecimento do direito de defesa na persecução penal prévia, ao menos no campo legislativo, foram aos poucos sendo efetuados. O Estatuto da OAB prevê o direito de o advogado consultar os autos do inquérito e de entrevistar, reservadamente, o seu cliente. Em São Paulo, a Portaria 18/98, da Delegacia Geral de Polícia, trouxe importantes inovações quanto à publicidade do inquérito. E, mais que tudo, a Constituição da República lançou o debate, ao dispor, no art. 5º, LV, que são assegurados o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral, o que indica que existem vários graus de incriminação, bastando que se atribua, ainda que informalmente, a prática de determinado ilícito a certa pessoa para que se tenha acusação e acusado, tal como ocorre no

inquérito policial. Ainda, deve-se entender processo administrativo como procedimento administrativo, abrangendo, assim, o inquérito policial, que ostenta tal natureza jurídica, embora com finalidade judiciária.

Além disso, a prática demonstra que algumas manifestações do direito de defesa — uso do direito ao silêncio, *habeas corpus* e mandado de segurança, pedido de relaxamento da prisão e de liberdade provisória —, são reconhecidas e exercidas já nessa fase procedimental, muito embora, em contrapartida, se tenha enraizado a crença infundada de que o inquérito é peça inquisitiva e informativa, que não admite defesa.

Para a efetivação desse direito, previsto constitucionalmente, contudo, é preciso ir além, porque rotineiramente não se concede ao informalmente acusado a assistência de defensor dativo; na maioria das vezes, não se lhe explicitam os direitos constitucionais e, pior, muitos dos meios de prova, colhidos no curso do inquérito, sem qualquer participação da defesa, são utilizados para sustentar futuras sentenças condenatórias. Ainda, no curso do inquérito, decretam-se medidas diversas, tais como prisões cautelares, arresto e seqüestro, buscas e apreensões, tudo mantendo o envolvido alheio, como se estranho fosse ao procedimento.

O momento inicial para o exercício do direito de defesa deveria ser, assim, o indiciamento, porque encerra juízo de probabilidade quanto à autoria. Nosso ordenamento, todavia, não prevê forma ou procedimento para o indiciamento, que não é sequer legalmente regulamentado. Por isso, o suspeito, que não foi indiciado formalmente, mas que teve restringidos direitos fundamentais, deve poder exercer sua defesa, até mesmo para que não seja depois indiciado.

Para se assegurar o exercício da defesa, é imprescindível que se dê ciência ao acusado da imputação e de todo o conteúdo dos atos de instrução constantes do inquérito; além disso, é preciso garantir a assistência de advogado e a faculdade de exercício do direito ao silêncio.

Em razão de ser o inquérito carregado de atos definitivos, que não mais se repetem no curso da persecução penal — tais como exame do corpo de delito, busca, apreensão, reconhecimento, acareação, juntada de documento —, exhibe importância que reclama, em benefício do acusado, em favor de sua liberdade e da própria sociedade, o exercício do direito de defesa desde o seu início, com a nomea-

ção, inclusive, de defensor dativo ao acusado impossibilitado de fazê-lo.

Podendo opor-se às provas coligidas e oferecer sua versão acerca dos fatos apurados; impugnar a classificação do delito atribuída pela autoridade policial; fazer-se acompanhar sempre por defensor, para solicitar a produção de diligências em seu favor; e, principalmente, ter ciência de seus direitos constitucionais e exercê-los desde logo, o acusado e também a justiça penal só têm a ganhar. Ele, por cuidar de afastar possível acusação formal; a Justiça, por se precaver melhor contra acusações infundadas.

Por isso, diante da relevância da atuação defensiva desde o início da persecução penal, destaca-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 82.354, garantindo à defesa do indiciado o direito de vista dos autos do inquérito policial antes da inquirição do acusado.⁽²⁾ Mais recentemente, assegurou-se também ao investigado pelo Ministério Público acesso aos autos de procedimento que visava a apurar ilícito penal.⁽³⁾ Sem contar, ademais, as inúmeras decisões que reconheceram, no curso de inquérito parlamentar — que constitui outra forma de persecução preliminar —, o exercício do direito ao silêncio aos suspeitos, intimados, como se testemunhas fossem, a depor em Comissões Parlamentares de Inquérito,⁽⁴⁾ bem como o pleno exercício das prerrogativas dos advogados na sessão.⁽⁵⁾

Tais recentes decisões revestem-se de especial importância. Afinal, a integridade do sistema constitucional depende do valor que se atribua à liberdade individual e à valorização do acusado — ainda que informalmente acusado, no inquérito policial — como sujeito de direitos e não mero objeto de investigação. ●

Notas

- (1) Cf., entre outros, STF, HC nº 68.041, HC nº 73.037, HC nº 77.770.
- (2) STF, HC nº 82.354, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 24.09.2004. Cf., ainda, STF, HC nº 86.059-MC e HC nº 87.619-MC.
- (3) STF, HC nº 88.190-MC, rel. min. **Cezar Peluso**, DJ de 03.08.2006.
- (4) STF, HC nº 79.244, HC nº 79.812, HC nº 87.791-MC, HC nº 88.703-MC, entre outros.
- (5) Cf. STF, MS nº 23.576-MC, MS nº 23.684, MS nº 24.118-MC, MS nº 25.617-MC, MS nº 25.923-MC, HC nº 88.015-MC.

Marta Saad

Assessora de ministro no Supremo Tribunal Federal, mestre e doutoranda em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP

TIPIFICAÇÃO CRIMINAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: PATERNALISMO LEGAL OU MORALISMO PENAL?

Renato de Mello Jorge Silveira

Renato de Mello Jorge Silveira

TIPIFICAÇÃO CRIMINAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: PATERNALISMO LEGAL OU MORALISMO PENAL?

De tempos a esta parte, lugar-comum se tornou a análise de questões afetas ao gênero e ao Direito Penal, formatando-se o que, não raro, se denomina Direito Penal de Gênero. Algumas considerações, no entanto, devem ser esposadas para um devido clarificar sobre pontos tormentosos dessa (nova) seara que está a se delinear, em especial, após o sancionar, por parte da Presidência da República, da chamada “Lei Maria da Penha Maia”.

Boa parte das críticas iniciais sobre o chamado Direito Penal de Gênero ocorre no próprio uso adjetivo do termo gênero. Aparentemente, dizem alguns, não seria ele o mais adequado para o trato de problemas afetos à particular condição de homem ou de mulher. Semelhantes oposições já foram verificadas em inúmeras sedes, sendo de se recordar a usual preferência de alguns pela colocação alusiva, também, à violência doméstica.⁽¹⁾ Muito utilizada em contexto feminista do Direito, a acepção do gênero como diferenciadora do masculino e feminino, de todo modo, parece ganhar campo também na área penal.

Questão a isso atinente, no entanto, diz respeito a algumas peculiaridades sentidas na nova proteção ao que se entende por violência doméstica. Assumindo e ganhando corpo nas discussões mundo afora, sem dúvida, ela é um dos grandes temas de preocupação deste princípio de século. Além de ser foco de uma série de Convenções,⁽²⁾ Resoluções da própria Comunidade Européia,⁽³⁾ de preocupações de inúmeros países⁽⁴⁾ e da própria lei nacional — Lei nº 10.886, de 17.6.04 (lei que criou o tipo da “violência doméstica”) —, a questão da violência doméstica tem, no entanto, deturpado o seu próprio particular escopo, transfigurando-se, pois, de um Direito Penal racional a um Direito Penal unicamente simbólico.

Em muitas nações, essa situação é extremamente evidente. De se ver realidades como as de Portugal e de Espanha, as quais modificaram o próprio conceito do crime de maus-tratos. Após diversas reformas legislativas do art. 152º do estatuto lusitano, como as dadas pela Lei nº 65/98, de 2 de setembro, e pela Lei nº 7/2000, de 27 de maio, estabeleceu-se, como figura equiparada à de maus-tratos, aquela que infligir ao cônjuge, ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus-tratos físicos ou psíquicos.⁽⁵⁾ Em Espanha, por sua vez, após a promulgação da *Ley Orgánica 1/2004*, de 28 de dezembro, a qual instituiu a chama-

da proteção integral contra a violência de gênero, modificou-se, em parte, o próprio Código Penal, propiciando alterações mais gravosas caso a vítima fosse mulher do agressor, em evidente situação de discriminação positiva.⁽⁶⁾

Na própria legislação hispânica, aliás, outro exemplo de violência doméstica foi recentemente tipificado, causando, por igual, brados de objeção científica. Trata-se de previsão criminalizante anterior à lei de violência de gênero, mas que com ela encontra pontos de contato. Hoje, a legislação criminal, alterada que foi pela *Ley Orgánica 11/2003*, estabeleceu a incriminação expressa ainda mais severa da mutilação genital feminina entre as lesões graves, sentidas, naquele país, especialmente em imigrantes islâmicas, principalmente oriundas da África.⁽⁷⁾ A justificativa de inclusão de tal modalidade típica, ainda que aceitável, se esvai face à configuração de um Direito Penal nitidamente de gênero, pois a lei penal não deve guardar destinatários específicos ao sexo, senão ao ser humano de modo geral. Com essa aceitação, estar-se-ia pontuando por uma ingerência moralista que quase transformaria, a mulher, em ser hipossuficiente e, a lei, em exteriorização do que, eventualmente, pode se ter por paternalismo legal ou, mesmo, de moralismo penal.

Tradicionalmente, sempre se teve, em relação aos chamados maus-tratos, que a mulher não deveria ser tida como eventual sujeito passivo, pois, como ressaltava **Hungria**, necessário deveria se mostrar certo grau de autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo à vítima.⁽⁸⁾ Ora, admitir-se que a mulher deva ser posta em condição de autoridade face ao seu marido é coisa impensável em uma sociedade atual. Por que, então, aceitar isso em novéis legislações? Sem dúvida, trata-se de um dos pontos delicados de objeção do Direito Penal de Gênero. Não se cuida, aqui, de esclarecer contrariedade à proteção da figura da mulher, mas de não se aceitar a sua colocação como se inferior fosse. Mais do que ação afirmativa, isso reflete, mesmo, grau da velha questão acerca do chamado paternalismo legal e do moralismo.

Como se sabe, e isso é presente desde os estudos de **Stuart Mill**, muitas vezes se percebe a presença de amostras de paternalismo na lei criminal, sempre com o intuito de se proteger, reciprocamente, os indivíduos, uns contra os outros, ou, mes-

mo, da proteção das pessoas contra elas mesmas. Na verdade, muitas podem ser as formas de paternalismo, como tão bem descritas por **Dworkin** ou **Feinberg**. Ativas ou passivas, puras ou impuras, positivas ou negativas, entre outras, dizem respeito, sim, a uma forma de proteção de pessoas tidas como vulneráveis pelo Estado a danos causados por elas próprias ou, mesmo, por terceiros.⁽⁹⁾ Casos explícitos, e mais comuns, de uma quase busca de legitimação moral da legislação criminal nessa seara, podem se dar no que toca à repressão penal do uso de substância narcóticas, na criminalização da prostituição ou do homossexualismo ou na proibição do suicídio. Entretanto, no que tange a legislações estrangeiras de violência de gênero, muita vez isso, também, se faz quase que presente.

A idéia de estabelecer restrições na liberdade individual dos indivíduos, considerando-os, em parte ou totalmente, pessoas que venham a necessitar de cuidados especiais em determinados casos, acaba, a olhos de ver, por prejudicar a própria logicidade da construção penal. Por vezes, é verdade (e parecem concordar que alguns pensadores),⁽¹⁰⁾ alguns casos encontram justificativa para um uso eventual de paternalismo, em especial em casos em que não se visualizam, de forma tão clara, os objetos de tutela penal. Mas, em tais situações, mormente se verificam ocorrências de bens jurídicos supra-individuais, coisa que impõe outra sorte de análise. Em se tratando de situação de foco em simples gênero, parece equivocada a construção.⁽¹¹⁾ Evidentemente, se está defronte a casos em que, moralmente, se pretende justificar uma intervenção penal, o que, por igual, é absolutamente reprovável.⁽¹²⁾ No caso de violência de gênero, mais criticável ainda, a influência notadamente se faz quanto a um moralismo penal divorciado da realidade.

Observe-se a Lei nº 11.340, de 07.08.06 (nomeada pelo Presidente da República como “Lei Maria da Penha Maia”, em homenagem a uma vítima de violência doméstica), a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, entre outros dispositivos. Em especial, indo muito mais

➔ além do que previa a Lei nº 10.886/04, agora se faz menção expressa à figura da mulher e de violência doméstica contra a mulher, a teor do que se vê no art. 1º da lei.⁽¹³⁾ Estabelecem-se medidas louváveis, como a não aplicação da Lei nº 9.099, de 26.09.95 a casos de violência doméstica (art. 41), mas, por outro lado, medidas discriminatórias e simbólicas, como a circunstância agravante do crime ser cometido com violência contra a mulher (art. 43). Aqui, inaceitável Direito Penal de Gênero.

A ampliação do conceito de proteção da mulher, curiosamente em um momento de quicá consagração maior de seus direitos, indo muito além de qualquer limite racional de aplicação penal, tende a um simbolismo indelével. A alteração da lei nacional, mesmo com medidas de proteção global contra a violência de gênero, não é alvissareira. Por aqui, antes, unicamente se fazia menção mais gravosa ao fato de a lesão ser praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, mas, sempre, dentro dos limites do crime de lesões corporais. Nada quanto a maus-tratos, o que induz, desde logo, a uma idéia de hipossuficiência da vítima. Lá, ou ela foi tida como inferior, ou, pior, se explicitou ser norma destinada unicamente à vítimas mulheres. Agora, entretanto, isso se perfaz.

O moralismo penal, tido não na medida de avaliação minimalista do consentimento da vítima — como se dá no paternalismo —, mas, sim, na exteriorização do Estado em considerar, aprioristicamente, certa modalidade de pessoas como necessitadas de maior grau de proteção, sem justificativa concreta ou fixa, tão-só por uma promoção da virtude de tais indivíduos, não parece correto. O Estado não pode fazer o papel de simples *custos morum*, discriminando, ainda que positivamente, alguns de seus membros. A proteção pode, mesmo, ser justificada, mas não na sua feição simbólica. Os méritos da previsão da Lei nº 10.886/04 caminharam nesse sentido. Agora, com a Lei nº 11.340/06, isso se perverte.

O Direito Penal não aceitar ou copiar moldes alienígenas influenciados por impulsos criminalizantes que desmoremem seu mais fundo alicerce, como o que diz respeito à isenção de seus destinatários. O cuidado específico é, sempre, no sentido de se evitar um Direito Penal orientado pelo gênero, mostrando-se, indistintamente, válido a homens e mulheres. Ainda que estas venham a ser as principais destinatárias de proteções especí-

ficas, não podem ser as únicas, sob pena odiosa de uma discriminação que só pode vir a reforçar, nunca combater, anos e séculos de segregação social e de tolerância de violência em ambientes internos. Aspectos morais desse jaez nunca contribuíram, senão só reforçaram o que, hoje, se pretende combater, justificando, dessa forma, todo o cuidado em reformas legislativas atuais e futuras. ●

Notas

- (1) Cf., **BELEZA**, Maria Teresa Couceiro Pizarro. *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa: AAFDL, 1993, p. 5, nota 2. Quando das discussões do uso do termo em normativas espanholas, a Real Academia Espanhola elaborou relatório sobre a expressão “violência de gênero”, pugnando pelo preferencial uso do termo “violência doméstica”. Cf. **BOLDOVA PASAMAR**, Miguel; **RUEDA MARTÍN**, María Ángeles. *A Discriminação da Mulher no Âmbito Penal. (Reflexões sobre a Lei Orgânica 1, de 28.12.2004, de Medidas de Proteção Integral Contra a Violência de Gênero)*. Tradução de **Érika Mendes de Carvalho**. RABPCP 2/47, nota 11.
- (2) Cf., em especial, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, adotada e aberta a assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 34/180, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, e a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher — Convenção de Belém do Pará, de 1994.
- (3) **ABRIL GONZÁLEZ**, Consuelo. “Violencia doméstica: planteamiento general”, in: *La Violencia Sobre la Mujer en el Grupo Familiar*, Madrid: Colex, 1999, pp. 22 e segs.
- (4) Cf., entre outros, a coletânea de estudos sobre legislações várias, em **V.V.A.A.** *La Violencia Doméstica: Su Enfoque en España y en el Derecho Comparado*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, *passim*.
- (5) Atual artigo 152º, Código Penal português: “1- Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direção ou educação, ou trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, e: a) Lhe infligir maus-tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente; b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou; c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos; é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se o facto não for punível pelo artigo 44º. 2-A mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge, ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges, maus-tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa, mas o Ministério Público pode dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser e não houver oposição do ofendido antes de deduzida a acusação.(...)”
- (6) Em seu art. 39, *vg.*, ela prevê uma alteração no art. 172 do Código Penal, adicionando aumento de pena no caso de “... el que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que éste o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenen y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.” Cf. **ABRIL GONZÁLEZ**, Consuelo. *Op. cit.*, pp. 21 e segs. **MAYORDOMO RODRIGO**, Virginia. *La Violencia Contra la Mujer. Un Estudio de Derecho Comparado*, Madrid: Dillex, 2005, pp. 23 e segs.
- (7) Código Penal espanhol, art. 149.2, com redação dada pela LO 11/2003: “El que causara a outro una mutilacion genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.”
- (8) **HUNGRIA**, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 450.
- (9) Cf, em detalhes, **FEINBERG**, Joel. *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 1986, pp. 5 e segs.
- (10) **HART**, H.L.A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Tradução de **Gérson Pereira dos Santos**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987, pp. 55 e segs.
- (11) **Feinberg** analisa, aliás, alguns dos elementos de justificação do paternalismo. Cf. **FEINBERG**, Joel. *Op. cit.*, pp. 19 e segs.
- (12) Aqui o alerta de **Hart**, segundo o qual “o descuido na distinção entre paternalismo e o que chamei de moralismo legal é importante como uma forma de erro mais correntio. Muito freqüentemente, supõe-se que se uma lei se destina a proteger um homem do outro, seu fundamento lógico pode ser, tão-só, pretender punir a iniquidade moral (...).” **HART**, H.L.A. *Op. cit.*, p. 58.
- (13) Lei nº 11.340/06, art. 1º: “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da FDUSP

ELEMENTOS NORMATIVOS E DESCRIÇÃO DA TIPICIDADE NA DENÚNCIA

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho

É inepta a denúncia que imputa a um acusado a inserção de dados falsos em documento sem a demonstração de quais seriam os elementos verdadeiros? Em síntese, a ausência de descrição dos elementos normativos do tipo torna inepta a inicial?

Para responder a tanto e ter com a resposta uma função didática, nada melhor que trabalhar sobre um caso hipotético, mas muito comum nos foros.

O órgão do Ministério Público, entendendo ser típica a conduta de **A**, oferece denúncia contra ele, afirmando ter inserido dados **falsos** em documento, na modalidade do tipo do art. 297, § 3º, II, do CP: “*falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: ... Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir... na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita*”. Partindo-se da premissa que os dados foram, sim, inseridos de próprio punho por **A** e que eles, apesar de não constarem do documento original, corresponderiam à verdade, o exemplo adquire relevância jurídica. Assim, diante do caso concreto, presumindo-se seja a inicial aceita (como sói acontecer indiscriminadamente), pensa-se a hipótese sob o prisma de discussão pela via do *habeas corpus*.

O primeiro pensamento, embasado em sucessivos julgamentos, é que isto poderia ser considerado matéria de análise de provas, vedada no âmbito do *writ*. Eis a razão por que está em jogo não a inserção propriamente dita, mas, antes, a **necessidade da denúncia descrever a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias**, conforme a regra do art. 41, do CPP: “*A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas*.”

Da mesma forma, poder-se-ia argumentar que o tipo do art. 297, § 3º, II, do CP, trata da inserção de “*declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita*” e, portanto, para efeitos de oferecimento da denúncia, bastaria a **dúvida** sobre a tipicidade (afinal, ela, no caso, só precisa ser *aparente*) para seu efetivo recebimento. *In dubio pro societate*, dizem (mal) os tribunais, porque se não trata de um vero e próprio princípio, mas de um argumento

de lógica que socorre a exegese, a qual, como se sabe, não pode afrontar aquilo tido como incontroverso na legalidade. Portanto, não se presta como mecanismo de desincargo, de modo a propiciar ao intérprete, mormente o juiz, não analisar o que deve ser analisado no texto legal. Em suma, o pseudo princípio não permite a omissão do intérprete na análise de todos os elementos e circunstâncias do texto legal, razão por que se não pode invocar o argumento indiscriminadamente, como se tem feito, não raro por falta de conhecimento, sem embargo de que tem sido pior, ou seja, a decisão de recebimento da inicial tem sido ato mecânico, às vezes só assinado pelo magistrado, como sabem todos e é lastimável.

Mas também não é o caso de se lidar sobre a eventual dúvida. **O que se questiona, efetivamente, é o alcance que se dá, no caso hipotético, à necessidade de todas as elementares e circunstâncias do suposto fato criminoso serem descritas.** São, pois, dois elementos que, conjugados, tornam admissível a inicial acusatória: (a) ser o fato descrito pelo menos aparentemente *criminoso*; e (b) em sendo criminoso, serem narradas *todas as elementares e circunstâncias* que o circundam.

Outra não é a opinião do saudoso **Helio Tornaghi** (*Instituições de Processo Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1977, vol. II, p. 328): “*refere-se o Código à exposição minuciosa, não apenas do fato infrigente da lei, como também de todos os acontecimentos que o cercaram, não somente de seus acidentes, mas ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e consequente*”. Ou seja, **tudo**.

A palavra (*tudo*), à evidência, é pronomine indefinido, que trata da **totalidade**, não permitindo **exclusões**, o que remete à *descrição do fato criminoso* na denúncia.

Na hipótese, a **totalidade** do fato criminoso, como em qualquer fato valorado pelo Direito penal, seria dada pela análise da ação devidamente iluminada pelos elementos da classificação tripartida: **tipicidade**, **antijuridicidade** e **culpabilidade**. Todavia, a valoração aqui é processual e, em virtude da condição para o exercício da ação penal trazida pelo art. 43, I, do CPP (*tipicidade aparente*: “*a denúncia ou queixa será rejeitada quando... o fato narrado evidentemente não constituir crime*”), há que se lidar, no caso suposto, tão-só com a **tipicidade**. É ela, pois, que deve ser analisada em seu **todo** na descrição realizada na denúncia. Ora, não se desconhece que *do fato interessa ao Direito penal* — e ao

Direito processual penal — *aquilo sobre o qual o tipo emprestou seu colorido*, ressaltando a devida importância.

Como é sintomático, o conceito de tipicidade inclui elementos objetivos e subjetivos, mas, para o que aqui interessa, também elementos **normativos**, que remetem a valorações.

No caso criado, lembre-se, a **declaração inserida** — para ser considerado o fato como *típico* —, **deve ser falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita**. Eis os elementos normativos, indispensáveis à narrativa, mas que se não encontram presentes na imputação, tornando a denúncia inepta, embora tenha, como é comum acontecer, uma certa lógica a omissão pois, do contrário, estar-se-ia diante de uma narrativa, *mutatis mutandis*, suicida.

Ora, a denúncia fictícia imputa a **A** **inserir** de próprio punho, em documento, dados **falsos**. Por outro lado, não paira dúvida no sentido de serem eles **verdadeiros**. Há, como é primário, uma contradição nos elementos, o que torna falso um deles, como desde **Aristóteles** se sabe, em face do princípio da não-contradição; e o **elemento falso**, como é incontroverso, *é aquele que afirma serem falsos os dados inseridos quando eram verdadeiros*. Se isto fosse descrito na imputação, porém, a denúncia não se sustentaria, não seria admitida.

Afinal, como é primário, o tipo em questão pressupõe a inserção de dados **falsos** ou **diversos dos que deveriam constar**. Há que se narrar, então, tais elementos normativos, explicitando-os, a fim de se demonstrar a falsidade. Assim sendo, como pressuposto de existência da falsidade, haveria que se dizer na narrativa acusatória, efetivamente, quais seriam os dados **correspondentes à verdade**, algo imprescindível diante da presença de elementos normativos no tipo em questão, cuja ausência tornaria a conduta atípica.

É o que impede, por primário, tanto acusações absurdas como processos onde, na instrução, não se faz nada além de repetir o que se fez na investigação preliminar para, ao final, concluir-se não existir tipicidade. Sobra, todavia, o sofrimento imenso de alguém que sequer deveria penar com o processo, em si uma pena, como mostrou **Carnelutti**.

Sabe-se bem que se não tem muito a questionar sobre o conteúdo da regra que dita o recebimento da denúncia (*lida mal como in dubio pro societate*), mas quando a lei diz que **todas** as elementares e circunstâncias devem ser narradas e elas,

no tipo em questão, compreendem elementos normativos, é evidente que estes também estão compreendidos na tal totalidade.

Para melhor entender a conjectura e por analogia, poder raciocinar sobre exemplos fictícios:

(a) **X** está em uma audiência judicial e sai com o que supunha ser sua pasta de trabalho. Esta, em verdade, era de outro advogado, que também não percebeu a troca. O fato, todavia, foi notado pelo Secretário da sala de audiências, que a relata para o órgão do MP. **X** é denunciado por **furto** (art. 155, do CP);

(b) **Y** recebe de um órgão oficial sua carteira de identidade e verifica, após algum tempo, que sua data de nascimento não foi preenchida. De punho próprio, insere a data **verdadeira** no local onde ela deveria efetivamente constar. **Y** é denunciado por inserção de dado **falso** em documento público (art. 297, do CP);

(c) **Z** recebe sua carteira de trabalho de seu empregador e, pouco antes de adentrar com seu pedido de aposentadoria, verifica que a data de admissão foi preenchida equivocadamente. De punho próprio, rasura a data **equivocada**, inserindo a data **correta**. **Z** é denunciado por inserção de informação **diversa da que deveria constar** em documento público, qual seja, sua carteira de trabalho (art. 297, § 3º, II, do CP).

Afora as considerações sobre a evidente **atipicidade subjetiva** dos casos acima, é de se perceber a relevância de ser, no primeiro caso, **alheia** ou **própria** a coisa subtraída e, nos dois últimos casos, sobre a **veracidade** das informações inseridas e a

importância que elas possuem para o oferecimento da denúncia.

A diferença é **tudo**: fossem todas as elementares narradas, as denúncias fictícias seriam ineptas por descreverem fatos absolutamente atípicos.

É que subtrair coisa **própria** é fato **atípico**. Mais ainda, inserir informação **verdadeira** num documento, ainda que seja de próprio punho, **também o é**, sendo, portanto, nítida a influência que possui a **narrativa dos dados corretos**, que se dizem **verdadeiros**, quando se está a imputar a alguém a inserção de dados ditos **falsos**. Os elementos normativos precisam ser explicitados; e não simplesmente narrados, tanto quanto a materialidade de um homicídio precisa ser demonstrada na denúncia. Não há — e não haveria de ter — dois pesos e duas medidas porque, afinal, a regra processual é única e aplicável a todos os casos, sem exceção. **Haver-se-ia**, em suma, **que se expor** (não provar: isto é da instrução) **que a inserção não correspondeu à verdade**.

O processo penal causa consequências graves demais para se deixar à manipulação (ou omissão) algo tão significativo, mas que se tem produzido sem nenhum pudor, quicá por desconhecimento (a melhor das hipóteses) daquilo que é primário.

Não bastaria, como se procedeu no caso criado, somente expor o que está escrito na lei. É preciso mais. Aliás, é o mesmo argumento (correto, por sinal) utilizado pelos tribunais para declarar nula a decisão que decreta a prisão preventiva que faz mera repetição do texto do art. 312, do CPP, ou as imputações de

quadrilha ou bando (art. 288, do CP), que também repetem o texto. Tanto num caso como noutro, deve haver um juízo de *adequação típica* entre fato e lei, na sua inteireza.

Note-se que com um *habeas corpus* atacando a matéria de tal forma, passa-se ao largo da discussão sobre a atipicidade subjetiva da conduta do acusado, mas, antes, discutem-se os **requisitos** para a denúncia, que não pode **omitir todas ou algumas** das elementares e circunstâncias (viola-se o art. 41, do CPP), deixando a nítida sensação de que assim se procede porque fossem elas narradas, a conduta seria atípica e a peça seria rejeitada, nos termos do art. 43, I, do CPP.

Sem a descrição correta, portanto, a denúncia torna-se inepta, devendo ser declarada nula, com invalidação do processo *ab initio*. Só assim se pode começar a construir um sistema processual que respeite os direitos e garantias de todos os cidadãos. 

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Advogado, professor titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da UFPR, doutor (*Università Degli Studi di Roma – La Sapienza*), chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR e representante da Área do Direito junto a Capes

Edward Rocha de Carvalho

Advogado, professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFPR, mestrando (UFPR) e membro da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal

CURSOS E EVENTOS

AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De 11 a 15 de setembro de 2006

Local: Auditório do Centro Universitário Católico Auxilium, Estrada do Guatambu, KM 8,5 - Araçatuba - São Paulo

Realização: IBCCRIM e Centro Universitário Católico Auxilium

Inscrições e Informações: www.salesiano-ata.br, Tel.: (18) 3636-5252

Programa:

11.09 - segunda-feira

19h30 - Romeu Tuma - *Segurança Pública e Direitos Humanos*

12.09 - terça-feira

19h30 - Gustavo Badaró - *Prova Penal por Videoconferência*

13.09 - quarta-feira

19h30 - Paulo Sérgio de Oliveira - *Novos Rumos do Direito Penal*

14.09 - quinta-feira

19h30 - Rogério Sanches - *Poderes Investigatórios do Ministério Público*

15.09 - sexta-feira

19h30 - Fauzi Hassan Choukri - *Progressão de Regime e a Lei dos Crimes Hediondos*

AS REFORMAS PENAI-PROCESSUAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL E A CRIMINALIDADE VIOLENTA

Dias 14 e 15 de setembro de 2006

Participações Internacionais

confirmadas: Prof. Nuno Brandão e Prof. Rui Pereira (Portugal)

Local: EMERJ - Escola Superior da Magistratura do Rio de Janeiro - RJ

Realização: IBCCRIM,

EMERJ, CAPES,

Universidade Estácio de Sá e Universidade Federal do Paraná.

Informações: www.ibccrim.org.br

Programa em fase final de elaboração

EFEITOS PENAIIS DO REFIS III (MP Nº 303/06)⁽¹⁾

Fabio Machado de Almeida Delmanto, Gauthama Fornaciari de Paula e João Daniel Rassi



O Governo Federal, mais uma vez, editou medida provisória para permitir o parcelamento de débitos tributários de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional de Seguridade Social, com vencimento até o dia 28 de fevereiro de 2003, em até cento e trinta prestações mensais e sucessivas.⁽²⁾ O prazo para a adesão ao programa expira em 15 de setembro de 2006. Trata-se da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, também conhecida como *Refis III* (Programa de Recuperação Fiscal).

Como sói acontecer com regimes similares de parcelamento de tributos, tais como o *Refis I* (Lei nº 9.964/00) e o *Refis II* (Parcelamento Especial, também chamado de *Paes* – Lei nº 10.684/03), a opção pelo parcelamento tratado na MP nº 303/06, se de um lado traz benefícios ao contribuinte — como é o caso da redução da multa em 50%, prevista no art. 3º, § 7º —, de outro implicam significativos benefícios à Fazenda Pública — como, por exemplo, a confissão de dívida irrevogável e irretratável da totalidade dos débitos existentes (art. 1º, § 6º). Ademais, admitiu-se que os débitos incluídos em outros regimes sejam parcelados nas condições previstas no novo regime, “admitida a transferência dos débitos remanescentes dos impostos, contribuições e outras exações”, hipótese na qual a pessoa jurídica deverá requerer, junto ao órgão competente, a desistência irrevogável e irretratável dos parcelamentos anteriormente concedidos (art. 4º, *caput*, e § 1º).

Entretanto, ao contrário do previsto nas modalidades de parcelamento anteriores — *Refis I* e *Refis II* —, o novo regime de consolidação e parcelamento de dívidas tributárias federais, instituído pelo *Refis III*, não previu qualquer efeito penal ou processual penal para o contribuinte que aderir ao programa. Tal não impede, conforme será visto, que se lhe apliquem os efeitos penais correspondentes.

O objetivo do presente artigo é verificar qual a situação jurídica do acusado-contribuinte que optar pelo *Refis III*. Terá o contribuinte direito à extinção da punibilidade, nos termos do que prevê art. 34 da Lei nº 9.249/95? Terá ele direito apenas à suspensão da pretensão punitiva prevista no regime anterior, nos termos do disposto no art. 9º da Lei do *Refis II*? Antes de responder a tais questões, é preciso atentar para a cronologia legislativa.

O art. 34 da Lei nº 9.249/95, ao restabelecer antiga causa extintiva da punibi-

lidade,⁽³⁾ dispôs o seguinte: “*Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*”. Após anos de discussão, a jurisprudência no STJ pacificou-se no sentido de que o parcelamento realizado antes do recebimento da denúncia permite a declaração da extinção da punibilidade dos crimes tributários, nos termos do citado art. 34.⁽⁴⁾ Relevante anotar que tal entendimento vem sendo aplicado mesmo na vigência das Leis do *Refis I* e do *Refis II*.⁽⁵⁾

Passados quase cinco anos de vigência do mencionado dispositivo, veio à lume o *Refis I* (Lei nº 9.964/00), cujo art. 15, em disposição inédita, afirmou que o parcelamento antes do recebimento da denúncia suspende o curso da ação penal, *verbis*: “*É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal*”. Dispôs, ainda, no seu § 1º, que “*a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva*”.

Depois de três anos, entrou em vigor o *Refis II*, instituído pela Lei nº 10.684/03, cujo art. 9º ampliou o marco temporal dos efeitos do pagamento e do parcelamento dos tributos, podendo também ser efetuados após o recebimento da denúncia, *verbis*: “*É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios*”.

Por fim, foi editado o *Refis III*, pela MP nº 303/06, que não previu qualquer efeito penal ou processual penal relativo ao pagamento integral ou ao parcelamento de tributos, ao contrário do que sucedeu nos regimes anteriores. Apesar dis-

so, como se verá, ambas as situações comportam soluções jurídicas nos termos da legislação penal vigente.

Em relação ao pagamento integral, é inquestionável que, ainda que realizado após o recebimento da denúncia, ou mesmo após a condenação, transitada em julgado ou não, ocorrerá a extinção da punibilidade.⁽⁶⁾ O fundamento legal desta posição está no fato de que o art. 9º, § 2º, da Lei do *Refis II*, não mais exigiu que o pagamento integral se desse antes do recebimento da denúncia, podendo ocorrer a qualquer tempo; por se tratar, neste ponto, de norma penal mais benéfica do que o art. 34 da Lei nº 9.249/95, ela deve retroagir (CR/88, art. 5º, XI).

Quanto ao parcelamento, a solução jurídica dependerá do momento em que é formalizado junto ao órgão arrecadatário. Se efetuado antes do recebimento da denúncia, deve ser aplicada a causa extintiva da punibilidade do art. 34 da Lei nº 9.249/95. Caso ocorra após o recebimento da denúncia, deve incidir a causa suspensiva do curso da ação penal disposta no art. 9º, *caput*, da Lei do *Refis II*.

Esse entendimento deve ser aplicado pouco importando sob qual regime de vigência tenha sido efetuado o parcelamento, dada a necessidade de tratamento jurídico isonômico para situações semelhantes. Não se pode tratar de forma desigual, por exemplo, o agente que obtém o parcelamento do débito, antes do recebimento da denúncia, com base na Lei do *Refis II*, e o agente que o obtém com base em outra fonte legal: a ambos deve-se aplicar o mencionado art. 34, que, neste ponto, é norma mais benéfica, extinguindo-se a punibilidade.

É bem verdade que existe entendimento no sentido de que, com o advento do art. 9º da Lei do *Refis II*, o parcelamento, ainda que realizado antes do início da ação penal, acarreta tão-somente a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, e de que somente o pagamento integral extingue a punibilidade (art. 9º, § 2º).⁽⁷⁾ Note-se que, para essa corrente, o art. 34 não comporta mais aplicação, tendo sido tacitamente revogado por normas posteriores.

Não parece, todavia, ser esse o melhor entendimento, porquanto o art. 34 da Lei nº 9.249/95, além de ser norma de caráter geral, é mais amplo que as legislações posteriores, e não foi revogado expressamente. De outra parte, não há que se falar, em sua revogação tácita, pois tanto o art. 15 da Lei do *Refis I* quanto o art. 9º da Lei do *Refis II*, a despeito de tratarem de normas penais de aplicação específica

➔ (sim, porque os parcelamentos de que cuidam abrangem apenas tributos vencidos até determinada data), não disciplinaram inteiramente a matéria nem se mostram incompatíveis com a disciplina do referido art. 34 (LICC, art. 2º, § 1º).

Com efeito, o mencionado art. 34, norma de caráter geral, prevê como causa extintiva da punibilidade a simples *promoção do pagamento*, expressão mais abrangente que abarca qualquer atividade do contribuinte que implique o início do pagamento — é o caso do parcelamento, cuja aceitação pelo fisco depende do pronto pagamento da primeira parcela. Essa é a razão que sustenta o entendimento majoritário do STJ no sentido de que o parcelamento, quando realizado antes do recebimento da denúncia, permite a aplicação da causa extintiva da punibilidade prevista no mencionado art. 34, *ainda que realizado após a vigência das Leis do Refis I e do Refis II*.

Não obstante a polêmica acerca da matéria, conclui-se que caberá ao intérprete, na busca da solução jurídico-criminal do parcelamento, aplicar a lei mais vantajosa ao acusado, como visto.

De outro lado, para efeitos penais, não se pode distinguir entre parcelamento de tributos federais, estaduais e municipais, devendo todos comportar a mesma solução jurídica. Pouco importa, outrossim, se o contribuinte é pessoa física ou jurídica, devendo ha-

ver tratamento equivalente a ambos.

É importante frisar, mais uma vez, que o Estado, ao celebrar acordos de parcelamento com o contribuinte, é amplamente beneficiado. Basta lembrar que se exige do sujeito passivo a desistência de qualquer recurso administrativo ou judicial, possibilitando inclusive a imediata inscrição do débito em dívida ativa.

Assim, é bastante razoável admitir-se que o parcelamento, nos moldes do *Refis III* da MP nº 303/06, quando realizado antes do recebimento da denúncia, permita a aplicação do ainda vigente art. 34 da Lei nº 9.249/95, extinguindo-se a punibilidade do crime tributário. De outra sorte, se o parcelamento é realizado após o recebimento da denúncia, aplica-se o art. 9º, § 2º, da Lei do *Refis II*, suspendendo-se o curso da ação penal. Essa parece ser, *s.m.j.*, a solução mais adequada e justa para o impasse. ●

Notas

- (1) Artigo escrito em 14 de agosto de 2006.
- (2) A MP 303 previu, ainda, duas formas alternativas de parcelamento, conforme arts. 8º e 9º.
- (3) A extinção da punibilidade pela promoção do pagamento, antes do recebimento da denúncia, era prevista no art. 14 da Lei nº 8.137, de 27.12.90, dispositivo este que foi revogado pelo art. 83 da Lei nº 8.383, de 30.12.91. Após quatro anos, referida causa extintiva da punibilidade foi restabelecida pelo art. 34 da Lei nº 9.249, de 26.12.95.

(4) A justificativa principal deste argumento é de que o art. 34 da Lei nº 9.249/95 exige apenas que o agente *promova o pagamento* do débito, isto é, dê início a ele. Dessa forma, entende-se que o parcelamento constitui inegável forma de *promoção* do pagamento. Em acréscimo, entendeu-se que basta o parcelamento para a ocorrência da extinção da punibilidade ante a omissão do legislador sobre se o pagamento devesse ser integral ou parcelado. Tranquilo, ainda, o entendimento do STJ no sentido de aplicar o mencionado art. 34 também aos crimes que envolvam as contribuições previdenciárias, dada a sua inegável natureza tributária.

- (5) STJ, HC nº 46.313/DF, DJ 12.06.2006, p. 545; RHC nº 17.192/PR, DJ 01.08.2005, p. 475; HC nº 46.695/SP, DJ 01.02.2006, p. 581; HC nº 42.674/RJ, DJ 27.03.2006, p. 336.
- (6) STF, HC nº 81.929/RJ, DJ 27.02.04, p. 27; STJ, RHC nº 17.367/SP, DJ 05.12.05, p. 378; TJSP, HC nº 480.968/3, j. 31.03.05.
- (7) STJ, HC nº 40.950/SP, DJ 10.04.2006, p. 237; RHC nº 17.804/RR, DJ 03.04.2006, p. 369; HC nº 34.288/RS, DJ 06.02.2006, p. 334; HC nº 29.745/SP, DJ 06.02.2006, p. 328; HC nº 42.870/ES, DJ 20.06.2005, p. 327. Entendeu-se, ainda, que o parcelamento realizado na vigência da Lei do Refis II implica apenas na suspensão da pretensão punitiva, beneficiando também os parcelamentos realizados pela pessoa física: STJ, RHC nº 18.178/TO, DJ 03.04.2006 p. 370).

Fabio Machado de Almeida Delmanto
Gauthama Fornaciari de Paula
João Daniel Rassi
Advogados em São Paulo

CURSOS E EVENTOS

II SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTA

Dias 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

Realização: IBCCRIM e 206ª Subseção da OAB/SP

Inscrições e Informações: Praça 9 de Julho, 26 - Centro

Edifício do Fórum, OAB de Brotas

Tels.: (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 em 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

SEMINÁRIO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Dia 16 de setembro de 2006

Local: Auditório Dom Gilberto (Campus I da PUC-Campinas)

Horário: das 09h00 às 18h00

Endereço: PUC-Campinas, Rodovia D. Pedro I, km 136, Parque das Universidades - Campinas - SP

Realização: IBCCRIM e PUC-Campinas

Inscrições e informações: diretoria_fadi@puc-campinas.edu.br

Tel.: (19) 3735-5875.

Inscrições mediante a doação de 1 kg de alimento não-perecível

Programa:

9h00 - Edson Luis Baldan - *Métodos e*

Limites da Investigação Criminal

10h20 às 10h45 - debate

10h50 - Alamiro Velludo Salvador Netto - *Imputação Objetiva*

12h10 às 12h35 - debate

12h35 às 14h00 - horário livre para almoço.

14h00 - Paulo Sérgio de Oliveira - *Crimes Hediondos e Progressão de Regime*

15h20 às 15h45 - debate

15h50 - Aldo de Campos Costa - *Projeto da Nova Lei de Entorpecentes*

17h20 às 18h00 - debates e encerramento

Vagas limitadas!

Durante o mês de julho de 2006, tive a oportunidade de participar de um programa do Departamento de Estado Americano, pelo qual visitei órgãos e entrevistei pessoas, em sua maior parte, ligados à prevenção e/ou à repressão ao uso, abuso e tráfico de drogas.⁽¹⁾

Nessas inúmeras visitas, conversei com psiquiatras, psicólogos, professores universitários, juizes, promotores, policiais, oficiais de “parole” etc. Todos os encontros foram extremamente proveitosos, sendo certo que renderiam cada qual um relato autônomo.

Tendo sido convidada a escrever um breve artigo de natureza jurídica, relativo à questão das drogas, optei por abordar a, entre nós, tão polêmica Justiça Terapêutica.

De fato, durante os três anos em que presidi o Conselho Estadual de Entorpecentes de São Paulo, presenciei acirradas discussões relativas ao cabimento, ou não, da Justiça Terapêutica, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o aspecto clínico.

Em debate travado no auditório do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, já cheguei a observar publicamente que muito da discussão é descabida, na medida em que poucos são os juizes e os promotores que aplicam o que, aqui no Brasil, conveniou-se batizar Justiça Terapêutica.

De toda forma, contaminada por essa polêmica, no início do Programa, fiz inúmeras perguntas sobre a eficácia da Justiça Terapêutica, bem como sobre a legitimidade de o Poder Judiciário forçar alguém a um tratamento etc.

De plano, fui surpreendida com a constatação de que o termo Justiça Terapêutica é totalmente desconhecido nos Estados Unidos. Ou seja, as poucas iniciativas existentes no Brasil, tomadas como importadas dos Estados Unidos, têm uma denominação absolutamente estranha àquela realidade.

No início, pensei tratar-se de um problema de nomenclatura. Mas, ao entrevistar diversos profissionais que lidam diretamente com as Cortes de Drogas Americanas, mais de duas mil espalhadas por todo o país, pude perceber que as diferenças são muito mais profundas.

As Cortes de Drogas são espécies de Varas Especializadas, para as quais são encaminhados, quase que imediatamente, os sujeitos presos portando drogas para uso próprio. Em alguns Estados, as Cortes de Drogas têm competência também para analisar pequenos tráficos e crimes ligados ao uso, abuso e dependência de drogas, desde que não praticados com violência à pessoa.

Apesar de ser de conhecimento geral, não é exagerado lembrar que, nos Estados Unidos, nada pode ser generalizado, pois além da força dos precedentes, há legislação federal e legislações estaduais, inclusive no âmbito penal e o processual penal.

Até por questões de honestidade, devo informar que, mesmo tendo entrevistado diversas pessoas, em diversos Estados, acompanhei audiências apenas na Corte de Drogas da cidade de Minneapolis, em Minnesota.

Naquela Corte, o mesmo juiz preside audiências o dia inteiro e, pelo menos, um sábado por mês. Esse expediente pesado se faz necessário em razão de os réus serem apresentados quase imediatamente após a prisão.

Na verdade, entre a prisão e a apresentação ao juiz, ocorre uma entrevista com os oficiais de “parole”, sendo pesquisados os antecedentes do imputado. Nessa oportunidade também se avalia a necessidade de um tratamento de emergência.

Na primeira audiência, o juiz verifica se o oficial sugeriu um tratamento imediato para desintoxicação. Em caso afirmativo, o imputado já fica separado, na verdade, senta-se ao lado, confortavelmente, para acompanhar as outras audiências. Ao final dos trabalhos, todos os apontados para tratamento imediato são levados para a instituição destinada para esse fim.⁽²⁾

Na hipótese de não ser sugerido tratamento imediato, a promotoria opina pela manutenção do réu preso, durante o curso do processo; ou pela concessão de fiança.

Acompanhei aproximadamente trinta audiências. Dessas trinta, não chegaram a cinco aquelas em que a promotoria opinou contrariamente à fiança. Em todos os outros casos, foi sugerido o pagamento de fiança em montantes que variaram entre quinhentos e cinquenta mil dólares.⁽³⁾

Aceita, ou rejeitada a fiança, é marcada uma outra audiência, na qual será decidida a medida a ser aplicada para cada um dos réus.

Nessa segunda audiência, declarando-se inocente, o réu é encaminhado ao julgamento pelo júri. Declarando-se culpado, lhe é assinalado o tratamento entendido adequado pela equipe de profissionais de saúde que dá assistência à Corte.

Então, uma primeira diferença flagrante entre a Corte de Drogas deles e a nossa Justiça Terapêutica é justamente a de que, aqui, o tratamento é sugerido em sede de transação penal, sem se adentrar no juízo de culpabilidade. Lá, ao contrário, o tratamento só é assinalado, depois que o imputado se declara culpado⁽⁴⁾, sendo obrigatório.

A esse mister, interessante aduzir que, para não sofrer a pena privativa de liberdade, não basta que o imputado se declare culpado e se submeta ao tratamento, faz-se necessário que se mantenha totalmente absterção, ou “clean”, como eles dizem lá.

Para ter certeza de que os beneficiados⁽⁵⁾ nas Cortes de Drogas não estão usando drogas, todos são testados periodicamente.⁽⁶⁾ Cumprindo informar que os laboratórios em que são realizados os testes ficam dentro da própria Corte, mais especificamente

no andar destinado aos gabinetes.

Foi com muito orgulho que a gentil oficial de “parole” que nos acompanhou mostrou uma espécie de toailete gigante, com uma parede de vidro fosco, que permite que o examinando seja observado ao urinar.⁽⁷⁾

Em se detectando que o beneficiado recaiu, ele é novamente apresentado ao juiz, recebendo, conforme o caso, um reforço no tratamento, ou um castigo.

Tive a sorte de presenciar uma cena bastante curiosa.

Ao término das audiências, entrou um retardatário com um papel em mãos. Diversamente do que ocorreria em qualquer de nossos fóruns, o sujeito não pediu informação a um dos diversos funcionários que estavam presentes. Ele foi direto ao juiz. Sem qualquer formalidade, disse que havia falhado em seu tratamento, que sua urina acusou positivo e que, por isso, recebeu uma notificação informando que deveria, como castigo, passar o final de semana na cadeia.⁽⁸⁾

O juiz, então, perguntou a ele se sabia onde ficava a cadeia e, frente à resposta afirmativa, disse que ele poderia se dirigir diretamente ao local. Espontaneamente, por conta própria, o sujeito deixou a sala do juiz em direção à cadeia. Ao sair, ainda destacou que por ser final de tarde de sexta-feira, seguiria direto para lá.

Naquele momento, duvidei de minha capacidade de entender inglês e questionei o juiz, sem conseguir esconder minha indignação.

Eu disse a ele que jamais poderia imaginar uma pessoa seguindo, voluntariamente, sem qualquer tipo de escolta, para passar o final de semana presa.

A resposta foi simples. Segundo o juiz, o sujeito sabia que até poderia fugir, mas também sabia que cedo ou tarde seria pego e, em sendo, não passaria um final de semana na cadeia, mas nove meses na prisão. Existe na sociedade a tão almejada certeza da punição.

Até em razão dos limites impostos, o intuito deste breve relato não é outro, senão o de tentar narrar de maneira neutra, um pouquinho do que presenciei nesse tão interessante programa de intercâmbio, mais que jurídico, cultural.

Ao fazê-lo, procurei seguir as lições da ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, no sentido de não cair no erro de acreditar conhecer profundamente um sistema inerente a outro país, sobretudo em um contato tão curto. Em suma, não confundir a pesquisadora com a advogada.

Não obstante, esse breve contato com as Cortes de Drogas americanas foi suficiente para desfazer o mito de que a Justiça Terapêutica que encontramos aqui é importada dos Estados Unidos e que, por isso, deve ser rechaçada.

Não vou, nesta oportunidade, discutir o anti-americanismo que permeia os meios acadêmicos, sobretudo o jurídico-penal. Aliás, mesmo tendo encontrado algumas coisas contrárias às minhas convicções, como os teste de urina, não posso negar ter presenciado iniciativas que merecem ser analisadas, adaptadas e adotadas.

Além do anti-americanismo, um outro argumento que se levanta contrariamente à Justiça Terapêutica é o de que só existe tratamento com voluntariedade, ou seja, ninguém se trata obrigado, sendo elemento essencial a determinação. Dogma que venho repetindo, reiteradamente, sem maiores reflexões.

Pois bem, em visita ao Centro para Criminalidade e Adicção, ligado ao Departamento de Psiquiatria da Universidade da Califórnia, em São Diego, questionei o dr. **Igor Koutsenok** a esse respeito e fiquei bastante surpresa ao receber a informação de que, apesar de ser ele crítico à manutenção da posse como crime, todos seus estudos mostram que o tratamento, mesmo involuntário, no início, pode tornar-se voluntário na sequência. Para reforçar essa constatação o psiquiatra, que também é professor universitário, apontou que, quando não o juiz, muita vez, o cônjuge, os pais, ou os filhos forcem o adicto ao tratamento, sendo, então, bastante relativa essa idéia de tratamento voluntário.

Com isso, não estou advogando o tratamento involuntário, ou a Justiça Terapêutica, ou o sistema das Cortes de Drogas. Estou apenas procurando mostrar que,

muita vez, gastamos um tempo enorme criticando algo que sequer conhecemos, deixando de incentivar e apoiar iniciativas democráticas e socialmente valorosas, como a formação de redes em torno da Justiça, para eventual encaminhamento de pessoas a tratamento, não só no lugar da pena, mas no lugar do, há que se dizer, improdutivo pagamento de cestas básicas.

A Justiça Terapêutica não tem nenhuma identidade com as Cortes de Drogas americanas e se lhes estende todo o estigma.

Como já dito, nas poucas Varas que adotam a totalmente brasileira Justiça Terapêutica, em sede de transação penal, no lugar de propor o pagamento de multa, ou de uma cesta básica, **propõe-se** que o indivíduo integre um grupo de auto-ajuda, ou participe de atividades terapêuticas, que o podem auxiliar a deixar de usar drogas (lícitas ou ilícitas), ou a ter uma relação menos destrutiva com elas.

Continuo tomando o problema do uso, abuso e dependência de drogas como uma questão de saúde pública. Depois de muito refletir e pesquisar o tema, continuo entendendo ser constitucionalmente inadmissível a criminalização do porte para uso próprio. Mas diante de nossa atual legislação, prefiro apoiar a criticar iniciativas vanguardistas no âmbito mundial, que possibilitam um caminho que pode implicar uma mudança de vida.

Não é esse o papel do Direito Penal, estou certa disso. Mas já que ele interfere nessa seara, que interfira de maneira construtiva, dentro do possível. 

Notas

- (1) Importante destacar que houve entrevistas com pessoas dos três poderes, dos dois maiores partidos americanos, com organizações não governamentais e representantes dos mais diversos grupos, dentre os quais destaco: os indígenas americanos, os afro-americanos e os latinos.
- (2) Houve casos em que o réu comprometeu-se a ir por conta própria, ou com seu próprio veículo, ou levado por familiares, para o tal tratamento. É interessante, ao mesmo tempo em que o sistema americano se mostrou muito mais rígido, as formalidades me pareceram muito menores.
- (3) Os montantes, para quem está acostumado com o nosso sistema, são realmente assustadores.
- (4) Uma das primeiras reuniões que tive foi na Associação Nacional dos Promotores nos Estados Unidos. Nessa oportunidade, os dois promotores anfitriões apontaram que é necessário exigir a declaração de culpa para, na hipótese de não cumprimento do tratamento, não ser necessário passar pelo júri para prová-la, cabendo apenas fixar a pena.
- (5) Todos os envolvidos no sistema, sejam membros do Judiciário e da promotoria, ou não, vislumbram o envio à Corte de Drogas e ao tratamento como um grande benefício. A comarca de Minneapolis, por exemplo, é tomada como muito liberal, por admitir a Corte de Drogas também para os pequenos tráficos.
- (6) Em Minneapolis, o objetivo é testar todos semanalmente.
- (7) Não há nada do gênero no Brasil. Com isso, não estou defendendo que haja, mas não se pode igualar coisas absolutamente diferentes.
- (8) Cadeia, ou "jail", na maior parte das vezes, é o local em que ficam os presos provisórios.

Janaina Conceição Paschoal

Advogada criminalista e professora doutora de Direito Penal na USP

CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAISS ACERCA DAS INTERVENÇÕES BIOMÉDICAS

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

As intervenções biomédicas podem ser classificadas em três tipos ou categorias: a) tratamento curativo; b) experimentação terapêutica; e c) experimentação não-terapêutica⁽¹⁾, que, respectivamente, se diferenciam quanto ao modo de apreciação jurídico-penal.

a) Tratamento curativo — Este primeiro tipo de intervenção biomédica refere-se ao tratamento curativo padronizado (normal), isto é, àquele que se realiza com uma finalidade exclusivamente terapêutico-individual através de investigações, métodos ou medicamentos já experimentados e consagrados pela biomedicina podendo, em geral, ser qualificado no âmbito jurídico-penal como uma atividade de "risco permitido"⁽²⁾, todavia dependente do consentimento que, por sua vez, deve ser livre e esclarecido⁽³⁾. Na realidade, o tratamento curativo é uma intervenção usual e relativamente segura na prática biomédica, não apre-

sentando maiores dificuldades no plano de valoração jurídico-penal, já que se considera uma atividade de "risco permitido" não adentrando na área de tutela jurídico-penal.

b) Experimentação (ou pesquisa) terapêutica — Fala-se de "experimentação humana" ou "pesquisa em seres humanos" quando a estratégia experimental comporta ensaios em seres humanos⁽⁴⁾. Apesar de a experimentação científica ser condição necessária para o próprio progresso das ciências biomédicas, ela não pode no entanto ser ilimitada e irresponsável devendo seguir algumas regras de precaução que são mais restritivas quando comparadas com a intervenção biomédica vista anteriormente. Conseqüentemente, o quadro de valoração jurídico-penal não é o mesmo quando passamos do tratamento curativo para o campo das experimentações terapêuticas e não-terapêuticas. Por experimentação ou pesquisa terapêutica (*therapeutic research*)

pode-se entender aquela intervenção biomédica que visa primordialmente à cura do paciente em concreto, mas através de "novos" métodos, técnicas e medicamentos não consolidados que ainda se encontram em fase de afirmação e convalidação científica na seara do conhecimento biomédico, mas, por outro lado, não perde de vista indiretamente um interesse mais genérico, de outros futuros pacientes potenciais. Embora exista a probabilidade dos riscos serem mais intensos do que no tratamento curativo padronizado, também esta intervenção pode ser considerada, em princípio, uma atividade de "risco permitido" no plano jurídico-penal, desde que contudo haja consentimento (livre e esclarecido) do paciente para tanto⁽⁵⁾. Por outro lado, quando uma intervenção biomédica necessitar recorrer a seres humanos para comprovar a validade e eficácia terapêutica de suas aplicações deve a mesma estar sub-

metida às regras gerais estabelecidas e geralmente admitidas para a experimentação com seres humanos. Portanto, além de outros requisitos formais, a intervenção “deve estar baseada em experiências laboratoriais, in vitro e em animais, adequadamente realizadas e num conhecimento profundo da literatura científica especializada”⁽⁶⁾. Ademais — e como requisito complementar ao anterior — entende-se que deve haver a observância de outra exigência para dar-se plena validade ao consentimento do ofendido e assim legitimar a experimentação humana terapêutica, notadamente quando os riscos sejam claramente desproporcionais em relação aos benefícios que podem decorrer neste tipo de intervenção. Segundo **Eser**, “tendo em conta o risco inevitável que supõe toda experimentação”⁽⁷⁾, questiona-se se nesta classe de intervenções o consentimento não deveria ser complementado por uma “ponderação/balanceamento entre o benefício e o risco (Nutzen-Risiko Abwägung)”⁽⁸⁾ previstos em cada pesquisa. Aduz o mesmo autor que, se esta “ponderação risco-benefício” é exigida em todas as normas médico-deontológicas de natureza científico-experimental⁽⁹⁾ também esta valoração deverá ser considerada um “estandarte de moralidade relevante sob o ponto de vista jurídico-penal”⁽¹⁰⁾. Acatando dogmaticamente esta posição — todavia adotando-a ao nível da tipicidade e não ao nível das causas de justificação —, entendemos que a inobservância deste necessário juízo de ponderação por parte do médico ou do cientista nesta modalidade de intervenção implicará na ineficácia do consentimento e a experimentação considerar-se-á ilegítima, sobretudo quando o risco for absolutamente desproporcional, tendo em vista as possibilidades de êxito existentes, podendo o médico ou cientista responder, portanto, pelos eventuais danos ocasionados ao paciente, já que é inadmissível eximi-los de responsabilidade penal quando se promove uma verdadeira “entrega a cegas ao risco”⁽¹¹⁾, violando assim própria dignidade humana, princípio este que informa e sustenta o princípio de “ponderação risco-benefício” mencionado.

c) Experimentação (ou pesquisa) não-terapêutica — A última modalidade de intervenção biomédica conhecida é a experimentação não-terapêutica ou experimentação pura, que se realiza no paciente individual, mas que não pretende o seu tratamento. Tem um fim “terapêutico-geral”⁽¹²⁾. Visa apenas obter e ampliar conhecimentos científicos para o avanço da ciência biomédica em melhor prevenir, diagnosticar ou curar doenças de pacientes que futuramente delas podem padecer, ou mesmo outros fins puramente científicos com caráter diverso do que propriamente aqueles relacionados com a cura ou o tratamen-

to de enfermidades (por exemplo, testes de inocuidade para saber se determinados produtos cosméticos, alimentícios e químicos podem ser prejudiciais à saúde humana etc.). Como ressalta Costa Andrade, “trata-se de intervenções que não visam diagnosticar, prevenir ou tratar doenças que ameacem ou atinjam o paciente, antes estão ao serviço de interesses supra-individuais”⁽¹³⁾. Refere **Siebert** que, em vez de a pessoa ser considerada “paciente” como ocorre na experimentação terapêutica, na experimentação não-terapêutica a pessoa humana é tratada como “cobaia” pelos cientistas⁽¹⁴⁾. Pela natureza de sua proposta e pelo grau de risco que este tipo de intervenção biomédica pode sugerir ao ser humano e à sua dignidade, no plano de valoração jurídico-penal — e igualmente à experimentação terapêutica —, faz-se necessária uma ponderação entre riscos e benefícios *ex ante* para que seja considerado plenamente eficaz o consentimento a ser manifestado pelo paciente. A exigência valorativa neste tipo de intervenção merece no entanto ser mais rigorosa e “o benefício que se espera obter não só deve ser proporcionado, senão claramente superior ao risco a que se submete o afetado pela experimentação”⁽¹⁵⁾. Em salvaguarda da dignidade humana, todas estas cautelas são no intuito de evitar e repudiar aquelas experimentações não-terapêuticas que possam degradar a condição humana como tal. Por fim — e da mesma forma que as experimentações terapêuticas —, para ser legítima, esta intervenção biomédica deve necessariamente ser testada em laboratório por simuladores e/ou animais antes de ser transladada para a experimentação com seres humanos.

c.1) Experimentação (ou pesquisa) não-terapêutica com fins reprováveis⁽¹⁶⁾ — por último, dentro da experimentação não-terapêutica pode-se ainda mencionar a intervenção biomédica que ocasionalmente tenha fins reprováveis. Experimentação não-terapêutica com fins reprováveis é aquela intervenção biomédica considerada eticamente incorreta e ilícita que afronta a dignidade humana, violando os direitos humanos. São certas experimentações que, além de descumprirem os estatutos da *lex artis*, procuram atentar propositalmente contra a dignidade humana pela prática de atos desumanos e degradantes, podendo ter os mais diversos motivos: políticos, raciais, ideológicos, econômicos, eugênicos etc.⁽¹⁷⁾ As experiências conduzidas nos campos de concentração nazistas são um exemplo de que o interesse da ciência, infelizmente, pode chegar a níveis insuportáveis de desrespeito aos direitos humanos mais básicos. ◉

e *la Sperimentazione Umana* (1974, pp. 10-22).

- (2) Sobre o significado e consequências desta categoria dogmática v. **ROXIN**, *Strafrecht* (1997, pp. 314 e segs.). Contudo, na doutrina nacional pondera o entendimento de que as intervenções biomédicas são causas justificantes, mais propriamente constituem exercício regular de direito (art. 23, III do CP), cf., entre outros, **BRUNO**, *Direito Penal*, II (1967), pp. 11-14; **BITEN-COURT**, *Teoria Geral do Delito* (1997, p. 148).
- (3) V., aliás, *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia* (2000, art. 3, n° 2).
- (4) Sobre a definição de pesquisa em seres humanos v. **Conselho Nacional de Saúde (CNS)**, *Resolução 196/1996*, II. 2. Com efeito, distinguem-se geralmente quatro fases na experimentação humana: fases I, II, III e IV. Sobre o que consistem v. **FAGOT-LARGEAULT**, in: **Hottois/Parizeau**, *Dicionário da Bioética* (1998, pp. 247-248); **CNS** (*Resolução 251/1997*, II).
- (5) V., aliás, *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (ONU, 1966, art. 7°); *Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina* (Conselho da Europa, 1996, art. 16, v); **CNS**, *Resolução 196/1996*, III. 1, a.
- (6) *Declaração de Helsínque*, I, 1.
- (7) Sobre o risco das intervenções biomédicas, v. **CNS**, *Resolução 196/1996*, V. 1.
- (8) **ESER**, *op. cit.*, p. 30.
- (9) Aliás, o **CNS** estabelece que a observação dos princípios éticos na pesquisa implica em: “ponderação entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos (beneficência), comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de riscos” (*Resolução 196/96*, III. 1, b).
- (10) **ESER**, *op. cit.*, p. 30. No que concerne à experimentação sobre seres humanos, a doutrina tem tido como referência teórica o *Código de Nuremberg* (1947) e a *Declaração de Helsínque* (1964) — adotada pela Assembleia Médica Mundial. Especificamente sobre o balanceamento risco-benefício, v. *Declaração de Helsínque* (I, n° 4 e n° 5; II, n° 2). No mesmo sentido, *Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina* (1996, art. 16, ii).
- (11) **ESER**, *op. cit.*, p. 31. Por outro lado, mesmo que dada intervenção não seja a mais indicada medicamente e que não tenha havido o devido consentimento, pode o médico ainda alegar estado de necessidade como justificativa da sua conduta em certos casos.
- (12) **SCHIMIKOWSKI**, *Experiment am Menschen* (1980, p. 8); **PABST**, in: **Kaufmann** (brsg.), *Moderne Medizin und Strafrecht* (1989, p. 54).
- (13) **COSTA ANDRADE**, *Consentimento e Acordo* (1991, p. 468).
- (14) **SIEBERT** *apud* **COSTA ANDRADE**, *op. cit.*, p. 469.
- (15) **ESER**, *op. cit.*, p. 37.
- (16) **KATZ** (*Experimentation With Human Beings*, 1972, p. 283) fala de “experimentação sem restrição” (*experimentation without restriction*); e **FREEDMAN** (in: **Reich** (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, 1995, p. 2.258) refere-se a “experimentações antiéticas” (*unethical research*).
- (17) A propósito, o Conselho Federal de Medicina (CFM) dispõe expressamente o seguinte: “é vedado ao médico: art. 122 — participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos” (*Resolução 1.246/1988*).

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Professor de Direito Penal na PUC/RS,
doutor em Direito (Universidade
de Coimbra) e advogado

NOTAS

- (1) V. **ESER**, *Derecho Penal, Medicina y Genética* (1998, pp. 24 e segs.); **MANTOVANI**, *I Trapianti*

A EFICÁCIA DAS VARAS ESPECIALIZADAS – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA E AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DE DEPOIMENTOS: NOVOS BENS JURÍDICOS, VELHAS VIOLAÇÕES?

Alexandre Wunderlich

Alexandre Wunderlich

A EFICÁCIA DAS VARAS ESPECIALIZADAS – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA E AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO...

Não há novidade na afirmação de que o Direito Penal é instrumento de controle social. Ao longo da história, segmentos sociais dominantes sacaram mão do Direito Penal, com maior ou menor intensidade, endereçando o aparato repressivo contra determinados grupos excluídos do poder. Esta é a história do Direito Penal clássico, do Direito manipulado pelas elites — marcado, sobretudo, por uma codificação patrimonialista. A utilização deste Direito Penal acabou representada no imaginário social pelos conhecidos jargões “só pobre vai preso” e “o Brasil é o país da impunidade”.

Atualmente, a história tende a ser narrada de outra forma. O referencial da sociedade contemporânea não é mais a simples cordialidade do homem, limitado num espaço físico-temporal, no qual, para viver em sociedade, se fazia necessário (apenas) a tutela dos bens jurídicos tradicionais. A nova arquitetura social tem convivido com o que os sociólogos Virilio, Baudrillard, Maffessoli e Bauman têm denominado de crise do paradigma moderno, de revolução tecnológica ou de espaço-tempo tecnológico, conceitos que têm forjado o pensamento crítico contemporâneo, fundamentalmente no que se limita ao processo de globalização e a formação da sociedade do risco.⁽¹⁾ Nesse novo contexto, em que pese inegáveis as transformações socioculturais, a doutrina segue defendendo que a missão do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos “relevantes” — um Direito Penal de *ultima ratio*, que legitima a criminalização de uma conduta quando todos os outros recursos estatais já tiverem sido utilizados, com estrita necessidade como advertia Luisi.⁽²⁾

Inegável, portanto, que o Direito Penal contemporâneo passa por um necessário processo de reexame da escala axiológica dos bens jurídico-penais. Escala que, como é cediço, sofreu uma inversão ideológica. Infelizmente, esse processo de reexame tem sido marcado pela expansão desenfreada do Direito Penal. Isto porque o Direito Penal contemporâneo, para além daqueles bens jurídicos tangíveis, de cunho individual, optou por absorver um universo de bens jurídicos de natureza supra-individual, imateriais e difusos. E a legislação nacional tem sido pródiga no processo de criminalização das condutas que violem ou coloquem em risco estes bens jurídicos. Este inchaço do ordenamento jurídico-penal ganhou corpo a partir da criação de tipos penais que vieram atender à tutela dos interesses coletivos

ou difusos, fundamentalmente pela inserção, na Carta de 1988, de diversos valores que, com a menção no texto, adquiriram dignidade constitucional.

Assim, surgiram (ou saíram fortalecidos) alguns bens que hoje, após quinze anos da publicação da Constituição, acabaram regulamentados por leis infraconstitucionais. Nessa linha, destaque tem sido dado, tanto no plano legislativo como em termos de aparelhamento do Judiciário, aos crimes contra o sistema financeiro nacional, as ordens tributária, econômica e previdenciária, as relações de consumo e o meio ambiente, havendo nítido abuso na publicação de leis, o que vem contribuindo para a ausência do redimensionamento da escala axiológica dos bens jurídicos e para o processo de descodificação penal pós Constituição de 1988.⁽³⁾

Assiste razão a Miguel Reale Jr. que, com apoio em Hassemer, leciona que o Direito Penal clássico se caracteriza “por sua ligação à noção de bem jurídico ao qual se vincula o legislador, funcionando o bem como critério negativo, pois sem bem jurídico a ser protegido a incriminação não se justifica”. Vê-se, pois, que a incriminação tradicional “atendia aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”, enquanto o novo Direito Penal “amplia-se para passar a ser não mais a *ultima*, mas a *prima ratio*, em proteção das instituições, de interesses da administração e de interesses coletivos, *supra-individuais*, difusos.” É evidente que “recorre o legislador, na formulação dos tipos penais em defesa dos interesses difusos, a fórmulas vagas e amplas, sem precisão e a concisão com que descrevia as normas de tutela de bens individuais.”⁽⁴⁾

Ocorre que as práticas criminais envolvendo estes bens jurídicos acabaram por chegar aos foros do País. E o que se tem visto é a sensível, porém ainda tímida, alteração da clientela da Justiça Penal. Ao contrário dos bens jurídicos tradicionais, os bens tratados por este novo Direito Penal são de difícil apreciação. Diante da indeterminação dos bens jurídicos supra-individuais, impera a retórica das particularidades que limitam a persecução, como o novo *modus operandi*, a danosidade invisível, a exploração dos poderes econômico, social e político ou a maior tolerância social da criminalidade não-convencional. E no combate desta criminalidade burguesa vem o discurso punitivo oportunista, que penaliza o “rico”, o “empresário” e os “agentes econômicos” de um modo geral, fazendo reverter nos novos clientes da justiça crimi-

nal o estigma do “preto” e do “pobre”. O fenômeno é identificado com as diretrizes doutrinárias de um movimento punitivo de esquerda que assume o Estado, e no exercício do poder, usa o Direito Penal. É a facilidade com que os movimentos progressistas recorrem ao Direito Penal para atender as suas próprias finalidades, como cita Larrauri.⁽⁵⁾ O raciocínio é simples: o Direito Penal como resolução dos problemas sociais. O Direito Penal como meio arrecadatório, visando à construção do Estado Social. É a busca frenética pela eficiência do Direito Penal. Como se a modernidade tardia pudesse ser construída ao custo da ameaça de penas. Faz-se, do “rico”, o pobre de outrora. Diferentes, porém vítimas de um mesmo sistema punitivo injusto, seletivo e estigmatizante.

E, no caso, a prática forense não está divorciada do discurso punitivo. Sob o manto da complexidade das causas foram criadas as varas especializadas, principalmente no âmbito da Justiça Federal. Primeiramente, pela Resolução nº 314/2003, o Conselho da Justiça Federal disciplinou a especialização de varas criminais para “o processamento e julgamento de delitos contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores”. O CJF possibilitou, assim, que os Tribunais Regionais especializassem varas com competência exclusiva.

No Sul, por exemplo, em cumprimento ao determinado pelo CJF, o TRF4 editou a Resolução nº 20/2003 que, em linhas gerais, estabeleceu a especialização das varas nas capitais dos Estados. Agora, mais recentemente, o CJF aprovou, em 29 de junho último, a alteração da Resolução nº 314, para que os Tribunais Regionais possam ampliar a competência das varas criadas, incluindo também sob sua jurisdição o julgamento de crimes praticados por “organizações criminosas”.

A verdade é que, para tratar desta forma de criminalidade não convencional, as varas foram especializadas, buscando, exime de dúvidas, um utilitarismo penal contra o “crime de colarinho branco”. Em busca desta eficácia, os tribunais, com apoio no CJF, criaram competência territorial única para todo um Estado, legislando em matéria penal, o que, a meu ver, viola o princípio do juiz natural, assegurado no art. 5º, XXXVII e LIII da CF. Cumpre protestar, mas é de se observar que o tribunal que legisla, depois, acaba por julgar recursos e ações, decidindo sobre a validade das suas próprias resoluções. Afinal, sem qualquer

➔ prejuízo, pois a orientação é de que “a especialização de Varas quanto aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de dinheiro, está em perfeita sintonia com os ditames constitucionais e infraconstitucionais vigentes.”⁽⁶⁾

E não é só. Ainda em busca desta eficácia do Direito Penal e das varas especializadas, alguns Tribunais têm disciplinado sobre a desnecessidade de transcrição de depoimentos prestados por réus e testemunhas, uma vez que as audiências estão sendo filmadas e disponibilizadas às partes em mídia digital, meios facilitadores para esta Justiça Penal. Na esteira do entendimento de que a transcrição de gravações telefônicas obtidas por meio de quebra de sigilo não é medida obrigatória, cito o Provimento nº 02/05, publicado pelo TRF4 em 1º/06/2005, que criou sistema audiovisual para o registro das audiências e desobrigou o Juízo da transcrição de depoimentos, criando dever às partes, o que, *s.m.j.*, não tem amparo em lei federal.⁽⁷⁾ Em que pese ter-se ciência de que houve evolução na tomada de depoimentos — sendo lícito o recurso aos métodos de tecnologia avançada — de gravação, taquigrafia ou estenotipia — causa estranheza que a experiência venha regulada por meio de Provimento, afrontando o CPP e que, justamente, seja implantada nas varas especializadas criminais.

Penso, sinceramente, que a transcrição dos depoimentos deve ser feita por profissional do Judiciário, com qualificação adequada e treinamento próprio, como tem sido feito em caso de recurso ao processo de estenotipia, amparado nos artigos 170, 279 e 417 do CPC, uma vez que o CPP não prevê outra possibilidade. Outorgar aos sujeitos-parte a obrigação da de gravação e transcrição de depoimentos, que é dever do Estado, é impor ônus que não está previsto em lei.

Estes exemplos acabam por violar o art. 22, I, da Constituição que determina que “*compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, ...*”.

Fica o alerta ao discurso utilitarista. A busca pela eficácia no âmbito da jurisdição penal enfrenta impeditivos de ordem legal, e mais do que isso, limites constitucionais. A guinada na seleção de bens jurídicos não pode representar o continuísmo das violações às garantias. Por isso, não importa quem seja o inimigo, o Direito Penal possui (ou pelo menos deveria possuir), a partir da Constituição de 1988, ideologia democrática. É, em resumo, aceitar que apenas a União legisla em matéria criminal, independentemente do bem jurídico-penal e, ainda, que a Constituição é a lei suprema do direito e do processo penal. 

Notas

- (1) Sobre, **Wunderlich, A.** “Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista...”. In: **Carvalho e Wunderlich, Diálogos sobre a Justiça Dialogal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 01-54.
- (2) *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed., POA: Fabris, 2003, p. 176.
- (3) Importante a proposta do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais que identificou a necessidade de uma reserva de código penal e processual penal. Assumindo a crítica, o ITEC defendendo urgente processo de recodificação. Seguindo Ferrajoli, o ITEC prega a introdução de um dispositivo constitucional que regulamente a “reserva de código”, uma meta-garantia destinada a imunizar as garantias penais e processuais penais das chamadas leis emergenciais, colocando fim a hemorragia legislativa em matéria criminal. (“Reserva de Código Penal e Processual Penal”, *Informativo do ITEC*, POA, nº 2, 1999, p. 01). Ver, ainda, **Pastor. Recodificação Penal y Principio de Reserva de Código**, Bs.As: Ad-Hoc, 2005.
- (4) “Razão e subjetividade no Direito Penal”. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, nº 00 (zero), São Paulo: RT, 2004, pp. 228-229.
- (5) *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1991, pp. 216 et seq.
- (6) “A Resolução nº 20/03 deste Regional, que deu efetividade à determinação do CJF veiculada na Resolução nº 314/03, referente à especialização de Varas quanto aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de dinheiro, está em perfeita sintonia com os ditames constitucionais e infraconstitucionais vigentes (art. 5º, incisos XXXVII e LIII – princípio do juiz natural; art. 48, incisos IX e X; art. 68, § 1º, inciso I; art. 93, inciso VII; art. 96, inciso II, “d”; e 110, todos da CF e arts. 11 e 12 da Lei nº 5010/66, art. 11, § único, da Lei nº 7727/89 e art. 3º da Lei 9.664/98). Os tribunais possuem atribuição constitucional e autorização legal para a especialização de Varas, visando à busca de uma melhor prestação jurisdicional, a partir da reestruturação dos quadros de que dispõem. (...) Com este entendimento, a Sétima Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pelo MPF contra decisão que determinou a remessa de feito criminal à vara especializada, com base no art. 6º da Resolução nº 20/2003 deste tribunal. O recorrente havia questionado a legalidade e a constitucionalidade do dispositivo que embasou a decisão” (TRF4, 7ª Turma, rel. des. **J. Germano da Silva**, RSE nº 2003.72.05.004038-4/SC, DJU 04.11.03).
- (7) O CPP é claro: “Art. 215. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases. Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes...”

Alexandre Wunderlich

Advogado, professor coordenador do Depto. de Direito Penal e Processual Penal e do Depto. de Pós-Graduação em Direito Penal Empresarial da PUC/RS



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)
- Fabiola Monteconrado Ghidalevich (cestadual.am2@ibccrim.org.br)
- **BAHIA** - Elmir Duclerc (cestadual.ba1@ibccrim.org.br)
- Selma P. de Santana (cestadual.ba2@ibccrim.org.br)
- **CEARÁ** - Fernando Luiz Ximenes Rocha (cestadual.ce1@ibccrim.org.br)
- **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)
- **PARAIBA** - 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, propor e divulgar cursos, enviar artigos e se informar.

Participe!

1. Afirma a doutrina que o fracasso político do positivismo abriu caminho para novas reflexões sobre o Direito, sua estrutura, interpretação e função social. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, quando os acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência às ordens da autoridade competente, a idéia de um ordenamento jurídico essencialmente formal, indiferente a valores éticos, já não era admitida.

As relações entre valores, princípios e regras passaram a ter relevância como aspectos da “nova hermenêutica constitucional” e da teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios e sua incorporação aos textos constitucionais, além do reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica, trouxeram uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

Assim, os princípios superaram o preconceito de que teriam apenas uma dimensão axiológica, ética, sem eficácia jurídica, e alcançaram o reconhecimento de sua condição de norma jurídica. Hoje, é de importância capital que esta concepção “*acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética — ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação —, reflita sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, a fim de que o avanço filosófico ingresse na dogmática jurídica e prática jurisprudencial, e produza efeitos positivos sobre a realidade social*” (grifo nosso).⁽¹⁾

2. As normas em geral e, no caso, as constitucionais foram identificadas em duas categorias: **princípios** e **regras**, embora alguns autores admitam uma terceira categoria denominada “**postulados**”.⁽²⁾ Neste sentido, as normas constitucionais refletem uma “*dimensão*” imediatamente comportamental (**regra**), finalística (**princípio**) e/ou metódica (**postulado**).

Daí a distinção entre **regras**, **princípios**, e **postulados**.

As **regras** são comandos que determinam obrigações, permissões, ou proibições cuja adoção é necessária para atingir fins.

Os **princípios** determinam diretamente a realização de um fim juridicamente importante; estabelecem a promoção de um estado ideal de coisas a ser atingido (bens jurídicos), para cuja preservação ou realização é necessária a adequação de determinados comportamentos, ou condutas prescritas pelas regras.

Os **postulados** indicam os critérios de aplicação dos princípios e regras. Ao invés de exigirem atividade subsuntiva do apli-

cador, estabelecem relação de “*critério e medida*”, “*regra geral e caso individual*”, “*promoção e restrição*” etc. Neste sentido, “*proporcionalidade*”, “*ponderação*”, “*razoabilidade*”, “*proibição de excesso*”, não seriam princípios, mas “**postulados normativos aplicativos**”, ou “**metanormas**”.⁽³⁾

Desta maneira, as **regras** traçam normas de conduta que servem à concretização de fins estabelecidos nos princípios⁽⁴⁾ (e por isso há um vínculo de homogeneidade **formal e material** entre eles), enquanto os postulados estabelecem critérios de aplicação dos princípios e das regras.

Por outro lado, o **princípio**, além de envolver um núcleo essencial, também possui um “*espaço de indeterminação*” cuja demarcação de seu conteúdo fica “*sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete*”.⁽⁵⁾ Por isso, é aplicado a uma enorme cifra de situações, o que pode gerar uma tensão dialética entre princípios que entram em colisão. A solução é alcançada por meio da aplicação do **postulado da ponderação**.⁽⁶⁾ Ao contrário, as regras, segundo **Alexy**,⁽⁷⁾ são aplicáveis sob a forma do “*tudo ou nada*”. Ou regula a matéria, ou é descumprida. Ou há subsunção do fato, ou não há. Em caso de colisão com outra regra, só uma prevalecerá.

3. Com fundamento nas premissas acima expostas, pode-se afirmar que a “*inviolabilidade do direito à liberdade*” (art. 5º, caput, da CF), como direito natural do homem e alicerce do Estado Democrático de Direito, possui como **princípio** o artigo 5º, inciso LVII, da CF, (“*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”) o qual, por sua vez, tem como **regras concorrentes**, entre outras, os artigos 156 e 386, inciso VI, do CPP, que estabelecem o ônus (ou direito)⁽⁸⁾ da prova da acusação, como decorrência do *in dubio pro libertate*.

Esta “**opção em favor da liberdade**” ocorre porque o legislador possui um limite restritivo na produção da prova em relação a alguns valores invioláveis do homem (vida, liberdade, integridade física), tendo em vista o “Pacto Fundador” que legitimou o “Estado” como instituição que existe em função da coletividade, ou seja, para cumprir uma função estabilizadora das condições do contrato social, que só é válida, só tem legitimização, quando é exercida respeitando os direitos fundamentais do homem, inscritos na Constituição, ou seja, protegendo a parte do direito natural do homem não renunciada em favor da sociedade.

Neste sentido, afirma o professor **Gomes Canotilho**: “... quando alguns direitos

invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições...”⁽⁹⁾

Daí o limite restritivo do legislador na produção de prova em relação à liberdade do homem (art. 5º, inciso LVI, da CF).

4. Por outro lado, também é de se registrar que o referido **princípio da presunção de inocência** (artigo 5º, inciso LVII, da CF), em razão de sua finalidade (preservação do direito à liberdade), fundamenta regras tanto de natureza **processual** quanto de natureza **material** penal. Por isso, apenas para efeito didático e de distinção, ao primeiro (natureza processual) se prefere identificar por “**princípio da presunção de inocência**”, enquanto ao segundo (natureza material) por “**princípio da presunção de não-culpabilidade**”.

No que tange à sua dimensão processual, o “**princípio da presunção de inocência**” diz respeito à exigência de indícios de autoria e materialidade para que possa ter início a *persecutio criminis* contra o acusado (correlação entre os incisos LIV e LXVIII, do art. 5º, da CF, e arts. 41 e 43 do CPP).⁽¹⁰⁾

Em relação à dimensão material, o “**princípio da presunção de não-culpabilidade**” diz respeito à busca da “verdade real”, ou seja, o acusado não pode vir a ser condenado sem a efetiva e definitiva prova de sua responsabilidade criminal sobre o fato típico (correlação entre os incisos LVII, LIV e LXVIII, do art. 5º, da CF, e art. 386 e incisos, do CPP).

Assim, ou porque “*o legislador possui um limite restritivo na produção da prova em relação a alguns valores invioláveis do homem (tais como a vida, liberdade, e integridade física)*”, ou porque esse “direito natural do homem à liberdade” estabelecido no artigo 5º da CF fundamenta tanto o “**princípio da presunção de inocência**” como o “**princípio da presunção de não-culpabilidade**”, é inviável o oferecimento de uma denúncia que descreva um fato típico e, ao final do processo, produza uma sentença de restrição da liberdade do homem, sem que o ônus da prova do alegado seja cumprido pela acusação. “*Ora, se a constituição presume uma das partes inocente, é intuitivo que tenha atribuído todo o encargo probatório à outra*”.⁽¹¹⁾

O ônus **subjetivo** da acusação em relação à prova dos fatos descritos na denúncia vem estabelecido pela regra do artigo 156 do CPP, que decorre do “**princípio da presunção de inocência**”.

➔ O ônus **objetivo** da acusação em relação à prova está descrito na regra do artigo 386, inciso VI, do CPP, cujo fundamento está no “princípio da presunção de não-culpabilidade”.

5. Adotadas estas premissas, com a devida permissão de respeitáveis opiniões divergentes, não há **fundamento constitucional** para a conclusão de que “é aplicável a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, ainda que o titular da ação penal não tenha demonstrado, de maneira direta, a **eficácia** da arma de fogo, se o processo aponta a palavra da vítima ou outros elementos probatórios que confirmam a sua efetiva utilização no crime de roubo”.⁽¹²⁾

O uso da arma de fogo constitui uma causa de aumento de pena, porque decorre do **perigo real e maior** que a vítima vem a sofrer com a ação do agente, praticada de maneira a trazer um **risco concreto** à vida e integridade física do sujeito passivo. Este **perigo real e maior sofrido pela vítima** é que faz a conduta do agente distinta daquela do artigo 157, *caput*, do CP (para este basta a grave ameaça, ou temor eficaz), e justifica o acréscimo da pena inserido no artigo 157, § 2º, inciso I, do CP (**postulado da proporcionalidade**).⁽¹³⁾

Se na descrição contida na denúncia o Ministério Público afirma que o acusado usou de arma de fogo para praticar o roubo, e tipifica a conduta no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, a acusação tem que provar a **eficácia** da arma, para que fique demonstrado o **perigo real e maior** sofrido pela vítima, o que configura a majorante, e a distingue do roubo simples. Não demonstrado que se tratava de arma de fogo eficaz (fato objetivo relatado pela acusação na denúncia), a tipificação do roubo deve se subsumir ao fato efetivamente provado (grave ameaça = temor eficaz), isto é, ao art. 157, *caput*, do CP.

Esta interpretação lógica decorre da correlação do “princípio da legalidade” (art. 5º, XXXIX, da CF), e do “postulado da proporcionalidade”, uma vez que, caso contrário, o **desvalor menor** da conduta de um agente (arma ineficaz, ou de brinquedo, ou simulacro de arma = ausência de risco concreto à vítima) seria punido com a pena exacerbada **como se** tivesse praticado conduta de **desvalor maior** (arma eficaz = risco concreto à vítima). Desvalores de condutas distintos com penas idênticas também ofendem o “princípio da isonomia”.

O juiz criminal é o principal guardião dos direitos constitucionais do condenado. Não pode permitir que o fato objetivo alegado pela acusação, e não provado concretamente no processo, fundamente uma pena superior ao permitido em lei, ao arrepio da Constituição.⁽¹⁴⁾ ●

Notas

- (1) **Luiz Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos.** *A Nova Interpretação Constitucional*. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 336-337.
- (2) **Humberto Ávila.** *Teoria dos Princípios*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, pp. 68-69. Esse autor faz uma proposta “heurística de diferenciação”. Alega que as normas jurídicas são construídas pelo intérprete a partir dos **dispositivos**. Assim, admite a coexistência de espécies normativas que têm um mesmo “dispositivo” como ponto de referência. Ex: o **dispositivo** da igualdade perante a lei pode ser aplicado como **regra** (proíbe o aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes), como **princípio** (estabelece como devida a realização da igualdade de todos), e como **postulado** (estabelece um dever jurídico de comparação, e preexclui critérios de diferenciação que não sejam previstos pelo ordenamento jurídico).
- (3) **Humberto Ávila.** Ob. cit., pp. 124 e segs.
- (4) **Luiz Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos.** *A Nova Interpretação Constitucional*. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 340.
- (5) **Luiz Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos.** Ob. cit., p. 341.
- (6) Diante da situação concreta o intérprete “irá aferir o peso de cada princípio” e, mediante concessões recíprocas, de maneira fundamentada, fará uma “síntese dialética” que demonstre a relação de primazia entre um e outro. Ver: **Humberto Ávila.** Ob. cit., pp. 130 e segs.
- (7) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- (8) **Antonio Magalhães Gomes Filho.** *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 77-89.
- (9) **José Joaquim Gomes Canotilho.** *Estudos sobre Direitos Fundamentais. O Ônus da Prova na Jurisdição das Liberdades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 174.
- (10) A assertiva de que, “na fase da denúncia, vigora o ‘in dubio pro societate’” não tem fundamento jurídico. A **dúvida** nunca permite “opção pela sociedade”, quando se cuida de **direito inviolável**. Ao contrário, o “**princípio da presunção de inocência**” exige “indícios de autoria e materialidade” para que o Estado possa iniciar a *persecutio criminis*.
- (11) **L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho.** *Processo Penal e Constituição*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, p. 166. Também neste sentido: **Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.** *Ônus da Prova no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- (12) REsp. nº 770.214, DJ 14.11.2005, p. 404. No mesmo sentido: STJ, HC nº 36.182, relator vencido ministro **Nilson Naves**; DJ 21.03.2005, RSTJ 192/635, p. 444.
- (13) STF, HC nº 71.051-4, rel. **Marco Aurélio**, DJU 9.9.94.
- (14) Quando juiz do TACRIM-SP, eu entendia que bastava a palavra da vítima do roubo para estar provada a referida majorante. Alegava que a eficácia era inerente à arma de fogo, e a prova contrária seria da defesa. Promovido ao TJ-SP, as razões acima me fizeram mudar de entendimento.

Marco Antonio R. Nahum
Desembargador do TJ-SP e
ex-presidente do IBCCRIM

Marco Antonio R. Nahum

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

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

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego

— MARANHÃO

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

— MATO GROSSO DO SUL

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

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

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

— RIO DE JANEIRO

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

— RIO GRANDE DO SUL

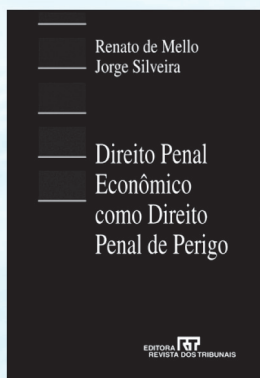
- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

— SÃO PAULO

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

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

lançamentos



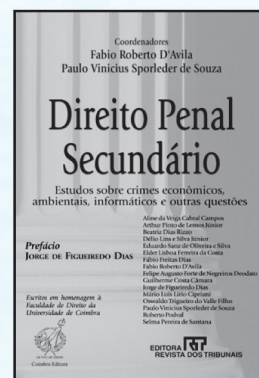
206 páginas • brochura

**Direito Penal
Econômico como
Direito Penal de
Perigo**

**Renato de Mello
Jorge Silveira**

**Direito Penal
Secundário**

**Coords.: Fabio
Roberto D'Ávila e
Paulo Vinícius
Sporleder de
Souza**



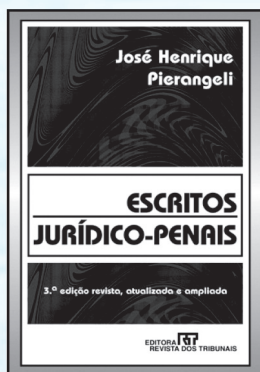
506 páginas • brochura

**Adquira estas
e outras obras
na Livraria
RT Virtual**



O Direito Penal Juvenil
Karyna Batista Sposato

206 páginas • brochura



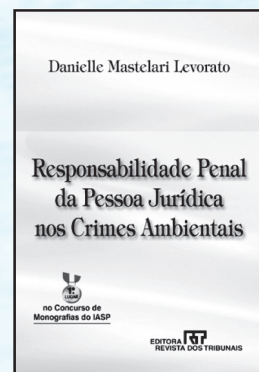
400 páginas • brochura

**Escritos
Jurídico-Penais,
3.ª edição**

**José Henrique
Pierangeli**

**Responsabilidade
Penal da Pessoa
Jurídica nos
Crimes Ambientais**

**Danielle Mastelari
Levorato**



128 páginas • brochura

**livraria
RT**
www.livrariart.com.br

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